

ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA: SIGNIFICADO E CARACTERIZAÇÃO PRÁTICA¹

Abelardo Julio da Rocha²

INTRODUÇÃO

O advento da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, que ampliou a competência da Justiça Militar para além dos crimes previstos no Código Penal Militar, tornou possível à Polícia Judiciária Militar apurar, em sede de Inquérito Policial Militar, a existência e atuação de Organizações Criminosas, quando delas for integrante militar, policial militar ou bombeiro militar.

Ocorre que o pleno êxito da apuração propedêutica ou pré-processual em relação aos casos que envolvem Organização Criminosa depende fundamentalmente da correta caracterização do que, de fato, constitui uma verdadeira *Associazione per delinquere*.

Refletir sobre o tema é relevante, sobretudo porque uma equivocada compreensão acerca do conceito de Organização Criminosa pode levar a Polícia Judiciária Militar a enveredar seus trabalhos por caminhos que se afastem do verdadeiro significado jurídico da expressão recentemente definida pela Lei nº 12.850/13.

Sem a pretensão de esgotar as discussões sobre o significado de Organização Criminosa, entendemos ser de fundamental importância uma correta compreensão sobre três aspectos nucleares, a saber: (i) o que caracteriza uma Organização Criminosa, (ii) os elementos indicativos da efetiva participação de um militar numa Organização Criminosa e (iii) os elementos que distinguem o concurso de agentes e Organização Criminosa.

I – DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DE UMA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Seria leviano apontar elementos capazes de caracterizar uma Organização Criminosa sem antes reproduzir o conceito trazido pela Lei nº 12.850/13, que é a *novel* norma de regência da matéria no Brasil, *verbis*:

Art. 1º - . . .

¹ Artigo publicado na Revista DIREITO MILITAR da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, número 136 – MAIO/JUNHO de 2019, pags. 36/40.

² Advogado militante na Justiça Militar do Estado de São Paulo e no Tribunal do Júri. Especialista em Direito Militar e Professor no Curso de Pós-Graduação em Direito Militar na Escola Paulista de Direito (EPD). Presidente do Conselho de Administração do Colégio Presbiteriano do Brás (CPB) e Diretor Jurídico da Associação de Defesa dos Agentes de Segurança Pública - ADEASP. Autor de obras jurídicas e articulista. Major da Reserva da Polícia Militar do Estado de São Paulo, havendo servido, entre outras Unidades, na Corregedoria da Polícia Militar do Estado de São Paulo e no 1º Batalhão de Polícia de Choque “Tobias de Aguiar” – Rondas Ostensivas Tobias de Aguiar – ROTA.

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

Ronaldo João Roth, ao comentar a nova lei do crime organizado, em percuciente artigo jurídico, já havia assinalado, com a precisão cirúrgica que lhe é peculiar, que ³“com a novel Lei nº 12.850/13, não há de se confundir o delito de quadrilha ou bando ou de associação para o tráfico de entorpecentes, com o delito de organização criminosa, seja pelo número de seus integrantes, seja pelas características de estrutura sólida e ordenada, de hierarquia e divisão de tarefas entre seus integrantes, e com o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza”.

Todavia, a despeito de tais profundos esclarecimentos, remanesce a dificuldade de uma segura caracterização das Organizações criminosas a fim de que a gênese das apurações promovidas pela Polícia Judiciária Militar seja corretamente orientada.

Neste particular, julgo extremamente apropriada e elucidativa a abordagem de Gilson Langaro Dipp, ao prelecionar que *uma organização criminosa de modo geral se revela por dotar-se de aparato operacional, o que significa ser uma instituição orgânica com atuação desviada, podendo ser informal ou até forma mas clandestina e ilícita nos objetivos e identificável como tal pelas marcas correspondentes. A organização criminosa pode também, eventualmente ou ordinariamente, exercer atividades lícitas com finalidade ilícita, apesar de revestir-se de forma e atuação formalmente regulares. Um estabelecimento bancário que realiza operações legais e lícitas em deliberado obséquio de atividades ilícitas de terceiro, é o exemplo que recomenda cuidado e atenção na compreensão de suas características.*

E continua explicando que *a principal delas é ser produto de uma associação, expressão que indica a afectio entre pessoas com propósitos comuns ou assemelhados em finalidade e objetivo. É essencial que haja afinidade associativa entre as pessoas (usualmente pessoas físicas, mas não é impossível a contribuição de pessoas jurídicas), ainda que cada uma tenha para si uma pretensão com motivação e objetos distintos das demais e justificativas individuais, todavia logicamente reunidas por intenção e vontade comum nos resultados*⁴.

Assim, são elementos caracterizadores de uma Organização Criminosa, além dos requisitos já estabelecidos no conceito legal:

I.1 – Identidade de finalidade e objetivo entre os integrantes

³ 7 ROTH, Ronaldo João. A nova Lei do crime organizado – Lei 12.850/13 – a atuação das instituições militares e da Justiça Militar, e os meios operacionais e legais para atuação da Polícia Judiciária Militar. Florianópolis: Revista Direito Militar, AMAJME, n. 104, nov./dez., 2013, p. 23-28.

⁴ DIPP, Gilson Langaro. *A delação ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei*. Brasília: IDP, 2015, p. 11.

É dizer que se afigura impossível a existência de uma Organização Criminosa sem que haja minimamente uma identidade de finalidade e objetivo entre seus integrantes, o que a doutrina sempre chamou de *affectio*.

O termo *affectio societatis* pode ser tomado por empréstimo a partir do direito empresarial e deve ser entendido como o ânimo de associação entre os sócios de uma sociedade empresarial.

Embora não seja prudente ignorar o grande poder de intimidação que algumas Organizações Criminosas podem exercer sobre seus integrantes, a realidade é que o pertencimento é ato volitivo da pessoa, em regra.

É porque a oportunidade de obter altos ganhos em razão do proveito dos crimes praticados é fator que seduz e encanta facilmente aqueles cuja bússola moral está ou sempre foi defeituosa.

De qualquer modo, os quatro (ou mais) integrantes devem saber que atuam numa organização com fins criminosos e, ainda, precisam ter uma associação entre si, o que é mais do que a mera prestação eventual de algum serviço.

Isto é identidade de finalidade.

I.2 – Da necessária comunicação interpessoal entre os integrantes da Organização

Também não é possível pensar em Organização Criminosa sem que se comprove, minimamente, uma comunicação interpessoal entre seus integrantes.

Pessoas que não se conhecem ou que não se comunicam por qualquer meio não poderiam integrar uma Organização Criminosa porque tal constatação se afigura incompatível com os verbos que integram os núcleos incriminadores do tipo, quais sejam: “promover, constituir, financiar ou integrar”.

Tem toda razão Guilherme de Souza Nucci⁵ quando assevera que “em verdade, bastaria o verbo integrar, que abrangeria todos os demais. Quem promove ou constitui uma organização, naturalmente a integra; quem financia, igualmente a integra, mesmo como partícipe.”

Reforçando, portanto, o que já dissemos, é muito pouco provável que uma pessoa seja integrante de uma Organização Criminosa sem que se comunique com pelo menos com outro integrante da mesma Organização, de alguma forma.

Daí porque se durante a formação da culpa nenhuma comunicação entre o militar suspeito e qualquer integrante da Organização criminosa for constatada, mitigada restará a incriminação.

I.3 – Da estabilidade ou permanência

A utilização da expressão “associação” no início do conceito de organização criminosa demonstra que deve haver um vínculo não eventual. Para configuração de Organização Criminosa, deve haver, portanto, uma permanência nessa relação.

Em outras palavras, é dizer que a interação entre os integrantes de uma Organização Criminosa deve ser mais que mero contato ocasional.

Em resumo, a Associação deve se manifestar de forma estável, duradoura, permanente, pois do contrário configura uma mera coautoria (autoria coletiva) para a realização de um determinado delito.

Por último, sobre este aspecto, a permanência e estabilidade do grupo deve estar estabelecida antes do cometimento dos crimes planejados porque se ocorrer depois, tratar-se-á de mera co-autoria.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 18.

II – DOS ELEMENTOS INDICATIVOS DA EFETIVA PARTICIPAÇÃO DE UM MILITAR NUMA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

A nosso ver, o grande e maior desafio da Polícia Judiciária Militar é arregimentar evidências que comprovem a participação do militar numa Organização Criminosa e a ela esteja efetivamente integrado.

O militar, policial militar ou bombeiro militar poderia, em tese, praticar qualquer uma das condutas descritas no artigo 2º da Lei nº 12.850/13, ou seja, promover (gerar, originar algo ou difundir, fomentar, cuidando-se de verbo de duplo sentido), constituir (formar, organizar, compor), financiar (custear, dar sustento a algo) ou integrar (tomar parte, juntar-se, completar).⁶

Todavia, ainda são extremamente raros os casos em que o militar exerce protagonismo na estrutura das Organizações Militares, exceto nos casos das *Milícias* no Estado do Rio de Janeiro, em que policiais militares e bombeiros militares, de fato, além de integrarem, também constituem agremiações criminosas com característica empresarial.

A experiência tem demonstrado que, em geral, militares e policiais militares são assediados pelo Crime Organizado a integrar Organizações Criminosas, isto é, tomar parte, juntar-se e completar.

É que esta categoria de servidor público, os militares e, em especial, os policiais militares, possuem uma capacidade que muito interessa aos criminosos organizados: o poder de dar cobertura às práticas ilícitas, quer por meio da inércia funcional (prevaricação), quer através de informações privilegiadas.

A propósito, grandes seriam os percalços enfrentados por uma Organização Criminosa se não contar com a participação, por comissão ou omissão, de agentes de segurança pública.

Não é sem razão que o legislador, sabiamente, estabeleceu que “se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata aquela Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão”. (§ 7º, do artigo 2º, da Lei nº 12.850/13)

Mas antes disso a lei prevê que “se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual”, de acordo com o disposto no artigo 2º, § 5º do mesmo diploma legal.

Daí a imprescindibilidade para as Organizações Criminosas da participação de funcionário público, em especial policiais.

A nosso ver, os elementos que podem indicar o envolvimento de militar ou policial militar em Organização Criminosa, sem prejuízo de outros eventualmente lembrados pelo leitor, são os seguintes:

II.1 – Conversações telefônicas interceptadas com conteúdo incriminador

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. Op. j. cit., p. 18.

Neste particular, cabe uma grave advertência à autoridade de polícia judiciária militar no sentido de que a interceptação telefônica devidamente autorizada pelo juízo competente constitui um “meio de obtenção da prova”, nos termos do artigo 3º da Lei nº 12.850/13 e isto quer dizer que o conteúdo interceptado não pode ser tomado isoladamente de seu contexto, mas cotejado com as demais evidências existentes por meio de um exercício de inteligência policial.

De outro giro, conversas comprometedoras mantidas entre o militar suspeito e um integrante de uma Organização Criminosa constitui indício suficiente para fortalecer a suspeita inicial e, inclusive, recomendar a representação pela segregação cautelar.

II.2 – Registros de ligações telefônicas e telemáticas com integrante (s) do Crime Organizado.

A apreensão do aparelho celular utilizado pelo militar suspeito pode revelar registros de ligações telefônicas comprometedoras, para dizer o mínimo.

Mas, cabe aqui mais uma advertência à autoridade de polícia judiciária militar referente à constitucional proteção ao direito de intimidade do investigado, conforme art. 5º, inciso X, da Constituição da República, e a solução é limitar a pesquisa exclusivamente aos registros das últimas ligações efetuadas e recebidas.

O Superior Tribunal de Justiça já foi chamado a debruçar-se sobre a questão de celulares apreendidos no curso de uma investigação, havendo aquela Corte deslindado a controvérsia da seguinte forma:

[...] O fato de ter sido verificado o registro das últimas chamadas efetuadas e recebidas pelos dois celulares apreendidos em poder do corréu, cujos registros se encontravam gravados nos próprios aparelhos, não configura quebra do sigilo telefônico, pois não houve requerimento à empresa responsável pelas linhas telefônicas, no tocante à lista geral das chamadas originadas e recebidas, tampouco conhecimento do conteúdo das conversas efetuadas por meio destas linhas [...].⁷

Também recentemente o Supremo Tribunal Federal reconheceu ser possível obter dados dos aparelhos celulares apreendidos, não gerando prova ilícita.

Confira-se:

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO SEGUNDO. APREENSÃO DE TELEFONE CELULAR. ACESSO ÀS LIGAÇÕES REALIZADAS E RECEBIDAS. ILEGALIDADE DA PROVA. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. LEGITIMIDADE DA MEDIDA. NÃO EQUIPARAÇÃO COM A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. COMPROVAÇÃO DO CRIME POR OUTROS MEIOS.⁸

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 66.368/PA. Rel. Min. Gilson Dipp. 05 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 jul. 2019.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 105488/SP. Rel. Min. Celso de Mello. 16 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14 jul. 2019.

Forte na jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores, de todo razoável concluir que a Polícia Judiciária Militar pode obter registros telefônicos sem ordem judicial, mas desde que estejam esses na memória do aparelho de celular apreendido em poder do militar suspeito.

Já o mesmo não se pode dizer em relação às mensagens de correio eletrônico, eis que protegidas constitucionalmente pela inviolabilidade, razão pela qual deve a autoridade de polícia judiciária militar buscar autorização do juízo competente.

II.3 – Sinais exteriores de riqueza incompatíveis com o soldo

O substantivo “Soldado” nos remete à ideia de alguém cujo trabalho é remunerado pelo “soldo”, que são os militares, de uma maneira geral.

Quando um militar ostenta sinais exteriores de riqueza, seus superiores hierárquicos têm o dever de apurar o fato, sob pena de responsabilização legal.

Ocorre, todavia, que nem sempre a evolução patrimonial do militar suspeito se mostra ostensiva ou facilmente visível e nestes casos tem lugar um meio legal de investigação denominado **afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica**.

O movimento bancário, em especial, muito diz acerca dos negócios praticados por alguém, se ilícitos ou não, sobretudo com relação aos depósitos.

O militar investigado que for chamado a explicar sua movimentação financeira e bancária terá dificuldades de justificar depósitos de origem espúria, por exemplo.

Também dinheiro em espécie eventualmente localizado no interior da residência precisam ter uma origem explicada e comprovada, caso contrário, constituir-se-à robusto indício de ilicitude e relação com Organização Criminosa.

III – DA DISTINÇÃO ENTRE O CONCURSO DE PESSOAS E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.

Difícil distinguir no caso concreto um concurso de pessoas e uma Organização Criminosa, especialmente porque são conceitos que se entrelaçam no desenrolar das ações, causando dúvidas até mesmo nos mais experientes operadores do direito.

Vamos aos conceitos.

Conceitualmente o **Concurso de Pessoas** é a reunião de vários agentes que concorrem, de forma relevante, para a realização do mesmo evento, agindo todos com identidade de propósitos.

O concurso de pessoas exige a adesão de vontades do concorrente apenas até a consumação.

Mas, é preciso observar que depois da consumação a adesão pode configurar crime autônomo.

Geralmente a doutrina penal mais autorizada estabelece 4 (quatro) requisitos para configuração do concurso de pessoas, a saber: (i) Pluralidade de agentes e de conduta: 2 ou mais pessoas; (ii) Relevância causal das condutas; (iii) Liame subjetivo entre os agentes: os agentes buscam a prática do mesmo evento e (iv) Identidade de infração penal, isto é, todos agentes devem contribuir para o mesmo evento.

Convém sublinhar que para caracterização do concurso de pessoas não há necessidade de ajuste prévio entre os agentes, mas deve haver vontade de obtenção do resultado.

Já no que diz respeito ao conceito de **Organização criminosa**, estabelecido recentemente na lei 12.850/13, é 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 (crimes e contravenções penais) cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

De proêmio, insta observar que há o pressuposto da existência de hierarquia e divisão de tarefas na definição legal.

Também é de fundamental importância considerar que o objetivo da organização criminosa é obter direta ou indiretamente vantagem de qualquer natureza, ou seja, não será necessariamente econômica.

Assim, a Organização Criminosa pressupõe a existência de uma estrutura adrede concebida para a prática de ilícitos penais graves, pois que puníveis com mais de 4 (quatro) anos e, por fim, almejando vantagem de qualquer natureza.

Portanto, vai muito além do mero concurso de pessoas, muito embora seja necessário o concurso de agentes nos termos que a lei nº 12.850/13 especifica.

IV - CONCLUSÃO

À guisa de arremate, necessário lembrar que o advento da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, que ampliou o conceito de crime militar, ao conferir nova redação ao artigo 9º do Código Penal Militar, trouxe tormentosos desafios aos operadores do direito militar, entre eles o enfrentamento das situações em que o militar, policial militar ou bombeiro militar supostamente integrar Organização Criminosa.

Para que o trabalho de investigação seja realizado a contento pela Polícia Judiciária Militar é necessário uma adequada caracterização de uma *Associazione per delinquere*, a identificação dos elementos que apontem a efetiva participação do militar na agremiação criminosa, distinguindo-se do mero concurso de pessoas.

É preciso prestar muita atenção na advertência de João Ronaldo Roth⁹ quando vaticina que “Se é certo que o crime organizado *utiliza da corrupção* para cooptar funcionários públicos e *militares* para o seu desiderato delituoso, não se pode deixar de reconhecer que o melhor caminho é **dotar as Instituições Militares** de mecanismos legais para a prevenção e repressão ao crime organizado, **na modalidade deste em conexão com o crime militar**, mantendo hígida a tropa, e neste diapasão **tendo a Justiça Militar como o Juízo natural dessas questões.**”

Tal necessário aparelhamento da Polícia Judiciária Militar, corretamente recomendado por Roth, não será eficiente na luta contra o crime organizado se não houver aprimoramento nas técnicas de investigação a permitir a reunião de provas capazes de apontar inequivocamente o pertencimento do militar a determinada Organização Criminosa, tal como define a Lei nº 12.850/13.

⁹ ROTH, Ronaldo João. A nova Lei do crime organizado – Lei 12.850/13 – a atuação das instituições militares e da Justiça Militar, e os meios operacionais e legais para atuação da Polícia Judiciária Militar. Florianópolis: Revista Direito Militar, AMAJME, n. 104, nov./dez., 2013, p. 23-28.