

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**A TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO COMO MECANISMO DE
COMBATE AO CRIME ORGANIZADO**

Bruna Izídio de Castro Santos

Presidente Prudente/SP
2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**A TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO COMO MECANISMO DE
COMBATE AO CRIME ORGANIZADO**

Bruna Izídio de Castro Santos

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob a orientação do Prof.^o Marcus Vinicius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente/SP
2015

A TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO COMO MECANISMO DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal.

MARCUS VINICIUS FELTRIM AQUOTTI

EXAMINADOR 1

EXAMINADOR 2

Presidente Prudente, _____

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Claudomiro e Maria Helena, pelo amor e atenção que recebi desde criança, pela dedicação e esforço para me criarem, pelo apoio incondicional e pela confiança depositada, por acreditarem no meu potencial e me incentivarem a ir além.

Também ao meu irmão, Claudomiro Júnior, por ser este companheiro presente em todos os momentos da minha vida, me apoiando nos momentos de dificuldade e vibrando comigo a cada conquista.

Dedico aos familiares e amigos sempre presentes, pois cada conquista pessoal, acadêmica e profissional que realizei ao longo destes vinte e cinco anos, devo as pessoas maravilhosas que me cercam e que contribuíram, ao seu modo, para o meu crescimento.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor e orientador Marcus Vinicius Feltrim Aquotti pela atenção, dedicação, paciência, incentivo e ensinamentos, ao longo do período de orientação.

Por fim, à diletta amiga Deborah Ramos da Silva pela ajuda com a revisão do trabalho, bem como com a elaboração do *abstract* e das *keywords*.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo trazer a tona discussão quanto à urgência de que medidas mais rigorosas sejam tomadas objetivando a contenção da evolução das organizações criminosas no Brasil. Para que fosse possível apresentar alternativas que possibilitassem um combate mais eficaz ao crime organizado, foi realizada uma pesquisa indireta bibliográfica que tem por base estudos de renomados doutrinadores que apresentam elevado conhecimento sobre os temas que interessam a esta monografia. A criminalidade organizada, cuja origem remonta ao início da vida em sociedade, é um dos maiores problemas sociais da atualidade, em diversos países. Em razão disso, legislações dedicadas especificamente a coibir e punir tais criminosos foram criadas ao longo do tempo. O expressivo crescimento das organizações criminosas nos últimos anos fez com que o aparato legislativo perdesse força, necessitando, com isso, de alterações capazes de adaptar o ordenamento a nova realidade e assegurar a eficácia prática da legislação vigente. As organizações constituem modalidade de cooperação delitiva. A regra da autoria imediata que tem por base o domínio da ação não é capaz de sanar a dificuldade encontrada para punir adequadamente aqueles que seriam os autores intelectuais ou mediatos e que encabeçam o crime organizado. Neste contexto, é preciso analisar o domínio da vontade que pode decorrer de erro, coação, ou domínio por meio de um aparato organizado de poder, possibilitando a punição daquele que, embora não tenha realizado a conduta descrita no tipo penal, foi o “mandante” da execução do delito. A teoria do domínio do fato objetiva determinar se o agente será punido como autor ou como partícipe, considerando autor aquele que atua com o domínio do fato, sendo ele a figura central do acontecer típico. Esta teoria, embora antiga, ganhou maior destaque entre os juristas e doutrinadores brasileiros com o julgamento da Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal, caso conhecido como “Mensalão”. O domínio do fato é gênero do qual a teoria do domínio da organização, objeto deste estudo, é espécie. O domínio da organização é uma espécie de domínio do fato por meio do domínio da vontade. Pode ser encarada como elemento de Direito Penal do Inimigo por ser um Direito Penal do autor, que objetiva punir os líderes das organizações criminosas pelo que são e pelo que deveriam saber. Diante do estado de insegurança decorrente do crescimento do crime organizado no país, restou evidente a necessidade da utilização de mecanismos que tratem como inimigos aqueles que se comportam como tal, como é o caso dos integrantes de organizações criminosas. Assim, justifica-se o uso da teoria do domínio da organização, que, se aplicada corretamente, será um importante instrumento no combate ao crime organizado.

Palavras-Chave: Autoria. Concurso de pessoas. Crime organizado. Domínio da organização. Domínio do fato. Organização criminosa.

ABSTRACT

The present monographic has objective bring of surface discussion as for urgency for what more rigorous measures they are created aiming to contain the more and more expressive evolution of the criminal organizations in Brazil. This work to present alternatives that make possible the most efficient combat to the organized crime was carried out bibliographical indirect inquiry taking as a base studies of renowned jurists who present elevated knowledge on the subjects that interest to this monograph. The organized criminality which comes from the origin of the life in society this is of the biggest social problems of the present in several countries. On account of that legislation dedicated specifically restrict and punish such criminals it is evolves along of times. The expressive growth of the criminal organizations along the years it did with legislative lost force is needing with that alterations able to adapt the ordenamento to new reality and reforce the practical efficiency of the legislation in force. Organizations are delitiva cooperation mode. The rule of authorship which is based on the immediate field of action is not able to remedy the difficulty to properly punish those who would be the masterminds or mediate and that top organized crime. In this context is necessary to analyze the field of desire that can elapse of mistake duress or domain through an organized apparatus of power enabling the punishment of him that, although it has not carried out the conduct described in the criminal type was the "mastermind" of the execution of the offense. The theory of mastery of fact objectively determine whether the officer will be punished as an author or as a participant whereas author that plays with the fact though he is the central figure of the typical happens. This theory though old gained wider prominence between lawyers and Jurists Brazilians with the trial of Criminal Action by the Supreme Court 470 case known as "Mensalão". The fact is genus from which the theory of the field of organization object of this study is species. The domain of the organization is a species of domain through the domain of the will. Can be seen as an element of criminal law of the enemy for being an author's criminal law which aims to punish the leaders of criminal organizations for what they are and from what should know. On the State of insecurity resulting from the growth of organized crime in the country remains evident the need of using mechanisms that treat as enemies those who behave as such, as is the case of members of criminal organizations. Therefore, justified the use of theory in the field of organization which if applied correctly will be an important instrument in combating organized crime.

Keywords: Authorship. People contest. Organized crime. The organization's domain. Domain of the fact. Criminal organization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DO CRIME ORGANIZADO	10
2.1 Origem e Evolução.....	10
2.2 Organizações Criminosas	13
2.2.1 Organizações mundiais.....	13
2.2.2 Organizações brasileiras	16
3 DO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.....	18
3.1 Combate as Organizações Criminosas na Legislação Vigente.....	18
3.1.1 Breve histórico sobre o combate as organizações criminosas na legislação pátria	19
3.1.2 Legislação vigente.....	20
3.2 Da Investigação e dos Meios de Obtenção da Prova.....	24
3.2.1 Da colaboração premiada	26
3.2.2 Da ação controlada	28
3.2.3 Da infiltração de agentes.....	29
3.2.4 Do acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações.....	31
4 DO ENFRENTAMENTO AO CRIME ORGANIZADO POR MEIO DA TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO	33
4.1 Teoria do Domínio do Fato.....	36
4.1.1 Domínio do fato	37
4.1.2 Ação Penal 470 – Julgamento do “Mensalão”	40
4.2 Teoria do Domínio da Organização.....	42
4.2.1 Direito Penal do Inimigo	42
4.2.2 Domínio da organização.....	44
5 CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como interesse a temática envolvendo a teoria do domínio da organização, em especial, no que diz respeito à aplicação desta no combate ao crime organizado.

A escolha do tema se deu em razão da criminalidade organizada representar um dos maiores problemas das sociedades modernas e estar longe de ser solucionado.

Este trabalho teve como objetivo demonstrar a possibilidade da aplicação da teoria do domínio da organização no combate a criminalidade organizada e, para isso, estabeleceu as diferenças entre domínio do fato e domínio da organização, bem como a possibilidade de se utilizar de elementos de Direito Penal do Inimigo em um Estado Democrático de Direito.

Para o melhor desenvolvimento do trabalho utilizou-se dos métodos dedutivo e dialético. Por meio do método dedutivo se estabeleceu como premissa geral que se deve conceder tratamento diferenciado as organizações criminosas e chegou à premissa específica de que é possível a aplicação da teoria do domínio da organização no combate a este tipo de criminalidade.

Com a utilização do método dialético, pretendeu-se contrapor a tese de que uma democracia tem como alicerce direitos e garantias fundamentais e a antítese representada pelas restrições às quais estes direitos e garantias estão sujeitos quando da equiparação de criminosos “comuns” a inimigos do Estado, para que se tenha como nova tese a viabilidade da aplicação da teoria do domínio da organização em um Estado Democrático de Direito, em razão das organizações criminosas agirem como verdadeiros inimigos da sociedade, permitindo que sejam tratadas como tal.

Como métodos auxiliares foram utilizados o histórico e o comparativo. Por meio do histórico foi realizado um estudo da origem das organizações criminosas e da legislação pertinente. Já pelo comparativo, realizou-se a comparação entre a teoria do domínio do fato e a teoria do domínio da organização.

A técnica de pesquisa utilizada foi a indireta bibliográfica, pois a monografia foi desenvolvida tendo por base os estudos de renomados pesquisadores da área.

O trabalho foi dividido em capítulos, sendo o primeiro responsável por tratar da origem e evolução das organizações criminosas. Ao segundo, coube explanar sobre o aparato legislativo do qual o Brasil dispõe para combater o crime organizado. Já ao terceiro restou a tarefa de tratar do domínio do fato, analisar o julgamento da Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal (caso “Mensalão”), além de abordar brevemente o Direito Penal do Inimigo, e finalizar o trabalho com o estudo da teoria do domínio da organização que foi o objetivo da pesquisa.

Verificou-se que diversas organizações criminosas surgiram, e se fortaleceram ao longo do tempo em diversos países. E que a evolução apresentada por este tipo de criminalidade consiste em um dos maiores problemas enfrentados por vários Estados atualmente.

Ficou comprovado que as organizações criminosas apresentam, além de sua origem, diversas características similares como é o caso da estrutura hierárquica, do *modus operandi*, das regras internas, das atividades as quais se dedicam, entre outras.

Evidenciou-se ainda que, conforme as sociedades evoluíram, igual fenômeno ocorreu com a criminalidade, assim, tornou-se imprescindível que a legislação aplicada também se desenvolvesse de modo a não permitir que a sensação de impunidade levasse a sociedade ao pânico e colaborasse para o fortalecimento dos criminosos.

Concluiu-se que, o ordenamento jurídico vigente não está capacitado para combater de modo eficaz as organizações criminosas, tanto é assim que o governo caiu em descrédito perante a sociedade e a opinião pública.

Assim, realizou-se um estudo sobre as teorias do domínio do fato e do domínio da organização visando encontrar um mecanismo mais eficiente de combate as organizações criminosas de modo a restabelecer a paz social e fortalecer a política criminal vigente.

2 DO CRIME ORGANIZADO

O crime organizado ganhou destaque pelo poder, dinheiro, influência estatal, capacidade corruptora, alta capacidade de intimidação e atuação em moldes empresariais.

Conforme a sociedade evoluiu, ocorreu também a evolução da criminalidade, o que tornou necessário o acompanhamento pelo Direito para que o Estado não perdesse o controle.

Os crimes que inicialmente eram de cunho religioso passaram a ser individuais e depois coletivos, culminando com a manifestação de forma organizada e na profissionalização dessa atividade.

Para que seja possível entender o crime na atualidade se faz necessário um estudo quanto à origem e a evolução deste.

2.1 Origem e Evolução

Apesar de a criminalidade ser um fenômeno que acompanha a sociedade desde sua origem, há divergência quanto ao surgimento da forma organizada.

Ao levar-se em consideração, o sentido estrito de crime organizado, Ana Luiza Almeida Ferro (2012, p. 67), ensina que constitui um fenômeno do século passado, pois no mundo pré-capitalista não seria possível encontrar a estrutura empresarial e o mercado ilícito, mas tão somente formas anteriores de pluralidades de agentes ou de associações criminosas.

Entretanto, deve-se partir do pressuposto de que o crime organizado sofreu diversas transformações ao longo do tempo e não nasceu tão organizado como conhecido hoje. Assim, é possível compreender a origem quando da existência de uma pluralidade de agentes, minimamente articulados entre si, com a finalidade de praticar delitos reiteradamente.

Segundo explica Thaís Caires Ferreira (2011, p. 12), a origem do crime organizado remeteria a Idade Média, na figura dos bandoleiros que constituíam bandos e associações secretas dedicadas a furtos de animais, saques, destruição, delitos políticos, entre outros.

Ainda na Idade Média, existiam os conventículos que consistiam em associações de homens armados com a finalidade de saquear, depredar, entre outras práticas delituosas.

Outra forma primitiva de crime organizado é a pirataria que surgiu no século XVII, em decorrência dos esforços da Coroa Inglesa para enfraquecer a Espanha, e teve seu apogeu em 1720. Entre as características da criminalidade organizada presentes na pirataria, há a organização hierárquica, violência, seleção de membros, entre outras.

As primeiras gangues nova-iorquinas surgiram de uma realidade de extrema pobreza, na qual a criminalidade surgiu como fonte de renda e a organização existia para a sobrevivência. Essas gangues primitivas não possuíam liderança e nem estrutura fixas.

O modelo de gangue organizada e estruturada substituiu aos poucos as gangues primitivas. Possuíam pequenas mercearias que funcionavam como casas clandestinas de bebidas na época da Lei Seca, e buscavam influência na política e nos negócios.

No curso dos séculos XVIII e XIX, características embrionárias do crime organizado se encontravam no “banditismo social”, na transição do sistema feudal para o capitalismo, e cujos membros eram vistos como heróis pelos camponeses e representantes da insatisfação do povo com os governantes.

A Máfia *siciliana* também tem sua origem relacionada à insatisfação camponesa e nos anos vinte do século XX conquistou o domínio político e econômico do país, e possuía ramificações em cidades como Chicago e Nova Iorque.

A criminalidade organizada nos Estados Unidos teve grande impulso entre 1920 e 1933, época da Lei Seca, com o enriquecimento de criminosos como Alphonse Capone e Frank Costello, em razão da proibição da venda e distribuição de bebidas alcoólicas.

Os mafiosos e os gângsteres locais possuíam casas clandestinas de bebidas que funcionavam como “minas de ouro”, por conta da fabricação e

distribuição de bebidas alcoólicas. Com o fortalecimento do crime organizado dedicaram-se a outras atividades como agiotagem, prostituição, tráfico e corrupção.

Outro marco na história do crime organizado foi a Segunda Guerra Mundial, determinante para a expansão e transnacionalização desta forma de criminalidade. Líderes mafiosos desembarcaram em solo norte-americano para fugir da perseguição imposta pelo regime fascista.

Uma nova fase de expansão da criminalidade organizada teve início em 1989, com a queda do Muro de Berlim. As organizações criminosas aproveitavam-se das guerras para a realização de negócios lícitos e ilícitos.

A partir de 1990, como explica Ferro (2012, p. 99), a preocupação com o crime organizado passou para um patamar de “emergência mundial”:

[...] o crime organizado passou de ameaça imaginária para muitos em 1990 para uma verdadeira emergência mundial em 1993. As grandes organizações criminosas do Ocidente e do Oriente, principalmente dos Estados Unidos, da Itália, da Colômbia e da Ásia, reunindo serviços e pessoal, aumentaram a sua penetração nos mercados europeu-ocidental e americano, elevando o tráfico de drogas ao impressionante patamar de meio trilhão de dólares por ano, além de “lavar” e reinvestir em empreendimentos legais uma soma estimada em um quarto de trilhão de dólares anuais, sendo que expressiva parcela de tal espantoso crescimento veio do fato de que elas possuíam fácil acesso a um território de dimensões continentais, cobrindo a metade da Europa e uma significativa porção da Ásia, ou seja, um sexto da massa terrestre, então regido por uma situação política e econômica extremamente difícil, quase ou talvez autenticamente “anômica”, na linha *durkheimiana*, com governos fragilizados e impotentes para controlá-las ou muito menos lhe deter o avanço. [...]

A evolução foi espantosa de modo a surpreender e assustar os governos mundiais quanto ao combate deste novo tipo de inimigo.

Com a queda do regime comunista, a Rússia passou a ser vista como uma terra a ser explorada e conquistada pelas organizações criminosas.

No Brasil, o crime organizado também surgiu na forma dos “bandidos sociais” representados pelo bando de cangaceiros de Virgulino Ferreira da Silva, o “Lampião”, e os seguidores de Antônio Vicente Mendes Maciel, o “Antônio Conselheiro”, considerados heróis por alguns e criminosos para outros.

O cangaço é um fenômeno que ocorreu no final do século XIX, no sertão nordestino. Os cangaceiros possuíam organização hierárquica, influência entre fazendeiros e políticos, bem como a colaboração de policiais corruptos.

Outro marco da criminalidade organizada no Brasil, segundo Camila Sartorelli Balotari (2013, p. 23), é a contravenção do jogo do bicho que surgiu na metade do século XX, e é identificada como a primeira infração penal organizada no país. Os organizadores dos jogos corrompiam políticos e policiais.

As organizações criminosas são um problema de dimensões globais apesar da cooperação internacional e de todo o aparato legislativo criado para combatê-las. Portanto, se faz necessário um estudo mais detalhado das principais organizações criminosas que fazem parte da realidade mundial.

2.2 Organizações Criminosas

Entre as principais organizações criminosas mundiais destacam-se a Máfia *siciliana*, Máfia americana, *Organizacija*, Tríades chinesas, *Yakuza* e os cartéis colombianos.

No Brasil, as organizações dominantes são o Comando Vermelho (CV) e o Primeiro Comando da Capital (PCC).

Como será abordado a seguir, apesar da distância geográfica, muitas dessas organizações possuem estreito relacionamento e apresentam similaridades que vão desde sua origem até as atividades as quais se dedicam.

2.2.1 Organizações mundiais

A Máfia *siciliana* é a mais potente e tradicional organização criminosa, com estrutura formal piramidal.

Segundo ensina Ferro (2012, p. 510 e 511), possui cerca de cinco mil membros e vínculos com outras fortes organizações como a *Camorra*, conexões internacionais com a Máfia americana, as Tríades chinesas, entre outras, e apresenta células mafiosas pelo mundo, como é o caso da Alemanha, Espanha e Brasil.

Foi responsável pela introdução da cocaína na Europa e Estados Unidos e atua com foco na obtenção de poder, especialmente político, visando o controle dos setores econômicos e das autoridades.

Possui como principais características, a existência de corpos diretivos, classes funcionais e hierárquicas, adoção de regras definidas de conduta, rígidos processos seletivos de membros, ocupação territorial, e uso da corrupção e da violência.

A mais famosa máfia italiana é a *Cosa Nostra*, que se dedica especialmente ao tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, extorsão e uso de chantagem para participação em obras públicas.

Além da Máfia *siciliana*, que ainda hoje é considerada uma potência, a Itália possui outras fortes organizações criminosas, tendo destaque a *Camorra*, a *'Ndrangheta* e a *Sacra Corona Unita*.

Como ensina Ferro (2012, p. 526 a 530) a *Camorra*, que possui mais de cem grupos e cerca de seis mil e setecentos membros, surgiu no fim dos anos sessenta, com o contrabando de tabaco. Atualmente, está envolvida com tráfico de drogas, loterias clandestinas, entre outras atividades ilícitas.

Ainda segundo a autora (2012, p. 527), a *'Ndrangheta*, com cerca de cento e quarenta e quatro grupos e cinco mil e seiscentos membros realiza, principalmente, tráfico de drogas, sequestro e extorsão. Já a *Sacra Corona Unita*, fundada no início dos anos oitenta, tem por volta de mil integrantes e entre dezessete e cinquenta grupos. Embora menos expressiva, não é menos perigosa e dedica-se ao tráfico de armas e drogas, controle da migração clandestina e contrabando de cigarros.

A Máfia americana, que possui estreitas ligações com as organizações da Itália, Rússia e Colômbia, atua principalmente com tráfico de drogas e armas, prostituição, jogos ilícitos, entre outros delitos. Assim como a Máfia italiana, possui estrutura hierárquica e é regida por um conjunto de regras comportamentais. Além de estar penetrada no mundo dos negócios, ocupa-se da corrupção de autoridades.

A *Organizacija* é a “máfia russa”, em crescimento desde a queda do regime comunista que possui cerca de cinco mil e setecentos grupos, três milhões de membros e conexões comerciais com vinte e nove países (FERRO, 2012, p. 532). Traficam desde drogas, armas e materiais nucleares, e também estão

envolvidos com prostituição, fraudes, lavagem de dinheiro, entre outras práticas delituosas.

A Rússia, considerada a “capital mundial do crime organizado” (FERRO, 2012, p. 532), possui diversos grupos criminosos organizados com domínio sobre diferentes atividades ilícitas, sendo a “Máfia” *chechene* o mais forte e violento.

A autora ainda ensina (2012, p. 535), que o crime organizado russo possui algumas peculiaridades, dentre as quais está sua base étnica e a existência de uma confederação de gangues baseadas em origens geográficas.

As Tríades chinesas (“máfia chinesa”) têm seus principais grupos (*Sun Yee On*, 14 K e Federação *Wo*) sediados em *Hong Kong* e com uma composição estimada em cento e vinte e dois mil membros apenas destes grupos. Também possui forte atuação em *Taiwan*.

Elas formam uma organização criminosa eminentemente internacional, que se dedica a diversos empreendimentos criminosos como tráfico de drogas, apostas ilegais, prostituição, imigração ilegal, lavagem de dinheiro, produção e distribuição de heroína e ópio, entre outros, variando a atividade de acordo com o país em que atuam. Apresentam estrutura organizacional, sofisticação, disciplina e política de estabelecimento de laços.

A *Yakuza* (“máfia japonesa”) atua dentro e fora do país, possui cunho étnico, cerca de cem mil membros e é constituída por associações criminosas autônomas lideradas por seus respectivos chefes e mantidas por vínculos de obediência e fidelidade.

Segundo Thaís Caires Ferreira (2011, p. 21), dedica-se ao tráfico de drogas e mulheres, extorsão de empresas, entre outras práticas delituosas. A “máfia japonesa” é guiada por valores de justiça, fraternidade, amor e dever. Possui rigorosa estrutura, membros violentos, ritual de iniciação e juramento de fidelidade.

Os cartéis colombianos, sendo mais conhecidos os de *Medellín* e *Cali*, que possuem papel de destaque no narcotráfico internacional, apresentam centenas de membros e rígida estrutura piramidal.

Destaca Camila Sartorelli Balotari (2013, p. 29), a dedicação exclusiva as drogas por parte do crime organizado colombiano que administra desde a produção até a distribuição da droga pelo mundo, sendo antes a *marijuana* e atualmente a cocaína. Além disso, cultivam e exportam a heroína. Possuem também

ligações com as principais organizações mundiais e fazem uso da violência e corrupção para a obtenção de lucro.

O Brasil também possui organizações criminosas de expressiva influência, como será visto a seguir.

2.2.2 Organizações brasileiras

A origem do Comando Vermelho (CV) se deu no final dos anos sessenta, durante o regime militar, em razão do encarceramento dos presos políticos junto aos criminosos comuns no presídio de Ilha Grande, no Rio de Janeiro.

Como explica Camila Sartorelli Balotari (2013, p. 31), os presos políticos ensinaram os demais a terem organização e como enfrentarem o sistema estatal, possibilitando que se unissem para constituir uma organização criminosa.

Outra organização criminosa fluminense é o Terceiro Comando (TC), surgido nos anos oitenta, resultado de uma divisão do CV, e rival deste. Ainda no Rio de Janeiro, criada em 1994, encontra-se a Amigos dos Amigos (ADA) que também tem sua origem ligada ao conflito interno do CV.

Estas três organizações dedicam-se principalmente ao tráfico de armas e drogas. O conflito entre elas é tão intenso que os membros são separados nos presídios para evitar assassinatos.

Sobre o poder das organizações cariocas, ensina Ferro (2012, p. 545):

[...] a estrutura dessas organizações criminosas sediadas no Rio de Janeiro dispõe de um efetivo estimado em mais de 100.000 pessoas, superior ao da Polícia estadual; reúne um arsenal que se compara ao de uma brigada militar, com cerca de 65.000 armas de fogo, entre as quais 14.000 fuzis e metralhadoras; e arregimenta crianças, sendo que 10.000 trabalham em 367 bocas-de-fumo, de um total superior a novecentas lá existentes.

Instalam-se nas favelas, pois além de serem áreas com grande concentração de pessoas, são negligenciadas pelo Estado permitindo que os criminosos exerçam domínio sobre a população. Controlam os acessos, cobram pedágios, exercem um sistema clandestino de Justiça, entre outras atividades.

Essas organizações possuem rigorosa divisão territorial, nem mesmo os populares e crianças que residem na área de determinada facção se arriscam nos territórios das rivais. Além disso, possuem conexões com o Poder Público e organizações criminosas estrangeiras, como as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC).

A primeira (e já extinta) organização criminosa reconhecida no Estado de São Paulo é a Facção Criminosa Serpentes Negras que surgiu em 1984, na Casa de Detenção de São Paulo (o “Carandiru”), com o objetivo de reivindicar melhorias no sistema penitenciário.

Há ainda, a Comissão Democrática de Liberdade (CDL), fundada em 1996 na Penitenciária “Dr. Luciano de Campos” em Avaré e que encontra-se praticamente extinta.

Em São Paulo, como ensina Camila Sartorelli Balotari (2013, p. 33), há o domínio do Primeiro Comando da Capital (PCC) que surgiu em meados da década de 90, nos estabelecimentos prisionais, mais precisamente na Casa de Custódia e Tratamento “Dr. Arnaldo Amado Ferreira”, em Taubaté. Esta organização possui uma atuação criminosa diversificada que vai desde o resgate de presos e patrocínio de rebeliões até tráfico de drogas, extorsões e roubos.

Assim como as organizações fluminenses, o PCC usa da violência e intimidação para dominar as favelas da capital.

Além do PCC, existe em São Paulo, o Terceiro Comando da Capital (TCC) que surgiu em 2002, na Penitenciária de Osvaldo Cruz, interior de São Paulo, e formou-se do recrutamento de integrantes excluídos do PCC. E a Seita Satânica (SS), fundada em 1994 no “Carandiru”, que, embora pequena, é extremamente violenta.

Camila Sartorelli Balotari (2013, p. 33 e 34), destaca uma peculiaridade quanto à origem das organizações brasileiras, em especial as paulistas, que tinham a finalidade de possibilitar aos detentos a reivindicação de seus direitos e de melhorias das condições carcerárias.

As organizações criminosas estão presentes em todo o território nacional, como é o caso dos estados do Acre e Espírito Santo que enfrentam sérios problemas para controlá-las.

Isto posto, se faz imprescindível a existência de legislação específica para o combate destas organizações, como será tratado no capítulo seguinte.

3 DO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A presença cada vez mais intensa de organizações criminosas é um problema global, como visto no capítulo anterior, e em razão disto o combate a estas por meio de legislação se fez necessário nos diversos países, inclusive no Brasil.

Conforme a criminalidade organizada evoluiu, foi preciso que os mecanismos de enfrentamento se adaptassem a nova realidade, sob pena de o Estado perder o controle de suas nações.

A legislação pátria, assim como outras, sofreu alterações ao longo do tempo com o fim de disponibilizar os instrumentos necessários para o combate ao crime organizado do modo mais eficaz possível, adaptando-se a cada nova realidade trazida com a evolução destes criminosos.

Esta preocupação com uma legislação capaz de punir os criminosos organizados advém da necessidade do Estado ser capaz de responder a sociedade, com rapidez e eficiência para não ser considerado omissor. Além disso, precisa aplicar punição aos infratores visando coibir práticas futuras por meio da intimidação decorrente das sanções penais.

3.1 Combate as Organizações Criminosas na Legislação Vigente

Como já exposto, o crime organizado se fortaleceu ao longo do tempo em todo o mundo, não sendo diferente no Brasil.

Devido a este crescimento, foi preciso criar instrumentos legislativos exclusivamente voltados ao seu combate e adaptá-los, conforme as organizações criminosas se desenvolveram e se fortaleceram.

3.1.1 Breve histórico sobre o combate as organizações criminosas na legislação pátria

Apesar do espantoso crescimento da criminalidade organizada nos últimos anos, a preocupação em reprimir este tipo de crime é antiga.

Segundo ensina Ana Luiza Almeida Ferro, Flávio Cardoso Pereira e Gustavo dos Reis Gazzola (2014, p. 26):

Modernamente, a formulação de um tipo legal assentando como crime autônomo a associação criminosa remonta ao Código napoleônico de 1810, por meio da figura da *association de malfaiteurs*, inspirando vários outros códigos, que adotaram tal sistema, desde então, em maior ou menor grau. A *fattispecie* associativa, segundo a opinião dos estudiosos, tem sua origem histórica ligada à exigência, intensamente sentida até o início do século XIX, de uma repressão efetiva ao banditismo.

No Direito brasileiro, o art. 288 do Código Penal, antes sob a rubrica “quadrilha ou bando”, agora sob o título “associação criminosa”, abriga o crime associativo equivalente à tradicional “associação de malfeitores” do Código francês de 1810, e a diversas outras figuras típicas de códigos estrangeiros, tendo a mesma fonte comum de inspiração.

A primeira lei brasileira a tratar especificamente da temática e disciplinar a repressão foi a Lei nº 9.034/1995, conhecida como Lei de Controle do Crime Organizado. Ela trouxe instrumentos especiais para a investigação de organizações criminosas, como a ação controlada e a infiltração de agentes, entretanto, não foi clara quanto aos mecanismos para a utilização de tais medidas.

O legislador foi omissivo quanto à definição de organização criminosa, o que fez com que se adotasse a definição de criminalidade transnacional da Convenção de Palermo, como consta no artigo 2, alínea “a”, do Decreto nº 5.015 (BRASIL, 2004):

[...] 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.

Este conceito foi criticado por autores como Luiz Flávio Gomes (2009), por ser amplo, genérico, violar a garantia da taxatividade e por tratar-se de definição para as relações com o direito internacional, não com o direito interno; e, também,

porque definições de convenções ou tratados internacionais não valem para as relações com o Direito Penal interno, o que seria uma violação ao princípio da legalidade.

A definição de organização criminosa foi trazida pelo artigo 2º da Lei nº 12.694, Lei do Julgamento Colegiado (BRASIL, 2012):

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.

Esta lei possibilitava realizar qualquer ato processual, de maneira colegiada, nos casos que envolvessem delitos realizados por organizações criminosas.

O conceito trazido era válido para o Direito Penal interno, mas sua aplicação era restrita a determinadas situações processuais e administrativas, além de não fazer referência ao delito em si, mas apenas a um formato de perpetração delitiva.

A Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, que alterou o Código Penal e revogou a Lei nº 9.034/1995, bem como (tácita e parcialmente) a Lei nº 12.694/2012, trouxe o esperado tipo penal de organização criminosa e é a legislação vigente sobre o tema no ordenamento jurídico pátrio.

3.1.2 Legislação vigente

A Lei nº 12.850/2013 tem como objeto não apenas trazer a definição e a tipificação de organização criminosa, mas também a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

Trata-se de *novatio legis* incriminadora, logo, sua aplicação está restrita aos crimes praticados a partir de 19 de setembro de 2013, data de sua entrada em vigência.

Entretanto, por ser crime permanente, é possível responsabilizar criminalmente os autores de práticas delituosas anteriores a data de vigência, desde que a consumação se prolongue no tempo, por força da Súmula 711 (BRASIL, 2003) do Supremo Tribunal Federal (STF), dispor que é possível a aplicação da lei mais grave ao crime continuado ou permanente, desde que a sua vigência se dê antes da cessação da continuidade ou permanência.

Dispõe o § 1º do artigo 1º da Lei nº 12.850/2013 (BRASIL, 2013) que :

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.

Uma crítica ao novo conceito se faz pela dificuldade ainda maior na identificação, em termos probatórios, de uma organização criminosa, em razão da exigência da estrutura ordenada.

Além da mudança no quesito quantitativo, que passou de “03 (três) ou mais” para “04 (quatro) ou mais” pessoas, antes se falava em prática de “crimes” e agora de “infrações penais”; a pena máxima dos crimes devia ser “igual ou superior” a 04 (quatro) anos e, atualmente, a pena máxima da infração deve ser “superior” a 04 (quatro) anos; e a natureza jurídica que antes funcionava apenas como uma maneira de praticar crimes, sujeitando o agente a certos gravames (como regime disciplinar diferenciado e formação do júízo colegiado), agora se trata de tipo penal incriminador com cominação de pena (reclusão de 03 (três) a 08 (oito) anos, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas).

Por estrutura ordenada deve-se entender, como ensina Renato Brasileiro de Lima (2013, p. 482 e 483):

[...] a existência de hierarquia estrutural, planejamento empresarial, uso de meios tecnológicos avançados, recrutamento de pessoas, divisão funcional das atividades, conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público, oferta de prestações sociais, divisão territorial das atividades ilícitas, alto poder de intimidação, alta capacitação para a prática de fraude, conexão local, regional, nacional ou internacional com outras organizações.

A finalidade de obtenção de vantagem de qualquer natureza, patrimonial ou não, por meio da prática de infrações penais é outro importante requisito para a configuração da organização criminosa.

Deve-se observar que a aplicação da Lei nº 12.850/2013, não se restringe às organizações criminosas.

Assim, como explica Renato Brasileiro (2013, p. 480), todos os meios de obtenção de prova e técnicas especiais de investigação regulamentados podem ser aplicados em casos de:

[...] infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada à execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente [...] organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional [...]

É preciso ter em mente que não se trata apenas da previsão do delito em tratado ou convenção internacional, mas, também, do caráter de internacionalidade do delito em questão.

O bem jurídico tutelado pela Lei nº 12.850/2013 é a paz pública, o sentimento coletivo de segurança, de confiança na ordem e proteção jurídica.

Em seu artigo 2º, são incriminadas quatro condutas, quais sejam: promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa.

Trata-se de crime comum, ou seja, qualquer pessoa pode praticar e tem como sujeito ativo uma coletividade (crime vago).

É crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado, e de perigo abstrato cometido contra a coletividade, logo, se consuma com a mera associação nos moldes e finalidades da lei e a punição se dá pelo simples fato de ser integrante da organização.

Há concurso material de crimes, se os membros da organização criminosa efetivamente cometerem as infrações penais para as quais se agruparam.

A responsabilidade é subjetiva, o que implica no conhecimento do integrante quanto à prática do delito pelo grupo para que possa ser punido.

Outra peculiaridade da lei é a previsão de punição para os casos de obstrução ou embaraço de investigação de infração penal referente à organização criminosa.

O legislador foi omissivo quanto ao embaraço no curso de processo judicial e estender a tipificação configuraria analogia *in mallan partem* e violação ao princípio da legalidade.

Há, ainda, a previsão de agravante para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, independentemente da prática de atos executórios, o autor intelectual, desde que comprovado o ajuste prévio que demonstre a subserviência. Não pode ser aplicada junto com a agravante do artigo 62, inciso I, do Código Penal, sob pena de configurar *bis in idem*.

São causas de aumento de pena: emprego de arma de fogo; participação de criança ou adolescente; concurso de funcionário público; produto ou proveito da infração penal destinado ao exterior; conexão entre organizações criminosas e transnacionalidade.

Quanto à causa de aumento referente à transnacionalidade, Nucci (2013, p. 29 e 30) entende que sua aplicação seria *bis in idem*, uma vez que o caráter transnacional é elementar do tipo.

No que tange aos aspectos processuais, há a possibilidade de, mediante ordem judicial cautelar, afastar o servidor público membro de organização criminosa do cargo, emprego ou função, sem prejuízo na remuneração, desde que haja indícios suficientes do envolvimento e que seu afastamento seja necessário para a investigação ou instrução processual.

O policial civil ou militar que participar de organização criminosa ou crimes correlatos será investigado pela Corregedoria de Polícia, sob a fiscalização do Ministério Público.

O procedimento investigatório, assim como os mecanismos para se obter as provas, dispostos na lei em estudo, serão abordados no tópico seguinte em razão de sua importância.

3.2 Da Investigação e dos Meios de Obtenção da Prova

A investigação criminal é vista como a coluna vertebral do processo penal. Assim, o órgão acusador depende do sucesso da atividade investigativa e dos elementos de informação por esta colhidos, para firmar sua convicção.

A autoridade policial precisa, sem perder de vista o respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado, usar da criatividade para superar um estado de incerteza e buscar a verdade.

A Lei nº 12.850/2013 trata em seu capítulo II dos meios de obtenção da prova, quais sejam: colaboração premiada; captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; ação controlada; acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; infiltração por policiais, em atividade de investigação, na forma do artigo 11; cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Tais mecanismos podem ser utilizados em qualquer fase da persecução, não impedindo que outros meios de obtenção de prova também sejam usados, como dispõe a lei.

A captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, prevista no inciso II do artigo 3º, se difere da interceptação por não possuir a ideia de clandestinidade, pois um dos envolvidos sabe de antemão de sua realização.

Por este motivo, não se faz necessário a prévia autorização judicial. A lei vigente desmembrou estes dispositivos que eram previstos no artigo 2º, inciso IV, da revogada Lei nº 9.034/1995. Este mecanismo apresenta diligências de caráter público.

A interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas prevista no inciso V do artigo 3º, já regulamentada pela Lei nº 9.296/1996, configura uma relativização ao direito à intimidade assegurado no artigo 5º, inciso XII, da Lei Maior, pois a quebra do sigilo decorre da prevalência do interesse público.

É uma medida de caráter excepcional que necessita de autorização judicial e passa pelo controle do Poder Judiciário e do Ministério Público.

A interceptação não pode ser a primeira medida investigatória, deve ser utilizada para confirmar elementos anteriores. Tem como requisitos, existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade; prévia instauração de inquérito policial ou outro meio investigativo; impossibilidade de produzir a prova por outro meio; e que se trate de infração punível, no mínimo com detenção.

O afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal (artigo 3º, inciso VI), consiste em exceção e somente se procede mediante autorização judicial. Ao contrário da revogada Lei nº 9.034/1995, não pode o juiz, pessoalmente, diligenciar no sentido de ter acesso aos dados, documentos e informações, o que era entendido como violação ao sistema acusatório.

Por fim, o inciso VIII trata da cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal. Esta previsão decorre da complexidade das atividades que envolvem a criminalidade organizada.

A Lei nº 12.850/2013, evidenciando a preocupação com o sigilo das investigações e da identidade dos envolvidos, traz ainda a previsão dos crimes ocorridos durante a investigação e a obtenção de prova.

A investigação das organizações criminosas requer maiores cuidados devido ao grau de complexidade e a divulgação de um agente ou colaborador pode comprometer todo o procedimento investigatório e a produção de prova em juízo.

A autoridade competente para decretar o sigilo da investigação visando assegurar a celeridade e eficácia das diligências, nos casos desta lei, é o magistrado e não o delegado de polícia.

O sigilo é automaticamente imposto no ato da distribuição de comunicação de ação controlada e de pedido de infiltração.

O defensor do averiguado tem direito a amplo acesso aos elementos de prova, desde que previamente autorizado pelo juiz; que os elementos probatórios disponíveis para consulta justifiquem o exercício do direito de defesa; e que não comprometa diligências em curso ou futuras com execução prevista.

Alguns meios de obtenção da prova merecem destaque, tanto que são tratados separadamente na lei e, em razão disto, serão tratados individualmente a seguir.

3.2.1 Da colaboração premiada

A colaboração premiada está prevista no inciso I do artigo 3º, segundo o qual, consiste num benefício condicionado dado ao indivíduo que colabora efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal de modo que contribua para a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; a localização de eventual vítima com a integridade física preservada.

A regulamentação encontra-se nos artigos 4º e seguintes da Lei 12.850/2013.

Segundo ensina Nucci (2013, p. 47), sobre o significado da colaboração premiada:

Colaborar significa prestar auxílio, cooperar, contribuir; associando-se ao termo *premiada*, que representa vantagem ou recompensa, extrai-se o significado processual penal para o investigado ou acusado que dela se vale: admitindo a prática criminosa, como autor ou partícipe, revela a concorrência de outro(s), permitindo ao Estado ampliar o conhecimento acerca da infração penal, no tocante a materialidade ou à autoria. Embora a lei utilize a expressão *colaboração premiada*, cuida-se, na verdade, da *delação premiada*. O instituto, tal como disposto em lei, não se destina a qualquer espécie de cooperação de investigado ou acusado, mas aquela na qual se descobre dados desconhecidos quanto à autoria ou materialidade da infração penal. Por isso, trata-se de autêntica *delação*, no perfeito sentido de *acusar* ou *denunciar* alguém – vulgarmente, o *dedurismo*. (grifo do autor)

O benefício é concedido pelo juiz, mediante requerimento das partes, e implica em perdão judicial, redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou substituição desta por restritiva de direitos, levando sempre em consideração a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade, a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

É possível o requerimento ou requisição ao juiz, a qualquer tempo, pelo Ministério Público, ou, nos autos do inquérito policial, com a manifestação deste,

pelo delegado de polícia, pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, bem como o não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público do colaborador que não lidere a organização criminosa e seja o primeiro a prestar efetiva colaboração, conforme estabelecem os §§ 2º e 4º do artigo 4º.

Ainda sobre a colaboração premiada, explica Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2013, p. 42) que:

A redação deste dispositivo (que repete, em sua primeira parte, os termos do art. 13 da Lei nº 9.807/99), ao empregar as expressões “demais coautores e partícipes”, não deixa qualquer dúvida no sentido de que, a colaboração, para surtir seus efeitos, deve se referir ao crime investigado ou processado no qual ela foi produzida. Não terá nenhum efeito, assim, a delação que faça referência a outros crimes que não são objeto do procedimento investigatório ou do processo pelos quais responde o colaborador.

Mas este dispositivo não se satisfaz com a mera identificação dos demais coautores ou partícipes, como faz a lei de drogas (Lei nº 11.343/2006, art. 41), exigindo, também, que o colaborador aponte as infrações penais cometidas por seus comparsas. Vê-se, nesse aspecto, que a colaboração importa em verdadeira confissão, ou seja, o colaborador admite sua participação criminosa e delata os demais componentes do grupo. Aliás, o art. 190 do Código de Processo Penal dispõe que, ao confessar a autoria, o interrogando “será perguntado [...] se outras pessoas concorrem” para que guarde eficácia probatória, sempre pressupôs que, antes de acusar terceiros, o delator assumira sua própria responsabilidade, conforme indica a jurisprudência.

Quanto ao valor da prova proveniente da colaboração premiada, entende-se que é relativo.

Para Nucci (2013, p. 49), tal instituto consiste num mal necessário, em que se aceita um comportamento social antiético em nome da tutela do Estado Democrático de Direito.

A Lei nº 12.850/2013 proíbe que seja proferida sentença condenatória exclusivamente pautada nas informações de agente colaborador, uma vez que este é interessado em beneficiar-se prejudicando terceiros.

3.2.2 Da ação controlada

A ação controlada prevista nos artigos 3º, inciso III, 8º e 9º, preenche a lacuna existente na lei anterior quanto à regulamentação do mecanismo.

Como ensinam Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2013, p. 88):

O diploma em comento supriu essa omissão ao prever a possibilidade do juiz estabelecer os limites do retardamento da ação policial, o sigilo da diligência e a possibilidade de acesso, a todo tempo, do magistrado, do Ministério Público e do delegado de polícia aos autos. Em suma: detalhou a diligência, fincou seus limites e permitiu seu controle, de modo a propiciar mais eficácia ao instituto e, por consequência, sua maior adoção na prática policial.

Na ação controlada, ao invés de agir de pronto, o agente público aguarda o momento oportuno para atuar, a fim de obter, com esse retardamento, um resultado mais eficaz em sua diligência. Com essa estratégia, portanto, deixa-se de prender em flagrante o infrator de pronto, para, prorrogando-se a ação policial, se obter uma prova mais robusta e mesmo uma diligência mais bem sucedida. [...]

Esta estratégia é eficaz para viabilizar a prisão de um número maior de integrantes e até mesmo a obtenção de provas contra membros mais influentes da associação.

O retardamento que antes era apenas das atividades policiais, agora foi estendido às intervenções administrativas, como é o caso das receitas estaduais e federais, corregedorias, entre outras. Deve-se ter em mente que tal retardamento pode acabar por frustrar a prisão, não devendo incorrer o policial de boa-fé em responsabilidade.

Aplicável aos delitos que envolvam associações criminosas e ao tráfico de drogas, não se faz necessário à prévia autorização judicial bastando a comunicação ao juiz competente.

Quando a criminalidade organizada apresentar caráter transnacional somente se procederá à ação controlada mediante cooperação do país que figurar no *iter criminis*.

3.2.3 Da infiltração de agentes

A infiltração, por policiais, em atividade de investigação, está prevista no inciso VII do artigo 3º e regulamentada pelos artigos 10 e seguintes.

Sobre o conceito de infiltração, Renato Brasileiro de Lima (2013, p. 557 e 558) dispõe:

Integrante da estrutura dos órgãos policiais, o agente infiltrado (*undercover agent*) é introduzido dissimuladamente em uma organização criminosa, passando a agir como um de seus integrantes, ocultando sua verdadeira identidade, com o objetivo precípua de identificar fontes de prova e obter elementos de informação capazes de permitir a desarticulação da referida associação.

No ordenamento jurídico pátrio, é possível chegarmos a uma definição comum de agente infiltrado, observando-se algumas características que lhe são inerentes: a) agente policial; b) atuação de forma disfarçada, ocultando-se a verdadeira identidade; c) prévia autorização judicial; d) inserção de forma estável, e não esporádica, nas organizações criminosas; e) fazer-se passar por criminoso para ganhar a confiança dos integrantes da organização; f) objetivo precípua de identificação de fontes de provas de crimes graves.

O agente infiltrado deve apresentar o perfil físico e psicológico compatível com as dificuldades da operação. Necessita de inteligência aguçada, equilíbrio emocional, entre outras características. As aptidões do agente escolhido estão diretamente ligadas ao sucesso da operação.

A Lei nº 9.034/1995 permitia a infiltração de “agentes de inteligência”, funcionários da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) ou do Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN), que não são dotados de poder de polícia e não possuem a função precípua de buscar provas, mas sim de subsidiar o governo brasileiro e as instituições acerca de eventuais perigos à preservação da soberania nacional.

A lei vigente reservou a infiltração aos “agentes de polícia” que, em tese, compreendem os membros das polícias federal, rodoviária federal, ferroviária federal, civil, militar e corpo de bombeiros militar.

Quando requerida pelo Ministério Público no curso do inquérito policial necessita de manifestação técnica do delegado de polícia, pois este é a autoridade policial responsável por executar a operação.

Sobre a negativa da autoridade policial quando do deferimento judicial de infiltração requerida pelo Ministério Público, Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p.

197), entendem que a princípio não seria possível, entretanto, na prática, a negativa da autoridade policial frustraria qualquer pretensão por tirar a confiança do membro do Ministério Público.

A infiltração deve ser circunstanciada, motivada, sigilosa e autorizada pelo juiz. É *ultima ratio*, somente pode ser utilizada quando esgotada as demais formas de obtenção de provas.

O magistrado não pode decretar uma operação de infiltração *ex officio*, porque isso comprometeria sua imparcialidade.

A infiltração tem prazo máximo de seis meses, sem limite de renovações, desde que estas sejam fundamentadas. A operação é controlada pelo magistrado, Ministério Público e autoridade policial. O agente infiltrado elabora relatórios a respeito de suas atividades.

O § 3º do artigo 12 trata da flexibilização operativa da infiltração policial que consiste na possibilidade de se alterar as estratégias da investigação, até mesmo cancelando-a. Um exemplo justificador desta possibilidade seria a recusa do infiltrado em participar de uma “prova de castidade”.

Aplica-se a infiltração o princípio da proporcionalidade, deste modo, o agente responde pelos excessos praticados.

Quanto à prática de crimes pelo agente infiltrado, o legislador não trouxe no parágrafo único do artigo 13 a especificação de quais delitos não poderiam ser praticados justamente para evitar que os criminosos se utilizassem desta informação para identificar os infiltrados.

Eis o pensamento de Renato Brasileiro de Lima (2013, p. 572 e 573) sobre a responsabilidade penal do infiltrado:

Na hipótese de o agente ser coagido a praticar outros crimes (v.g., tráfico de drogas, receptação) sob pena de ter sua verdadeira identidade revelada, o ideal é concluir pela inexigibilidade de conduta diversa, com a consequente exclusão da culpabilidade, desde que respeitada a proporcionalidade e mantida a finalidade da investigação. É evidente que, em prol da infiltração do agente, nada justifica o sacrifício de uma vida. No entanto, se um policial infiltrado, impossibilitado de impedir o pior, se ver obrigado a atirar contra uma pessoa por ter uma arma apontada para sua própria cabeça, não se pode estabelecer um juízo de reprovação sobre sua conduta, porquanto, no caso concreto, não lhe era possível exigir conduta diversa.

Assim, ocorre a exclusão da culpabilidade do agente infiltrado, por inexigibilidade de conduta diversa, subsistindo a tipicidade e a ilicitude da conduta.

Conforme Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 219), embora não tratadas pela Lei nº 12.850/2013, há ainda que se falar na responsabilidade civil do infiltrado que dolosamente praticar atos individuais e independentes, com intenções de índole pessoal e com objetivos próprios, sem relação com as tarefas da investigação, bem como na responsabilidade administrativa do agente que desrespeita ordem hierarquicamente superior ou eventual prática de falta administrativa.

Por meio da teoria da acessoriedade limitada, é possível que os demais integrantes da organização criminosa sejam responsabilizados pelos delitos praticados.

3.2.4 Do acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações

O acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais pelo delegado de polícia e Ministério Público, independentemente de autorização judicial, está previsto no inciso IV do artigo 3º e regulamentado nos artigos 15 a 17 da lei.

Já o acesso aos dados cadastrais quanto à qualificação, filiação e ao endereço constitui mera identificação e, por este motivo, não viola a intimidade do indivíduo, uma vez que o investigado ou acusado não tem o direito de manter-se em silêncio sobre tais dados ou ocultá-los.

A ideia de violação da intimidade também não se aplica no caso do acesso aos bancos de dados das empresas de transporte público, pois esses dados passam por tantas mãos (receita federal, agências reguladoras, etc.) que não possuem caráter sigiloso.

Quanto aos registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2013, p. 88) explicam:

[...] Com efeito, o acesso direto que se admite, a prescindir de ordem judicial, do membro do Ministério Público e do delegado de polícia (mencionados no art. 15 da lei), se restringe aos registros dos números dos

terminais e do destino das ligações. A lei permite, assim, que se saiba que, em determinado dia, às tantas horas, ocorreu uma ligação entre Beltrano e Sicrano. E só. Significa dizer que o acesso ao teor da conversa, por importar afronta à norma constitucional que assegura o sigilo telefônico, somente pode ser quebrado mediante ordem judicial (art. 5º inc. XII da Constituição e art. 1º da Lei nº 9296/96).

Este entendimento encontra-se de acordo com o disposto no artigo 2º, § 2º, da Lei nº 12.830/2013, que permite ao delegado de polícia requisitar perícias, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos, durante a investigação criminal.

A ausência de prévia autorização judicial para a requisição destes registros não é pacífica.

Para Renato Brasileiro de Lima (2013, p. 582), a permissão judicial é imprescindível uma vez que “tais informações fazem parte da vida privada e da intimidade das pessoas”, caso contrário o dispositivo deveria ser declarado inconstitucional.

O artigo 17, que trata da manutenção de registros telefônicos, foi omissivo sobre as ligações telemáticas, porém, este dispositivo deve ser analisado com base no artigo 3º, inciso IV que assegura o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas.

A maneira como o Estado brasileiro trata o crime organizado no país é amplamente criticada, seja pela imprensa ou pela sociedade. Outro fator é a evidente ineficácia do modelo vigente para o combate e punição destes criminosos.

Diante do exposto, se faz imprescindível estudar e avaliar outros modelos e ideias de política criminal de modo a buscar um sistema mais eficaz para a proteção da sociedade.

4 DO ENFRENTAMENTO AO CRIME ORGANIZADO POR MEIO DA TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO

As organizações criminosas, como abordado anteriormente, são consideradas o maior problema em termos de criminalidade em diversos países do mundo, assim, não é exclusividade do Brasil legislar para o combate aos crimes praticados por seus membros.

Alexandre Rocha (2011, p. 48), explica que a globalização empurrou um grande número de indivíduos que representavam riscos pessoais e patrimoniais aos demais para a marginalidade, criando com isso a “sociedade de risco” que levou o Direito a antecipar a tutela penal “com tipificações abertas e amplas, mediante o uso de tipos de perigo abstrato, mera conduta, omissivos impróprios, etc”.

Com isso, criou-se o “Direito Penal do risco” que é pautado, basicamente, em criminalizar e prevenir o crime organizado, a corrupção, o terrorismo, entre outros.

Em decorrência da “sociedade de risco” ocorreu a institucionalização da insegurança, intensificada pelos meios de comunicação que aproximaram as tragédias e crimes da população em geral fazendo com que a sensação de insegurança e impotência passasse a ser coletiva. Criou-se uma “sociedade de insegurança”. (ROCHA, 2011, p. 53)

O Brasil é constantemente criticado pela imprensa e população pela política criminal que desenvolve, considerada fraca e ineficaz. O modelo legislativo de enfrentamento ao crime desenvolvido atualmente, faz com que o país seja considerado omissivo, uma vez que a criminalidade aumenta e, conseqüentemente, intensifica o sentimento de impunidade.

Há na doutrina diferentes entendimentos quanto à maneira como criminosos, em especial os pertencentes às organizações criminosas, devem ser tratados. O criminoso segundo uma visão de Direito Penal do Cidadão, é visto e tratado como cidadão, já para os defensores do Direito Penal do Inimigo, é considerado um inimigo da sociedade e assim deve ser tratado.

Ambas as visões serão tratadas a seguir, entretanto, por abordarem o concurso de agentes, se faz necessário uma prévia explanação sobre tal tema.

O concurso de pessoas que era tratado como coautoria antes da reforma do Código Penal em 1984, encontra-se previsto nos artigos 29 e seguintes do diploma legal.

A expressão concurso de pessoas é considerada mais adequada que concurso de agentes uma vez que é possível também o concurso de omitentes.

André Estefam (2013, p. 304 e 305), ensina que a temática concurso de pessoas faz parte do aparato legislativo brasileiro desde a época das Ordenações do Reino de Portugal

Apesar da possibilidade da maioria dos tipos penais serem executados por apenas um agente, é possível que duas ou mais pessoas cooperem, intelectual ou materialmente, para a prática de um mesmo delito.

Em regra, os delitos podem ser praticados por uma ou mais pessoas, sendo denominados unissubjetivos, monossubjetivos ou de concurso eventual, porém, existem os crimes plurissubjetivos ou de concurso necessário, como é o caso do delito de associação criminosa previsto no artigo 288 do Código vigente, que exige a reunião de agentes para a realização de seu tipo.

Sobre o concurso de pessoas, Janaina Conceição Paschoal (2013) dispõe que:

Com efeito, diz-se que há um concurso de agentes quando um mesmo crime é cometido por mais de uma pessoa. Assim, quando um grupo se une para matar alguém, ou para roubar um banco ou para desviar dinheiro público, está-se diante de um concurso de agentes no homicídio, no roubo, ou no peculato. O fator que determina o concurso de agentes é a unidade de desígnios, a vontade de unir-se a outrem para a prática de um crime. Todos os concorrentes devem querer a consecução do delito. Uma vez constatado o concurso de agentes, faz-se necessário estabelecer o papel de cada um dos concorrentes. Nosso ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência admitem duas possibilidades: o concorrente pode ser coautor, ou partícipe. É aqui que entra a Teoria do Domínio do Fato.

O concurso de agentes possui algumas modalidades, entre elas a coautoria, caso em que duas ou mais pessoas praticam a conduta descrita no tipo; a participação que trata dos casos em que um agente não pratica o núcleo do tipo, entretanto, intencionalmente, colabora para sua execução, seja por auxílio, induzimento ou instigação.

Já quanto as teorias que explicam o conceito de autor, André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2012, p. 438) dispõem que:

- a) Teoria **unitária**: **todos** os que tomarem parte em um delito devem ser tratados como autores e estarão incursos nas mesmas penas, inexistindo a figura da **participação**.
- b) Teoria **extensiva**: igualmente entende **não** existir **distinção** entre autores e partícipes, sendo todos os envolvidos autores do crime. Esta teoria, entretanto, ao contrário da anterior, admite a aplicação de penas menores àqueles cuja colaboração para o delito tenham sido de menor relevância.
- c) Teoria **restritiva**: distingue autores de partícipes. Autores são os que **realizam** a conduta descrita no tipo penal. São os **executores** do crime pelo fato de seu comportamento se enquadrar no verbo descrito no tipo. Autor de homicídio é quem mata (desfere tiros, facadas etc.). Autor de furto é quem subtrai o bem (coloca a mão dentro da bolsa da vítima e tira o dinheiro; esconde a mercadoria na blusa e sai sem pagar no mercado etc.). Partícipes, por exclusão, são aqueles **que não realizam o ato executório descrito no tipo penal**, mas de alguma outra forma **contribuem** para a eclosão do delito. Para esta corrente, o mandante e o mentor intelectual, que não realizarem atos de execução no caso concreto, não serão autores, e sim partícipes da infração penal.
- d) Teoria **do domínio do fato**: também distingue autores de partícipes, porém, para os adeptos desta corrente, o conceito de autoria é mais **amplo**, abrangendo não só aqueles que realizam a conduta descrita no tipo como também os que têm **controle pleno do desenrolar do fato criminoso**, com poder de decidir sobre sua prática ou interrupção, bem como acerca das circunstâncias de sua execução. Por essa corrente, criada por Hans Welzel, o mandante e o mentor intelectual, por controlarem os comparsas, são também autores do crime, ainda que não realizem pessoalmente atos executórios. (grifo do autor)

A teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro é a restritiva, pois há a diferenciação entre autores e partícipes. Atualmente, há no campo da autoria mediata, a adoção da teoria do domínio do fato.

Já sobre as teorias que dizem respeito ao concurso de crimes, Estefam e Rios Gonçalves (2012, p. 446), ensinam sobre o tema:

- a) Teoria **unitária**, segundo a qual todos os que colaboram para determinado resultado criminoso incorrem no **mesmo** crime. Há uma única tipificação para autores, coautores e partícipes. É também conhecida como teoria **monista**.
- b) Teoria **dualista**, pela qual há **dois** crimes, um cometido pelos autores, e outro, pelos partícipes.
- c) Teoria **pluralista**, no qual cada um dos envolvidos responde por crime autônomo, havendo, portanto, **uma pluralidade de fatos típicos**. Cada um dos envolvidos deve responder por crime diverso.

O Código Penal pátrio adotou como regra a teoria unitária ou monista, em razão disto todos os que concorrem para a prática de um delito respondem pelo mesmo crime, na medida de sua culpabilidade.

Há dispositivos no diploma legal que trazem a previsão expressa de casos em que se adota a teoria pluralista, como é o caso da cooperação

dolosamente distinta (artigo 29, § 2º), além dos previstos na Parte Especial, como por exemplo, os delitos de corrupção ativa (artigo 333) e de corrupção passiva (artigo 317).

A teoria do domínio do fato, não possui previsão no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, possui relevância jurídica, sendo objeto de estudo de muitos juristas e doutrinadores.

Esta teoria muito conhecida pelos países da Europa ganhou destaque no cenário nacional após o histórico julgamento da Ação Penal (AP) 470, realizado pelo STF, popularmente conhecido como “Mensalão”.

Em razão da importância do domínio do fato para o presente trabalho e por tal teoria ser uma das bases da proposta desta monografia, será estudado separadamente no tópico seguinte.

4.1 Teoria do Domínio do Fato

A República Federativa do Brasil constitui-se, como dispõe o *caput* do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, em Estado Democrático de Direito, o que significa dizer, como ensina José Afonso da Silva (2011, p. 119), que consiste no regime jurídico adotado por governos democráticos, uma vez que seus atos políticos estão fundamentados na participação popular e na defesa dos direitos e garantias fundamentais.

A Lei Maior do ordenamento jurídico pátrio é um diploma garantista, especialmente em função de ter sido elaborada em uma época pós-ditadura e pautada em princípios como o da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da legalidade, entre muitos outros.

Neste contexto, o país adota um Direito Penal do fato (ou da culpa) para caracterizar o crime, o que significa dizer segundo ensina o professor José Carlos de Oliveira Robaldo (2009) que cabe ao Estado a prova inequívoca da concorrência direta ou indireta do indivíduo para a prática da conduta que lhe foi imputada, ou seja, pune pelo que fez e não pelo que é, porém, colabora para a sensação de impunidade. Cabe ressaltar que, o Direito Penal do fato é aplicável também ao concurso de pessoas, na chamada teoria do domínio do fato.

4.1.1 Domínio do fato

A teoria do domínio do fato teve sua origem, como explicam Greco e Leite (2014, p. 21) em 1915, por Hegler, entretanto atrelada aos fundamentos da culpabilidade. Já em 1933 surgiu no plano da autoria, com Lobe, e ganhou destaque em 1939, com Welzel que tratou do domínio do fato como “critério determinante da autoria”.

Foi consagrada na obra monográfica “Autoria e domínio do fato”, de Claus Roxin, em 1963, que conseguiu a aceitação da maioria dos doutrinadores.

Esta teoria tem o objetivo de distinguir entre autor e partícipe em sentido amplo. Sua finalidade é determinar se o agente será punido como autor ou como partícipe.

O Código Penal brasileiro, ao contrário do alemão que pune autoria, instigação e cumplicidade (GRECO e LEITE, 2014, p. 22 e 23), não exige tal distinção, tratando todos como autores (artigo 29, *caput*), apenas distinguindo estes quanto a sua importância na prática do delito (§ 1º).

A base da teoria de Roxin consiste no fato de que autor é aquele que atua com o domínio do fato, sendo ele a figura central do acontecer típico.

Já o Direito alemão, como ensinam Greco e Leite (2014, p. 24 e 25), traz a instigação e a cumplicidade como formas de extensão da punibilidade aplicáveis quando o agente não é autor.

O partícipe é uma figura marginal do acontecer típico que atua de modo secundário para a prática do delito.

Nas palavras da professora Janaina Conceição Paschoal (2013):

O partícipe é o agente (ou concorrente) que, apesar de não ter realizado o verbo do crime (ele não esfaqueou, não recolheu o dinheiro, não realizou diretamente o desvio...), auxiliou, induziu, ou instigou o outro a realizar. A análise da jurisprudência mostra que, em casos de roubo a bancos, ou a residências, muito se discute se o agente (ou concorrente), que ficou do lado de fora, deve ser tratado como coautor ou como partícipe; e o critério para essa definição é justamente a existência de domínio sobre o fato. Esse domínio, na maior parte das vezes, é determinado com base na natureza essencial, ou não, da colaboração daquele sujeito para o sucesso da empreitada criminosa. Isso significa dizer que, se os demais agentes puderem consumir o roubo independentemente da colaboração do sujeito que ficou aguardando do lado de fora, está-se diante de um partícipe. Por outro lado, se a colaboração desse sujeito for essencial à consumação do delito, está-se diante de coautoria.

Importante destacar que, seja na condição de coautor, seja na condição de partícipe, o concorrente sempre responde pelo crime na medida de sua culpabilidade, como manda o Artigo 29 do Código Penal, o qual, em seus parágrafos, prevê situações em que o partícipe pode receber punição mais branda que os autores ou coautores. Percebe-se que, ao avaliar uma determinada situação concreta, quando o intérprete chega à Teoria do Domínio do Fato, ele já está convicto de que há provas para incriminar o concorrente, ou seja, provas de que havia unidade de desígnios, de que ele queria a prática do delito. O desafio é apenas definir qual a natureza do papel desempenhado: coautoria ou participação.

Existem três maneiras de se dominar o fato, quais sejam: domínio da ação, domínio da vontade e domínio funcional do fato.

O domínio da ação trata da autoria imediata, do agente que realiza os elementos do tipo e que jamais poderá ser um partícipe, ainda que sua atuação tenha sido mediante pedido ou ordem de terceiro.

Já o domínio da vontade está relacionado à autoria mediata, abordando o caso em que um terceiro é usado como instrumento. Por meio da teoria da responsabilidade, Roxin (GRECO e LEITE, 2014, p. 26), explica o que está expresso no artigo 22 do Código Penal pátrio, responsabilizando o “homem de trás” (coator) pelos delitos praticados pelo “homem da frente” (coagido). Além da coação, a autoria mediata também é justificada pelo erro, que vai do erro de tipo até o erro de proibição evitável.

Ainda segundo Greco e Leite (2014, p. 27), o terceiro caso de autoria mediata seria o “domínio por meio de um aparato organizado de poder” que considera autor mediato aquele que, em uma organização verticalmente estruturada e dissociada do direito, emite uma ordem para que executores diversos a cumpram. Trata-se do domínio da organização que será estudado em separado mais adiante

Por fim, há o domínio funcional do fato que diz respeito a coautoria. Dispõe sobre a prática do delito por meio da divisão de tarefas e ação coordenada entre duas ou mais pessoas. É a chamada imputação recíproca, aplicável aos casos em que agentes decidem conjuntamente praticar o fato delituoso e atuam de maneira relevante para sua consumação.

A ideia de domínio do fato é um critério geral para a determinação da autoria, porém, não é aplicável a todas as espécies de delito.

Greco e Leite (2014, p. 31), discorrem sobre o domínio do fato não ser um critério universal, não sendo aplicável aos casos de delitos de dever (ou de violação de dever) e delitos de mão própria. No primeiro caso, considera-se autor

quem viola dever especial, como por exemplo, os crimes de peculato e corrupção passiva em que há a necessidade da qualidade especial do autor que, no caso, é a condição de funcionário público. Já no segundo caso, é considerado autor aquele que pratica a conduta delituosa em sua própria pessoa, como por exemplo, os crimes de rufianismo e falso testemunho.

Estefam e Rios Gonçalves (2012, p. 439) acrescentam que “a teoria do domínio do fato é totalmente inaplicável aos crimes culposos, pois, nesta modalidade de infração penal, as pessoas não querem o resultado, não se podendo falar em controle dos demais envolvidos”.

A ideia de domínio do fato não é uma definição de autor, mas sim um critério doutrinário para casos específicos. Trata-se de teoria garantista, logo, está incorreto associá-la a um conceito extensivo de autoria.

Não considera o mandante automaticamente autor (mediato ou intelectual), mas sim um partícipe, instigador; restringe o conceito de autor e somente pune a figura do partícipe se houver causa de extensão da punibilidade; e possuir uma posição de comando não basta para ser responsabilizado.

Segundo ensina Janaina Conceição Paschoal (2013) sobre a teoria do domínio do fato:

Destaque-se que ela não tem nada a ver com responsabilidade objetiva nem com provas. A Teoria do Domínio do Fato se aplica no momento de verificar se um determinado concorrente, em um determinado crime, tinha ou não domínio sobre o fato. Se ficar definido que ele tinha esse domínio, está-se diante de um coautor; se ficar definido que ele não tinha tal domínio, está-se diante de um partícipe.

Como já mencionado no tópico anterior, a teoria do domínio do fato ganhou repercussão entre os juristas e doutrinadores brasileiros após o julgamento da AP 470 pelo STF.

O julgamento, criticado por fazer confusão entre as teorias aplicadas pelos Ministros, causou grande repercussão entre os estudiosos do Direito.

4.1.2 Ação Penal 470 – Julgamento do “Mensalão”

Este julgamento, embora de grande relevância para a história política do país, foi duramente criticado por doutrinadores como Adriano Teixeira, Alaor Leite, Augusto Assis, Luís Greco e Janaina Conceição Paschoal.

Entre as críticas, está o argumento de que o domínio do fato é uma teoria jurídico-material que visa diferir autor de partícipe e não uma teoria jurídico-processual fundamentadora da punibilidade, razão pela qual jamais suprirá provas ausentes, ou, em outras palavras, aqueles que seriam absolvidos por ausência de prova sem a teoria, com ela, serão da mesma maneira inocentados.

Alaor Leite (2014, p. 162 e 163), considera que o julgamento do STF foi “uma manipulação grosseira da teoria”, pois ao contrário do que verificou no julgado em questão, o domínio do fato não se trata de modalidade de responsabilidade penal objetiva (algo inexistente no campo penal do ordenamento jurídico pátrio), apesar de ter sido usado para justificar a punição de agentes simplesmente por suas posições hierárquicas.

A teoria foi utilizada de maneira equivocada pelos Ministros do STF, de modo a justificar a condenação dos acusados da AP 470 que dispunham de posição de comando. Deste modo, distorceram uma teoria já existente e consagrada para que fosse possível utilizarem-se dela como argumento do julgado.

Durante o próprio julgamento, Ministros manifestaram-se contrários ao emprego da teoria para aquele caso, alegando não tratar-se de algo novo e menos ainda de uma teoria justificadora do estabelecimento da autoria em casos de ausência de prova, como é o caso do Ministro Gilmar Mendes (2012, p. 56.565):

Trata-se de uma tese, embora já antiga, ainda controvertida na doutrina. Não obstante a discussão que se trava em torno dela, muitas vezes é empregada pelo Parquet como uma espécie de panaceia geral, ou seja, de um remédio para todos os males, à míngua do medicamento processual apropriado.

No caso de processos criminais em que a produção da prova acusatória se mostre difícil ou até mesmo impossível, essa teoria permite buscar suporte em um raciocínio não raro especulativo com o qual se pretende superar a exigência da produção de evidências concretas para a condenação de alguém.

E do Ministro Ricardo Lewandowski (2012, p. 56.771):

Por fim, a despeito das observações do Ministro Revisor, observo que a teoria do domínio do fato não constitui uma retórica argumentativa estrangeira para abarcar situações carentes de prova ou justificativa para elastecer o conceito de autoria.

O que aconteceu no julgamento da AP 470 nada mais foi que a usurpação da teoria do domínio do fato para justificar uma visão de autoria e participação que julgaram conveniente criar e usar na ação penal supracitada.

Janaina Conceição Paschoal (2013), ao tratar do julgamento do Mensalão, diverge dos ensinamentos de Leite, ensinando que:

Mesmo sem analisar os autos, é possível afirmar que, no caso do mensalão, apesar de todo alarde feito, não houve aplicação da polêmica teoria da qual Claus Roxin se arrependeu, qual seja, a Teoria do Domínio da Organização.

E é possível fazer afirmação tão categórica porque, se tivesse sido aplicada tal teoria, o réu apontado como líder, no caso do mensalão, não teria sido condenado apenas por corrupção e por quadrilha; ele teria sido condenado por todos os crimes perpetrados pelo grupo, ou seja, por peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, corrupção passiva, evasão de divisas e gestão fraudulenta de instituição financeira. Isso porque, uma vez criada a estrutura, uma vez elaboradas as engrenagens, postas as normas, presume-se que o líder tinha o controle sobre TODOS os atos criminosos.

Contrariamente ao que vem sendo afirmado, uma decisão judicial que procura estabelecer as responsabilidades dos diversos intervenientes em um crime, com base na Teoria do Domínio do Fato, é uma decisão garantista, que segue à risca o Artigo 29 do Código Penal, segundo o qual o agente deverá ser responsabilizado na medida de sua culpabilidade. [...] Aliás, ainda que discorde de alguns posicionamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento do mensalão, é impossível deixar de reconhecer a total observância de todas as garantias individuais. Em muitos momentos, deve-se dizer, essa observância foi muito maior que a verificada em qualquer outro caso neste país.

A autora vislumbra um caráter preventivo em tal decisão, uma vez que o julgamento evidenciou que empresários integrantes dos esquemas envolvendo políticos eram a parte mais fraca, recebendo penas bem mais rigorosas, o que, de certa maneira, contribuirá para que pensem bem antes de se envolverem em atividades deste tipo.

Alaor Leite (2014, p. 168), enfatiza que o “domínio do fato” aplicado no julgamento da AP 470 nada tem a ver com a real concepção da teoria, pois a ideia do STF estava mais relacionada com a teoria do domínio da posição (ou da organização) e alerta quanto ao risco desta versão distorcida da teoria se espalhar pelas comarcas e tribunais do Brasil.

Claus Roxin, em entrevista concedida ao jornal Folha de São Paulo (2012), declarou que usar o domínio do fato para condenar alguém em razão da simples posição de comando deste, é um mau uso da teoria, pois isto não basta se não houver provas de que ele, de fato, controlou a ação.

Os Ministros do STF fizeram uso muitas vezes da teoria do domínio da organização como se fosse a teoria do domínio do fato e, ainda que tivessem usado a teoria correta, teriam que fundamentar a legitimidade da aplicação do domínio da organização para organizações em conformidade com o direito, como é o caso da Casa Civil e do Partido dos Trabalhadores (PT). Além disso, seria necessário verificar se os demais requisitos para a aplicação da teoria em questão estariam presentes.

A teoria do domínio da organização, objeto do presente estudo, não é expressão sinônima ao domínio do fato, razão pela qual será abordada no tópico seguinte.

4.2 Teoria do Domínio da Organização

Antes de tratar da referida teoria se faz necessário uma breve análise sobre o Direito Penal do Inimigo, em razão do objetivo deste trabalho monográfico ser, especialmente, trazer à tona a discussão se as circunstâncias atuais, com uma criminalidade cada vez mais organizada, violenta e dominante justificariam a tomada de medidas mais radicais quanto ao combate das organizações criminosas.

4.2.1 Direito Penal do Inimigo

Primeiramente, em breves palavras, deve-se ficar claro que a ideia de Direito Penal do Inimigo, como já indica o nome, consiste em um tratamento ao criminoso de verdadeiro inimigo da sociedade, indo contra todos os princípios que regem um Estado Democrático de Direito, como é o caso da República Federativa do Brasil.

O tratamento do criminoso como inimigo implica em afastar do indivíduo todas as garantias que lhes são asseguradas pela Carta Magna, algo que não é constitucionalmente permitido.

Como explica Alexandre Rocha (2011, p. 181 e 182), Günter Jakobs, que defendia um Direito Penal da normalidade ou do Cidadão, pautado na ideia de que a função primordial do Direito Penal é reafirmar a vigência da norma, foi também quem apresentou ao mundo o conceito definitivo de Direito Penal do Inimigo, afirmando que “o Direito Penal deixara de ser uma reação da sociedade ao fato criminoso perpetrado por um de seus membros para tornar-se uma reação contra um inimigo”.

Portanto, o Direito Penal do Cidadão seria um direito de todos enquanto que o do Inimigo seria um direito excepcional.

Alexandre Rocha também ensina (2011, p. 190 e 191) que, para Jakobs o Direito Penal do Inimigo é para o confronto do Estado com aqueles que considera seus inimigos, não sendo reconhecidos como cidadãos. Aqueles que não são considerados pessoas, não devem ser tratados como cidadãos e, ainda, devem ser combatidos como inimigos que são.

A pessoa seria o indivíduo que desenvolve corretamente seu papel perante a sociedade, já o inimigo seria aquele que não representa segurança para a sociedade, pois não oferece garantias de que continuará fiel a norma.

Zaffaroni (2007, p. 25), ensina que o inimigo no Direito Penal é o indivíduo que é punido em virtude de sua condição de ente perigoso, nocivo para a comunidade. Exemplos de criminosos potencialmente tratados como inimigos são os terroristas, criminosos organizados, autores de delitos sexuais, entre outros.

As principais características do Direito Penal do Inimigo, segundo Alexandre Rocha (2011, p. 196), são:

- a) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato;
- b) desproporcionalidade das penas;
- c) legislações, como nos explícitos casos europeus, que se autodenominam de “leis de luta ou de combate”;
- d) restrição de garantias penais e processuais e;
- e) determinadas regulações penitenciárias ou de execução penal, como o regime disciplinar diferenciado recentemente adotado no Brasil.

A ideia do Direito Penal do Inimigo é de que as sociedades se equipem com verdadeiras leis de combate, para somente assim serem capazes de enfrentar estes criminosos diferenciados, os inimigos.

Camila Sartorelli Balotari (2013, p. 49), ao falar sobre a aplicação prática do Direito Penal do Inimigo destaca que Jakobs não fez tal previsão, porém, enfatiza a presença de elementos da “lei do inimigo” no ordenamento pátrio, misturada com o Direito Penal do Cidadão, em especial pelas medidas de emergência previstas na Lei das Organizações Criminosas. Um exemplo é a antecipação da tutela penal punindo o crime de organização criminosa como delito autônomo.

Após breve análise quanto ao Direito Penal do Inimigo, cabe agora tratar da teoria do domínio da organização.

4.2.2 Domínio da organização

A teoria do domínio da organização (espécie) embora derivada da teoria do domínio do fato (gênero), não deve com esta ser confundida.

Nas palavras da professora Janaina Conceição Paschoal (2013), sobre a teoria do domínio da organização:

É essa teoria, elaborada por Claus Roxin, que prega que, no âmbito de uma organização criminosa, o líder, ao instituir determinadas normas, responderá pela atuação de qualquer membro do grupo que tenha praticado crimes seguindo referidas normas.

O domínio da organização nada mais é, como já explicado anteriormente, uma das formas de se dominar o fato, mais especificamente no que diz respeito ao domínio da vontade que também pode ser obtido por erro ou coação.

Confundir tais teorias foi, segundo Alaor Leite (2014, p. 138), “a maior confusão observável na decisão da AP 470”. Confusão esta que propiciou uma série de discussões e estudos sobre o tema.

Para que se configure o domínio da vontade em razão do domínio da organização, são necessários, como ensina Alaor Leite (2014, p. 139 e 140):

Nestes casos, o <<homem de trás>>, (a) por dominar um aparato organizado de poder desvinculado da ordem jurídica e (b) possuir poder de mando, (c) pode emitir ordens que serão cumpridas por executores fungíveis, e é exatamente o domínio dessa estrutura organizacional com funcionamento automático que o transformaria, segundo Roxin, em autor mediato dos delitos perpetrados pelos executores imediatos. Haveria, assim, a figura do <<autor por trás do autor>>, ocorrendo uma espécie de mitigação do chamado <<princípio da autorresponsabilidade>>. [...] (grifo do autor)

Cabe ressaltar que, um dos requisitos da teoria especifica ser esta aplicável a organizações completamente desvinculadas do direito, o que restringiria sua aplicação apenas para organizações criminosas, máfias, regimes totalitários, não sendo, em tese, aplicável, por exemplo, as empresas ou partidos políticos.

O fundamento para a restrição se dá pelo fato de que nessas organizações, ao contrário de empresas e partidos políticos, o líder tem a certeza de que as ordens ilegais serão cumpridas por seus subalternos. Isto acontece porque nessas organizações a relação entre líderes e subordinados é de temor e/ou adoração, o que assegura o fiel cumprimento da ordem, ainda que manifestamente ilegal.

Sobre o requisito da fungibilidade, o professor Pablo Rodrigo Alflen da Silva (2006, p. 13 e 14), ensina que:

[...] deve-se observar, de acordo com a diretriz estabelecida pela teoria do domínio por organização, que a autoria mediata, nestes casos de domínio por organização, se baseia, primeiramente, na fungibilidade do autor direto e no domínio automático do subordinado por parte do aparato organizado de poder.

Portanto, o domínio por organização tem como pressuposto o domínio sobre uma coletividade de executores (a organização), sendo que o autor mediato (o homem de trás) realiza o fato por meio de algum dos executores pertencentes à organização dirigida por ele, e que, em razão das condições, este autor direto se caracteriza como um sujeito fungível (fácil ou automaticamente substituível) e carente de significação, portanto, não sendo sequer necessário que o autor mediato o conheça. Além disso, os aparatos de poder devem consistir em organizações criminosas, de forma que não se pode incluir aí as empresas, pois estas não são criminosas por si mesmas, uma vez que perseguem a obtenção legal de benefícios financeiros e as infrações são acidentais, a não ser que estas sejam constituídas visando fins ilícitos. Dessa forma, a autoria do homem de trás dá-se partindo do seu poder fático de condução, no sentido de um modelo de imputação normativo, de maneira que na organização a responsabilidade aumenta com o afastamento do plano da execução.

Este requisito da fungibilidade, assim como a exigência de que a organização esteja em conformidade com o direito, é importante para impedir que o domínio da organização seja aplicado ao âmbito da criminalidade econômica.

Alaor Leite (2014, p. 142 e 143), explica:

[...] se é correto dizer que a teoria do domínio da organização agrava a responsabilidade penal, é incorreto – o velho equívoco – afirmar que, com ela, se transforma, em bom português, absolvição em condenação. Sem a teoria do domínio da organização, e em um sistema que diferencia autor e partícipe, os <<homens de trás>> seriam instigadores dos delitos, ou seja, também seriam puníveis. O efeito jurídico da adoção da teoria do domínio da organização é transformar estes instigadores em autores mediatos. Intuitivamente, é este raciocínio que está por trás da teoria, seria incorreto afirmar que as ordens de extermínio de Hitler eram apenas atos de instigador das execuções que se consumavam pelas mãos de soldados obedientes já fora do *bunker*. Em breve resumo, a adoção da teoria do domínio da organização apenas transforma cúmplices e instigadores em autores mediatos, e, além disso, não significa uma transferência de responsabilidade de baixo para cima, na medida em que os autores imediatos permanecem sendo autores (imediatos), e como tal devem ser apenados. Num sistema que contém um art. 29, *caput*, CP, bastaria provar uma ação ou omissão causal no sentido amplo da *conditio sine qua non* (art. 13, *caput*, CP). (grifo do autor)

A teoria do domínio da organização, embora reconhecida na jurisprudência alemã, nas decisões de Cortes estrangeiras e no Direito Penal internacional, é alvo de duras críticas doutrinárias.

Luís Greco (2014, p. 204), explica que o principal argumento contrário ao domínio da organização está na aparente violação ao princípio da autorresponsabilidade, segundo o qual “cada pessoa é responsável apenas pelo seu próprio comportamento e nunca pelo comportamento livre e responsável de terceiros”.

Assim, não seria possível falar da existência de autoria mediata nos casos que envolvessem autores (imediatos) responsáveis e o “autor por trás de um autor” seria no máximo um partícipe.

O princípio da autorresponsabilidade aceita apenas um domínio da vontade em razão da ausência de liberdade, caso o “homem da frente” não atue de forma livre e/ou responsável.

Entretanto, Luís Greco (2014, p. 214) dispõe que:

[...] O princípio não pode no entanto almejar nem a uma delimitação de todo o espectro da autoria mediata e do domínio da vontade e nem, com mais razão, à determinação da autoria de todos os delitos de domínio, isto é, de

todos os delitos nos quais o conceito geral de domínio do fato é de significado fundamental. É menos plausível ainda defendê-lo como um princípio geral, válido para todo o Direito (Penal). É por isso que o princípio não oferece uma razão para duvidar da possibilidade de um autor por trás de um autor plenamente responsável e, especialmente, da autoria mediata por meio do domínio da organização.

A teoria do domínio da organização, em resumo, veio para dar a punição adequada àqueles que, apesar de não executarem o delito com suas próprias mãos, são tão ou mais responsáveis que o executor (autor imediato).

Luís Greco e Augusto Assis (2014, p.121 e 122) discorrem que:

[...] A repetida afirmação de que a teoria do domínio da organização finalmente permite punir o homem de trás é um engano. A única hipótese em que o novo modelo de autoria e participação vai além do modelo unitário e extensivo fundado na leitura tradicional do art. 29, caput, CP é uma em que o problema é punir os que estão não atrás, e sim ao lado, ou melhor, lado a lado, isto é: a hipótese de causalidade alternativa, que se manifesta nos casos de decisões colegiadas tomadas com excesso de votos. De resto, o novo modelo tende a restrição da punibilidade: ele diferencia entre autor e partícipe e abandona a ideia de que basta uma contradição causal para realizar o tipo, ainda que entre ação e resultado intervenha um terceiro responsável.

Portanto, fica evidente que, respeitados os requisitos para que a teoria do domínio da organização seja utilizada, é perfeitamente possível utilizar-se desta para o combate aos criminosos organizados que representam um grave problema para o Estado brasileiro.

5 CONCLUSÃO

As organizações criminosas se desenvolveram nos últimos anos de maneira preocupante e alarmante, representando hoje um grande risco para a sociedade.

É evidente que a situação saiu do controle e as medidas tomadas pelo governo até então não foram capazes de reverter a situação.

Não adianta primar pelos direitos humanos daqueles que não veem os demais membros da sociedade como seus iguais, e que não tem respeito sequer pelas vidas, uma vez que matam por qualquer razão ou, para bem dizer, sem razão alguma.

O Direito Penal como *ultima ratio*, deve atuar quando todos os outros meios de controle social tiverem falhado, logo, se até hoje não foi possível corrigir o problema da criminalidade (que só cresce) por outros meios, é preciso que uma legislação mais enérgica seja elaborada.

O que se percebe é que os criminosos estão cada vez mais à vontade, exibindo publicamente seu ódio às figuras de autoridade e até mesmo ostentando o produto de seus crimes em redes sociais.

A inversão de valores é tamanha que hoje em dia é deve-se ter maior cautela ao se identificar como policial do que como criminoso.

Desse modo, fica evidente que é necessário rever com urgência a maneira como o país coíbe e pune a criminalidade organizada.

Diante de todo o exposto, parece mais que razoável utilizar elementos de Direito Penal do Inimigo numa sociedade em que organizações criminosas são responsáveis por uma interminável “guerra urbana”, e punir, por meio da teoria do domínio da organização, os líderes que muitas vezes, se isentam da responsabilidade pelos crimes praticados por seus subalternos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Reinaldo. **ÍTEGRA DO ARTIGO**: Professora põe ordem na gritaria do “juristismo” mensaleiro: estão confundindo Teoria do Domínio do Fato, presente há muito em nosso ordenamento jurídico, com Teoria do Domínio da Organização, que não foi aplicada pelo STF. Disponível em:

<<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/documentos/integra-do-artigo-professora-poe-ordem-na-gritaria-do-juristismo-mensaleiro-estao-confundindo-teoria-do-dominio-do-fato-presente-ha-muito-em-nosso-ordenamento-juridico-com-teori/>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

BALOTARI, Camila Sartorelli. **Direito penal do inimigo em combate ao poder paralelo das organizações criminosas**. 2013. 58 f. Monografia (Bacharelado - Direito) - Faculdades Integradas Antonio Eufrasio de Toledo, Presidente Prudente, 2013

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014.

_____. **Decreto Nº 5.015, de 12 de março de 2004**: Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 15 set. 2014.

_____. **Lei Nº 9.034, de 3 de maio de 1995**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9034.htm>. Acesso em: 20 set. 2014.

_____. **Lei Nº 12.694, de 24 de julho de 2012**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

_____. **Lei Nº 12.830, de 20 de junho de 2013**.. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm>. Acesso em: 28 set. 2014

_____. **Lei Nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**.. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 28 set. 2014

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 470. Relator: Ministro Joaquim Benedito Barbosa Gomes. **Ação Penal 470 Minas Gerais**. Brasília, 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 711**. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=711.NUME.NAO.S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 25 out. 2014.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado Lei nº 12.850/2013**. 2.ed. rev., ampl. e atual. Salvador, BA: JusPODIVM, 2014. 198p.

ESTEFAM, André. **Direito penal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, 548 p.

FERREIRA, Thaís Caires. **Estudo do crime organizado no Brasil: análise da existência e ofensividade das máfias**. Presidente Prudente, 2011. 63 p. a Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas 'Antônio Eufrásio de Toledo', Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2011

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Crime organizado e organizações criminosas mundiais**. Curitiba: Juruá, 2009-2012. 703 p.

_____; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Curitiba: Juruá, 2014. 282 p.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; ESTEFAM, André. **Direito penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. 214 p.

GRILLO, Cristina; MENCHEN, Denise. Participação no comando de esquema tem que ser provada. **Folha de S.paulo**. São Paulo, p. 1-2. nov. 2012.

<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/77459-participacao-no-comando-de-esquema-tem-de-ser-provada.shtml>> Acesso em: 18 nov. 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 2.ed. Salvador, BA: JusPODIVM, 2013. 956 p.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2011. 353 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 127 p.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Direito Penal do autor ou Direito Penal do fato?** Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 28 julho. 2009. Acesso em: 22 nov. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. 926 p.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas. **Direito em Revista**, v. 3, n. 18, ano 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed Rio de Janeiro: Revan, 2007. 222 p. (Pensamento criminológico ; v.14)