

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

LARYSSA CAMARGO HONORATO SANTOS

**O CONCEITO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS:
IMPLICAÇÕES MATERIAIS E PROCESSUAIS À LUZ DO PRINCÍPIO DA
TAXATIVIDADE PENAL**

PORTO ALEGRE

2010

LARYSSA CAMARGO HONORATO SANTOS

**O CONCEITO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS:
IMPLICAÇÕES MATERIAIS E PROCESSUAIS À LUZ DO PRINCÍPIO DA
TAXATIVIDADE PENAL**

Dissertação apresentada como requisito para
obtenção do grau de Mestre pelo Programa
de Pós-Graduação em Ciências Criminais da
Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Dr. Luciano Feldens

Porto Alegre
2010

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S237c Santos, Laryssa Camargo Honorato
O conceito de organizações criminosas: implicações materiais e processuais à luz do princípio da taxatividade penal. / Laryssa Camargo Honorato Santos. – Porto Alegre, 2010.
128 f. : il.

Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.

Orientação: Prof. Dr. Luciano Feldens.

1. Direito Penal. 2. Direito Processual Penal.
3. Crime Organizado. 4. Convenção de Palermo.
5. Taxatividade Penal. I. Feldens, Luciano. II. Título.

CDD 341.5903

Ficha elaborada pela bibliotecária Cíntia Borges Greff CRB 10/1437

LARYSSA CAMARGO HONORATO SANTOS

**O CONCEITO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS:
IMPLICAÇÕES MATERIAIS E PROCESSUAIS À LUZ DO PRINCÍPIO DA
TAXATIVIDADE PENAL**

Dissertação apresentada como requisito para
obtenção do grau de Mestre pelo Programa
de Pós-Graduação em Ciências Criminais da
Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em 12 de março de 2010.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Luciano Feldens - PUCRS

Professor Doutor Nereu José Giacomoli

Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Luciano Feldens, pela sua orientação, incentivo e paciência.

Ao Professor Doutor Gilberto Giacóia, pelo incentivo e ajuda, sem os quais este trabalho jamais seria possível.

Aos colegas que se tornaram amigos, pelo companheirismo, para todos os momentos.

Aos meus pais, por tudo.

RESUMO

O debate gerado em torno do conceito de organizações criminosas parece infundo. Posições doutrinárias e legislativas divergentes traduzem a extensão do problema. No ordenamento jurídico brasileiro, o conceito existente, vindo do artigo 2.º da Convenção de Palermo, ao ser analisado sob a ótica do princípio da taxatividade, torna-se inaplicável em razão de sua imprecisão. Desta maneira, impõe-se o estabelecimento de parâmetros para uma possível operacionalização, parâmetros que sejam baseados em elementos precisos, eliminando ao máximo a subjetividade do aplicador, tornando assim a configuração de uma organização criminosa em um caso concreto baseada em aspectos objetivos. Parâmetros que, ao serem aplicados, ao invés de estender, restringem o âmbito de incidência do conceito, para apenas aqueles casos em que se faz realmente necessário. Desta forma, conseguem eliminar os abusos cometidos quando da sua aplicação, tanto em âmbito jurídico quanto legislativo. Esses podem ser elaborados por meio de um modelo ordinal de conceito, que tem o objetivo de facilitar sua interpretação, em que cada dimensão corresponde aos aspectos objetivos dos elementos contidos no próprio conceito elaborado pela convenção de Palermo. Cada dimensão deve ser analisada de forma separada, de modo que a não configuração de uma dimensão implica na não configuração de uma organização criminosa no caso concreto, por serem interdependentes. Ao restringir o âmbito de incidência do conceito, pode-se evitar confusões que ocorrem entre organizações criminosas, quadrilha ou bando, e criminalidade econômica, e os casos em que a sua aplicação resulta em uma condenação, indevida, ou em um cerceamento de garantias fundamentais.

Palavras chave: Direito penal. Direito processual penal. Organizações criminosas. Convenção de Palermo. Taxatividade penal.

ABSTRACT

The debate involving the definition of criminal organizations seems endless. Different doctrine and law positions translate the extension of the problem. In Brazilian law, the definition that exists, that comes from article 2 of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, while analyzed considering the *nullum crimen nulla poena sine lege certa* maxim, becomes inapplicable due to its imprecision. Then, it is necessary the establishment of parameters for a proper use of the concept, based on objective factors, so that it's possible to eliminate at the most the subjectivity of the interpreter, making the configuration of a criminal organization in a real case based solely on objective aspects. Parameters that, when applied, instead of maximizing the sphere of incidence of the concept, reduce it, to only those cases in which it is really necessary. This way, it can eliminate the abuse committed when it is applied, both in law making and juridical spheres. These can be elaborated by an ordinal model of the concept, that aims to facilitate its interpretation, in which each dimension corresponds to the objective elements contained in the concept elaborated by the Convention itself. Each dimension must be analyzed for itself, in a way that the non configuration of a dimension means the non configuration of the criminal organization in the case, for they are co-dependant. While restricting the sphere of incidence of the concept, it is possible to avoid confusions regarding criminal organizations, economic crimes and associative crimes, and the cases in which its utilization results in an inappropriate conviction, or in a violation of fundamental rights.

Key words: Criminal Law. Criminal procedure. Criminal organizations. United Nations Convention against transnational organized crime.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O DIREITO: AS PERSPECTIVAS LEGISLATIVA E DOUTRINÁRIA SOBRE A DEFINIÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	10
2.1	LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	11
2.1.1	Lei n.º 9.034/95.....	11
2.1.2	Lei n.º 9.613/98.....	14
2.1.3	Lei n.º 10.217/01.....	16
2.2	LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA	17
2.2.1	Itália	17
2.2.2	Estados Unidos	19
2.2.3	França	20
2.2.4	Bélgica	21
2.3	CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL.....	23
2.4	POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS	26
2.4.1	Doutrina Nacional.....	29
2.4.2	Doutrina Estrangeira.....	39
3	QUESTÕES RELACIONADAS À IMPRECISÃO CONCEITUAL DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	49
3.1	ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS VERSUS QUADRILHA OU BANDO.....	49
3.2	CRIMINALIDADE ORGANIZADA E CRIMINALIDADE DE MASSA	54
3.3	CRIMINALIDADE MODERNA E DELINQUÊNCIA ECONÔMICA ...	58
3.3.1	Criminalidade Organizada e Criminalidade Econômica	61
3.4	DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIA.....	64
3.5	ANÁLISE DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.....	69
3.5.1	Superior Tribunal de Justiça.....	69
3.5.2	Supremo Tribunal Federal	73

3.6	A IMPRECIÇÃO CONCEITUAL DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL	78
4	PROPOSTA DE OPERACIONALIZAÇÃO PARA O CONCEITO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	81
4.1	O PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE COMO FUNDAMENTO PARA A UTILIZAÇÃO DO CONCEITO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS PROPOSTO PELA CONVENÇÃO DE PALERMO	82
4.2	ESTABELECENDO PARÂMETROS: O CONCEITO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO EM UM MODELO ORDINAL.....	88
4.2.1	Modelo Continuum.....	88
4.2.2	Artigo 2.º da Convenção de Palermo em um modelo ordinal de conceito.....	91
4.3	NECESSIDADE DO AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DO CONCEITO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS EM SUA FORMA ATUAL.....	98
4.3.1	Impossibilidade de aplicação do artigo 1.º, VII, da Lei n.º 9.613: Lavagem de dinheiro	99
4.3.2	Direito Penal Econômico e Criminalidade Organizada.....	104
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	116
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	120
	APÊNDICE	
	Anexo 1 - Figura 1 – The Organized Crime Continuum.....	127
	Anexo 2 - Figura 2 – O conceito de organizações criminosas da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional em um modelo continuum	128

1 INTRODUÇÃO

O crime organizado, embora seja uma presença constante no cotidiano das sociedades, não possui uma definição precisa. Grande parte da imagem errada que se tem deste assunto se deve ao apresentado pela mídia: ocorre uma freqüente confusão entre criminalidade organizada e criminalidade de massa, sendo que a idéia projetada é a de que todos os crimes de tráfico de entorpecentes, bem como aqueles que os envolvem, são resultado de ações de organizações criminosas, e que estas são configuradas no modelo mafioso. Ocorre que esta é uma visão distorcida, não condizente com a realidade. Esses crimes, geralmente, são praticados por pequenas quadrilhas agindo independentes umas das outras, sem que exista qualquer organização, características da criminalidade de massa e não da criminalidade organizada. Ainda, o fato de existir um modelo mafioso não significa que todas as organizações criminosas se estruturam desta forma.

É necessário salientar, então, que a criminalidade organizada não é a regra, mas sim a exceção. O que dificulta esta compreensão é que não é possível se afirmar o que seja uma organização criminosa por meio de um conceito único, preciso, que possa ser utilizado como direção a ser seguida ao se tratar deste complexo assunto.

A análise sobre as legislações brasileira e de outros países demonstra este quadro. No entanto, a confusão não é apenas legislativa: as posições doutrinárias são extremamente divergentes, tanto nacional quanto internacionalmente, o que não ajuda a solucionar esta questão.

Esta imprecisão conceitual que gera posições diversas em relação ao crime organizado não tem apenas efeitos acadêmicos, implicando graves conseqüências práticas, como a violação de direitos e garantias fundamentais, em especial o princípio da taxatividade penal, e a impossibilidade de uma Política Criminal acertada. Gera, portanto, uma situação insustentável.

O objetivo do presente trabalho, portanto, é demonstrar a imprecisão do conceito de organizações criminosas na atualidade, e apresentar uma forma de amenizar as graves situações decorrentes deste fato. Para isto, é necessária uma análise sobre

legislação e doutrina buscando comprovar a confusão existente. A análise dos problemas decorrentes desta imprecisão, como a automática confusão com o crime de quadrilha ou bando e com a criminalidade de empresa, as imputações por crimes cuja presença dos elementos não é possível precisar em um caso concreto, a negação de aplicação de causas de redução de pena e utilização do termo para delimitação de competência, cumprem o papel de demonstrar a insustentabilidade da situação.

Desta forma, é imperioso buscar uma forma de estabelecer limites, parâmetros à interpretação desse conceito, de modo que seja baseado em aspectos objetivos, excluindo o máximo possível as subjetividades do aplicador, preservando-se assim as garantias fundamentais e garantindo a segurança jurídica.

2 AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O DIREITO: AS PERSPECTIVAS LEGISLATIVA E DOUTRINÁRIA SOBRE A DEFINIÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

O crime organizado é uma presença constante no cotidiano da sociedade, muito embora seu conteúdo permaneça controverso. Como se procura demonstrar com o estudo a seguir, não há consenso nem na Doutrina, nem nas legislações de diferentes países, do que seja uma organização criminosa. ZAFFARONI entende que a tentativa de conceituar o crime organizado é uma tarefa infrutífera, pois se trata de uma categoria que visa a abranger conteúdo muito variado e carente de análise particularizada. Uma classificação incorreta, então, obstacularizaria a compreensão dos fenômenos no campo científico, já que não atinge seus objetivos. Pode se dizer do crime organizado, que seja *“uma denominação aplicada a número incerto de fenômenos delitivos por diversos especialistas, pelos meios de comunicação de massa, pelos autores de ficção, pelos políticos e pelos operadores de agências do sistema penal (...) cada um deles com seus objetivos próprios”*¹

O objetivo deste capítulo é demonstrar, por meio de uma breve análise sobre legislação e doutrina, a dificuldade da obtenção de um conceito único de organizações criminosas, e a diversidade de elementos que é possível perceber nos diversos conceitos existentes. Como refere RENÉ ARIEL DOTTI, *“a delinqüência astuciosa, disciplinada, corruptora e violenta, que compõe a alma e o corpo da organização criminosa e o vigor recorrente de sua existência, é o enigma com o qual a esfinge desafia muitos viajantes do sistema penal que não conseguem resolvê-lo”*²

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Crime Organizado”: uma categorização frustrada. Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade. Ano 1. número 1. 1º semestre de 1996. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia. P. 45.

² DOTTI, René Ariel. A organização criminosa é uma forma qualificada do concurso de pessoas. Boletim IBCCRIM. Ano 17. nº 198. Maio 2009. p. 6-8. p. 6.

2.1 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

2.1.1 Lei n.º 9.034/95

No Brasil, as tentativas de legislar sobre organizações criminosas tiveram início com a Lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

O capítulo I, que buscava definir ações praticadas por organizações criminosas e os meios operacionais de investigação e prova, logo no artigo 1.º, estabelecia que definiria e regularia meios de prova e procedimentos investigatórios que versassem sobre crimes resultantes de ações de *quadrilha ou bando*. Em seguida, no artigo 2.º, havia os procedimentos de investigação e formação de provas que eram permitidos em qualquer fase da persecução criminal que versasse sobre ação praticada por organizações criminosas, que eram: a ação controlada e o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais. O artigo 3.º tratou da questão do sigilo constitucional, neste último caso. Já em seu capítulo III, a lei estabeleceu que os órgãos da polícia civil deveriam estruturar setores e equipes de policiais especializados no combate às ações praticadas por organizações criminosas. Dispôs que deveria ser feita a identificação criminal das pessoas envolvidas em ações praticadas por organizações criminosas, independente da identificação civil, bem como que não seria concedida liberdade provisória - com ou sem fiança - aos agentes que intensa e efetivamente participassem em uma organização criminosa. O artigo 8.º cuidou dos prazos para o encerramento da instrução criminal, e o artigo 9.º estabeleceu que o réu não poderia apelar em liberdade, sendo que os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciariam o cumprimento da pena em regime fechado (artigo. 10).

O artigo 6.º, por sua vez, versou sobre o instituto da delação premiada: estabeleceu que nos casos de crimes praticados por organizações criminosas, a pena seria reduzida de um a dois terços caso o agente espontaneamente colaborasse para o esclarecimento de infrações penais, e de sua autoria.

Essa lei, assim como outras (como a dos crimes hediondos), merece críticas, não lhe cabendo quaisquer elogios, pois contraria a Constituição Brasileira, e portanto, “*o próprio Estado de direito*”³. A lei prevê diversas medidas para serem usadas em caso de ações praticadas por organizações criminosas, sem, porém, definir o que entende por *organização criminosa*, “*deixando tudo a cargo do intérprete, que tanto poderá ser o Juiz ou Tribunal, como a Autoridade policial*”⁴. O inciso III do artigo 2 merece atenção, pois possibilita o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais. Ainda, com o artigo 3.º, na verdade a lei instituiu o Juiz de instrução. Este fará diligências pessoalmente, mandando lavrar auto circunstanciado do que for apurado, sendo que isto será mantido fora dos autos, em segredo⁵.

ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES⁶ salienta que um aspecto importante da lei é a noção de organizações criminosas por ela adotada. Haveria três linhas doutrinárias e legislativas que podem ser utilizadas para a formação do conceito de crime organizado. Pela primeira, parte-se da noção do que é uma organização criminosa, para então ser definido o que é crime organizado, que seria o crime praticado pelos membros de uma determinada organização. Pela segunda, crime organizado é definido em face de seus elementos essenciais, porém sem especificar tipos penais - entre seus componentes *normalmente* estaria o fato do agente pertencer a uma organização criminosa. Pela terceira, é utilizado o rol de crimes já previstos, e a eles são acrescentados outros, sendo considerados como crimes organizados.

A primeira posição – partir da noção de organização criminosa para então definir que crime organizado seria crime praticado por membros daquela organização – foi adotada no projeto de Lei n.º 3.516, de 1989, que em seu artigo 2.º, estabelecia que “*considera-se organização criminosa aquela que, por suas características, demonstre a*

³ BARBOSA, Raimundo Pascoal. **Apuração do Crime Organizado**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.29, p. 01-02, maio 1995.

⁴ Ibidem, p. 01-02.

⁵ Ibidem, p. 01-02.

⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **O conceito de crime organizado na Lei 9034**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.31, p. 03, jul. 1995.

*existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional e/ou internacional*⁷. Esta posição ainda seria a utilizada por Winfried Hassemer ao distinguir entre *criminalidade de massa* e *criminalidade organizada*, pois para caracterizar a organização criminosa, busca um dado essencial que “*seria o poder de corrupção do próprio sistema encarregado da persecução penal estatal*”⁸. Já a segunda posição teria sido a adotada por Alberto Silva Franco ao buscar definir o crime organizado por meio de um elenco de seus dados essenciais. Por fim, a terceira posição foi a seguida para a definição de crime hediondo, com a Lei n.º 8.072 de 1990.

A Lei n.º 9.034 não teria seguido nenhuma destas três orientações, mas sim seu próprio caminho, não definindo o que é uma organização criminosa, nem o crime organizado, por meio de seus elementos essenciais. Sequer houve condutas elencadas que constituiriam crimes organizados: a lei “*preferiu deixar em aberto os tipos penais configuradores de crime organizado, mas, ao mesmo tempo, admitiu que qualquer delito pudesse se caracterizar como tal, bastando de(sic) decorresse de ações de bando ou quadrilha*”⁹. Isto é o que se poderia deduzir ao ler seu artigo 1.º, pelo qual crime organizado seria aquele resultante de ações de bando ou quadrilha¹⁰.

A orientação da lei, no entanto, não foi boa, pois é ambígua, ampliando e restringindo ao mesmo tempo¹¹. Ampliativa porque abrange crimes que, apenas por serem resultado de ações cometidas por bando ou quadrilha, serão ‘crime organizado’, mas que no entanto representam pequena ofensa social, não merecendo qualquer preocupação especial. E restritiva porque, em certos casos, crimes que poderiam ser caracterizados como ‘crime organizado’, por não resultarem de ação de bando ou quadrilha, estariam fora do âmbito de alcance da lei. É importante salientar o fato de que há grande dificuldade, nos processos criminais, em se caracterizar uma quadrilha ou bando, o que dificultaria a aplicação da lei, bem como esta opção do legislador faria com que a inclusão, na mesma denúncia, de determinado delito e do crime de quadrilha

⁷ FERNANDES, Op. Cit. p. 03.

⁸ Ibidem, p. 03.

⁹ Ibidem, p. 03.

¹⁰ Ibidem, p. 03.

¹¹ Ibidem, p. 03.

ou bando, ligados por conexão ou continência, implicaria na provável configuração de crime organizado¹².

A Lei n.º 9.034, portanto, que pretendia em seu capítulo I definir ações praticadas por organizações criminosas, não o fez, mas apenas delimitou seu ramo de incidência àquelas ações que resultassem de ação de quadrilha ou bando, ou seja, seu âmbito de aplicação era restrito àqueles crimes praticados por mais de três pessoas, unidas com o fim de cometer crimes. Uma interpretação que ultrapassasse isto seria uma violação ao princípio da legalidade¹³.

Para BEATRIZ RIZZO CASTANHEIRA, na referida lei pode ser identificada uma moderna tendência desformalizadora do Direito Penal, sendo esta apenas mais uma lei das que, cada vez mais freqüentemente, são indeterminadas, utilizam-se de conceitos que definem, porém nada esclarecem. Esta imprecisão, contudo, parece ser proposital, *“fruto de uma vontade de adaptação do Direito penal a necessidades político-criminais instáveis, tão mutantes como dizem ser a “sociedade de risco”*”¹⁴. Ocorre que, ao se utilizar desta técnica, o legislador acaba por renunciar à sua competência constitucional, delegando-a ao juiz. Estas leis indeterminadas afrontam o princípio da legalidade estrita, e também o princípio da separação de poderes, pois *“quem possui legitimidade para definir o âmbito do proibido não é o juiz, mas sim o legislador eleito, expressão da vontade geral”*¹⁵.

2.1.2 Lei n.º 9.613/98

Em três de março de 1998, foi editada a Lei n.º 9.613, que trata sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores. Logo em seu artigo 1.º, inciso VII, há a previsão de uma pena de três a dez anos, e multa, para aquele que

¹² FERNANDES, Op. Cit. p. 03.

¹³ GONÇALVES, Jorge Cesar Silveira Baldassare. **Algo sobre a Lei nº 9.034/95**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.30, p. 07, jun. 1995.

¹⁴ CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. **Organizações Criminosas no Direito Penal Brasileiro: O Estado de Prevenção e o Princípio da Legalidade Estrita**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 24, outubro-dezembro/1998, p. 114.

¹⁵ Ibidem, p. 114.

ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes de crime praticado por *organização criminosa*. No § 4.º, há a previsão de um aumento de um a dois terços nos casos previstos nos incisos I a VI do *caput* (tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; terrorismo e seu financiamento; contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; extorsão mediante seqüestro; crimes contra a Administração Pública, inclusive a exigência de qualquer vantagem para a prática ou omissão de atos administrativos; e crimes contra o sistema financeiro nacional – Lei n.º 7.492/86) em sendo estes crimes cometidos *por intermédio de organização criminosa*.

Da mesma maneira que ocorreu com a Lei n.º 9.034/95, a expressão *organizações criminosas* está presente, muito embora não houvesse, ao tempo de sua edição, qualquer menção sobre de onde se poderia extrair o conceito de *organização criminosa*. Pior ainda do que no caso da anterior, nesta lei a expressão encontra-se em um tipo penal, ou seja, há um elemento valorativo no tipo, deixando a cargo do intérprete decidir qual o entendimento a ser utilizado para a configuração do delito. Há também a previsão de organização criminosa como crime antecedente, e o aumento de pena já mencionado. Não é possível que se admita, sob a vigência do princípio da legalidade, tais situações. Ao tempo da edição desta lei, BEATRIZ RIZZO CASTANHEIRA entendeu que:

“[...] não há crime de lavagem simplesmente porque os bens, dinheiro ou valores provém de uma associação de criminosos, uma quadrilha qualquer. Não se pode agravar a pena do delito de lavagem quando ele for praticado por uma quadrilha. A lei expressamente usou a expressão “organização criminosa”. Como não tem a entidade definição normativa, no momento tal hipótese de lavagem simplesmente não existe e, repita-se, não fica configurada porque os bens pertencem, eventualmente, a um bando”¹⁶.

¹⁶ CASTANHEIRA, Op. Cit., p. 116.

2.1.3 Lei n.º 10.217/01

Em 11 de abril de 2001, a Lei n.º 9.034 foi modificada pela Lei n.º 10.217, que alterou seus artigos 1.º e 2.º. O artigo 1.º passou a dispor que a lei definiria e regularia meios de prova e procedimentos investigatórios que versassem sobre ações decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou *organizações* ou associações criminosas de qualquer tipo. Em parte, consertou o erro do antigo artigo 1.º, que limitava o alcance da lei às ações praticadas por quadrilha ou bando. O artigo 2.º teve seu *caput* levemente modificado, e recebeu mais dois incisos, e um parágrafo. Os novos procedimentos de investigação e formação de provas contidos nos incisos IV e V foram a captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, seu registro e análise, mediante autorização judicial; e infiltração por agentes de polícia ou de inteligência em tarefas de investigação, mediante autorização judicial. O parágrafo único dispôs que estas autorizações judiciais deveriam ser estritamente sigilosas e permaneceriam desta maneira enquanto perdurasse a infiltração.

Após a edição desta lei, LUIZ FLÁVIO GOMES sustentou que ela gerou a perda da eficácia de vários dispositivos da Lei n.º 9.034. Isto porque a lei acrescentou a expressão *organizações criminosas* ao artigo 1.º, mas não definiu o que seria a referida organização. Desta maneira, poderia se sustentar que fica a cargo dos intérpretes da lei descobrir seu real âmbito de incidência, mas “*ocorre que definições como as que estão em destaque (crime organizado, organização criminosa) constituem tarefa exclusiva do legislador, por força do princípio da legalidade (ou da reserva legal)*”, e que o fato de definir o âmbito de alcance da lei ficar a cargo de cada juiz gera muita insegurança. O princípio da anterioridade da lei penal determina que a lei, clara e inequívoca, especifique “*o âmbito do proibido previamente (...). Sem lei prévia é impossível a incidência de qualquer medida restritiva dos direitos e liberdades fundamentais*”¹⁷.

A Lei n.º 10.217 traz em seu artigo 1.º três figuras distintas: quadrilha ou bando, associação criminosa, e organização criminosa. Há uma distinção clara entre elas. Já havia artigos anteriores referindo-se a quadrilha ou bando, e também a

¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Crime Organizado: O que se entende por isso depois da lei n.º 10.217, de 11.04.2001? – Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei n.º 9.034/95.** Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. N.º 11. Dez/Jan 2002. p. 10/11

associação para o cometimento de crimes. No entanto, não havia qualquer referência no ordenamento jurídico brasileiro que definisse uma organização criminosa. Assim, “*cuida-se, portanto, de um conceito vago, totalmente aberto, absolutamente poroso*”. Como não havia legislação específica tratando do assunto, “*organização criminosa, portanto, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, é uma alma (uma enunciação abstrata) em busca de um corpo (de um conteúdo normativo, que atenda o princípio da legalidade)*”¹⁸.

Desta maneira, por não haver definição do que se entendia por organização criminosa, não haveria outra conclusão a não ser a de que os dispositivos legais que se baseavam neste conceito “*que ninguém sabe o que é*” teriam perdido a eficácia. A partir de quando fosse revelado “*o conteúdo desse conceito vago*”¹⁹, aqueles dispositivos voltariam a ter eficácia.

Assim, muito embora tenha incluído a expressão *organizações criminosas*, a lei não as conceituou, o que manteve o problema que já existia com as leis anteriores: como proceder com a aplicação de dispositivos legais que necessitavam de um conceito, sem que se violasse o artigo 5.º, XXXIX, da Constituição da República.

2.2 LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

2.2.1 Itália

Na Itália, o legislador optou por tipificar as associações de tipo mafioso, prevendo uma pena de três a seis anos para qualquer pessoa que faça parte de uma associação de tipo mafioso formada por três ou mais pessoas, e uma pena de quatro a nove anos para aqueles que promovem, dirigem ou organizam a referida associação.

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p. 12.

¹⁹ Ibidem, p. 12.

A associação será de tipo mafioso quando os que dela fazem parte utilizam-se da força ou intimidação do vínculo associativo, e das condições de submissão e de *omertà*²⁰ que derivam dela para o cometimento de delitos, para aquisição direta ou indireta do controle das atividades econômicas, de concessão de autorização, empreitadas e serviços públicos, ou para conseguirem lucro ou vantagens injustas para si ou para outros, ou para impedir ou colocar obstáculos ao livre exercício do voto, ou de buscarem votos, para si ou para outros, em caso de pleitos eleitorais.

Na Itália as associações de tipo mafioso são tipificadas no artigo 416 bis do Codice Penale²¹. De acordo com este artigo, as associações de tipo mafioso são aquelas em que seus membros se utilizam da força de intimidação do vínculo associativo, e das condições de sujeitamento e submissão que dela derivam, para o cometimento de delitos, para aquisição, de modo direto ou indireto, da gestão ou controle da atividade econômica, de concessões, de autorizações, empreitadas e serviços públicos ou para aquisição de lucro ou vantagem injusta para si ou para outros ou com a finalidade de impedir ou obstacularizar o livre exercício do voto ou de angariar votos para si ou outros em razão de pleitos eleitorais. Aqueles que fazem parte de uma associação de tipo mafioso, formada por três ou mais pessoas, são punidos com uma pena de reclusão de três a seis anos. Os que promovem, dirigem ou organizam a associação são punidos por este fato com uma pena de reclusão de quatro a nove anos.

A associação será considerada armada quando seus participantes tiverem disponibilidade, para alcançarem as finalidades da associação, de armas ou materiais explosivos, mesmo que ocultos ou mantidos em locais de depósito. Se a associação for armada, será aplicada uma pena de reclusão de quatro a dez anos aos membros da associação, e uma pena de reclusão de cinco a quinze anos no caso daqueles que promovem, dirigem ou organizam a associação.

Se as atividades econômicas que os membros da associação buscam assumir ou manter controle sobre forem financiadas total ou parcialmente com o custo, o produto, ou os lucros advindos dos delitos, as penas são aumentadas de um terço até a metade. O final do artigo estabelece que as disposições se aplicam também à Camorra e

²⁰ “solidariedade dos delinquentes contra a espionagem” (PARLAGRECO, Carlo. *Dizionario Italiano-Portoghese-Italiano*. Martins Fontes Editora: São Paulo, 1980.

²¹ Legislação disponível em: <http://studiocelentano.it/codici/cp/codicepenale002.htm>

a outras associações, todavia denominadas localmente, que se valendo da força intimidadora do vínculo associativo perseguem objetivos correspondentes àqueles das associações de tipo mafioso.

2.2.2 Estados Unidos

O Federal Bureau of Investigation, FBI, órgão do governo norte-americano, define as ‘empresas criminosas’ como um grupo de indivíduos, com uma hierarquia identificada ou estrutura similar, participante de atividades criminais. Estas organizações geralmente se envolvem com diversas atividades criminais, e têm muitas *redes* que as sustentam. Crime organizado, então, é qualquer grupo que tenha qualquer forma de estrutura formalizada e cujo objetivo primário seja obter dinheiro por meio de atividades ilegais. Estes grupos mantêm suas posições mediante o uso de violência real ou ameaça dela, corrupção de agentes públicos, suborno ou extorsão, e geralmente tem um impacto significativo nas comunidades de seus locais, regiões, ou país como um todo²².

Ainda nos Estados Unidos, no United States Code, título 18, parte I, capítulo 96, está o RICO - *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*²³. O parágrafo 1961, em que está a parte de definições, estabelece que *racketeering activity* significa qualquer ato ou ameaça que envolva homicídio, seqüestro, jogos ilegais, incêndios criminosos, roubos, suborno, extorsão, venda de material pornográfico, ou venda de substâncias controladas, etc. Por *empresa*, deve se entender qualquer entidade individual, sociedade, corporação, associação ou outra entidade legal, e qualquer união ou grupo de indivíduos associados de fato muito embora não seja uma entidade legal. O padrão de *racketeering activity* significa ao menos dois atos de *racketeering activity*.

No United States Code ainda há outra previsão de empresa (voltada a crimes). No título 21, capítulo 13, sub-capítulo I, parte *D*, parágrafo 848, consta que

²² Federal Bureau of Investigation – Organized Crime - Glossary – disponível em: <http://www.fbi.gov/hq/cid/orgcrime/glossary.htm>

²³ United States Code, título 18, parte I, capítulo 96 – disponível em: http://www.law.cornell.edu/uscode/18/usc_sup_01_18_10_I_20_96.html

uma empresa criminosa é um grupo de seis ou mais pessoas em que um dos membros ocupa uma posição de organizador, de supervisão ou qualquer outra posição de gerenciamento com relação aos demais membros, e que gere lucros ou meios substanciais, e se envolve em uma contínua série de violações aos sub-capítulos I e II (respectivamente, controle e aplicação, e importação e exportação) do capítulo 13 do título 21 do United States Code²⁴, que trata sobre o controle e prevenção do abuso de drogas.

2.2.3 França

Na França, no Code Penal, na parte geral, é prevista na parte do regime de penas uma circunstância agravante, no artigo 132-71. De acordo com este artigo, constitui um grupo organizado para os efeitos da lei todo agrupamento formado ou estabelecido com o objetivo de preparação, caracterizada por um ou mais atos materiais, de uma ou mais infrações.

Já na parte especial, no capítulo dos crimes contra a Nação, Estado e Paz Pública, no título V – participação em uma associação de malfeitores, o artigo 450-1 estabelece que constitui uma associação de malfeitores todo grupo formado ou qualquer conspiração estabelecida com vistas à preparação, caracterizada por um ou mais atos concretos, de uma ou mais infrações penais punidos com ao menos cinco anos de prisão.

Em caso das infrações penais serem punidas com dez anos de prisão, a participação em uma associação de malfeitores será punida com dez anos de prisão e multa de €150.000,00 (cento e cinquenta mil euros). No caso das infrações serem punidas com ao menos cinco anos de prisão, a participação em uma associação de

²⁴ United States Code, título 21, capítulo 13 – disponível em: http://www.law.cornell.edu/uscode/21/usc_sup_01_21_10_13.html

malfeitores é punida com cinco anos de prisão, e uma multa de € 75.000,00 (setenta e cinco mil euros)²⁵.

Embora se pareçam, os dois casos diferem, pois o artigo 132-71 estabelece uma causa agravante, enquanto que o artigo 450-1, já na parte especial, é um crime autônomo. A criminalização da participação em uma associação de malfeitores não prevê um número mínimo de pessoas que dela participem, ou que dure certo período de tempo, ou sequer uma quantidade de crimes praticadas. São punidas as associações que tenham como objetivo a prática de infrações penais com penas de no mínimo cinco anos. Como explica MARIO MONTOYA, é um crime que visa a prevenir o cometimento de delitos graves que a associação possa vir a preparar. O legislador decidiu incriminar os atos preparatórios, que são mais que uma mera resolução, mas não constituem uma tentativa que pode ser sancionada, pois lhes falta o início da execução²⁶.

2.2.4 Bélgica

Na Bélgica, o Code Pénal, no livro II, título VI (dos crimes e dos delitos contra a segurança pública), no capítulo I (da associação formada com o objetivo de atentar às pessoas ou às propriedades e da organização criminosa), estabelece no artigo 324 bis, que uma organização criminosa é constituída pela associação estruturada de mais de duas pessoas, estabelecida ao longo do tempo que, por meio de execução concertada, visa a cometer crimes e delitos puníveis com ao menos três anos de prisão, para obter, direta ou indiretamente, vantagens patrimoniais, utilizando-se de intimidação, ameaça, violência, meios fraudulentos ou de corrupção ou que se utilize de estruturas comerciais ou outras para dissimular ou facilitar a realização das infrações²⁷.

²⁵ Legislação disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20090919>

²⁶ MONTOYA, Mario D. **Máfia y Crimen Organizado**. 1ª edição. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 276/277.

²⁷ Legislação disponível em: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1867060801%2FF&caller=list&row_id=1&numero=2&rech=4&cn=1867060801&table_name=LOI&nm=1867060850&la=F&dt=CODE+PENAL

Aquelas organizações cujo objeto é exclusivamente político, sindical, filantrópico, filosófico ou religioso ou qualquer outro objetivo legítimo não podem ser consideradas como organização criminosa da forma descrita acima.

O artigo 324 ainda estabelece que qualquer pessoa que conscientemente fizer parte de uma organização criminosa será punida com prisão de um a três anos e com uma multa de cem a cinco mil francos, ou com apenas uma destas penas, mesmo se ela não tinha intenção de cometer qualquer infração ou de se associar de alguma das maneiras previstas no artigo 66 e seguintes²⁸. Ainda, qualquer pessoa que participe da preparação ou realização de toda atividade lícita desta organização criminosa, desde que saiba que sua participação contribui com os objetivos da organização, é punida com prisão de um a três anos e multa de cem a cinco mil francos, ou com apenas uma destas penas. Qualquer pessoa que participe nas tomadas de decisão de atividades da organização criminosa, desde que saiba que sua participação contribui com os objetivos da organização, é punida com pena de reclusão de cinco a dez anos, e uma multa de quinhentos a cem mil francos, ou apenas uma destas penas. Os dirigentes da

&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains++%27CODE%27%26+%27PENAL%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=41&imgcn.y=12>.

²⁸ O artigo 66 e os seguintes se referem à participação.

Art. 66. Seront punis comme auteurs d'un crime ou d'un délit :

Ceux qui l'auront exécuté ou qui auront coopéré directement à son exécution;

Ceux qui, par un fait quelconque, auront prêté pour l'exécution une aide telle que, sans leur assistance, le crime ou le délit n'eût pu être commis;

Ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront directement provoqué à ce crime ou à ce délit;

(Ceux qui, soit par des discours tenus dans des réunions ou dans des lieux publics, soit par des écrits, des imprimés, des images ou emblèmes quelconques, qui auront été affichés, distribués ou vendus, mis en vente ou exposés aux regards du public, auront provoqué directement à le commettre, sans préjudice des peines portées par la loi contre les auteurs de provocations à des crimes ou à des délits, même dans le cas où ces provocations n'ont pas été suivies d'effet.)

Art. 67. Seront punis comme complices d'un crime ou d'un délit :

Ceux qui auront donné des instructions pour le commettre;

Ceux qui auront procuré des armes, des instruments, ou tout autre moyen qui a servi au crime ou au délit, sachant qu'ils devaient y servir;

Ceux qui, hors le cas prévu par le § 3 de l'article 66, auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs du crime ou du délit dans les faits qui l'ont préparé ou facilité, ou dans ceux qui l'ont consommé.

Art. 68. Ceux qui, connaissant la conduite criminelle des malfaiteurs exerçant des brigandages ou des violences contre la sûreté de l'Etat, la paix publique, les personnes ou les propriétés, leur auront fourni habituellement logement, lieu de retraite ou de réunion, seront punis comme leurs complices.

Art. 69. Les complices d'un crime seront punis de la peine immédiatement inférieure à celle qu'ils encourraient s'ils étaient auteurs de ce crime, conformément aux articles 80 et 81 du présent code. La peine prononcée contre les complices d'un délit n'excédera pas les deux tiers de celle qui leur serait appliquée s'ils étaient auteurs de ce délit.

organização criminosa são punidos com reclusão de dez a quinze anos e com uma multa de mil francos a duzentos mil francos, ou apenas uma destas penas.

É possível perceber que a definição belga é extremamente detalhada, e os artigos visam a punir todas as formas de participação dentro de uma organização criminosa. São divididos três grupos de pessoas: as que participam da organização criminosa; as que não apenas participam da organização, mas que participam da preparação e realização de toda atividade lícita da referida organização; e as pessoas que participam ativamente da tomada de decisão dentro da organização.

2.3 CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL

Em 15 de novembro de 2000, foi adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas a Convenção Contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo (entre 12 e 15 de dezembro de 2000, em Palermo, Itália, ocorreu uma conferência política para a assinatura da Convenção pelos Estados Membros da ONU). A Convenção, que de acordo com o seu artigo 1.º tem como objetivo promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional, foi recepcionada pelo ordenamento brasileiro por meio do Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004.

No artigo 2.º da Convenção, *terminologia*, estabeleceu-se o que seria entendido para efeitos da Convenção, a começar por *grupo criminoso organizado*, no item ‘a’. De acordo com o referido artigo, seria um “*grupo criminoso 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". Nos itens seguintes, de 'b' até 'j', foram estabelecidos outros conceitos, para facilitar o entendimento do *conceito* proposto para organizações criminosas. Por grupo estruturado, se entenderia ser aquele "*formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada*". Infrações graves seriam aquelas puníveis com uma pena privativa de liberdade cujo máximo não seja menor que quatro anos, ou com uma pena superior. As infrações enunciadas na Convenção estão em seus artigos 5, 6, 8 e 23. O artigo 5.º trata da criminalização da participação em um grupo criminoso organizado, e de acordo com ele, cada Estado Parte deverá tomar as medidas necessárias para caracterizar a participação em um grupo criminoso organizado como uma infração penal. Os artigos 6, 8 e 23 fazem o mesmo com lavagem de capitais, corrupção, e obstrução da justiça, respectivamente.

Como explica LUCIANO FELDENS, muito embora digna de aplauso a iniciativa em se buscar com consenso internacional acerca do tema, o disposto no artigo 2.º da Convenção nada mais tem que diretrizes voltadas ao combate ao crime organizado transnacional. Além disso, o *conceito* trazido pelo artigo 2.º, quando "*isoladamente considerado, não elucida, com a desejável precisão, seu próprio objeto; ou seja, não se basta em si*". Isso seria evidente pelos itens 'b' até 'j' do artigo 2, que têm como finalidade precisar os conteúdos do conceito. Ocorre que, "*ao fazê-lo [...] pouco agrega em termos de precisão conceitual, senão o contrário. Isso porque, quem de estabelecer uma definição a respeito, a Convenção utilizou-se da técnica legislativa de conceituação negativa (v.g., "maneira não fortuita"; "não tenham funções" [...])*". Assim, ao se analisar o disposto no artigo 2, item 'c' ("grupo estruturado"), "*a perplexidade atinge seu ponto máximo*", pois de acordo com o que estabelece a Convenção, haveria um grupo criminoso *estruturado*, mesmo quando este "*não disponha de uma estrutura elaborada*"²⁹.

Este fato se deve à dificuldade em "*um documento internacional dessa índole traçar, com maior especificidade, linhas conceituais que servissem a acomodar as diversas – e distintas – peculiaridades de cada um dos Estados-parte comprometidos*

²⁹ Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, Artigo 2, "c".

com sua subscrição”³⁰. Ainda, como explica HELOISA ESTELLITA, foi a partir da incorporação da Convenção no ordenamento jurídico brasileiro que passou a existir a incerteza na aplicação dos institutos que continham as expressões *organização criminosa*, *associação criminosa* e *quadrilha ou bando*:

“Foi a partir deste momento que alguns juristas passaram a entender que, tendo a Convenção de Palermo sido incorporada ao direito interno, os conceitos ali estabelecidos para fins da compreensão e implementação do próprio instrumento internacional serviriam para colmatar a lacuna legislativa deixada, principalmente, pelos legisladores de 1995, 1998 e 2001, quanto à definição do que seja, para efeitos penais e processuais penais, uma organização criminosa. Outros, todavia, foram ainda mais longe e ali onde o legislador diz “quadrilha ou bando” passaram a “ler” “artigo 2º da Convenção de Palermo”³¹.

Para que se entenda a confusão criada, basta se ter em mente que o crime de formação de quadrilha ou bando, tipificado no artigo 288 do Código Penal, sequer coincide com o disposto do artigo 2º da Convenção de Palermo – *grupo criminoso organizado* – quanto ao número mínimo de integrantes: o primeiro exige *no mínimo* quatro pessoas para sua configuração, enquanto que para o segundo bastam três. Para LUCIANO FELDENS, a dificuldade em se traçar linhas conceituais em razão das peculiaridades de cada Estado-parte, apenas reforça a idéia de que o referido conceito existente no artigo 2.º apenas traz “*diretrizes gerais, as quais, se suficientes para dirimir situações extremas (e a Convenção atinge, no particular, seu objetivo), não o são, contudo, para lidar com a criminalidade organizada varejista que dia-a-dia reclama nossa atenção*”³². De acordo com JAMES FINCKENAUER, a Convenção de Palermo é um exemplo da dificuldade em se definir crime organizado. A busca por um consenso na definição provou ser uma das questões mais difíceis para os negociadores, e o que resultou foi uma definição muito ampla, algo como o menor denominador comum³³.

³⁰ FELDENS, Luciano. **Organizações criminosas como critério determinante de competência jurisdicional: problemas à vista**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 14, n. 170, p. 13-14, jan. 2007.

³¹ ESTELLITA, Heloisa. **Criminalidade de empresa, Quadrilha e Organização Criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 47/48.

³² FELDENS, Luciano. Op. Cit., p. 13-14.

³³ FINCKENAUER, James O. **Problems of definition: what is organized crime?** Trends in Organized Crime. Vol. 8, No. 3, Spring 2005. p. 68.

2.4 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

A imprecisão conceitual das organizações criminosas que encontramos nas legislações nacional e estrangeira é apenas um reflexo da confusão sobre o tema existente na doutrina. Já em 1983, FRANK E. HAGAN apontava que o conceito de organizações criminosas gera debates infundados e muitas vezes infrutíferos na literatura especializada. Grande parte desta dificuldade se relaciona com o fato de que a questão que se coloca é: *se determinado grupo e/ou suas operações seriam um exemplo de crime organizado*. As organizações criminosas são amplamente definidas, ou descritas, pelo público em geral, legislação, agências estatais, cientistas sociais, e por seus próprios membros. Uma análise da literatura específica demonstraria a falha existente nos trabalhos em oferecer a clareza na definição. É um assunto amplamente discutido e descrito, porém raramente claramente definido. Isto seria em razão deste termo sofrer do mal de se tentar agregar um sentido científico específico para algo que tem ampla definição pública³⁴.

Além disto, uma conceituação precisa das organizações criminosas empaca nas diversas conotações emprestadas a este termo pela mídia. A maior confusão ocorre entre criminalidade organizada e a criminalidade de massa, o que leva a uma apresentação ao público de idéias confusas, errôneas. A diferenciação entre estes dois tipos de criminalidade tornaria a situação mais clara, pois a criminalidade com efeitos mais visíveis e mais presente no cotidiano da população não é a organizada, e sim a de massa³⁵. GUARACY MINGARDI explica que o que geralmente é taxado como Crime Organizado pela imprensa nem sempre o é. Exemplificando com o tráfico de drogas, o autor explica que:

“Mesmo o tráfico de drogas muitas vezes é extremamente desorganizado, especialmente no varejo. Na realidade, o mercado das drogas normalmente é relativamente organizado, tenha ou não uma

³⁴ HAGAN, Frank E. **The Organized Crime Continuum: a further specification of a new conceptual model**. In: Criminal Justice Review, 8 (2), Fall 1983. pp. 52-57. p. 52.

³⁵ HASSEMER, Winfried. **Limites del Estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: IBCCrim, ano 6, nº 23, jul./set. 1998. p. 27.

organização criminoso por trás. O mercado paulista, até pouco tempo repleto de pequenas “bocas de fumo”, aparentemente agora está sendo gerenciado cada vez mais por criminosos pertencentes ao Primeiro Comando da Capital (PCC). Isso, porém, não implicou nenhuma melhora na organização. Os usuários estão pagando os mesmos preços, comprando nos mesmos lugares e a corrupção continua igual, não aumentou nem diminuiu.”³⁶

Nas demais modalidades criminosas a situação é similar, em razão da maioria dos crimes, quando cometidos em conjunto, serem obras de quadrilhas, e não de organizações criminosas. Ou seja, o fato de haver certa organização não significa se tratar da presença de organizações criminosas.

A expressão *crime organizado*, então, mais esconde do que revela “as pequenas nuances e as grandes diferenças da diversidade de atores, redes e práticas que caem sob a acusação social”³⁷ porque regularmente infringiriam tanto o Código Penal, como leis especiais. Isto porque, a grande variedade dos crimes possíveis de serem praticados nos mais diversos contextos, gera uma diversidade muito grande de organizações que poderiam cometê-los. E buscar juntar toda esta multiplicidade de fatores em uma só expressão leva a ‘grandes equívocos’. Nas palavras de MICHEL MISSE:

“O que se pretende, afinal? Distinguir organizações criminais de crimes convencionais individualizados? Distinguir a articulação social de grupos criminosos daqueles *faits divers* da crônica cotidiana da imprensa? O uso metonímico do termo “máfia” incide a tal ponto nos mesmos problemas, que aquilo que no Código Penal é tipificado simplesmente como “formação de quadrilha” (e que também serve para coisas muito diferentes) termina sendo, de qualquer maneira, uma “máfia” qualquer mesmo.”³⁸

A importância da definição das organizações criminosas, no entanto, não é meramente acadêmica. Há consequências práticas envolvendo a conceituação, dentre estas os métodos de investigação extremamente invasivos previstos na Lei n.º 9.034³⁹, sem mencionar os riscos que a arbitrariedade que os aplicadores do direito têm ao interpretarem o conceito oferece às garantias fundamentais.

³⁶ MINGARDI, Guaracy. **O trabalho da Inteligência no controle do Crime Organizado**. Dossiê Crime Organizado – Revista de Estudos Avançados. v. 21 n. 61. set/dez 2007. pp. 51-69. p. 55.

³⁷ MISSE, Michel. **Mercados ilegais, redes de proteção e organização local do crime no Rio de Janeiro**. Dossiê Crime Organizado – Revista de Estudos Avançados. v. 21 n. 61. set/dez 2007. pp. 139-157.

³⁸ *Ibidem*, p. 141.

³⁹ LUCAS, Flávio Oliveira. **Organizações Criminosas e o Poder Judiciário**. Dossiê Crime Organizado – Revista de Estudos Avançados. v. 21 n. 61. set/dez 2007. pp. 107-117.

Conforme ensina JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, muito embora haja uma profusão de estudos acerca da criminalidade organizada, de diversas perspectivas, em que são discutidos pontos que vão desde o fim da sociedade industrial até a internacionalização do fenômeno criminal, “*são ainda relativamente poucos os esforços doutrinários e dogmáticos para construir, sem ambigüidades, a noção jurídico-penal de criminalidade organizada*”. Ocorre que esta questão, para penalistas, seria “*primária e inarredável*”⁴⁰. Os legisladores caminham na frente da doutrina, utilizando o termo *criminalidade organizada* (ou *crime organizado*, ou *organização criminoso*) nacional e internacionalmente, de forma a lhes atribuir efeitos jurídicos de natureza penal ou processual penal,

“da mais relevante importância: ao nível seja da determinação dos limites da jurisdição; seja do âmbito de validade e de competência da lei penal; seja de efeitos sancionatórios directos (maxime, o confisco) ou indirectos (efeitos da punição); seja da determinação da responsabilidade dos agentes individuais co-envolvidos; seja da limitação ou negação de direitos, liberdades e garantias, nomeadamente processuais, dos implicados”⁴¹.

Esta é uma situação insuportável, em razão das violações ao princípio da legalidade penal em seu sentido mais amplo, o da legalidade de *toda* a matéria penal, “*nascido e desimplicado à sobra da doutrina iluminista, que passou a fazer parte do aquis civilizacional da humanidade e a que ninguém hoje está disposto a renunciar*”⁴².

É importante o relato, ainda que breve, das diferentes posições doutrinárias sobre o conceito de organizações criminosas. Desta forma, procura-se demonstrar a fragilidade da maioria dos estudos formulados a respeito deste tema, e a falta de clareza ao se buscar definir o objeto.

⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 71. março-abril de 2008. pp. 11-30. p. 12-13.

⁴¹ Ibidem, p. 13.

⁴² Ibidem, p. 13.

2.4.1 Doutrina Nacional

GUARACY MINGARDI entende existirem três tipos de crime organizado: o tradicional ou territorial, o empresarial, e o endógeno. A primeira modalidade, a tradicional, teria um modelo de relacionamento entre seus membros que se baseia no apadrinhamento de novos membros pelos mais antigos: “*Um membro recomenda um calouro, e a partir de então a carreira dos dois fica interligada*”⁴³. Para explicar esta modalidade, o autor compara o crime organizado tradicional com o crime comum e com as empresas lícitas. As características que o crime organizado tradicional compartilha com o crime comum são: atividades ilícitas, atividades clandestinas, uso da violência, mercadorias ilícitas, uso da intimidação e venda de serviços ilícitos. Com as empresas lícitas, compartilha hierarquia, divisão do trabalho, simbiose com o Estado e planejamento empresarial. Há apenas quatro de suas características que não são compartilhadas: clientelismo, lei do silêncio, monopólio pela violência e controle territorial. O autor, então, define o crime organizado tradicional como:

“Grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas e o controle pela força de determinada porção de território”⁴⁴.

Teria também como importante característica a imposição da lei do silêncio. Estas organizações criminosas atuavam de todas as maneiras, não se especializando em certa modalidade de crimes, mas sim optando pelos mais rentáveis em determinado momento: “*A Máfia siciliana, por exemplo, nas últimas décadas, já atuou no contrabando de cigarros, tráfico de heroína, tráfico de morfina, extorsão, seqüestro, venda de proteção, formação de cartel, homicídio de aluguel etc.*”⁴⁵. Este tipo de organização criminosa também teria sua origem em circunstâncias bem específicas, que de acordo com o autor, seriam:

⁴³ MINGARDI, Guaracy, 2007, Op. Cit., p. 57.

⁴⁴ MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o Crime Organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998. p. 82/83.

⁴⁵ Id., 2007, p. 57.

1. Na cadeia, a partir de uma liga de presos. Como a Camorra napolitana, que tem mais de um século de existência.
2. Pela união de pequenas quadrilhas, criando um conselho ou empossando um chefe, como a Yakuza.
3. Por meio de laços de sangue que unem grupos numa terra dominada por estranhos, num modelo parecido com o da Máfia de Nova York.
4. Pela união de grupos interessados na manutenção do monopólio de uma mercadoria ou serviço, como o Cartel de Cali.⁴⁶

Já o modelo empresarial o autor explica ser menos definido, sendo mais difícil sua diferenciação das quadrilhas ou de empresas lícitas. Teria como principal característica a transposição de métodos empresariais e princípios de administração para o crime, “*ao mesmo tempo que deixam de lado qualquer resquício de conceitos como Honra, Lealdade, Obrigação, etc.*”⁴⁷. Estas organizações são criadas para lucrar em uma atividade que seus membros têm conhecimento: elas “*congregam especialistas que se associam para exercer determinada atividade*”⁴⁸, podendo ter uma liderança definida ou se assemelhando a uma rede de sócios ou parceiros. Diferem das organizações do modelo tradicional, pois seu “*sistema é mais comercial, nada de juramentos ou vendettas*”⁴⁹. As relações entre seus membros são de trabalho, sem qualquer vínculo mais forte. Também seriam especializadas em alguma modalidade de crime, como por exemplo, lavagem de dinheiro⁵⁰.

Na terceira modalidade, endógena, estariam as organizações criminosas que surgiram dentro de certas instituições, com a finalidade de aproveitar certas vantagens ilegais que não seriam acessíveis às pessoas ‘de fora’. Geralmente estão dentro do aparelho estatal, porém também podem aparecer em empresas, e atuariam em desvio de verbas públicas, corrupção, favorecimento, etc. De acordo com o autor, para este tipo de organização criminosa, não basta apenas aproveitar as oportunidades que surgirem, mas também em haver “*uma atividade constante e a manutenção dos mesmos indivíduos por longos períodos em situação de poder, além do recrutamento, ou cooptação, de novos*

⁴⁶ MINGARDI explica que no Brasil, a cadeia é a origem de grande parte das organizações, como o Comando Vermelho, o Primeiro Comando da Capital e o Terceiro Comando. (MINGARDI, Guaracy. **O trabalho da Inteligência no controle do Crime Organizado**. Dossiê Crime Organizado – Revista de Estudos Avançados. v. 21 n. 61. set/dez 2007. pp. 51-69. p. 57)

⁴⁷ MINGARDI, 1998, Op. Cit., p. 88.

⁴⁸ Ibidem, p. 89.

⁴⁹ Ibidem., p. 89.

⁵⁰ MINGARDI, 2007, Op. Cit., p. 58.

elementos que possam influir na situação”⁵¹. Seriam mais comuns em áreas que possibilitem grande poder de pressão, como por exemplo áreas de fiscalização, de investigação e compra⁵².

GUARACY MINGARDI explica que “*não é a modalidade de crime que identifica a existência de Crime Organizado. O que o define são algumas características que o tornam diferente do crime comum*”⁵³. Para ele, estas características seriam cinco: hierarquia, previsão de lucros, divisão do trabalho, planejamento empresarial, e simbiose com o Estado. As quatro primeiras características são características de toda atividade empresarial, que teriam apenas sido adaptadas pelas organizações criminosas. Não há empresa sem hierarquia, previsão de lucros, e sem “*trabalho setorizado e especializado*”. No caso das organizações criminosas a situação seria a mesma. Com relação ao planejamento empresarial, nas organizações criminosas ele é presente, ao passo que nas quadrilhas comuns não. A previsão de lucros estaria ausente nas quadrilhas comuns, por estar além de suas capacidades:

“Previsão de lucros normalmente passa longe da capacidade das quadrilhas, mesmo que especializadas. As mais comuns são as de ladrões, e essas pegam quanto der em cada roubo. É impossível prever a lucratividade do mês seguinte. Já numa organização criminosa de jogo ou tráfico, por exemplo, existe uma rotina que permite prever o próximo mês tendo como base os anteriores.”⁵⁴

O mesmo ocorre com a divisão do trabalho, pois nas quadrilhas comuns, todos os integrantes agem da mesma forma (por exemplo, em um assalto a um banco, todos entram no estabelecimento e roubam o que conseguem). Já nas organizações criminosas, mesmo nas menores, há clara divisão de funções.

⁵¹ Ibidem, p. 58.

⁵² O autor aponta em quais situações se poderia encontrar cada tipo de organização criminosa: “No Brasil, o jogo do bicho é o crime que mais se adapta à modalidade “tradicional”. Já as organizações voltadas para o roubo de carga, roubo de veículos e lavagem de dinheiro se ajustam mais à modalidade “empresarial”. Quanto ao Crime Organizado “endógeno”, a famosa Máfia dos Fiscais, combatida pelo Ministério Público paulista no final da década passada, é o exemplo mais gritante. Em relação ao narcotráfico, a definição é mais difícil, pois depende muito da região do país em que age e em que etapas do tráfico atua. Nas organizações internacionais, por exemplo, temos estruturas tradicionais, como a dos grupos nigerianos que usam o Brasil como ponto de passagem da cocaína para a Europa, enquanto outras são altamente especializadas e empresariais. Os grupos originários da cadeia, como o PCC, estão, aos poucos, ganhando contornos de organizações criminosas tradicionais.”

⁵³ MINGARDI, 2007, Op. Cit., p. 56.

⁵⁴ Ibidem, p. 56.

O planejamento, como explica o autor, é característica exclusiva das organizações criminosas, pois os criminosos comuns “*vivem o momento*”, sendo que seu planejamento existe no máximo até o levantamento de um local antes da prática do crime, sendo “*raras as quadrilhas que planejam com um mês de antecedência*”⁵⁵.

Para GUARACY MINGARDI, a última característica seria a simbiose com o Estado, e seria a mais polêmica. Embora seja negada, sabe-se que é existente, e a mais importante de todas. O autor explica que, em todas as organizações criminosas estudadas, havia uma importante ligação com a máquina estatal, pois em suas diversas formas, as organizações criminosas só conseguem atuar se com respaldo dos agentes públicos, ou sua proteção:

“Um desmanche de carros roubados só consegue operar se tiver respaldo da fiscalização ou da polícia. Um ponto de tráfico, que atende sua clientela anos a fio no mesmo local, tem necessidade constante de algum tipo de proteção. Para confirmar essa informação, basta verificar a tranquilidade com que os apontadores do jogo do bicho operam nos maiores centros urbanos.”⁵⁶.

ALBERTO SILVA FRANCO entende que, em razão da diferença entre criminalidade de massa com a criminalidade organizada, é evidente não é possível que se atribua a esta o mesmo tratamento reservado àquela. Isto porque o crime organizado é diferente:

“tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinquentes e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou flagilizar os Poderes do próprio Estado”⁵⁷.

⁵⁵ MINGARDI, 2007, Op. Cit., p. 56.

⁵⁶ Ibidem, p. 57.

⁵⁷ FRANCO, Alberto Silva. **Um difícil processo de tipificação**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.21, p. 05, set. 1994.

A tipificação de uma atividade criminosa de tal grandeza é, portanto, uma tarefa problemática para o legislador, não sendo possível de ser concretizada de maneira apressada, sem que haja total entendimento e conhecimento acerca da matéria. No entanto, não se pode postergar esta criminalização indefinidamente, sendo necessário que se debata previamente e amplamente o assunto, tanto na sociedade quanto na comunidade científica, especialmente entre os operadores do direito, “*para efeito de reconhecimento de suas diversificadas facetas e de apreensão de suas relevantes conexões*”⁵⁸. Se isto não ocorrer, apenas se possibilita a criação de tipos penais que não têm possibilidades de captar o assunto em sua totalidade, “*propiciando a formação de verdadeiros ralos de impunidade*”⁵⁹. Estas figuras punitivas teriam apenas um sentido simbólico, e atenderiam apenas “*a segmentos políticos autoritários ou interessados em posturas demagógicas e inconseqüentes, servindo, afinal, aos objetivos do próprio crime organizado*”⁶⁰.

MARCELO BATLOUNI MENDRONI explica que por organização, se entende “*associação ou instituição com objetivos definidos*”⁶¹. Disto decorre a suposição precária de que as organizações criminosas sejam organismos ou empresas, formados com o intuito da prática de atividades ilegais, ou seja, empresas voltadas à prática de crimes. O autor aponta que existem diversas definições diferentes, cada qual com conteúdo geral distinto, o que demonstra que todas, e ao mesmo tempo nenhuma, seja a correta. Isto porque não seria possível definir uma organização criminosa por meio de conceitos estritos ou por meio de exemplos de atividades criminosas, pois esta definição não pode ficar engessada, restrita a certas infrações penais, em razão do poder variante que as organizações criminosas possuem:

“elas podem alternar as suas atividades criminosas, buscando aquela atividade que se torne mais lucrativa, para tentar escapar da persecução criminal ou para acompanhar a evolução tecnológica e com tal rapidez, que, quando o legislador pretende alterar a lei para amoldá-la à realidade - aos anseios da sociedade -, já estará alguns anos em atraso”⁶².

⁵⁸ FRANCO, Op. Cit., p. 05.

⁵⁹ Ibidem, p. 05.

⁶⁰ Ibidem, p. 05.

⁶¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado. Aspectos gerais e mecanismos legais**. 2.^a edição. São Paulo: Atlas, 2007. p. 6.

⁶² Ibidem, p. 9.

O autor salienta que as definições são escritas para representar necessidades próprias de cada sociedade: “*cada país e cada região suporta realidade criminológica diversa, porque acolhe distintas realidades, sociais, políticas e econômicas*”⁶³. Assim, MENDRONI questiona de que maneira seria possível uma definição que fosse adaptável, válida para operacionalização em todos os Estados-Membros e regiões de um país, especialmente em um com dimensões continentais como o Brasil. Não seria possível que se atribuísse características rígidas, formas estabelecidas, como forma de definição. Desta maneira, então, uma definição legal de organizações criminosas seria inútil, em um país em que podem existir diversas organizações criminosas, com diversos modos de atuação:

“No exemplo de criação de uma nova espécie de organização criminosa – que sempre existirá em decorrência de avanços tecnológicos das ciências -, deixará para trás a definição estampada na lei penal e impedirá a aplicação de dispositivos processuais eficientes para o seu combate. Caso contrário, de ser o tipo penal muito aberto, ocorrerá o contrário, a possível tipificação de qualquer bando que se disponha a praticar crimes – mesmo sem organização que, por princípio, lhe deva ser inerente. Melhor, em nosso entender,, a investigação dos crimes que pratique a organização criminosa, sem previsão de punição pela mera associação criminosa – tal como acontece com a ‘quadrilha ou bando’”⁶⁴.

Embora entenda não ser possível uma definição satisfatória de organizações criminosas, há certas características que poderiam ser entendidas como ‘básicas’, que serviriam como meio de distinção daquelas. Uma organização criminosa, então, poderia ser entendida como um organismo que tem como objetivo a prática de crimes (“*ou seja, a sua existência sempre se justifica por quê*”⁶⁵). Além disso, haveria organizações criminosas que se aproveitariam da ausência ou deficiência do Estado em determinadas funções, passando a substituí-lo ou com ele estabelecendo certa disputa “*como se fosse concorrência em um negócio, mas atuando ao arrepio da lei e trazendo a reboque a prática de tantas quantas forem as infrações penais necessárias ao seu sucesso*”⁶⁶.

Os elementos que uma organização criminosa teria, então, seriam estrutura hierárquico-piramidal, divisão direcionada de tarefas, restrição de membros, participação ou envolvimento de agentes públicos, orientação para a obtenção de

⁶³ Ibidem, p. 10.

⁶⁴ MENDRONI, Op. Cit., p. 10.

⁶⁵ Ibidem, p.11.

⁶⁶ Ibidem, p. 12.

dinheiro e poder, e domínio territorial. Suas atividades seriam diversificadas, sendo que haveria uso de violência (ainda que como último recurso, sucedendo às ameaças e corrupções), e se mesclariam as atividades lícitas com ilícitas (esta última ocorrendo em razão da necessidade da lavagem de dinheiro).

MIGUEL REALE JÚNIOR entende ser necessário, para se conceituar as organizações criminosas, distinguir entre a *entidade crime organizado* e a *prática organizada de delitos*. A prática organizada de delitos seria uma associação temporária “para a realização planejada de um ou mais crimes, envolvendo a cooperação de diversas pessoas, inclusive com a participação de agentes oficiais”⁶⁷. São associações formadas para o cometimento de delitos, mas que se distinguem das organizações criminosas porque lhes falta um dado elementar: “não configuram uma associação”⁶⁸. As organizações criminosas, por sua vez, teriam como característica a “sua institucionalização, ou seja, a sua organização em torno de um centro de poder de forma hierarquizada e disciplinada”⁶⁹.

De acordo com o autor, as organizações criminosas possuem, então, aspecto institucional, com planejamento estratégico e hierarquia, organizada por uma linha de comando, fazem uso da violência para impor obediência e servilismo, exigindo a obediência à lei do silêncio, *omertà*, agindo em conjunto com o Estado para garantia da impunidade e facilitação de suas atividades. Utilizam-se da lavagem de dinheiro para revestir de legalidade seus ganhos, estes oriundos de delitos de grave danosidade social⁷⁰.

LUIZ FLÁVIO GOMES entende que as organizações criminosas são muito mais complexas e abrangentes do que o crime de quadrilha ou bando. Geralmente, aquelas o englobam, muito embora as quadrilhas ou bandos dificilmente se aproximem de uma organização criminosa. O autor salienta a *internacionalização* (ou globalização) como sendo a mais saliente característica das organizações criminosas nas últimas décadas, e também a *institucionalização*, como seu elemento mais recente. Com relação a este último elemento, o autor salienta não se tratar da sua institucionalização interna, a

⁶⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. **Crime Organizado e Crime Econômico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 4. n. 13. janeiro-março 1996. pp. 182/190. p. 182.

⁶⁸ Ibidem, p. 182.

⁶⁹ Ibidem, p. 183.

⁷⁰ Ibidem, p. 184/185.

qual já era conhecida, mas sim a institucionalização *externa*, com a corrupção de agentes públicos, que representaria “*um sério risco para a democracia*”⁷¹. Haveria também uma ‘subespécie’ de organizações criminosas, que possui elementos próprios: as que seguem o modelo mafioso. Estas, além das características já mencionadas, utilizam-se de violência e intimidação, mantêm um clima de medo, lei do silêncio, adoção de regras internas, código de honra, etc. Em razão destas características, é clara sua distinção com as demais organizações criminosas⁷².

Em razão da Lei n.º 9.034 ter atrelado o conceito de organização criminosa ao crime de quadrilha ou bando, um conceito daquela deve conter os requisitos básicos deste crime: estabilidade e permanência, e um mínimo de quatro pessoas associadas. Sua finalidade deve ser o cometimento de crimes, o que distinguiria esta *associação ilícita* do concurso de agentes. Deve haver também a previsão de acumulação de riqueza indevida, o que não necessariamente resulta de atividades ilícitas – pode ser resultado de atividades lícitas, que se deram por meio de dinheiro ilícito. Também é necessária uma hierarquia estrutural, o que demonstraria a organização da associação, conjuntamente com o planejamento empresarial, que é mais do que simplesmente um programa delinquencial. Por fim, há a utilização de meios tecnológicos e sofisticados, que às vezes nem mesmo o Estado dispõe. Estas características seriam muito relevantes para a distinção entre uma organização criminosa e uma quadrilha ou bando e, de acordo com o autor, se houver ao menos três destas características, aliadas à existência de um grupo (de no mínimo quatro pessoas) que pratica atividade criminosa, se configuraria a existência de uma organização criminosa para âmbito de incidência da Lei n.º 9.034⁷³.

Estas características, apesar de auxiliarem na definição, não são as únicas. A elas somam-se diversas outras, dentre as quais o autor menciona: recrutamento de pessoas e divisão funcional das atividades; conexão estrutural ou funcional com o Poder Público ou com agentes dele; ampla oferta de prestações sociais; divisão territorial das atividades ilícitas; alto poder de intimidação; capacitação efetiva para a fraude difusa; e conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa⁷⁴.

⁷¹ GOMES, Luiz Flávio, e CERVINI, Raúl. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. 2.ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 78.

⁷² GOMES, e CERVINI, Op. Cit., p. 75/78.

⁷³ Ibidem, p. 94/96.

⁷⁴ Ibidem, p. 96/98.

ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO não procura definir as organizações criminosas, mas sim apontar suas características, que são possíveis de serem sintetizadas em razão das experiências estrangeira e brasileira. Desta forma, deve-se atentar, para distinguir se a associação em questão é uma organização criminosa ou não, se possui como características: pluralidade de pessoas, atividade criminosa, estabilidade, permanência, lucro ou outro propósito, e relevância causal das ações individuais.

As organizações criminosas, então, seriam compostas por mais de três pessoas físicas, penalmente capazes, que livremente se associaram, e por meio desta associação, praticaram uma quantidade suficiente de atos, no decorrer do tempo, voltados ao atendimento de seus fins (o que configura sua atividade criminosa, e demonstra a unidade da organização), de forma estável. O vínculo subjetivo entre os membros da organização indica a permanência desta, que pode ter como objetivos lucro, poder político ou status social. As ações individuais, que devem convergir para a realização da meta coletiva, se interligam e expõem a existência da organização, ou seja, demonstram sua materialização.⁷⁵

Para o autor, muitos problemas com relação à tipificação das organizações criminosas envolvem a questão do concurso de pessoas. Isto porque, para determinar a fixação da responsabilidade penal em uma organização, deve se compreender a teoria do *domínio do fato*. Em suas palavras,

“o *domínio da vontade em virtude de estruturas de poder organizadas* funda-se na idéia de *fungibilidade* do executor material, que atua como *instrumento* dentro do sistema organizacional. A organização funciona com independência da identidade de seus membros. O nível da estrutura organizativa permite que o sujeito detrás mande e tenha certeza de que alguém, pouco importa quem, vai praticar o crime – sem ser necessário coagir ou enganar o executor do comando”⁷⁶.

⁷⁵ PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização Criminosa – nova perspectiva do tipo legal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 194/196.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 190/191.

Desta maneira, então, deve ser punido o executor pelo cometimento do crime, mas também o “*ocupante do centro de poder de quem emanou a determinação*”⁷⁷ para esta ação.

No caso da existência de um tipo de injusto de associação em uma organização criminosa, no entanto, o foco não estaria no crime efetivamente cometido, o que demonstra sua inutilidade. As análises sobre o domínio do fato do crime em nada se relacionam com o ato de associar-se em uma organização criminosa, mas apenas com os critérios adotados com relação entre autoria e participação.

Assim, o autor entende que, melhor que uma tipificação do fato de associarem-se pessoas em uma organização criminosa, seria que o fato de o crime ser cometido por uma organização criminosa ser tratado como uma causa de aumento, desta forma possibilitando uma melhor individualização das condutas⁷⁸, em razão de que a teoria do *domínio do fato* poderia auxiliar em muitos problemas com relação às condutas dentro de uma organização criminosa.

Isto porque o crime de associação em uma organização criminosa, além de uma grave violação a direitos e garantias fundamentais, não traria quaisquer benefícios à apuração do grau de responsabilidade de cada agente envolvido no fato, já que, se uma pessoa é associada em uma organização criminosa, automaticamente seria tida como autora ou co-autora dos crimes praticados por esta.

O entendimento do autor é, então, de que deveria ser revogado o crime de quadrilha ou bando, e deveriam ser acrescentados dois parágrafos ao artigo do concurso

⁷⁷ Ibidem, p. 191.

⁷⁸ Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo entende que deveria ser revogado o crime de quadrilha ou bando, e deveriam ser acrescentados dois parágrafos ao artigo do concurso de pessoas, pois seria esta a melhor forma para individualização das condutas e responsabilização dos envolvidos. As vantagens desta proposta seriam que, como causa de aumento, haveria a possibilidade de primeiramente se determinar o grau de participação de cada envolvido no fato, para apenas depois levar em consideração seu envolvimento ou não em uma organização criminosa (PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização Criminosa – nova perspectiva do tipo legal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 193.) Desta forma, o artigo 29 do Código Penal passaria a figurar com o acréscimo dos seguintes parágrafos:

“§3.º Se mais de três pessoas se associarem em organização, cuja atividade seja a prática de crimes, a pena será aumentada de um sexto a dois terços.

§4.º O juiz estabelecerá a quantidade de aumento da pena em razão da atividade criminosa ter sido realizada mediante o emprego de violência, grave ameaça ou poder econômico.” (PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização Criminosa – nova perspectiva do tipo legal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 178).

de pessoas, pois seria esta a melhor forma para individualização das condutas e responsabilização dos envolvidos. As vantagens desta proposta seriam que, como causa de aumento, haveria a possibilidade de primeiramente se determinar o grau de participação de cada envolvido no fato, para apenas depois levar em consideração seu envolvimento ou não em uma organização criminosa⁷⁹. Desta forma, o artigo 29 do Código Penal passaria a figurar com o acréscimo dos seguintes parágrafos:

“§3.º Se mais de três pessoas se associarem em organização, cuja atividade seja a prática de crimes, a pena será aumentada de um sexto a dois terços.

§4.º O juiz estabelecerá a quantidade de aumento da pena em razão da atividade criminosa ter sido realizada mediante o emprego de violência, grave ameaça ou poder econômico.”⁸⁰

Para que se aplicasse a causa de aumento, no entanto, o Juiz deveria verificar se há a existência de uma organização criminosa, fato que antecede ao cometimento do crime. Para o autor, deveria para isto ser observada a presença dos seguintes elementos: pluralidade de pessoas, atividade criminosa, estabilidade, permanência, vínculo associativo, e relevância causal das ações dos membros.

2.4.2 Doutrina Estrangeira

Para WINFRIED HASSEMER, um elemento importante que caracteriza as organizações criminosas é as relações existentes entre estas e a administração pública. O autor contrapõe a criminalidade de massas à criminalidade organizada, explicando que esta é menos visível que aquela, muito embora não haja um consenso entre os especialistas em no quê consiste⁸¹. A participação em grupos bem organizados e atividades habituais e profissionais não são critérios suficientemente claros para definir uma organização criminosa, isto porque estas características são encontradas desde que passou-se a conviver com a criminalidade moderna, e em quase todas as formas de

⁷⁹ PITOMBO, Op. Cit., p. 193.

⁸⁰ PITOMBO, Op. Cit., p. 178.

⁸¹ HASSEMER, Winfried. **Segurança Pública no Estado de Direito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 2. n. 5. janeiro-março 1994. pp. 55-69 p. 58.

criminalidade. Um conceito baseado nelas seria, então, supérfluo. Apenas quando a forma de enfrentamento da criminalidade seja afetada, ou seja, “*somente quando o braço com o qual pretendemos combater toda e qualquer forma de criminalidade seja tolhido ou paralisado: quando Legislativo, Executivo ou Judiciário se tornem extorquíveis ou venais*”⁸², é que deveria se tratar de criminalidade organizada.

O que diferenciaria as organizações criminosas dos demais grupos criminosos, então, seria a *cooperação* do Estado. Isto porque, o que é a criminalidade organizada não é possível precisar. Os conceitos existentes são excessivamente abrangentes e vagos, sugerindo uma direção ao invés de definir um objeto. O que se sabe, porém, é que se trata de uma forma de criminalidade com grande potencial de ameaça, o que faz com que os meios com que se visa a atingi-la devam, *no mínimo*, subverter “*as estruturas fundamentais do poder de polícia*”. Em razão disso “*seria contraditório abrigar no conceito de “criminalidade organizada” manifestações criminosas com características habituais, profissionais ou de bando, apenas por serem particularmente perigosas, ou planejadas com grande astúcia ou dissimulação*”⁸³. Nestes casos, não haveria qualquer novidade, sendo temas que política e leis criminais endereçam há muito tempo.

De acordo com HASSEMER, então, “*um conceito útil de criminalidade organizada precisa isolar um potencial de ameaça qualitativamente novo*”⁸⁴, que ele entende estar na conexão dos Poderes Públicos com as organizações criminosas. Isto, porque apenas quando for possível exercer influência sobre “*a definição, a elucidação ou o julgamento de violações penais é que a estrutura criminosa ter-se-á estabilizado*”, momento este em que ocorre confusão nos limites entre a criminalidade e o combate à criminalidade. Seria ‘próprio’ da criminalidade organizada esta paralização do braço que a deveria combater, por meio da corrupção do aparato estatal⁸⁵. O autor entende que esta forma de delineamento é um grande passo no sentido de se encontrar um núcleo para a definição do crime organizado, definição esta que “*visa a um significado mais*

⁸² Ibidem, p. 58.

⁸³ HASSEMER, 1994, Op. Cit., p. 59.

⁸⁴ Ibidem, p. 59.

⁸⁵ HASSEMER, 1998, Op. Cit., p. 26.

*preciso e rico de conteúdo*⁸⁶, permitindo assim uma abordagem eficaz nos planos da criminologia, política e segurança públicas.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS explica que, ao contrário do que se poderia presumir, “*a juridificação penal da criminalidade organizada, a considerar-se conveniente ou mesmo indispensável, não passa necessariamente pela consagração nos ordenamentos jurídico-penais do ‘crime de criminalidade organizada’*”⁸⁷. Isto porque esta é um fenômeno, assim como a criminalidade terrorista, a criminalidade política, a criminalidade econômico-financeira, não sendo necessário que seja elevada à categoria de *crime*. Ou seja, não é preciso que se tipifique, que se constitua um tipo de crime autônomo de *crime organizado*, com um bem jurídico específico que por ele deveria ser protegido. Para o autor, *criminalidade organizada* é apenas um conceito jurídico que serve de instrumento (“*conceito-meio*”), “*que se liga, em determinadas condições e pressupostos, à prática ou não propósito de praticar determinados tipos de crimes já existentes no ordenamento jurídico-penal*”⁸⁸.

Há diversos planos que devem ser conjugados para que haja um fundamento para a “*juridificação penal da criminalidade organizada*”. O primeiro deles, fundamental para uma viabilidade e prestabilidade de um conceito, seria a existência nos ordenamentos jurídico-penais nacionais de um crime de organização ou associação criminosa, autônomo, dotado de um bem jurídico. Desta maneira,

“aparecerá clara a desnecessidade e a inconveniência da construção de um crime singular de criminalidade organizada: como puro conceito-meio ou conceito instrumental, ele deve ligar-se antes de tudo ao crime de associação criminosa, embora com ele se não confunde ou a ele se limite, antes tenha de representar um plus, uma exigência adicional determinante de conseqüências jurídicas – substantivas, processuais, jurídico-internacionais – de particular intensidade e gravidade”⁸⁹.

O autor explica que o tipo de injusto de associação criminosa, na maioria das legislações em que existe, é caracterizado pela formação de “*um qualquer grupo, organização ou associação cuja finalidade, exclusiva ou principal, seja a prática de*

⁸⁶ HASSEMER, 1994, Op. Cit., p. 59.

⁸⁷ DIAS, Op. Cit., p. 14.

⁸⁸ DIAS, Op. Cit., p. 14.

⁸⁹ Ibidem, p. 15.

crimes, de quaisquer crimes”⁹⁰. Desta forma, este tipo penal visa à tutela do bem jurídico *paz pública*, o que de acordo com o entendimento do autor nada mais é do que as expectativas da sociedade em ter uma vida sem o perigo que estas associações oferecem. Não seria uma intervenção penal posterior, quando a *paz pública* já houver sido importunada por crimes praticados por meio das referidas associações, mas sim uma intervenção em um estado *prévio*, com uma tutela antecipada, no momento em que ainda não houve qualquer efetiva importunação à segurança e paz públicas, porém em que já há um “*especial perigo de perturbação*”, que por si só é capaz de violar a paz pública. Paz pública seria então um conceito mais abrangente que segurança e tranqüilidade, o que faz com que possa estar sendo violada quando estas ainda não estejam. FIGUEIREDO DIAS entende que a mera existência destas associações criminosas, dentro da dinâmica em que são inseridas, “*põe em causa a paz que a ordem jurídica visa criar nos seus destinatários e a crença na manutenção daquela paz a que os cidadãos têm direito, substituindo-os por um nocivo sentimento de receio generalizado e de medo do crime*”⁹¹.

Este tipo de injusto de associação criminosa seria um tipo de perigo abstrato, com fundamento na “*altíssima e especialíssima perigosidade*”⁹² desta associação, que resultaria de seu grande poder de ameaça e dos estímulos de natureza criminosa que esta gera em seus membros, o que seria uma justificação político-criminal de sua incriminação. De acordo com o autor, a especialíssima perigosidade a que se refere encontra-se nas constantes mudanças que ocorrem nas personalidades individuais, em uma organização: “*esta tende a quebrar os laços que ligavam os seus membros à cultura da legalidade e a induzir a interiorização da lealdade subculturais ou contraculturais*”⁹³. Isto geraria uma diminuição no sentido de responsabilidade de cada indivíduo, com relação às atividades criminosas, o que leva à frustração do princípio da prevenção geral positiva. Estas considerações não são apenas um discurso teórico e abstrato, mas sim constituem “*o fundamento praticamente mais importante*” para que se interprete este tipo penal de maneira correta, e que leva o intérprete a entender que, os casos em que não reste demonstrada a especial perigosidade da associação, sua grande danosidade social (por si só), e sua específica dignidade penal,

⁹⁰ Ibidem, p. 16.

⁹¹ DIAS, Op. Cit., p. 16.

⁹² Ibidem, p. 16.

⁹³ Ibidem, p. 17.

devem ser excluídos do âmbito de aplicação desta norma. Indicam também a solução do problema de interpretação e aplicação que ocorre neste caso, qual seja a distinção entre o que efetivamente é uma organização criminosa, do que é um simples concurso de pessoas.

Para isto, é necessário que o intérprete possa aferir, em um caso concreto, se estão presentes os elementos que conformam a existência de uma organização criminosa, de acordo com a lei, o que em muitos casos não será suficiente. Nestes, o aplicador do direito deve perguntar-se se a associação em questão resulta em um perigo para os bens jurídicos especialmente protegidos quando se trata de organizações criminosas, perigo este diverso do que resultaria de uma mera co-participação. Desta forma, apenas quando a resposta para esta pergunta fosse afirmativa é que poderia se enquadrar a associação no tipo penal de associação criminosa. O autor explica que *“ficam deste modo afastadas concepções do bem jurídico protegido pelo tipo de associação criminosa como aquela (...) que o faz residir numa ordem pública inevitavelmente vaga e dificilmente substanciável”*⁹⁴, pois a existência de um bem jurídico que não se equipara à noção ampla de *ordem pública* coloca o essencial em evidência, ou seja, a já referida especial perigosidade que resulta da associação. FIGUEIREDO DIAS ainda entende que, ao definir esta especificidade do bem jurídico do tipo de injusto, se delimita *“mais exactamente (e, em consequência, por estreitar) a área de tutela; e por evitar que o preenchimento do tipo de ilícito se considere perfeito com a mera alegação de uma antecipação da protecção penal dos crimes cometidos (...) para o estágio dos atos preparatórios”*⁹⁵. Desta forma, até onde seja possível, evita-se uma inadequada aplicação da norma, fazendo com que coincida com o propósito político-criminal de sua criação.

Muito embora possa parecer que a existência de um tipo de crime de associação criminosa, aliado à necessidade da demonstração de sua especial perigosidade seria a solução aos problemas de conceito de organizações criminosas. Ocorre que o autor entende não ser suficiente:

“Não creio porém que esta argumentação deva considerar-se procedente. É verdade ser a especial perigosidade ínsita em qualquer organização criminosa e o perigo acrescido que a sua existência

⁹⁴ DIAS, Op. Cit., p. 18.

⁹⁵ Ibidem, p. 18.

representa para a paz pública o fundamento da sua incriminação e o constituinte do autónomo bem jurídico a proteger. Mas isto é uma coisa, outra diferente e muito mais grave as consequências jurídicas, de natureza inquestionavelmente penal, que as leis nacionais e internacionais ligam já à existência de uma associação criminosa e à prática por ela de concretos crimes quando esta ocorre *de forma organizada*, quando ela constitua criminalidade organizada”⁹⁶.

Além da prática do crime de associação criminosa, o conceito de organização criminosa deve supor a prática, por esta associação, de crimes de uma particular natureza e gravidade. Para definir quais seriam estes crimes, se estabelece que devem ter tal natureza e gravidade a ponto de legitimarem a especial severidade com que se busca o tratamento da criminalidade organizada, e:

“Que justifique, por conseguinte, que – tal como sucede já com a criminalidade terrorista-, também relativamente à criminalidade organizada, atenta a quantidade inumerável das suas vítimas reais e potenciais, presentes e futuras, o ponto de equilíbrio ou de concordância prática entre uma defesa tão efectiva quanto possível dos direitos, liberdades e garantias das pessoas, por uma parte, e a defesa de interesses irrenunciáveis da comunidade, por outra parte, sofra uma deslocação em favor de uma maior relevância dos interesses comunitários e de uma mais limitada protecção dos direitos individuais”⁹⁷.

Estes crimes devem se adequar às especialísimas características da criminalidade organizada, não devendo ser escolhidos em razão de clamores sociais, apelos da mídia, etc. O autor, embora não proponha quais deveriam ser estes crimes, explica que eles podem ser sintetizados nos que a prática é regida por motivos de lucro ou força; que são, juntos ou isoladamente considerados de alta gravidade; que são praticados por pelo menos dois participantes por um período de tempo duradouro ou indeterminado, e com tarefas divididas; que utilizam estruturas empresariais, societárias ou análogas em sua prática, ou utilizam força ou demais meios com a finalidade de causar medo, ou utilizam-se de influência política, ou midiática, ou da administração pública ou da economia⁹⁸.

Assim, em razão de todas as peculiaridades, este catálogo de crimes deve ser extremamente limitado. Ocorre, porém, que cabe ainda uma limitação a estes crimes. Eles devem também ser de uma particular gravidade, que deve ser medida por meio das

⁹⁶ Ibidem, p. 20.

⁹⁷ DIAS, Op. Cit., p. 27.

⁹⁸ Ibidem, p. 28.

penas cominadas pela legislação para estes crimes. Crimes com penas muito baixas, podem ser considerados como integrantes da categoria da *pequena criminalidade*, e “*não pode nem deve, por conseqüência, servir para justificar as medidas limitativas excepcionais dos direitos fundamentais implicadas pela caracterização de um caso como de criminalidade organizada*”⁹⁹.

FRANK E. HAGAN entende que para a definição de organizações criminosas, há elementos que são essenciais. A habilidade em usar, e a reputação por usar violência ou ameaça de violência para facilitação do cometimento de atividades criminosas, para ganhar ou manter o monopólio de certos mercados ilícitos. Também essencial é que a organização faça uso de corrupção de agentes públicos para garantir imunidade de suas operações, e/ou proteger-se de competidores. Estas, de acordo com o autor, são as características que definem o crime organizado, e que melhor respondem a questão do que é o crime organizado¹⁰⁰.

JAMES FINCKENAUER explica que certos crimes, que são *mala in se*, ou maus por si mesmos, como homicídio, roubo, furto, são mais facilmente aceitos como crimes. Outros, que são *mala prohibita*, ou maus por serem proibidos, como prostituição, tráfico de drogas, suborno, são mais dificilmente definidos mas também aceitos como crimes. Estes crimes, assim como outros, como extorsão e seqüestro, têm sido comumente associados com o que se entende ser crime organizado. No entanto, uma lista de crimes não define o que é uma organização criminosa. Isto porque qualquer destes crimes tanto pode ser cometido por criminosos agindo sozinhos, ou associados, porém sem qualquer tipo de organização. Em razão disto é que um elemento chave para qualquer definição de organização criminosa é a *organização*¹⁰¹.

Se um crime é cometido individualmente ou por meio de uma ‘rede’ criminosa, depende em parte da natureza do crime (pois certos crimes não podem ser cometidos individualmente em razão de sua complexidade), e também da natureza da situação e da disponibilidade de *parceiros* criminosos. Desta forma, se a natureza do crime e da situação assim pedem, e há parceiros dispostos, o crime pode ser cometido por um grupo, que pode ser entendido como uma *rede* criminosa. Importa salientar, no

⁹⁹ Ibidem, p. 29.

¹⁰⁰ HAGAN, Frank E. “**Organized Crime**” and “**organized crime**”: indeterminate problems of definition. Trends in Organized Crime. V. 9, n. 4, Summer 2006. pp. 127-137. p. 134

¹⁰¹ FINCKENAUER, Op. Cit., p. 64.

entanto, que, a não ser que seus membros continuem no cometimento de crimes, a não ser que se vejam como membros de uma organização criminosa, a não ser que haja durabilidade, reputação e continuidade tanto em relação aos crimes quanto ao tempo, esta rede não será uma organização criminosa.

De acordo com o seu entendimento, os elementos caracterizadores do crime organizado são: ideologia (ou sua falta), estrutura/ hierarquia organizada, continuidade, violência (uso de força ou ameaça do uso de força), restrição na admissão de novos membros, empresas ilegais, penetração em negócios legítimos, e corrupção.

Para ele, muito embora houvesse a diferenciação entre grupos criminosos organizados e grupos terroristas, esta diferença vem sendo dissipada ao longo do tempo, pois é possível perceber que certas organizações criminosas podem colaborar com organizações terroristas, e também estas podem cometer crimes de maneira a financiar suas atividades terroristas. Entendemos não ser possível elencar *ideologia* como um elemento das organizações criminosas, pois se existir, sua presença não passa de decorrência das atividades da organização, não podendo ser entendida como uma de suas razões de existir. A ideologia, neste contexto, deve ser entendida como uma agenda política, como uma vontade de uma mudança política. O interesse das organizações criminosas no Estado (no governo), no entanto, não é de subversão da ordem política estabelecida para instauração de um regime de sua escolha. Trata-se de um interesse em sua nulificação – por meio de suborno, corrupção, etc¹⁰².

A existência de uma bem estruturada hierarquia com líderes e chefes, e em seguida membros de níveis inferiores, sendo os últimos na hierarquia os que efetivamente cometeriam os crimes (um modelo de hierarquia piramidal). No grupo, haveria algum membro incumbido das decisões sobre o que deveria ser feito, por quem, como, e quando. Esta forma de hierarquia ainda pode estar presente em certas organizações criminosas, porém não é a regra. Percebe-se a presença de *redes* de criminosos mais dispersas, que se unem ao redor de *oportunidades* de crimes. Estes grupos apresentam estruturas muito mais amorfas, flutuantes e planas (não piramidais), lhes faltando, então, uma hierarquia rígida.

¹⁰² FINCKENAUER, Op. Cit., p. 65.

Por continuidade deve se entender a continuidade do *grupo*, ou seja, sua existência para além das vidas e participações de indivíduos particulares. Quando líderes morrem ou são presos, estes são substituídos por novos. Esta continuidade se mantém no tempo e para além dos crimes, permanecendo como um elemento importante de definição.

Violência ou ameaça do uso de violência é um elemento importante, em razão de ser a maneira com que as organizações conseguem diversos propósitos. Podem ser vítimas pessoas comuns (que não pagam suas dívidas com a organização, ou como forma de intimidação) ou até mesmo outros criminosos. A restrição para ingresso de membros pode ocorrer por meio de diversos critérios, tais como grupo étnico, raça, e passado criminoso. Certas organizações também incluem ritos para novos membros, como *iniciações*, a utilização de certas cores (como uniformes), ou sinais, etc.

O objetivo primário das organizações criminosas é o lucro, sejam quais forem os meios utilizados para tal. Este elemento é outro que as diferencia dos grupos terroristas, que não têm o lucro como objetivo primário. O lucro pode vir por meio de *empresas ilícitas*, que para o autor são apenas os objetos das atividades, tais como tráfico, jogos de azar, etc. O lucro pode também ser consequência de empresas legalmente estabelecidas: por meio delas, ocorre a lavagem de dinheiro. A maioria das organizações criminosas existe para prover bens ou serviços que são ilegais, regulados, ou difíceis de serem conseguidos. É a presença destas condições limitadoras junto com a demanda em larga escala que faz com que seja um negócio lucrativo. Também deve se mencionar que as organizações criminosas buscam neutralizar ou anular o governo, evitando investigações, prisões, processos e condenações, por meio de corrupção.

O autor, então, explica que pode se verificar a existência de uma organização criminosa por meio de um espectro, baseado no maior ou menor grau em que se apresentam certas características, quais sejam: sofisticação criminosa, estrutura, *self identification*, e autoridade de sua reputação. A sofisticação criminosa é percebida pelo grau de planejamento existente para o cometimento de crimes: quanto tempo duram, quantas habilidades e quanto conhecimento é necessário para que sejam cometidos. A estrutura se verifica com uma clara divisão de trabalho com definição de autoridade e liderança, que se mantém ao longo do tempo e dos crimes. Com relação à *self identification*, deve se verificar se os membros percebem-se como membros de uma

organização criminosa definida, cabendo questionar se, por exemplo, há uso de uma linguagem especial, sinais específicos, tatuagens, ritos, etc. A autoridade de reputação demonstra a capacidade da organização em forçar os demais – criminosos ou não – a fazerem o que é da sua vontade, sem a necessidade do uso da violência, ou seja, se sua reputação é suficiente para instigar medo e intimidação. Há outras características que as organizações criminosas podem ter, porém aquelas redes criminosas às quais falta alguma destas não deveriam ser consideradas como organizações criminosas¹⁰³.

¹⁰³ FINCKENAUER, Op. Cit., p. 75/76.

3 QUESTÕES RELACIONADAS À IMPRECISÃO CONCEITUAL DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Toda a divergência com relação à conceituação das organizações criminosas que se procurou demonstrar no capítulo anterior não é uma questão apenas acadêmica. A imprecisão do seu conteúdo gera confusões, como por exemplo com a Criminalidade de Massa e Criminalidade de Empresa, e também com crimes, especificamente *quadrilha ou bando*. Não podem também ser omitidas as divergências jurisprudenciais e as conseqüências de um não consenso sobre o tema, o que leva a violações de direitos e garantias fundamentais, em razão da violação do princípio da legalidade. Por este capítulo, busca-se demonstrar todo o perigo inerente à imprecisão do objeto, e da falta de delimitação conceitual das organizações criminosas.

3.1 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS VERSUS QUADRILHA OU BANDO

Organizações criminosas podem ser erroneamente confundidas com quadrilha ou bando, este, no entanto, delito autônomo previsto no artigo 288 do Código Penal Brasileiro. Pela própria previsão legal, percebe-se que só há quadrilha ou bando quando houver, no mínimo, quatro pessoas como integrantes. E mais, não basta sua simples reunião: devem se reunir com certa organização, em caráter permanente ou estável, objetivando a prática de crimes indeterminados. É elemento do tipo o dolo específico, qual seja a “*vontade conscientemente dirigida à associação em quadrilha*

para o fim especial de praticar crimes”¹⁰⁴. Para a caracterização deste delito, pressupõe-se a reprovabilidade de conduta em sua formação, ou seja, aquele caráter permanente da sua reunião, com a finalidade da prática de crimes: “*Em linguagem simplificada pode-se dizer que a culpabilidade consiste na reprovabilidade pela formação da vontade*”¹⁰⁵.

O crime de quadrilha ou bando é, então, uma reunião estável ou permanente com a finalidade da prática de uma série indeterminada de crimes. Crimes, e não contravenções ou atos imorais. Indiferente serem os crimes da mesma espécie ou não, mas sem o fim de cometê-los, não se configura o delito. Em razão de sua natureza, crimes preterdolosos e culposos também não podem ser a finalidade da existência da quadrilha. Trata-se, no entanto, de crimes indeterminados, o que difere do concurso de pessoas, pois neste caso o crime (ou crimes) é determinado¹⁰⁶.

Como características específicas este delito tem a estabilidade e a permanência (traços que a diferenciam do mero concurso de pessoas), contando ainda com seu núcleo, que se encontra na consciência e vontade dos agentes em se organizarem em quadrilha ou bando, com a finalidade específica e necessária do cometimento de diversos crimes. Trata-se de um crime de concurso necessário e caráter permanente, que de forma alguma se confunde com concurso de pessoas, pois é necessário que os integrantes da quadrilha ou bando previamente ajustem suas vontades no sentido da prática indeterminada de crimes.

São situações diversas. O concurso de pessoas é a reunião de pessoas no cometimento de uma infração penal. As razões que levam um indivíduo a se associar a outros para o cometimento de um delito podem ser diversas, desde assegurar seu êxito, garantir sua impunidade, ter a possibilidade de proveito coletivo do resultado do crime, ou mesmo razões pessoais. Esta cooperação ocorre não apenas no momento da execução do fato, mas pode ocorrer desde a elaboração intelectual do delito até sua consumação¹⁰⁷. Assim, concorrem todos os que ajudaram a planejar o crime, os que

¹⁰⁴ SILVA JÚNIOR, José, IN **Código Penal e sua interpretação judicial, volume 2: parte especial**. Coordenação: Alberto Silva Frando, Rui Stoco. 7.ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 3519.

¹⁰⁵ DOTTI, René Ariel. **Um bando de denúncias por quadrilha**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 174, p. 6-8, maio 2007.

¹⁰⁶ PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Volume 3. artigos 184 a 288**. 2.ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 653.

¹⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 12.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 411.

forneceram meios para sua execução ou os que nela participaram, bem como aqueles que contribuíram para sua consumação. Os requisitos para o concurso de pessoas são a pluralidade de participantes e de condutas, a relevância causal de cada conduta, o vínculo subjetivo entre os participantes e a identidade de infração penal.¹⁰⁸

Sobre o assunto, entende RENÉ ARIEL DOTTI que não se confundem as situações de autoria coletiva e o delito de quadrilha ou bando. Se houve um fato ilícito cometido por meio do concurso de pessoas, isto não configura o delito de quadrilha ou bando¹⁰⁹. Não há, nesta hipótese, a associação das vontades com caráter estável e com a finalidade da prática de crimes indeterminados: o concurso de pessoas é um acordo de vontades momentâneo, apenas para a prática de determinado(s) crime(s). Quando a associação visar à prática de um único crime, mesmo que se dê entre mais de três pessoas, não se trata de quadrilha ou bando, pois é necessária a elementar típica da ‘finalidade indeterminada’. Quando a finalidade for praticar um crime determinado ou crimes da mesma espécie, será caso de concurso eventual de pessoas e não quadrilha ou bando. Não se justifica a confusão que por vezes se faz entre concurso eventual de pessoas e quadrilha ou bando, pois aquele é uma associação eventual, ocasional, temporária, para o cometimento de crimes determinados, ao passo que o artigo 288 trata de uma associação de pessoas voltada ao cometimento de crimes indeterminados, duradora, estável, permanente. Esta se configura com a mera associação de pessoas voltada à prática indeterminada de crimes, não necessitando da prática efetiva de um crime. Diferentemente, somente se pune o concurso de pessoas quando os indivíduos agirem concretamente para a prática de determinado crime, tanto em sua forma tentada quanto consumada¹¹⁰.

Apesar da pluralidade de participantes existente em uma prática delituosa, e de haver vínculos psicológicos entre eles, não se pode confundir quadrilha ou bando, que é um crime de concurso necessário, com o concurso de pessoas, que é uma associação eventual e temporária. O concurso eventual de pessoas trata-se de uma participação consciente e voluntária de duas ou mais pessoas na prática de uma mesma

¹⁰⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 4: parte especial**. 3.^a edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, e PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Volume 3. artigos 184 a 288**. 2.^a edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

¹⁰⁹ DOTTI, René Ariel. **Um bando de denúncias por quadrilha**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 174, p. 6-8, maio 2007.

¹¹⁰ BITENCOURT, Op. Cit., p. 248/254.

infração penal. O mero fato de haver uma pluralidade de agentes em uma infração penal, no entanto, não é suficiente para a caracterização do crime de quadrilha ou bando. O que distingue este delito do concurso de pessoas é a associação de forma estável e permanente para a prática de crimes indeterminados. Já a simples associação, com o acordo prévio, voltada à prática de crimes anteriormente determinados, configura concurso eventual, e não formação de quadrilha. Neste caso – concurso de pessoas – está compreendida não apenas a contribuição causal (objetiva), mas também a contribuição subjetiva, para a qual basta o conhecimento da ação como parte de um todo, dispensando-se a necessidade do acordo formal. Além do mais, diversamente do caso da quadrilha ou bando, o concurso de pessoas por si só não configura crime algum, é uma causa que agrava a pena no caso da prática de um crime específico.

Para a configuração do tipo penal de quadrilha ou bando é necessária a presença de três elementos: concurso necessário de ao menos quatro pessoas, ajuste de vontade dos integrantes para a finalidade do cometimento de crimes indeterminados, e estabilidade e permanência desta associação. Este crime exige o elemento subjetivo especial do tipo, que se caracteriza pelo *especial fim*, que é de organizar-se em uma quadrilha ou bando, para indiscriminadamente cometer crimes. Assim, para que um indivíduo seja autor do crime de quadrilha ou bando, é indispensável que tenha consciência que participa de uma associação que tem por objetivo delinquir. Não basta que tenha realizado quaisquer atos que sejam abrangidos pelos objetivos da quadrilha ou bando, portanto não respondem pelo crime ‘*laranjas*’ que não têm conhecimento da existência de uma quadrilha, ou da finalidade da associação, ou aqueles que apenas ‘figuram’, sem qualquer aproveitamento pessoal, bem como empregados que eventualmente apenas estão cumprindo ordens superiores. Da mesma maneira, estes indivíduos, que não são autores do crime de quadrilha, mas sim meros executores de seus desígnios, não podem ser considerados para o número mínimo exigido como elementar para a configuração deste crime (mais de três pessoas), pois a eles falta o elemento subjetivo de associarem-se com a finalidade de praticar crimes indeterminados.

Não há a necessidade, no entanto, que os membros da quadrilha se conheçam. Devem, porém, saber da existência dos demais. O ajuste dos associados não precisa ser direto: basta que estejam conscientes que formam uma associação, cuja

finalidade lhes é conhecida¹¹¹. Sua consumação ocorre, então, com a simples associação de mais de três pessoas, com a finalidade da prática de crimes, fato que colocaria em risco a paz pública. Não é necessário que haja crimes efetivamente praticados. O fato punível é o associar-se com a *finalidade* da prática indeterminada de crimes. Não cabe tentativa, em razão de ser um crime abstrato e de mera atividade, sendo inclusive uma exceção à impunibilidade dos atos preparatórios.¹¹²

Percebe-se, portanto, que o delito de quadrilha ou bando é algo bem específico, que não se confunde de maneira nenhuma com concurso de pessoas. Também não se confunde com uma organização criminosa, tendo como base a maneira como é definida pela Convenção de Palermo.

Não há qualquer relação de congruência entre o referido delito e uma organização criminosa. A própria Lei n.º 9.034/95 incorreu no erro de confundir as duas situações, agravando ainda mais o problema. A referida lei, como já analisado, estabeleceu que deveria ser aplicada aos crimes cometidos em *quadrilha ou bando*. Ao equiparar organizações criminosas a quadrilha ou bando, o referido instrumento normativo cometeu “*o pecado de não fazer diferença entre as quadrilhas de bagatela e as verdadeiras organizações delinqüenciais, prevendo para umas e outras o mesmo tratamento*”¹¹³.

Ocorre que, ao analisar as duas situações, é possível perceber que uma organização criminosa não se identifica com uma quadrilha ou bando. Sequer a segunda é abrangida pela primeira. O Código Penal Brasileiro estabelece que para a configuração de uma quadrilha ou bando é necessária a associação de “*mais de três pessoas*”, ao passo que, de acordo com a definição de organização criminosa trazida pela Convenção de Palermo, uma organização criminosa pode ser formada por “*três ou mais pessoas*”. Ainda, apesar de para a configuração de uma quadrilha ou bando seja necessária a presença de certos requisitos, como já explicado, lhe faltam os demais elementos estruturais necessários para a configuração de organizações criminosas, como estrutura hierárquica, por exemplo.

¹¹¹ PRADO, Luis Regis. Op. Cit., p. 654.

¹¹² BITENCOURT, Op. Cit., p. 251.

¹¹³ PRADO, Geraldo Luiz M., e SANTOS, William Douglas R. dos. **Comentários à lei contra o crime organizado (Lei n. 9.034/95)**. Belo Horizonte : Livraria Del Rey Editora, 1995. p. 42.

A anatomia do crime de quadrilha ou bando é muito diferente do que hoje se denomina como o *fenômeno* da *criminalidade* organizada. Geralmente os atos praticados por quadrilhas ou bandos se configuram no que se denomina de criminalidade de massa, e é importante que se faça a correta distinção entre criminalidade organizada e criminalidade de massa, pois se tratam de duas coisas distintas.

3.2 CRIMINALIDADE ORGANIZADA E CRIMINALIDADE DE MASSA

A criminalidade organizada é o centro das atenções de todos os setores da sociedade, sendo o tema favorito dos meios políticos, jurídicos, religiosos, mídia, e portanto é alvo de grande debate. No entanto, no cotidiano da população, não é a criminalidade organizada que preocupa, mas sim a criminalidade de massa a que mais ameaça. Em razão disso há a necessidade em se distinguir as duas¹¹⁴. Como explica WINFRIED HASSEMER, as duas têm muito pouco em comum em suas origens, e requerem estratégias diversas de prevenção e repressão. Além disto, a diferenciação também pode diminuir a pressão que existe sobre a agravação das medidas atualmente existentes no âmbito do combate à criminalidade organizada¹¹⁵.

A criminalidade organizada seria hoje o que impulsiona a criação de instrumentos para a intervenção como meio de prevenção dos perigos e elucidação dos crimes. A quebra das garantias processuais penais e das do poder de polícia ocorrem sempre em nome de seu combate, o que na verdade é uma deformação da situação. A forma de criminalidade que assusta a sociedade não é a criminalidade organizada, mas sim a criminalidade de massas. Esta confusão acaba dificultando uma política criminal racional¹¹⁶.

A criminalidade de massa é aquela que “*compreende assaltos, invasões de apartamentos, furtos, estelionatos, roubos e outros tipos de violência contra os mais*

¹¹⁴ BITENCOURT, Op. Cit., p. 239.

¹¹⁵ HASSEMER, 1998, Op. Cit., p. 26.

¹¹⁶ HASSEMER, 1994, Op. Cit., p. 57.

fracos e oprimidos”¹¹⁷. Essa é a criminalidade que afeta diretamente a população, como vítimas reais ou potenciais, e seus efeitos são violentos e imediatos, não apenas econômicos ou físicos – “atingem o equilíbrio emocional da população e geram uma sensação de insegurança”¹¹⁸. Essa sensação de insegurança, ou “medo coletivo difuso”, é o que permite que se faça uma manipulação de uma “política criminal populista”, que acaba por restringir as liberdades individuais e os princípios constitucionais fundamentais, sem, no entanto, demonstrar resultados satisfatórios: “são em circunstâncias como essa que surgem leis como a dos Crimes Hediondos, do Crime Organizado e dos Crimes de Especial Gravidade etc., na forma tradicional de usar simbolicamente o Direito Penal”¹¹⁹.

O sentimento de segurança da população e o crescente medo são influenciados muito mais pela criminalidade de massa do que pela criminalidade organizada, que ainda representa um fenômeno obscuro, e que apenas afeta a experiência cotidiana¹²⁰. Este tipo de criminalidade se caracteriza por assaltos, invasões de domicílios, tráfico de entorpecentes, furtos, delinquência juvenil, etc. São manifestações criminosas que afetam a população diariamente, seja como vítimas possíveis ou reais. Seus efeitos não são meramente materiais e físicos: geram danos no equilíbrio emocional do cidadão, que passa a sentir-se desprotegido e debilitado frente a ameaças e perigos desconhecidos, que o fazem duvidar do poder normativo do Direito. A dúvida gerada “atinge o cerne da experiência jurídica, abala a expectativa de neutralização de superpoderes sociais em questões centrais da vida cotidiana com os instrumentos do Direito, elimina a chance de que também os mais fracos, os seguidores da lei possam afirmar-se com o auxílio do Direito”¹²¹.

Meios de investigação e obtenção de prova tais como agentes infiltrados, dentre outros, apenas teriam efeito no combate à criminalidade das ruas quando esta fosse revestida de certa organização, o que geralmente não acontece. Assim, nestes casos, os meios de investigação deveriam ter outra natureza, tais como “prevenção

¹¹⁷ BITENCOURT, Op. Cit., p. 239.

¹¹⁸ Ibidem, p. 239/240.

¹¹⁹ Ibidem, p. 240.

¹²⁰ HASSEMER, 1998, Op. Cit., p. 27.

¹²¹ HASSEMER, 1994, Op. Cit., p. 57.

técnica, policiamento ostensivo, chances de sobrevivência aos jovens, inovações na política de drogas”¹²², dentre outras possíveis.

A criminalidade organizada deve apresentar um potencial de ameaça e perigo muito grandes, e também ter a possibilidade de gerar conseqüências imprevisíveis e incontroláveis. Ainda, ao se falar em *criminalidade organizada*, é possível se pensar em uma criminalidade *desorganizada*, mais violenta e com danos mais graves e diretos. Não se pode confundir, portanto, criminalidade organizada com a criminalidade de massa, pois aquela é menos visível que esta. Esta compreende, como já mencionado, arrombamento de residências, roubos, furtos, etc. A criminalidade organizada, por sua vez, apesar da dificuldade em sua delimitação conceitual, apresenta-se como uma forma criminosa com um gigantesco potencial de ameaça, que exige meios de combate diferenciados. Por isto é que é contraditório que se incluam em seu conceito manifestações criminosas típicas de criminalidade de massas, apenas por terem sido praticadas habitualmente, de maneira profissional ou por uma quadrilha ou bando, e por serem planejadas com maior astúcia ou apresentarem maior perigo¹²³.

Quadrilhas e bandos sempre existiram e estão presentes em todas as formas de criminalidade, e até possuem “*um certo aprimoramento ou modernização qualitativa e quantitativa nas suas formas de execuções*”¹²⁴. Este caso se trata, na verdade, da criminalidade de massa, que se mostra na maioria dos crimes contra o patrimônio, contra a vida, etc. Ou, como questiona o autor, “*se ousaria afirmar que os arrastões das praias cariocas, eventuais invasões de famintos a supermercados ou mesmo o uso de drogas nas universidades brasileiras constituem crime organizado?*”¹²⁵.

O aumento e agravação dos instrumentos jurídicos de combate à criminalidade são voltados à criminalidade organizada, e não à criminalidade de massa. Isto ocorre em razão da ameaça proveniente da criminalidade organizada, e por isso que não há correspondência entre os instrumentos de combate ao crime e o temor frente à criminalidade¹²⁶. A criminalidade de massa gera o medo do crime, sensação de impotência do Estado e novas promessas feitas pelos órgãos de segurança pública de

¹²² HASSEMER, 1994, Op. Cit., p. 57.

¹²³ Ibidem, p. 59.

¹²⁴ BITENCOURT, Op. Cit., p. 240/241.

¹²⁵ Ibidem, p. 241.

¹²⁶ HASSEMER, 1998, Op. Cit., p. 27.

que com pequeno esforço haveria grandes mudanças. A situação, no entanto, não vai se alterar enquanto a Política Criminal não for direcionada à criminalidade de massa, o que pressupõe novos meios e uma nova mentalidade político-criminal, *“nos quais ninguém parece realmente interessado atualmente”*¹²⁷.

Para HASSEMER, as fontes da criminalidade de massa são mais profundas, portanto mais difíceis de estancar que as do, por exemplo, tráfico internacional, de entorpecentes ou armas. Também salienta que esta forma de criminalidade requer outras maneiras de abordagem, diversas das normalmente empregadas contra a criminalidade organizada. Uma política criminal voltada ao aumento dos meios de investigação, portanto, se fundamenta na criminalidade organizada e não na criminalidade de massas, e é apenas nesse âmbito que tal Política Criminal teria efeitos.

Como já mencionado, a criminalidade de massa é mais visível que a criminalidade organizada. Bandos bem organizados ou atuando de forma habitual e profissional não se traduzem automaticamente na existência de uma organização criminosa, pois estas características existem desde o começo da criminalidade moderna, e aparecem em quase todas as formas de criminalidade. Não se pode ainda precisar o que seja uma organização criminosa, pois sua definição é muito abrangente e vaga, não precisando um objeto, mas sim sugerindo uma direção. Assim, em razão da diferença entre estes dois tipos de criminalidade, observa-se que a criminalidade organizada exige meios diferenciados para seu combate, em razão do potencial de ameaça que lhe é inerente. Este potencial estaria no assalto, usurpação ou infiltração nos meios estatais, por meio de organizações criminosas; *“somente quando seja possível influenciar criminosamente a definição, a elucidação ou o julgamento de violações penais é que a estrutura criminosa ter-se-á estabilizado”*¹²⁸.

ALBERTO SILVA FRANCO entende que estes dois tipos de criminalidade diferenciam-se, pois a criminalidade organizada tem uma textura diversa que a criminalidade de massa. Tem caráter transnacional, pois não respeita as fronteiras dos países, e por apresentar características semelhantes em diversas nações. Tem um grande poder, que se baseia em uma estratégia global, e em uma estrutura organizada que permite que sejam aproveitadas as fraquezas estruturais dos sistemas penais. Gera

¹²⁷ HASSEMER, 1994, Op. Cit., p. 58.

¹²⁸ Ibidem, p. 59.

grandes danos à sociedade. Expande-se com grande força, e pode compreender condutas sem vítimas ou com vítimas difusas. Possui meios instrumentais com grande tecnologia, e tem esquemas de conexões com outros grupos, exibindo um grande e quase invisível poder de corrupção, e podendo atuar de maneira extremamente violenta. Faz uso de disfarces e simulações, podendo desta maneira fragilizar os poderes estatais¹²⁹. Assim, não se pode atribuir à criminalidade organizada tratamento igual ao dispensado à criminalidade de massa, ainda que este último se mostre razoavelmente organizado.

3.3 CRIMINALIDADE MODERNA E DELINQUÊNCIA ECONÔMICA

Da mesma maneira com que não se pode confundir criminalidade organizada com criminalidade de massa, não se pode confundi-la com criminalidade econômica. Fala-se hoje em criminalidade moderna, que compreenderia a ambiental internacional, a industrial, o tráfico internacional de drogas, o comércio internacional de detritos, e também a criminalidade econômica – ou do colarinho branco. Esta criminalidade moderna teria uma dinâmica estrutural e capacidade de produção de efeitos que o Direito Penal clássico não teria como atingir, em razão da incapacidade em se definir seus bens jurídicos, de individualizar a culpabilidade e apurar a responsabilidade individual, e também admitir a presunção de inocência, ou o *in dubio pro reo*¹³⁰.

O Direito Penal da culpabilidade seria, então, inoperante para combater essa criminalidade moderna, e portanto alguns de seus princípios estariam superados. Como já mencionado, neste novo horizonte, o direito penal deveria se orientar pelo *perigo* e não pelo *dano*, pois quando este surgisse seria já tarde demais para qualquer ação; seriam necessários meios que pudessem responder a um mero perigo. Nessa criminalidade moderna, em especial na econômica, se incluem os crimes praticados por meio de pessoas jurídicas. As associações, instituições e organizações empresárias não agem de maneira individual, mas em grupo. Normalmente as decisões são tomadas

¹²⁹ FRANCO, Alberto Silva. **Um difícil processo de tipificação**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.21, p. 05, set. 1994.

¹³⁰ BITENCOURT, Op. Cit., p. 241.

pelas diretorias, via de regra, por maioria, de maneira que a decisão do crime não é individual, diferentemente do que ocorre na criminalidade de massa, mas sim coletiva¹³¹. Além disso, ao se punir um ou mais indivíduos membros da organização, ela continua ativa, seja lícita ou ilicitamente, por meio dos demais membros.

Não se questiona a necessidade do Direito Penal se ajustar às mudanças sociais, devendo sempre responder adequadamente às questões de hoje sem, no entanto, retroceder: “*Quando a sua intervenção se justificar, deve responder eficazmente*”¹³². Assim, de maneira a proteger a “ordem econômica estrita” foram criados diversos tipos penais¹³³, porém é necessária cautela para que não se viole os princípios da intervenção mínima, culpabilidade, bem jurídico definido, proporcionalidade e devido processo legal, entre outros. Além disso, a pena privativa de liberdade deve sempre ser usada como *ultima ratio*. Isto, no entanto, não significa dizer que o ordenamento jurídico deva ficar impassível face aos abusos cometidos, mesmo que por meio de pessoas jurídicas. Por isso que “*além da sanção efetiva aos autores físicos das condutas tipificadas (que podem facilmente ser substituídos), deve-se punir severamente também e particularmente as pessoas jurídicas, mas com sanções próprias a esse gênero de entes morais*”¹³⁴. A experiência tem demonstrado esta necessidade, e se caminha para este sentido.

Com relação à criminalidade econômica, é importante distinguir a criminalidade na empresa, a criminalidade de empresa, e a empresa ilícita¹³⁵. Como refere HELOISA ESTELLITA, a *criminalidade na empresa* seria aquela decorrente de crimes praticados contra uma empresa, por colaboradores seus. Já a *criminalidade de empresa* existiria quando houvesse delitos (econômicos) cometidos, decorrentes ou por meio da atividade empresarial, no seio de uma empresa lícita. Empresa ilícita consistiria em uma *empresa* com características de organização criminal, visando à obtenção de lucro por meio do cometimento de delitos. Cada uma dessas modalidades é tratada

¹³¹ BITENCOURT, Op. Cit., p. 243.

¹³² Ibidem, p. 243.

¹³³ “... crimes fiscais, crimes monetários, crimes de contrabando, crimes de concorrência desleal, os chamados crimes falimentares. Mais recentemente, surgiram novas figuras delitivas, como, por exemplo, grandes estelionatos, falsidades ideológicas, crimes contra as relações de consumo, monopólios irregulares, os escândalos financeiros e mesmo as grandes falências, com prejuízos incalculáveis” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 4: parte especial**. 3.^a edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 243).

¹³⁴ Outras maneiras de responsabilização, excluindo a responsabilidade penal. (BITENCOURT, Op. Cit., p. 244.)

¹³⁵ ESTELLITA, Op. Cit., p. 25.

diferentemente pelo Direito Penal, o que, no entanto, não impede certa confusão, como a que freqüentemente ocorre com a identificação automática da *criminalidade de empresa* com a *empresa ilícita* (imputando-se então o crime de quadrilha ou bando), quando o delito é praticado por mais de três responsáveis da empresa, em sua atuação¹³⁶.

A criminalidade econômica, em geral, ocorre no âmbito de sociedades empresárias¹³⁷. Seus agentes são pessoas físicas que atuam neste contexto, e no âmbito da já referida *criminalidade de empresa*. Ocorre que não se pode concluir que estas pessoas físicas estão reunidas para a prática de crimes, especialmente porque sociedades empresárias em geral têm como objetivo a prática de atividade econômica lícita, com a obtenção lícita de lucros, mediante a previsão legal. Segundo HELOISA ESTELLITA:

“É por isso que não é admissível que toda imputação da prática de crime econômico contra quatro pessoas ou mais, atuando em contexto de sociedade empresarial (sócios, gerentes, diretores, funcionários etc.), venha acompanhada, ipso facto, da imputação do crime de quadrilha ou bando. A confusão entre a reunião de pessoas para a prática de atos lícitos com o crime descrito no artigo 288 do Código Penal subverte a ordem jurídica, que, como se viu, expressamente autoriza a reunião de pessoas para o exercício de atividade empresarial”¹³⁸.

Diferente desta situação é o que ocorre com as chamadas empresas ilícitas, que são aquelas sociedades empresárias que têm como finalidade a prática de delitos e a obtenção ilícita de lucros. Como explica a autora, “*ai reside a diferença entre quadrilha ou bando e concurso de pessoas*”, pois enquanto no primeiro caso a reunião das pessoas ocorre com a finalidade do cometimento de crimes indefinidos, neste último a união se dá em face de um ou mais crimes determinados. No caso de quadrilha ou bando, então, o motivo da reunião das pessoas é o cometimento de crimes, ao passo que no caso de crimes cometidos por meio de sociedades empresárias, a união das pessoas ocorre para a prática de atividades econômicas lícitas¹³⁹.

¹³⁶ ESTELLITA, Op. Cit., p. 26.

¹³⁷ De acordo com o artigo 966 do Código Civil Brasileiro, “*Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”.

¹³⁸ ESTELLITA, Op. Cit., p. 30.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 30.

Assim, muito embora existam *empresas ilícitas*, aquelas sociedades empresárias “*formadas para a prática de crimes geralmente econômicos, nas quais a obtenção do lucro se faz por meios criminosos*”¹⁴⁰, é possível a existência de uma sociedade empresária que tenha uma origem lícita, com pessoas que se uniram com objetivos legítimos, que no entanto desviou-se de suas finalidade iniciais, passando a atuar como uma *empresa ilícita*, “*transformando-se numa associação exclusivamente voltada para a prática de crimes*”¹⁴¹.

3.3.1 Criminalidade Organizada e Criminalidade Econômica

A realidade acaba gerando uma nova forma para a prática de delitos, por meio de associações muito organizadas que, no entanto, não foram constituídas com a finalidade da prática delituosa, mas se aproveitam de sua estrutura institucional, se valendo de sua força econômica e política, para a prática de “*delitos de repercussão nacional ou transnacional, de forte impacto na vida do país ou dos países em que se consomem, valendo-se de meios tecnologicamente sofisticados e de pessoas profissionalmente qualificadas*”¹⁴². Estas associações seriam entidades de âmbito nacional ou multinacional que, como já mencionado, não tem a prática de crimes como finalidade, mas se aproveitam de sua grande capacidade organizacional para abusar do poder econômico ou político que possuem, afrontando a Administração Pública e a ordem econômica e visando a grandes benefícios¹⁴³. MIGUEL REALE JUNIOR explica que a criminalidade de empresa se diferencia das associações criminosas tradicionais, porque estas:

“vivem para a prática de delitos para ao depois buscar fontes de legitimação de seus rendimentos”, ao passo que as primeiras “têm finalidade lícita ou aparentemente lícita, e transbordam para atividades ilícitas no afã de maiores lucros, sempre estimulados ou acobertados pelo poder econômico ou político que possuem”¹⁴⁴.

¹⁴⁰ ESTELLITA, Op. Cit., p. 30.

¹⁴¹ Ibidem, p. 30.

¹⁴² REALE JUNIOR, Op. Cit., p. 186.

¹⁴³ Ibidem, p. 186.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 186.

É necessário, porém, ter em mente que a reunião de pessoas que forma uma sociedade empresária voltada para a prática de atividades econômicas não se traduz no crime de quadrilha ou bando, mesmo que posteriormente estas pessoas venham a cometer crimes econômicos no exercício de sua atividade econômica lícita: nestes casos, falta a finalidade da prática de crimes.¹⁴⁵

As *empresas ilícitas*, diferentemente, têm como objetivos a prática de delitos e a obtenção ilícita de lucros. O objetivo da associação das pessoas que a compõem é a prática de crimes, e por isto é que, num caso concreto, não se trataria de caso de mero *concurso de pessoas*. Elas são “*inegavelmente associações organizadas para o fim de cometer delitos*”, que diferem das organizações criminosas porque lhes falta “*dado elementar, essencial, ou seja, não configuram uma instituição*”¹⁴⁶. São “*associações permanentes enquanto dura a prática dos delitos planejados, mas sem que o grupo se institucionalize, cristalizando uma organização dotada de poder e hierarquia*”¹⁴⁷.

LETIZIA PAOLI¹⁴⁸ explica que este termo (“*illegal*” ou “*illicit enterprises*”) começou a ser utilizado pela doutrina no lugar de *organized crime* para erradicar estereótipos étnicos e para voltar as atenções ao mercado. Para DWIGHT SMITH, um dos que primeiro propuseram esta abordagem, esta *illicit enterprise* seria uma extensão de atividades de mercado legítimas para áreas além dos limites da lei, com a finalidade de busca de lucros e em resposta a uma demanda ilícita¹⁴⁹.

ALBERTO SILVA FRANCO refere que na sociedade atual, o capitalismo é marcado pela concentração e volatilidade dos capitais transnacionais, e foi impulsionado pela revolução tecnológica. Em razão do encurtamento dos fatores tempo-espaço, junto com a concentração de capitais e sua mobilidade acelerada formou-se o tripé deste capitalismo, que gerou “*um poder econômico global, sem possibilidade de controle por parte do poder político nacional*”¹⁵⁰. Não se pode deixar de reconhecer o

¹⁴⁵ ESTELLITA, Op. Cit., p. 31.

¹⁴⁶ REALE JUNIOR, Op. Cit., p. 182.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 182.

¹⁴⁸ PAOLI, Letizia. **The paradoxes of organized crime**. Crime, Law & Social Change. Vol. 37. 2002.

¹⁴⁹ SMITH, Dwight, apud PAOLI, Letizia. **The paradoxes of organized crime**. Crime, Law & Social Change. Vol. 37. 2002. p. 55.

¹⁵⁰ FRANCO, Alberto Silva. **Globalização e criminalidade dos poderosos**. p. 241. In: PODVAL, Roberto (Organizador). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

fato de que a globalização gerou novas formas de criminalidade, que se caracterizam por sua supranacionalidade, ausência de fronteiras limitadoras, “*por ser uma criminalidade organizada no sentido de que possui uma estrutura hierarquizada, quer em forma de empresas lícitas, quer em forma de organização criminosa*” e por permitir a separação tempo-espaço entre a ação dos criminosos e os danos provocados¹⁵¹. Esta criminalidade, desvinculada do espaço geográfico de um Estado, espalha-se por outros e ganha distância dos padrões de criminalidade que até então eram objeto de consideração.

De acordo com PAUL PONSAERS, o crime organizado convencional está ficando cada vez mais similar com a criminalidade do colarinho branco, ou seja, estas duas formas tendem a se encontrar, ao mesmo tempo em que suas fronteiras estão desaparecendo, tornando-se permeáveis. Ou, dito de outra maneira, ambos estes setores estariam trabalhando juntos em uma osmose mútua. Isto seria causado por dois motivos: de um lado, há uma estratégia do crime organizado em usar e abusar os setores da economia legal, o que confunde as barreiras entre organizações legais e ilegais e organizações criminosas, que podem se esconder por trás de suas fachadas. Por outro lado, organizações criminosas se apoderam das características de organizações legais, ao usar cada vez mais práticas econômico-financeiras utilizadas nos setores legais da economia, tais como lavagem de dinheiro e fraude tributária. Este argumento não se foca na criminalização de organizações econômicas legais, mas sim no fato de que organizações ilegais vêm parecendo cada vez mais com as legais¹⁵².

JEAN-PAUL BRODEUR explica que um dos desafios das pesquisas sobre a criminalidade organizada é proceder à integração ao campo aberto sobre a delinqüência das organizações complexas. Esta necessidade da ligação das pesquisas sobre o crime organizado e a *délinquance d'affaires* restaria evidente com relação à lavagem de capitais, que se situa precisamente na união destes dois fenômenos¹⁵³. Para reciclagem dos lucros ilegais, as organizações criminosas estabelecem vínculos com instituições e locais que acolhem estes capitais *homeless*¹⁵⁴. Assim, como benefício

¹⁵¹ FRANCO, 2000, Op. Cit., p. 256.

¹⁵² PONSAER, Paul. **What is so organised about financial-economis crime? The Belgian case.** Crime, Law and Social Change. Nº 37. 2002. p. 191-102.

¹⁵³ BRODEUR, Jean-Paul. **Le crime organisé.** p. 16. Crime et sécurité. L'état des savoirs. Chapitre 25, pp. 242-251. Paris: Les Éditions La Découverte, 2002.

¹⁵⁴ FRANCO, 2000, Op. Cit., p. 263.

econômico das organizações criminosas, resta o poder econômico, especialmente aquele “representado por dinheiro real, ou por transações bancárias, ou qualquer outro instrumento de pagamento, é reinvestível na economia legal. E é reinvestido tão logo perca sua mancha de proceder de uma fonte delitiva”¹⁵⁵.

3.4 DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIA

A falta de um conceito preciso de organizações criminosas, além de gerar confusões, traz problemas processuais em sua aplicação. Atendendo à recomendação n.º 3 do Conselho Nacional de Justiça, sobre a especialização de varas federais para processo e julgamento de delitos praticados por organizações criminosas, o Conselho da Justiça Federal publicou a resolução n.º 517, que possibilitou aos Tribunais Regionais Federais a referida especialização de Varas Federais Criminais. Atendendo à recomendação e à resolução, o Tribunal Regional Federal da 4.^a Região emitiu a resolução n.º 42¹⁵⁶, de 19 de julho de 2006, que em seu artigo 1.º incluiu os crimes praticados por organizações criminosas, independente de seu caráter transnacional, na competência das Varas Criminais especializadas para processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores.

No artigo 3.º, a Resolução estabelece que, para fins de definição das competências especializadas, “deverão ser adotados os conceitos previstos na *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*”. Como explica LUCIANO FELDENS, a implementação desta especialização retirou do interior a competência para processar e julgar os casos que envolvem ‘organizações criminosas’,

¹⁵⁵ BOTTKE, Wilfred, apud FRANCO, Alberto Silva. **Globalização e criminalidade dos poderosos**. p. 256. In: PODVAL, Roberto (Organizador). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

¹⁵⁶ Disponível em: <http://thesaurus.trf4.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?S1=Resolu%E7%E3o&S2=&S3=&S4='42'&S5=&l=20&SECT1=IMAGE&SECT4=e&SECT6=HITOFF&SECT3=PLURON&SECT2=THESON&SECT5=BIBL04&S6=legislacao&d=BIBL&p=1&u=bibl04.html&r=9&f=G>

concentrando-os nas capitais¹⁵⁷. O que já seria motivo suficiente para questionar sua eficácia, “*porque ao “artificializar” o juízo natural, a Resolução afastou-o do local em que efetivamente praticado o fato, onde, em regra, residem as vítimas e as testemunhas, as quais, sabemos bem, não se obrigam a um semelhante deslocamento se chamadas a prestarem depoimento*”¹⁵⁸, o que significa que a instrução nestes casos será feita por meio de cartas precatórias, “*sempre cumpridas à míngua dos autos principais e à base de uma visão superficial do fato delituoso e de suas circunstâncias*”¹⁵⁹. No entanto, o maior problema não é este, mas sim se relaciona com a imprecisão do critério para determinação da competência das Varas especializadas. O critério que determinará a competência não revolve em dados objetivos, relacionados aos bens ou interesses jurídicos atingidos, mas sim em “*um prejudicado externo à infração penal, alusivo ao nível associativo que vincula seus autores: há de se tratar de uma organização criminosa*”¹⁶⁰.

Este nível associativo há que ser deduzido da definição de organizações criminosas trazida pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado (Convenção de Palermo), que foi promulgada no direito interno pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Como já referido, no artigo 2, ‘a’, da referida Convenção, há a previsão do que se entende por *grupo criminoso organizado*. Ocorre que, ao analisar o artigo percebe-se que este não passa de diretrizes voltadas a este fim. Assim, ao utilizar este ‘conceito’ impreciso como critério para determinação de competência jurisdicional especial, corre-se o risco de existirem, em uma mesma corte, decisões conflitantes.

Há casos do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região em que é possível perceber isto¹⁶¹. O entendimento da Quarta Seção e da Sétima Turma divergem quanto ao que é exigido para a configuração de uma organização criminosa. Na 4.^a Seção do Tribunal, entende-se que para a configuração de uma organização criminosa, como é necessário um grupo estruturado e que atue concertadamente, é preciso um mínimo de elementos que indiquem *relações de hierarquia e estruturação de funções de seus membros integrantes*. Caso não se evidencie uma atuação desta maneira – forma

¹⁵⁷ FELDENS, Op. Cit., p. 13-14.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 13-14.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 13-14.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 13-14.

¹⁶¹ ESTELLITA, Op. Cit., p. 51.

hierárquica e com divisão de funções – não se caracteriza a existência de uma organização criminosa como prevista pela Convenção:

“PENAL E PROCESSUAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRIME ORGANIZADO. RESOLUÇÕES NºS 517 DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL E 42 DO TRF DA 4ª REGIÃO. VARAS FEDERAIS. ESPECIALIZAÇÃO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CARACTERIZAÇÃO. CASO CONCRETO.

1. Em atenção à Resolução nº 517 do Conselho da Justiça Federal, possibilitando aos Tribunais Regionais Federais a especialização de Varas Federais relativamente a crimes praticados por organizações criminosas, o TRF da 4ª Região editou a Resolução nº 42/2006, mediante a qual resolveu (art. 1º) "incluir os crimes praticados por organizações criminosas, independentemente do caráter transnacional das infrações, na competência das seguintes Varas Federais Criminais especializadas para processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direito e valores: (...)".

2. Em seu artigo 3º, determinou, ainda, que "para os efeitos das competências referidas nos artigos 1º e 2º, deverão ser adotados os conceitos previstos na Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004", que, por sua vez, assim prescreve (art. 2º, alínea 'a'): "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material".

3. Em face da necessidade da existência de grupo estruturado e atuando concertadamente, para caracterizar organização criminosa mister um mínimo de elementos indicando relações hierárquicas e estruturação de funções dos membros que integram o grupo.

4. Na hipótese dos autos, as investigações policiais revelaram que efetivamente diversas pessoas atuavam no tráfico de entorpecentes adquiridos no Paraguai, porém de modo independente e autônomo, porquanto cada indivíduo promovia a distribuição de drogas em seu próprio território. Entre eles, havia apenas contatos comerciais esporádicos, sendo que cada um dirigia seu próprio negócio, preocupando-se com os melhores resultados econômicos auferidos na sua área de atuação, não tendo sido constatada a existência de ascendência ou liderança de uns sobre os outros.

5. Não restando evidenciado, in casu, atuação de forma hierárquica e divisão de atribuições entre seus membros, agindo de forma previamente concertada, não resta caracterizada a efetiva existência de organização criminosa, nos moldes previstos na Convenção de Palermo.”¹⁶² (grifei)

¹⁶² BRASIL. Tribunal Regional Federal da (4.ª Região). Conflito negativo de competência n.º 2006.04.00.034421-9. Relator Desembargador Nefi Cordeiro, Relatora p/ acórdão Desembargadora Salise Monteiro Sanchotene, Quarta Seção, D.E. 10/01/2007. Entendimento no mesmo sentido nos conflitos de competência 2007.04.00.002199-0 e 2007.04.00.016773-9.

A Sétima Turma, porém, ao julgar a apelação n.º 2000.71.00.018143-6, expressamente dispensou a necessidade da existência de hierarquia e estrutura para a configuração de um grupo criminoso organizado, entendendo que para isto, bastaria a existência de três ou mais pessoas, atuando concertadamente, com finalidade de obter benefícios ao praticar crimes indicados na Convenção de Palermo:

“LAVAGEM DE DINHEIRO. CRIMES ANTECEDENTES. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO POR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

1. O delito da Lei 9613/98, embora considerado acessório, derivado ou parasitário, por depender da existência de um crime anterior, é autônomo e perfectibiliza-se independentemente de haver sentença condenatória no crime antecedente, exigindo-se, quanto a este, apenas indícios de sua ocorrência.

2. A movimentação financeira de grande monta sem a comprovação ou sequer explicação de sua origem lícita, por si só, não tem o condão de configurar o delito, sendo necessária a prova de que se trate de ocultação ou dissimulação da origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente de crime antecedente arrolado no art. 1º da Lei 9613/98. Inexistindo provas da ocorrência do delito-base, não há falar em lavagem de capitais, ainda que inexplicada a origem dos valores que circularam pelas contas bancárias dos réus e dos valores utilizados por estes para compra de imóveis e veículos.

3. **A Convenção das Nações Unidas contra o crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 5015/2004, conceitua grupo criminoso organizado como aquele praticado por três ou mais pessoas reunidas, com atuação concertada (tal como ocorre na quadrilha) com o fim de obter benefício (econômico ou material) na prática de crime indicado na Convenção: lavagem do produto do crime, corrupção (ativa e passiva), obstrução à justiça (que pode configurar vários crimes no Brasil, como a ameaça, resistência, desobediência, falso testemunho e coação no curso do processo) e infrações graves (pena máxima não inferior a quatro anos). Também se exige a existência prévia do grupo, dispensando-se, porém, a existência da hierarquia e estruturação qualificada.** Na ausência de um conceito legal de organização criminosa, a doutrina e a jurisprudência tem equiparado esta a grupo criminoso organizado.

4. Recurso desprovido.”¹⁶³ (grifei)

(Relatora Desembargadora Maria de Fátima Freitas Labarrère, D.E. 13 de junho de 2007, Sétima Turma, Tribunal Regional Federal da 4.^a Região)

¹⁶³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4.^a Região). Apelação Criminal n.º 2000.71.00.018143-6. Relatora Desembargadora Maria de Fátima Freitas Labarrère, D.E. 13 de junho de 2007.

Este último julgado demonstra a já mencionada confusão entre organização criminosa e o crime de quadrilha ou bando. Como HELOISA ESTELLITA refere, esta análise “*evidencia a insegurança que tem gerado o emprego dos referenciais abertos e freqüentemente contraditórios da Convenção de Palermo, indo de encontro à próprias recomendações da ONU para implementação da Convenção*”¹⁶⁴, para que fossem adotados conceitos domésticos da figura de criminalidade organizada de maneira a evitar a insegurança jurídica¹⁶⁵.

¹⁶⁴ ESTELLITA, Op. Cit., p. 53.

¹⁶⁵ “Artigo 5 - Criminalização da participação em um grupo criminoso organizado

1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticado intencionalmente:

a) Um dos atos seguintes, ou ambos, enquanto infrações penais distintas das que impliquem a tentativa ou a consumação da atividade criminosa:

i) O entendimento com uma ou mais pessoas para a prática de uma infração grave, com uma intenção direta ou indiretamente relacionada com a obtenção de um benefício econômico ou outro benefício material e, quando assim prescrever o direito interno, envolvendo um ato praticado por um dos participantes para concretizar o que foi acordado ou envolvendo a participação de um grupo criminoso organizado;

ii) A conduta de qualquer pessoa que, conhecendo a finalidade e a atividade criminosa geral de um grupo criminoso organizado, ou a sua intenção de cometer as infrações em questão, participe ativamente em:

a. Atividades ilícitas do grupo criminoso organizado;

b. Outras atividades do grupo criminoso organizado, sabendo que a sua participação contribuirá para a finalidade criminosa acima referida;

b) O ato de organizar, dirigir, ajudar, incitar, facilitar ou aconselhar a prática de uma infração grave que envolva a participação de um grupo criminoso organizado.

2. O conhecimento, a intenção, a finalidade, a motivação ou o acordo a que se refere o parágrafo 1 do presente Artigo poderão inferir-se de circunstâncias factuais objetivas.

3. Os Estados Partes cujo direito interno condicione a incriminação pelas infrações referidas no inciso i) da alínea a) do parágrafo 1 do presente Artigo ao envolvimento de um grupo criminoso organizado diligenciarão no sentido de que o seu direito interno abranja todas as infrações graves que envolvam a participação de grupos criminosos organizados. Estes Estados Partes, assim como os Estados Partes cujo direito interno condicione a incriminação pelas infrações definidas no inciso i) da alínea a) do parágrafo 1 do presente Artigo à prática de um ato concertado, informarão deste fato o Secretário Geral da Organização das Nações Unidas, no momento da assinatura ou do depósito do seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão à presente Convenção.”

3.5 ANÁLISE DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

3.5.1 Superior Tribunal de Justiça

Há ainda precedentes do Superior Tribunal de Justiça que demonstram o problema que se causou com a indefinição do conceito de organizações criminosas¹⁶⁶.

No julgamento da ação penal 460, de 6 de julho de 2007, do Superior Tribunal de Justiça, a Relatora, a Ministra Eliana Calmon, logo afasta a hipótese da Lei n.º 9.034 ser aplicada apenas aos crimes de quadrilha ou bando, pois, com as mudanças trazidas pela Lei n.º 10.217, o entendimento doutrinário seria único no sentido de que com o alcance da lei ampliado, se aplica a quadrilha ou bando e também outros agrupamentos, quaisquer tipo de associações ou organizações criminosas, dentre as quais se incluiria a reunião de duas ou mais pessoas com o propósito da prática do tráfico de entorpecentes (antigo artigo 14 da Lei n.º 6.368, atual artigo 35 da Lei n.º 11.343/2006)¹⁶⁷. A Ministra continua explicando que não há definição legal do que seja uma organização criminosa, de maneira que, em razão do princípio da reserva legal, se faz necessária a referência ao crime de quadrilha ou bando (artigo 288 do Código Penal). No entanto, doutrinariamente seria possível uma definição do que seja uma organização criminosa, “*capaz de merecer investigação sistemática e abrangente, com aplicação dos novos institutos procedimentais*”¹⁶⁸.

Para esta definição doutrinária, a Relatora faz uso dos estudos de LUIZ FLÁVIO GOMES e RAÚL CERVINI, que listam onze traços de identificação de uma organização criminosa. De acordo com a Ministra, para os autores, deve-se partir do delito de quadrilha ou bando, e buscar a presença de ao menos três traços

¹⁶⁶ ESTELLITA, Op. Cit., p. 53.

¹⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Ação Penal 460. Relatora Ministra Eliana Calmon. DJ em 25 de junho de 2007. p. 28.

¹⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Ação Penal 460. Relatora Ministra Eliana Calmon. DJ em 25 de junho de 2007. p. 28.

identificadores para que se admita a existência de uma organização criminosa.¹⁶⁹.

Prossegue destacando os sete traços que entendeu presentes naquele caso concreto:

“1) previsão de acumulação de riqueza indevida, bastando a só previsão, mesmo que esta não se perfaça; é suficiente o intuito do lucro ilícito ou indevido;

2) organização hierarquizada sob a forma de pirâmide, havendo chefia e comando, muito embora possam os integrantes da base ignorar quem é a pessoa do chefe;

3) divisão funcional de atividades, sendo os integrantes do grupo recrutados, treinados e incumbidos de funções específicas;

4) conexão estrutural com o Poder Público, em que agentes estatais passam a integrar a organização ou por ela são corrompidos, tornando-se complacentes com suas atividades (segundo os autores da obra citada, é comum as organizações contribuírem maciçamente em campanhas eleitorais, criando fortes vínculos de mútua dependência com líderes governamentais); cria-se uma barreira na qual o Estado não consegue penetrar;

5) utilização do clientelismo, com o emprego de pessoas que nada têm a perder ou que tudo têm a ganhar quando alocam os seus serviços à organização, em detrimento do Estado, que se faz negligente no atendimento a essas pessoas;

6) alto potencial de intimidação, até mesmo aos poderes constituídos, garantindo assim a certeza da impunidade;

7) aptidão para lesar o patrimônio público por meios fraudulentos, dificilmente perceptíveis (prática de crimes do colarinho branco ou criminalidade dourada)”¹⁷⁰.

Em seguida, a Relatora explica que, para a configuração do crime de quadrilha ou bando é necessária a associação de no mínimo quatro pessoas (“*mais que três*”), sendo neste sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal¹⁷¹. Ocorre que, a partir da Convenção de Palermo, haveria discussões doutrinárias no Brasil, em razão da “*influência do direito internacional em*

¹⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Ação Penal 460. Relatora Ministra Eliana Calmon. DJ em 25 de junho de 2007. p. 28.

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Ação Penal 460. Relatora Ministra Eliana Calmon. DJ em 25 de junho de 2007. p. 29.

¹⁷¹ “(veja-se, a propósito: STJ - HC 52.989/AC, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, julg. 23/05/2006; RHC 16.854/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, julg. 24/05/2005; HC 21.956/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, julg. 24/09/2002; e STF - HC 85.457/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, julg. 22/03/2005 e HC 81.260/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, julg. 14/11/2001)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Ação Penal 460. Relatora Ministra Eliana Calmon. DJ em 25 de junho de 2007. p. 29).

*relação aos mais temidos crimes da atualidade, que se destacam pela abrangência, propagando-se além das fronteiras nacionais (tráfico de drogas, tráfico de seres humanos e lavagem de dinheiro)”*¹⁷². A partir da ratificação da Convenção pelo Brasil, passou a se entender que não é mais necessária a presença mínima de quatro pessoas para que se configure uma organização criminosa, diferente do que se exige para a configuração do delito de quadrilha ou bando: como disposto pela Convenção, bastaria uma associação de três pessoas¹⁷³.

No caso, a Relatora reconheceu uma organização criminosa com base em características doutrinárias e jurisprudenciais, mas inserida no artigo 288 do Código Penal, “*na forma da Lei 9.034/95 (com redação dada pela Lei 10.217/01)*”¹⁷⁴.

No *habeas corpus* n.º 69.694, também do Superior Tribunal de Justiça, se discutia sobre a inépcia de uma denúncia em que o Ministério Público Federal, em um de quatro tópicos, descrevia tipicamente uma suposta organização criminosa formada pela paciente e outras pessoas. A defesa alegou ser a denúncia inepta por não existir no ordenamento jurídico brasileiro previsão do que seja uma organização criminosa, e que o Ministério Público falhou em descrever a existência da organização criminosa no caso concreto. Ainda, que a Lei n.º 9.034 só poderia ser aplicada para quadrilhas ou bandos, e apenas quando necessária para a prevenção e repressão da criminalidade organizada, e por este motivo o recebimento da denúncia teria sido uma ilegalidade¹⁷⁵.

Segundo a Relatora, Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, “*não há, no nosso ordenamento jurídico, definição da chamada "organização criminosa". Logo, em razão disso, não há se falar em imputação e tipificação de organização criminosa. Como inexistente a referida incriminação, não se pode falar em anterioridade e taxatividade*”¹⁷⁶. O que existe são medidas processuais que se voltam a esta prática como um “*modus operandi específico, dotado de profissionalização e*

¹⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Ação Penal 460. Relatora Ministra Eliana Calmon. DJ em 25 de junho de 2007. p. 29.

¹⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Ação Penal 460. Relatora Ministra Eliana Calmon. DJ em 25 de junho de 2007. p. 30.

¹⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Ação Penal 460. Relatora Ministra Eliana Calmon. DJ em 25 de junho de 2007. p. 30.

¹⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Habeas Corpus* n.º 69.694. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ em 17 de março de 2008. p. 1.

¹⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Habeas Corpus* n.º 69.694. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ em 17 de março de 2008. p. 3.

*estrutura aparelhada*¹⁷⁷ (tal como se pode perceber com a apresentação da Lei n.º 9.034). Ocorre que, como explica a Ministra, as imperfeições da lei não impedem que ela seja aplicada, naquilo em que não for contrária à Constituição da República. Ela salienta que as disposições da lei são regras de cunho processual, e não material.

Refere ainda que o objeto do *habeas corpus* na realidade é um pedido de declaração de que não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, o tipo penal de organização criminosa, e que esta não se confunde com a associação descrita no artigo 288 do Código Penal (quadrilha ou bando). Isto teria sido feito por meio da alegação de inépcia da denúncia, pois se refere a uma suposta ‘organização criminosa’. A eminente Ministra explica que a natureza do *habeas corpus* não é meramente declaratória, muito embora em casos de extinção da punibilidade admita-se isto. Mas para o caso em questão, ou seja, para questionar um instituto, o *writ* não é o instrumento adequado. Nas suas palavras, “*não é plausível declarar-se a ausência da descrição de algo que, legalmente, não se encontra pormenorizado*”¹⁷⁸. Além disto, o pedido de liminar traz a Lei n.º 9.034 como uma ameaça, que pode, futuramente, violar garantias processuais, já por ela flexibilizadas. Como explica a Ministra, porém, a aplicação de qualquer das medidas não decorreria apenas do reconhecimento da configuração de uma organização criminosa, pois toda decisão judicial que envolva quebra de sigilos, prisão preventiva ou liberdade provisória, deve ser fundamentada, de acordo com o disposto no artigo 93, IX, da Constituição da República¹⁷⁹. Desta maneira, a Relatora entendeu que o medo de uma medida cautelar contra a paciente não teria a capacidade de gerar a inépcia da denúncia, e nem ser ela inepta pelos demais motivos, já que a imputação feita pelo Ministério Público Federal¹⁸⁰ descreveu os fatos de maneira pormenorizada, possibilitando assim a defesa. Os Ministros Paulo Galotti e Hamilton Carvalhido partilham do entendimento da Relatora, sendo que este último, em seu voto, entendeu

¹⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Habeas Corpus* n.º 69.694. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ em 17 de março de 2008. p. 3.

¹⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Habeas Corpus* n.º 69.694. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ em 17 de março de 2008. p. 4.

¹⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Habeas Corpus* n.º 69.694. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ em 17 de março de 2008. p. 5.

¹⁸⁰ “Não se perca de vista, de outra sorte, que a imputação, tal como enunciada pelo Ministério Público Federal, é da prática dos crimes de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal), descaminho consumado (art. 334, § 3º, do Código Penal por seis vezes, do crime de descaminho tentado (art. 334, § 3º, c.c. art. 14, II, do Código Penal, por três vezes), e do crime de falsidade ideológica (art. 299, do Código Penal, por nove vezes), "todos os crimes em concurso material (art. 69, do Código Penal) e tudo c.c. a Lei nº 9.034/95” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Habeas Corpus* n.º 69.694. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ em 17 de março de 2008. p. 4).

que após a edição da Lei n.º 10.217/01, não há mais dúvida com relação a se a Lei n.º 9.034/95 pode ser aplicada também aos crimes cometidos por quadrilha ou bando. O Ministro ressalta a alteração da redação original do artigo 1.º da Lei n.º 9.034 (“...*sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando.*”), que não continha a expressão ‘organizações criminosas’, para a redação dada pela Lei n.º 10.217 (“...*sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo*”)¹⁸¹.

Já o Ministro Nilson Naves, em seu voto, questiona o que seriam organizações criminosas, já que a lei não as definiu. Para ele, uma organização criminosa é mais que uma quadrilha ou bando, “*sem dúvida que é, tanto que quadrilha ou bando é mais do que o concurso de pessoas. As diversas reuniões de pessoas tendentes a cometer crimes não se confundem, obviamente*”¹⁸². Continua o Ministro explicando que “*se um injusto é mais do que o outro, que se não confundem, ou há de tratar de quadrilha ou bando, ou se há de tratar de organização criminosa*”¹⁸³, lembrando ele que a exordial acusatória, de forma objetiva, tratou de quadrilha ou bando. Desta maneira, e baseando-se em doutrina, entendeu que houve imoderação na denúncia em razão da Lei n.º 9.034/95, pois uma organização criminosa apresentaria certos requisitos, tais como “*criminalidade difusa, violência, intimidação, internacionalidade, etc*”¹⁸⁴ e por isso a ordem deveria ser concedida.

3.5.2 Supremo Tribunal Federal

No Supremo Tribunal Federal, pode-se perceber que também há entendimentos conflitantes acerca do tema. No julgamento do recebimento da denúncia do caso do “Mensalão”, o Inquérito 2.245, houve apreciação da matéria pelo Plenário do

¹⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Habeas Corpus* n.º 69.694. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ em 17 de março de 2008. Voto de Vista Ministro Hamilton Carvalhido. p. 3.

¹⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Habeas Corpus* n.º 69.694. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ em 17 de março de 2008. Voto Ministro Nilson Naves. p. 3.

¹⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Habeas Corpus* n.º 69.694. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ em 17 de março de 2008. Voto Ministro Nilson Naves. p. 3.

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Habeas Corpus* n.º 69.694. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ em 17 de março de 2008. Voto Ministro Nilson Naves. p. 4.

Tribunal. Em uma parte da ementa é tratada a imputação pelo crime de formação de quadrilha ou bando:

“CAPÍTULO II DA DENÚNCIA. IMPUTAÇÃO DO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO (ARTIGO 288 DO CP). CIRCUNSTÂNCIAS DE TEMPO, MODO E LUGAR DO CRIME DEVIDAMENTE DESCRITAS. ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL DO CRIME DEVIDAMENTE INDICADO. ESTABILIDADE DA SUPOSTA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA CONSTATADA. COMUNHÃO DE DESÍGNIOS DEMONSTRADA NA INICIAL. TIPICIDADE, EM TESE, DAS CONDUTAS NARRADAS. INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS. EXISTENTES SUFICIENTES INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA.

1. A peça acusatória descreveu a prática, em tese, do crime de formação de quadrilha pelos acusados no capítulo em questão, narrando todos os elementos necessários à conformação típica das condutas.

2. A associação prévia dos supostos membros teria se formado em meados do ano de 2002, quando já estava delineada a vitória eleitoral do partido político a que pertencem os supostos mentores dos demais crimes narrados pelo Ministério Público Federal. A suposta quadrilha teria funcionado a partir do início do ano de 2003, quando os crimes para os quais ela em tese se formou teriam começado a ser praticados.

3. Estão descritos na denúncia tanto o elemento subjetivo especial do tipo (finalidade de cometer delitos) como o elemento estabilidade da associação. A dinâmica dos fatos, conforme narrado na denúncia, se protraí no tempo, começando em meados de 2002 e tendo seu fim com o depoimento do 29º acusado, em 2005.

4. Está também minimamente demonstrado o vínculo subjetivo entre os acusados. Isto porque foram realizadas inúmeras reuniões nas quais, aparentemente, decidiu-se o modo, como se dariam os repasses das vultuosas quantias em espécie, quais seriam os beneficiários, os valores a serem transferidos a cada um, além da fixação de um cronograma para os repasses, cuja execução premeditadamente se protraía no tempo.

5. O bem jurídico protegido pelo tipo do art. 288 do Código Penal (paz pública) foi, em tese, afetado. Não procede, pois, o argumento da defesa de que não teria sido afetada uma pluralidade de vítimas, mas apenas a Administração Pública.

6. A individualização das condutas foi descrita de modo a propiciar o exercício da ampla defesa. O Procurador-Geral da República narrou, com base nos depoimentos e documentos constantes dos autos, que o 1º acusado teria sido o mentor da suposta quadrilha, sendo relevante notar sua participação em reuniões suspeitas com membros dos denominados “núcleo publicitário” e “núcleo financeiro” da quadrilha, na época em que os supostos crimes estavam sendo praticados. O 2º, o 3º e o 4º acusados integravam a agremiação partidária comandada pelo 1º denunciado, a quem eram estreitamente vinculados e a cujas diretrizes davam execução. O 3º acusado, por sua vez, seria o elo entre o denominado “núcleo político-partidário” e o “núcleo publicitário”. O 5º denunciado, com o auxílio direto e constante do 6º, 7º, 8º, 9º e 10º denunciados, utilizava as empresas sob sua administração para

viabilizar as atividades da quadrilha, constituindo o vínculo direto com a 11^a, 12^o, 13^o e 14^o denunciados. Estes últimos fariam parte do denominado “núcleo financeiro” da suposta quadrilha, com a função de criar e viabilizar os mecanismos necessários à prática, em tese, de outros crimes (lavagem de dinheiro, evasão de divisas), para os quais a associação teria se formado.

7. Os autos do Inquérito revelam a presença de indícios de que o 1^o, o 2^o, o 3^o e o 4^o acusados, no afã de garantirem a continuidade do projeto político da agremiação partidária a que pertencem ou pertenciam, teriam engendrado um esquema de desvio de recursos de órgãos públicos e de empresas estatais, com a finalidade de utilizar esses recursos na compra de apoio político de outras agremiações partidárias, bem como para o financiamento futuro e pretérito das suas campanhas eleitorais. A base indiciária dessa parte específica da acusação foi suficientemente desvendada por ocasião do exame dos demais itens da denúncia (III a VIII).

8. Para viabilizar tal projeto, os dirigentes partidários teriam se valido das empresas comandadas pelo 5^o, 6^o, 7^o e 8^o denunciados, com a colaboração direta da 9^a e da 10^a denunciadas, aos quais incumbia a execução material dos repasses de recursos financeiros (quase sempre em dinheiro vivo) aos parlamentares e agentes públicos indicados principalmente pelo 3^o denunciado, tendo como contrapartida comissões de intermediação em contratos públicos e diversas outras vantagens de natureza pecuniária embutidas em cláusulas de contratos de publicidade celebrados com órgãos e entidades governamentais e/ou beneficiárias de recursos governamentais.

9. Há, ainda, prova mínima de autoria e materialidade contra a 11^a, o 12^o, o 13^o e a 14^o denunciados, os quais, através da instituição financeira a que pertenciam, concederam empréstimos supostamente fictícios ao Partido Político presidido pelo 2^o denunciado e às empresas dirigidas pelo 5^o, 6^o, 7^o e 8^o denunciados, empréstimos estes pactuados e renegociados de forma aparentemente irregular e fraudulenta, mediante garantias financeiras de extrema fragilidade, havendo indícios de que foram celebrados para não serem pagos (empréstimos em tese simulado). Teriam, ainda, idealizado o mecanismo de lavagem de capitais narrado na denúncia, permitindo que se realizassem, nas dependências de agências da instituição (São Paulo, Minas Gerais, Brasília e Rio de Janeiro), as operações de saque de vultuosas quantias em dinheiro vivo, sem registro contábil, operacionalizadas através de mecanismos tendentes a dissimular os verdadeiros destinatários finais dos recursos. Há indícios de que a 9^a acusada, principalmente, que pertencia ao denominado “núcleo publicitário” da suposta quadrilha, muito embora não fosse funcionária do Banco Rural, utilizava com grande frequência e desenvoltura as dependências das agências da instituição financeira em questão para efetivar os repasses dos volumosos montantes em dinheiro aos intermediários enviados pelos reais beneficiários finais dos recursos.

10. Denúncia que preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal e que está amparada em elementos probatórios suficientes para dar início à ação penal contra os acusados.

11. Recebida a denúncia contra o 1^o, o 2^o, o 3^o, o 4^o, o 5^o, o 6^o, o 7^o, o 8^o, a 9^a, a 10^a, a 11^a, o 12^o, o 13^o e a 14^a denunciados, pela prática, em tese, do crime descrito no art. 288 do Código Penal.”

É possível verificar que já na ementa consta a expressão ‘organização criminosa’, o que evidencia a confusão existente entre quadrilha ou bando e organização criminosa. Este fato foi apontado pelos Ministros Ricardo Lewandowsky, Eros Roberto Grau e Carmen Lucia.

O Ministro Ricardo Lewandowsky, em seu voto, salienta a importância do princípio da legalidade. Ele explica que para o recebimento da denúncia bastaria o *fumus boni iuris*, ou seja, que a imputação se baseie “*em assertiva que evidencie suspeita razoável e fundada de que determinada pessoa praticou um ilícito penal*”¹⁸⁵. No entanto, em função do princípio da estrita legalidade que vigora no Direito Penal, o comportamento deve ser típico, de acordo com a expressão deste princípio, segundo o qual não há crime nem pena sem expressa previsão legal. Em suas palavras, “*No Direito Penal, ou o direito ou o comportamento é típico, ou não é; ou se enquadra estritamente no figurino legal, ou não pode ser havido como ilícito, inexistindo o meio termo*”¹⁸⁶. Continua o Ministro explicando que quadrilha ou bando não se confunde com concurso de agentes. Em seguida, entende que a denúncia seria inepta com relação à imputação do crime de quadrilha ou bando, em razão de sua imprecisão terminológica, por conter as expressões ‘formação de quadrilha’ (53 vezes), ‘organização criminosa (43 vezes), e também ‘associação criminosa’¹⁸⁷. Além disso, salienta o fato da denúncia imputar também a prática do crime de lavagem de dinheiro com fundamento no artigo 1.º, VII, da Lei n. 9.613/98, que se refere a crimes praticados por organização criminosa. Ele explica que sempre teve ressalvas com relação a este dispositivo, em caso de lavagem de dinheiro, pois muito embora fosse possível que os denunciados tivessem incorrido em outros incisos do referido artigo, não o fizeram neste, pois não há no ordenamento brasileiro qualquer tipificação para o crime de organização criminosa:

“Ocorre que, com a nova redação dada aos arts. 1º e 2º da Lei nº 9.034/95, pela Lei nº 10.217/2001, o ordenamento legal pátrio passou a ser integrado por três institutos penais distintos, a saber: primeiro, quadrilha ou bando, definidos no art. 288 do Código Penal; segundo, associação criminosa, referida no art. 35 da Lei nº 11.313/2006, que estabelece normal para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; e também, associação criminosa é

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Inquérito 2245. Relator Ministro Joaquim Barbosa. DJ em nove de novembro de 2007. Voto Ministro Ricardo Lewandowski. p. 1001.

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Inquérito 2245. Relator Ministro Joaquim Barbosa. DJ em nove de novembro de 2007. Voto Ministro Ricardo Lewandowski, p. 1002.

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Inquérito 2245. Relator Ministro Joaquim Barbosa. DJ em nove de novembro de 2007. Voto Ministro Ricardo Lewandowski, p. 1004.

mencionada no artigo 2º da Lei nº 2.889, que define e pune o crime de genocídio; e, finalmente, a terceira figura, organização criminosa, tratada na citada Lei nº 10.217/2001. No tocante a esta última figura, no entanto, os doutrinadores entendem que, embora mencionada no referido diploma normativo para fim de definir e regular “meios de prova e procedimentos investigatórios”, o legislador não lhe conferiu qualquer adequação típica, atribuindo-lhe, apenas, o nomen iuris.”¹⁸⁸.

O Ministro continua explicando que não consegue saber se a denúncia imputa aos acusados o crime de formação de quadrilha ou bando, de formação de uma organização criminosa, ou de uma associação criminosa, três figuras distintas.

Em seguida ao voto do Ministro Ricardo Lewandowsky, há uma discussão acerca da expressão *organização criminosa* ter sido usado de maneira informal ou não. Para os Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Cezar Peluso, diferente do que o Ministro Lewandowsky pondera, as diferenças de terminologia utilizadas na denúncia nada mais são que maneiras diversas de tratar de um mesmo fato, o crime do artigo 288 do Código Penal, formação de quadrilha ou bando, que é o descrito na denúncia. Como explica HELOISA ESTELLITA, os Ministros “*têm como evidente que, quando a denúncia emprega aleatoriamente aqueles termos, certamente está se referindo ao crime descrito no artigo 288 do CP*”¹⁸⁹. O Ministro Carlos Britto menciona um estudo que fez sobre organizações criminosas, que não encontram previsão no ordenamento jurídico brasileiro. Diz ele que:

“não há nenhuma lei no Brasil definindo o que seja organização criminosa. A chamada lei do crime organizado, que é a de nº 9.034/1995, não define o conteúdo dessa expressão. Por essa razão, uma parte da doutrina entende que é uma locução sinônima de quadrilha ou de bando. Outra parte da doutrina, porém, aparentemente com melhores argumentos, defende que organização criminosa é algo distinto de quadrilha. Nada obstante, a lei não a definiu, e, por isso, não se pode utilizá-la no âmbito penal, em face do princípio da reserva legal, que é de berço constitucional: nenhum crime, nenhuma pena sem lei anterior.

Para Luiz Flávio Gomes, não se pode utilizar a expressão “organização criminosa” – isso para incriminar condutas – até que uma lei venha e defina o respectivo conteúdo.

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Inquérito 2245. Relator Ministro Joaquim Barbosa. DJ em nove de novembro de 2007. Voto Ministro Ricardo Lewandowski, p. 1005.

¹⁸⁹ ESTELLITA, Heloisa. **Criminalidade de empresa, Quadrilha e Organização Criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 59.

Em suma, não existe o crime de “formar organização criminosa”, nem tampouco essa expressão pode ser usada no âmbito de outros tipos penais para incriminar condutas”¹⁹⁰.

Em seguida, o Ministro ressalta que na denúncia, a expressão *organização criminosa* foi utilizada de uma maneira informal, coloquial, “*como o vulgo ou a imprensa usaria a expressão*”¹⁹¹. Para ele, o Procurador Geral da República não teria pretendido demonstrar a configuração deste ‘suposto crime’, tanto que se referiu expressamente ao delito de quadrilha ou bando, descrevendo seus elementos típicos e indicando o artigo 288 do Código Penal.

3.6 A IMPRECISÃO CONCEITUAL DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DA LEI PENAL

É necessário verificar, portanto, se os dispositivos existentes no ordenamento jurídico brasileiro relativos às organizações criminosas estão de acordo com o princípio da legalidade, especificamente com a proibição de leis e penas indeterminadas, ou seja, se não são imprecisos, excessivamente amplos. Ocorre que, a Lei n.º 9.034, destinada à regulação dos meios de investigação que deveriam ser utilizados em caso de crimes cometidos por organizações criminosas, primeiramente sequer trazia esta expressão ao indicar sua finalidade. Após sua modificação pela Lei n.º 10.217, a expressão *organizações criminosas* passou a estar presente, junto com *quadrilha ou bando e associações criminosas*, de maneira que poderia se entender, sem quaisquer dúvidas, que os instrumentos da lei também se aplicavam aos crimes cometidos por organizações criminosas. Ocorre que, naquele momento, ainda não havia no ordenamento jurídico pátrio qualquer espécie de conceituação do que seria uma organização criminosa, o que deixava a tarefa de *escolher* quais associações de pessoas seriam consideradas como organizações criminosas para o intérprete, sem que este precisasse seguir qualquer padrão para esta *escolha*. Apenas com a incorporação no ordenamento jurídico brasileiro da Convenção de Palermo é que passou a ser possível

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Inquérito 2245. Relator Ministro Joaquim Barbosa. DJ em nove de novembro de 2007. Voto Ministro Carlos Britto, p. 1016/1017.

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Inquérito 2245. Relator Ministro Joaquim Barbosa. DJ em nove de novembro de 2007. Voto Ministro Carlos Britto, p. 1017.

dizer que há uma tentativa de conceituação do que seja uma organização criminosa, já que em seu artigo 2.º - terminologia – a Convenção dispôs o que deveria ser entendido como uma. Ocorre que, ao tentar aplicá-lo a casos concretos, é possível verificar a imprecisão deste *conceito*, que na verdade não deveria ser entendido propriamente como tal, mas sim como linhas diretivas que deveriam ser seguidas para a formulação de um. Sendo impreciso, portanto, ao aplicá-lo, se viola o princípio da legalidade.

Assim, concordamos com o entendimento de BEATRIZ RIZZO CASTANHEIRA, de que se concluirmos que no ordenamento jurídico brasileiro existe um conceito de organizações criminosas, estaríamos *mutilando* o princípio da legalidade, seja pelo uso da analogia (ao equiparar organizações criminosas a quadrilha ou bando), seja pelo acolhimento de uma norma vaga, indeterminada, que fica sujeita à elaboração judicial, cabendo aos intérpretes a definição do que seria ou não uma organização criminosa. Ambos os casos não podem ser aceitos. Do princípio da legalidade decorre a proibição da analogia em Direito Penal, o que significa dizer que se proíbe a aplicação de uma regra jurídica a um caso não regulado por ela, em razão de semelhança ou aproximação¹⁹².

O Direito Penal se diferencia dos demais meios de controle social por seu alto grau de formalização, do qual emerge o princípio da legalidade. E o Direito Penal deve ser formalizado porque isto se liga às intenções de garantia do sistema. Desta maneira, o princípio da legalidade deve funcionar como uma barreira intransponível, com a finalidade de proteger o indivíduo face às intervenções que o Estado pode fazer¹⁹³. Assim, mesmo que hoje haja a menção da expressão *organizações criminosas* na Lei n.º 9.034/95, e que a Convenção de Palermo, que propõe um conceito, tenha sido incorporada ao Direito pátrio, não é possível se vislumbrar a caracterização, livre de dúvidas e em observância ao princípio da legalidade, de uma organização criminosa em um caso concreto¹⁹⁴. HELOISA ESTELLITA menciona oito diferentes entendimentos jurisprudenciais do que seja uma organização criminosa, o que demonstra a indefinição do conceito, situação “*insuportável e insustentável*”. Com relação a isto, explica que:

“o conceito da Convenção não goza, ademais, de “acessibilidade e previsibilidade”, exigências decorrentes do mandato constitucional de

¹⁹² CASTANHEIRA, Op. Cit., p. 113.

¹⁹³ Ibidem, p. 113.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 112.

que o crime esteja definido em lei (art. 5º, XXXIX, CF), e, nessa medida, não pode ser tomado como elemento complementador das normas penais e processuais penais que empregam a expressão organização criminosa”¹⁹⁵.

Não se quer negar que a complementação de uma norma pode estar contida em outro instrumento normativo, podendo ele ser um tratado internacional. Ocorre que, “*ainda assim, exige-se um mínimo de determinação e certeza na delimitação do elemento integrador, e, à evidência, a Convenção de Palermo não atende a esse mínimo de determinação exigido pelo princípio da legalidade penal*”, o que pode ser confirmado pelos inúmeros entendimentos diversos existentes na jurisprudência nacional “*em casos concretos, nos quais é pesaroso, mas necessário reconhecê-lo, pessoas sofreram e sofrem as conseqüências das mais variadas a depender do órgão judicante*”¹⁹⁶. Esta situação que ocorre no Brasil, então,

“nega vigência a diversos mandamentos constitucionais: (a) nega vigência à *reserva legal em matéria penal* e ao postulado do *devido processo legal*, porque transfere ao Poder Judiciário, mais precisamente a um órgão judicante, colegiado ou singular, o poder de definir o conteúdo do tipo penal (de injusto ou de aumento de pena) e o âmbito de aplicação de medidas restritivas gravíssimas à liberdade e intimidade individuais (prisão preventiva compulsória, quebra de sigilo bancário, fiscal e telemático, interceptação ambiental, vedação de individualização da execução da pena, utilização de agente infiltrado, etc.); (b) nega vigência à *anterioridade da lei penal*, pois quem decide o efetivo conteúdo do tipo é o órgão judicante no momento da decisão e, portanto, *ex post facto*; (c) nega vigência à *determinação ou taxatividade do tipo legal*, pois permite arbitrariedade no julgar e, ao fazê-lo, (d) nega vigência ao *princípio da isonomia*, por permitir que as mais diversas soluções possam ser dadas a pessoas que estejam na mesma situação, sem possibilidade de controle pelos tribunais superiores”¹⁹⁷.

Como sintetizam ZAFFARONI e PIERANGELI, “*o direito penal de um Estado de Direito não pode transformar-se em instrumento de uma guerra de símbolos grupais, se o que realmente tem como meta é a segurança jurídica*”¹⁹⁸.

¹⁹⁵ ESTELLITA, Op. Cit., p. 85.

¹⁹⁶ ESTELLITA, Op. Cit., p. 88.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 88/89.

¹⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral** / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 6.ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 89.

4 PROPOSTA DE OPERACIONALIZAÇÃO PARA O CONCEITO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Como se buscou demonstrar nos capítulos anteriores, os níveis de conhecimento sobre a criminalidade organizada estão ainda em um estágio muito primitivo, o que ocorre em razão de diversos fatores. Trata-se de um fenômeno cambiante, que se adapta às tendências dos mercados, o que faz com que seja difícil de que se isole seu objeto. Também nem todas as infrações praticadas por estas organizações são levadas a conhecimento das autoridades pelas vítimas, em razão destas serem difusas, ou não imediatas. Quando existem vítimas imediatas, estas são intimidadas a não fazê-lo. As organizações criminosas agem tanto nacional quanto transnacionalmente, e fazem uso de diversos meios de disfarces¹⁹⁹.

O fato de que o conhecimento ainda é primitivo não deve significar, porém, uma ausência ou atraso nas medidas de prevenção: *“uma Política Criminal de Estado de Direito deve necessariamente extrair conseqüências da circunstância de que o objeto contra o qual deve atuar ainda é inacessível ou precariamente conhecido”*. Não é possível que se admita a prática que geralmente ocorre, em que se compensa a falta de conhecimento com intensidade de ameaça, fazendo com que, nos casos em que se considera que sejam de especial ameaça, sejam desferidos *golpes a esmo*. Da falta de conhecimento do objeto de intervenção devem ser extraídas certas conseqüências: deve haver um grande emprego de pesquisa direcionado à delimitação da criminalidade organizada (*“se a situação de apresenta ameaçadora, deve-se envidar todos os esforços para vê-la com clareza o mais breve possível”*); os meios de combate e elucidação devem ser empregados de maneira mais cuidadosa e prudente (*“quem não conhece vê seu alvo com precisão e por isto necessita atirar com chumbo miúdo, deve pelo menos dominar a trajetória do tiro o mais longe possível”*); e por fim, deve ocorrer uma constante verificação, com a ajuda de ciências empíricas, com relação a se os meios voltados ao combate alcançaram resultados ou não (*“quem anda no escuro deve firmar cada passo”*²⁰⁰).

¹⁹⁹ HASSEMER, 1994, Op. Cit., p. 59/60.

²⁰⁰ HASSEMER, 1994. Op. Cit., p. 60.

Enquanto a criminalidade organizada for um fenômeno obscuro não poderá ser adequadamente observada, e também, enquanto houver apontamentos apenas aproximados, serão colocados em perigo direitos fundamentais de liberdade de pessoas que podem não estar diretamente comprometidas com este *fenômeno*²⁰¹. Assim, ao haver mais cautela na utilização das informações, o acerto no alvo aprimorar-se-ia, de maneira que poderia haver maior acerto na busca e obtenção daquelas. Especificamente com relação à criminalidade organizada, caso se acordasse com relação a um conceito, *“acaso fossem as informações aproveitáveis apenas em fins previamente definidos, então só se poderia agir faticamente quando o acerto no alvo fosse altamente provável e deste modo a restrição ao Direito fundamental seria mais aceitável”*²⁰².

4.1 O PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE COMO FUNDAMENTO PARA A UTILIZAÇÃO DO CONCEITO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS PROPOSTO PELA CONVENÇÃO DE PALERMO

Em razão de todo o já exposto sobre as diversas concepções existentes sobre o que sejam as organizações criminosas, as confusões feitas, e a subjetividade na aplicação dos conceitos existentes, resta demonstrada a importância do princípio da legalidade para o tema, mais especificamente quando se manifesta na forma do princípio da taxatividade. Importa demonstrar a importância que parâmetros objetivos têm nesta questão, já que qualquer proposta destes deve ser feita tendo em vista a obediência a esta máxima.

Este princípio, que nasceu com o Estado de Direito, teve precedentes na Magna Carta da Inglaterra, de 1215²⁰³, e na Espanha com o Decreto de Afonso IX nas Cortes de Leon de 1188. Suas origens remontam, então, naquele momento histórico em que o povo deixa de ser instrumento e passa a ser sujeito passivo do poder absoluto do

²⁰¹ HASSEMER, 1998, Op. Cit., p. 30.

²⁰² HASSEMER, 1994, Op. Cit., p. 69.

²⁰³ “(39) No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land.” Disponível em: http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/translation/mc_trans.html

Estado ou do Monarca que o detém, passando a controlar e participar deste poder, exigindo dele garantias em seu exercício. Isto ocorre, mais precisamente, com a Revolução Francesa, que foi o ápice do pensamento político e filosófico do Iluminismo. Nesta época ocorrem diversas declarações de direitos das pessoas, e do princípio da legalidade dos delitos e das penas, como a Petition of Rights (de certos estados norte-americanos), a Josephina (Áustria), e principalmente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França, em que em seu artigo 8.º estabelecia que “*A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada*”²⁰⁴. Em seguida a isto surgem as primeiras declarações deste princípio nas Constituições e Códigos Penais. É possível observar, portanto, que o princípio da legalidade se mostra como uma conquista da ideologia liberal dos séculos XVIII e XIX, e também como resultando de uma mudança de uma concepção absolutista de Estado para uma liberal²⁰⁵. De acordo com MUÑOZ CONDE, “*a los ojos del jurista moderno se presenta como una conquista irreversible e irrenunciable, en cuanto ofrece el único medio racional de control del poder punitivo estatal. Sus insuficiencias se deben más a su realidad efectiva que al principio como tal*”²⁰⁶.

Na Constituição da República Brasileira, este princípio pode ser encontrado no artigo 5.º, inciso XXXIX, que estabelece que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. É possível também encontrá-lo no artigo 9.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica – incorporado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n.º 678, de seis de novembro de 1996, com status constitucional em razão do § 2.º do artigo 5.º da Constituição), segundo o qual “*Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá dela beneficiar-se*”.

²⁰⁴ Article 8: Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi.

²⁰⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. 2.ª edição. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2001. p. 137/140.

²⁰⁶ Ibidem, p. 140.

Uma das características do Direito Penal, que o diferencia dos demais meios de controle, é seu alto grau de formalização, do qual emerge o princípio da legalidade, voltado a “*transformar a intervenção penal em um exercício de poder controlado*”²⁰⁷. Como instrumentos de proteção do indivíduo frente ao Estado, também podem ser mencionados o princípio da culpabilidade e o princípio da proporcionalidade, que buscam impedir que, dentro dos limites da lei, se puna alguém sem responsabilidade individual, ou que se imponham sanções excessivamente duras. Desta maneira, o princípio da legalidade funciona para evitar punições arbitrárias ou baseadas em leis *imprecisas* ou retroativas²⁰⁸.

O Estado de Direito deve proteger os indivíduos não apenas por meio do Direito Penal, mas também *do* Direito Penal. Isto significa dizer que o ordenamento jurídico não apenas deve dispor de métodos e meios adequados para a prevenção dos delitos, como impor limites ao emprego da pretensão punitiva, de maneira que os cidadãos não estejam desprotegidos e à mercê de intervenções arbitrárias ou excessivas por parte do Estado. A gravidade dos meios que este dispõe para a repressão aos delitos e intervenções nos direitos e garantias fundamentais e o caráter de *ultima ratio* que estas intervenções devem possuir impõem a existência de um princípio que controle o seu poder punitivo, e que limite sua aplicação dentro dos limites que excluam qualquer arbitrariedade e excesso por parte dos que exercem aquele poder²⁰⁹.

O princípio da legalidade, então, estabelece que a intervenção punitiva do Estado, seja para configurar o delito, seja para determinar, aplicar ou executar suas conseqüências, deve ser regida pelo “império da lei”, que é entendida como a expressão da vontade geral. E porque se refere à intervenção do poder punitivo estatal é que FRANCISCO MUÑOZ CONDE o chama de *princípio de intervenção legalizada*²¹⁰. De acordo com o princípio, busca-se evitar o exercício arbitrário e ilimitado do poder punitivo estatal.

Este princípio é um postulado básico do Estado de Direito, podendo inclusive ser entendido como um princípio fundamental de Direito Penal e ser

²⁰⁷ CASTANHEIRA, Op. Cit., p. 112.

²⁰⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Editorial Civita S.A., 1997. p. 137.

²⁰⁹ MUÑOZ CONDE, Op. Cit., p. 135.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 135/136.

considerado como um princípio de direito natural, ou uma consequência da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana²¹¹. Seu reconhecimento supôs um grande processo, não contínuo, em que é possível se observar, juntamente com o desejo dos indivíduos em alcançar um mínimo de garantias face ao poder punitivo do Estado, retrocessos a sistemas absolutos e arbitrários, em que não havia limites nas práticas penais de alguns Estados, que o mantiveram (o princípio) apenas como uma ‘fachada formal’ de sua legislação positiva²¹². Este princípio pressupõe também um freio para uma política penal excessivamente pragmática, que em busca da eliminação de toda a criminalidade e também movida por razões defensivas ou ressocializadoras extremamente radicais, sacrifique as garantias mínimas dos indivíduos, de maneira a lhes impor sanções não previstas em lei alguma. É uma forma de contrariar a máxima ‘*o fim justifica os meios*’. É preferível uma política penal ruim, porém que respeite os direitos e garantias fundamentais, a uma política criminal boa, mas realizada sem qualquer tipo de controle. Em razão deste princípio, é que se deve aceitar o risco de que, pela má elaboração de uma lei, ou por habilidades de quem a infringe, ações graves e perturbadoras da convivência humana fiquem sem sanções. Este risco, no entanto, é um pequeno preço que se deve pagar em razão da segurança jurídica que este princípio traz, requisito indispensável em qualquer comunidade²¹³.

Um de seus postulados é a proibição de leis penais e penas indeterminadas, o princípio da taxatividade. A forma pela qual o princípio da legalidade se realiza é por meio da descrição de condutas proibidas em tipos legais, ou seja, por meio da tipificação das condutas que se deseja serem proibidas. Desta maneira, o tipo cumpre a função de garantia deste princípio. Ocorre que para cumprir esta função, ele deve ser redigido de maneira que pela leitura de seu texto seja possível deduzir, com clareza e certeza, qual a conduta proibida que é a matéria de proibição. Assim, um dos principais objetivos deste princípio é que o legislador utilize uma linguagem *clara e precisa* na redação das normas penais, devendo para isto recorrer a elementos descritivos, ou seja, “*a aquellos estados o procesos del mundo real, corporal o anímico que cualquiera conoce o aprecia sin mayor esfuerzo*”²¹⁴. Já com relação aos elementos normativos, ou

²¹¹ MUÑOZ CONDE, Op. Cit., p. 136.

²¹² Ibidem, p. 136.

²¹³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Editorial Civita S.A., 1997. p. 140., e MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. 2.^a edição. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2001. p. 136.

²¹⁴ MUÑOZ CONDE, Op. Cit., p. 156.

seja, aqueles que apenas são determinados por meio de processos de valoração da situação, o legislador deve ser cauteloso. Estes elementos, que requerem uma valoração que deverá ser feita pelo juiz, contém indeterminações e subjetividades. Um outro problema que acontece é com relação às cláusulas gerais, que oferecem um alto grau de abstração, e apresentam poucas lacunas. Em razão disto é que existe o perigo da indeterminação, e podem lesionar o princípio da legalidade. Normas redigidas desta maneira acabam por deixar ao arbítrio do julgador a determinação do que efetivamente a lei proíbe, correndo o risco de que este refira os conceitos às suas próprias convicções morais, que podem não coincidir com as dominantes na sociedade. Com relação à determinação das penas, o legislador tem maior liberdade, porém a pena não é determinada adequadamente se não dá liberdade ao juiz em sua aplicação. As penas absolutamente determinadas pelo legislador são inaplicáveis na prática, pois excluem a observação das diferentes fases de sua aplicação, as circunstâncias pessoais, não permitindo uma correta adequação²¹⁵.

O princípio da taxatividade, ou a proibição de leis penais e penas indeterminadas corresponde exatamente com a finalidade do princípio da legalidade, pois uma lei indeterminada ou imprecisa, ou seja, sem clareza, não tem o condão de proteger o cidadão de uma arbitrariedade. Isto porque não implica em uma autolimitação do direito de punir do Estado, e também contraria o princípio da divisão de poderes, em razão de que permite ao juiz fazer qualquer interpretação que queira, e assim invadir a competência do Poder Legislativo. Uma lei redigida desta maneira não pode atender à eficácia preventiva geral, pois os indivíduos não podem nela reconhecer qual ação se pretende punir, qual a ação proibida, e em razão disto sua existência não pode proporcionar um fundamento para uma censura de culpabilidade²¹⁶. A indeterminação das disposições penais pode torná-las também inconstitucionais, e por isso, nulas.

CLAUS ROXIN menciona um caso do Tribunal Constitucional Bávaro que, em 1952, declarou nulo um preceito do qual decorria responsabilidade penal para aquele que infringisse a ordem pública ou atuasse contra os interesses das forças armadas aliadas ou de seus membros, por violação ao princípio da legalidade, em razão de que as expressões *ordem pública* e *interesses* eram demasiadamente indeterminadas. O autor

²¹⁵ MUÑOZ CONDE, Op. Cit., p. 157/158.

²¹⁶ ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 169.

também salienta que após este caso, não se declarou nulo qualquer outro preceito penal por infringir o mandado de determinação ou precisão, muito embora seja este o ponto mais crítico do princípio da legalidade:

“Al contrario, no es raro encontrar conceptos vagos y necesitados de complemento valorativo en los preceptos penales. Desde que el BVerfG consideró que el antiguo tipo de la falta del "grave desmán (o abuso)" (§ 360, n.º 11, v. a., actualmente algo precisado como § 118 I OWiG) era suficientemente preciso, el legislador apenas tiene que reprimirse al utilizar cláusulas generales. Por eso tiene razón Welzel en su frase, frecuentemente citada " : "¡El auténtico peligro que amenaza al principio *nulla poena sine lege* no procede de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas!" Naucke "" constata que "el Derecho penal resulta cada vez menos claro", y Schünemann ha diagnosticado que "el punto más débil del principio *nulla poena*" radica en el mandato de precisión de la ley.”²¹⁷

Há muito tempo se questiona como seria possível remediar esta situação. Não se discute que certo grau de indeterminação é inevitável, posto que todos os termos empregados pelos legisladores admitem diversas interpretações, porém o ponto crítico são os conceitos que necessitam de uma complementação valorativa, que não proporcionam descrições da conduta proibida, mas requerem do juiz um juízo valorativo. Geralmente se admite que o legislador não pode renunciar a estes conceitos valorativos em forma de cláusulas gerais, porque estes permitem uma resolução justa de casos individuais: se as leis apenas contivessem conceitos descritivos, teriam de ser muito extensas ou apresentar tal rigidez em sua aplicação que poderiam ser produzidos resultados carentes de efeitos político-criminais. Há fenômenos sociais que não podem ser descritos mediante formulações menos valorativas (o autor exemplifica com a injúria), mas, por outro lado, não se pode aceitar uma utilização constante de conceitos que precisem de complementação valorativa, pois nestes casos cabe ao juiz agir no lugar do legislador, e esta invasão de competências viola a exigência de determinação ou precisão legal, não podendo, portanto, ser admitida. Assim, deve se encontrar um limite para além do qual a indeterminação passe a ser inconstitucional. A solução deverá ser buscada por meio dos princípios de interpretação no Direito Penal, de acordo com os quais um preceito penal seria suficientemente preciso e determinado *se e na medida em que* do mesmo se possa deduzir um fim claro de proteção pretendido pelo legislador, e que de todas as maneiras o seu teor literal delimite o que seria uma interpretação arbitrária. Nestes casos, haverá uma regulação cuja interpretação será a de uma lei

²¹⁷ ROXIN, Op. Cit., p. 170.

determinada, precisa. Assim, as tentativas doutrinárias de delimitação, que se mostram problemáticas quando aceitas de forma unilateral, podem oferecer valiosos pontos de apoio²¹⁸.

4.2 ESTABELECENDO PARÂMETROS: O CONCEITO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL EM UM MODELO ORDINAL

Uma correta utilização do conceito de organizações criminosas, então, implica na existência de *limites* a este conceito, de forma que possa se verificar ou não a configuração de uma organização criminosa tendo como base elementos claros. Importa, portanto, questionar quais critérios os operadores do direito poderiam utilizar para delimitar a existência de uma organização criminosa com precisão, sem que houvesse violação às garantias fundamentais.

Como base, propõe-se seja utilizado o conceito fornecido pela Convenção de Palermo. Muito embora abrangente e impreciso, foi recepcionado pelo Brasil e é o único conceito existente no ordenamento jurídico brasileiro. Para que seja utilizado como modelo, porém, imperioso se faz que seja introduzido o modelo ordinal de conceito.

4.2.1 Modelo continuum

JAMES O. FINCKENAUER e FRANK E. HAGAN expõem em alguns trabalhos um modelo *ordinal* de conceito, em que, ao invés de questões objetivas, se propõe sejam analisados os graus em que cada grupo criminoso se assemelha a uma organização criminosa. Pelo modelo proposto, são elencadas as características que se entende estarem presentes em uma organização criminosa, e cada uma delas é *medida*,

²¹⁸ ROXIN, Op. Cit., p. 170/172.

para que seja verificado em que *grau* está presente no grupo criminoso. Dependendo da presença em maior ou menor grau de certos elementos, ou até mesmo sua ausência, verifica-se a existência ou não de uma organização criminosa.

No modelo proposto por FRANK E. HAGAN em 1983, o protótipo de organização criminosa era a organização mafiosa *Cosa Nostra*, ou seja, esta era uma organização criminosa em que todos os elementos que o autor entendia serem requisitos eram encontrados em seu grau máximo – por isso, ideal, de acordo com o autor. Outros grupos criminosos, ao serem submetidos a este modelo ordinal, no entanto, poderiam não apresentar todos os elementos em seu nível máximo, sem que, em razão disso, não configurassem uma organização criminosa. Isto porque cada organização tem suas características mais marcantes, e as que são menos evidentes. O importante, neste modelo, é que seja delimitado o grau mínimo necessário para a configuração da organização criminosa.

Pelo modelo²¹⁹ (ver figura 1), as *dimensões* a serem analisadas seriam: 1 - altamente organizada, 2 – violência ou ameaças de violência, 3 – provisão de bens ilícitos mediante demanda pública, e 4 – forma de imunidade. Exceto a dimensão 2 – violência ou ameaças de violência, todas as outras dimensões são analisadas com “*sub-dimensões*”. O nível máximo de cada uma delas, ou a sua presença, a elencaria como elemento de uma organização criminosa, ao passo que o contrário revelaria a não existência de uma organização criminosa. O alto nível de organização, então, seria um elemento presente em uma organização criminosa. Para configurá-lo, analisar-se-ia se a presença de hierarquia é ou não relevante, se a admissão de membros é restrita, e se há códigos internos. Na segunda dimensão deve se verificar se há o uso de violência ou ameaça de seu uso. A provisão de bens ilícitos mediante a demanda pública deve existir, e também deve ser voltada ao lucro. Por fim, analisa-se as maneiras pelas quais o grupo consegue imunidade: se por corrupção, se esta é conectada a ele, ou se é por ele exercida²²⁰.

Vale lembrar que o propósito deste modelo não é uma análise puramente objetiva, em que se busca uma resposta positiva ou negativa acerca de se um dado grupo é ou não uma organização criminosa. É um modelo elástico, que admite sejam

²¹⁹ HAGAN, Frank E. **Organized Crime Continuum**. Criminal Justice Review. Fall 1983. p. 54.

²²⁰ Ibidem, p. 54

analisados os diferentes aspectos dos grupos criminosos, de maneira que suas complexidades e especificidades não sejam ignoradas. Por este modelo ordinal, se obterá uma resposta de em qual grau as atividades de um determinado grupo são realmente de uma organização criminosa, necessitando-se apenas, como já salientado, que se trace uma ‘linha de corte’, estabelecendo os limites entre as organizações criminosas e as meras associações com finalidade de praticar crimes.

Para JAMES O. FINCKENAUER, os elementos caracterizadores do crime organizado são: ideologia (ou sua falta), estrutura/ hierarquia organizada, continuidade, violência (uso de força ou ameaça do uso de força), restrição na admissão de novos membros, empresas ilegais, penetração em negócios legítimos, e corrupção.

Seriam estas as características que o crime organizado apresenta. Para se precisar o que é uma organização criminosa, porém, é proposto um modelo ordinal, contendo as seguintes dimensões: sofisticação criminosa, estrutura, auto-identificação e autoridade da reputação. A sofisticação criminosa é percebida pelo grau de planejamento existente para o cometimento de crimes: quanto tempo duram, quantas habilidades e quanto conhecimento é necessário para que sejam cometidos. A estrutura se verifica com uma clara divisão de trabalho com definição de autoridade e liderança, que se mantém ao longo do tempo e dos crimes. Deve se verificar se os membros percebem-se como membros de uma organização criminosa definida, cabendo questionar se, por exemplo, há traços identificadores dos membros, como uso de uma linguagem especial, sinais específicos, tatuagens, ritos, etc. Por fim, na última dimensão, autoridade da reputação, deve se analisar se a organização possui capacidade de forçar outros (criminosos ou não) a fazer a sua vontade sem precisar fazer uso da violência física, ou seja, se sua reputação promove suficiente intimidação. Há outras características que as organizações criminosas podem ter, porém aquelas redes criminosas às quais falta alguma destas não deveriam ser consideradas como organizações criminosas²²¹, ou seja, estas são as características básicas, mínimas.

²²¹ FINCKENAUER, Op. Cit., p. 75/76.

4.2.2 Artigo 2.º da Convenção de Palermo em um modelo ordinal de conceito

Ao analisar o modelo continuum, percebe-se que é altamente flexível, porém ao mesmo tempo baseado em elementos objetivos. Desta forma, propõe-se adaptar um conceito de organizações criminosas a este modelo, de forma que sejam estabelecidos parâmetros à sua aplicação. Como base para isto, é possível a utilização do conceito fornecido pela Convenção de Palermo.

A definição de grupo criminoso organizado prevista no artigo 2º da Convenção de Palermo estabelece, como já referimos anteriormente, que deve se entender por grupo criminoso organizado:

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

O modelo continuum é formado por *dimensões* que devem ser analisadas individualmente. Antes de apresentar como poderia ser um conceito ordinal de organização criminosa, então, importa analisar individualmente cada *dimensão*, que neste caso serão os elementos que o conceito traz.

No artigo 2, c, da Convenção de Palermo, foi estabelecido que por *grupo estruturado* deve se entender “*grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada*”. É possível, então, perceber que não se exige funções formalmente definidas, continuidade na sua composição e estrutura elaborada. Isto quer dizer, então, que é exigido que os membros apresentem funções, ainda que não *formalmente definidas*; que haja continuidade na sua existência, muito embora não em sua composição (os membros não se confundem com a organização, e a falta de um ou mais membros não causaria o fim daquela); e alguma forma de estrutura, ainda que não elaborada. Com estas informações, pode ser montado um *espectro* por meio do qual se analisa a configuração ou não de uma organização criminosa (ver figura 2).

Do artigo, portanto, extraímos que para a dimensão *estrutura*, é necessário que os membros tenham funções, ainda que não formalmente definidas (A); a organização apresente continuidade em sua existência, mesmo que não a apresente em sua composição (B); e apresente também alguma forma de estrutura, ainda que não elaborada (C).

Os membros de uma organização criminosa, então, devem apresentar funções, indiferente de quais sejam, e indiferente se foram formalmente definidas ou não. Ou seja, ainda que cada membro não detenha exclusividade sobre sua função, ainda que cada função seja determinada de acordo com a necessidade momentânea da organização, o que importa é o fato de haver funções. Isto porque os membros agem buscando uma finalidade comum, e portanto a distribuição de funções se faz necessária.

A necessidade da organização apresentar continuidade em sua existência pode ser entendido por meio do que explica MIGUEL REALE JUNIOR. De acordo com o autor, o que diferencia as organizações criminosas é sua institucionalização. Por institucionalização, deve se entender que a organização não é um fim em si mesma, ela apresenta um propósito. No caso das organizações criminosas, estas devem existir independentemente da prática de crimes e de seus membros. Ainda, o artigo estabelece que serão organizações as associações formadas de maneira não imediata, ou seja, além da organização possuir existência independente de seus membros, é necessária uma continuidade ao longo do tempo.

Para que se configure a continuidade da organização, importa ressaltar, que não basta a prática de poucos crimes. É necessário que se analise a organização como instituição. Um grupo criminoso organizado, com certa forma de estrutura, que pratica alguns crimes pode se tratar de uma quadrilha. Conforme entende MIGUEL REALE JUNIOR, a institucionalização da organização criminosa, ou seja, a “*organização em torno de um centro de poder de forma hierarquizada e disciplinada*”²²² é uma de suas características.

É necessário também que a associação de pessoas apresente alguma forma de estrutura para que configure uma organização criminosa. Qual a forma é indiferente, contanto que reste demonstrada.

²²² REALE JÚNIOR, Op. Cit., p. 183.

A segunda dimensão, que se relaciona ao mínimo número de pessoas necessárias para que se configure uma organização criminosa, não faz necessária muita análise, visto que se trate de um elemento objetivo. Nesta dimensão, então, deve ser analisado se há a presença de três ou mais pessoas, ou se não. Diferentemente do delito de quadrilha ou bando, para o qual são necessárias *quatro* ou mais pessoas.

A terceira dimensão, que envolve a continuidade da organização (“existindo há algum tempo”) talvez seja a mais subjetiva, já que *algum tempo* pode significar horas, dias, semanas, meses, ou anos. Em razão disso, é que se propõe que o fator *tempo* não seja analisado por si só, mas sim se é ou não relevante. Ou seja, a questão seria, se a presença deste grupo, de três ou mais pessoas, com certa forma de estrutura, existe há tempo relevante para que fique demonstrada sua continuidade, sua existência durante certo período de tempo. Não se trata de uma resposta objetiva, mas sim se é ou não relevante, se resta ou não demonstrada a continuidade da organização criminosa por um período de tempo. Sendo relevante, e demonstrando a continuidade (desde que presentes os demais elementos), poderia se configurar uma organização criminosa.

A quarta dimensão se refere à forma de atuação dos membros, se atuam concertadamente. Atuar concertadamente não é um elemento exclusivo de organizações criminosas, portanto, deve-se atentar para qual seria o ajuste de seus modos de atuação. Diferentemente de meras associações formadas para o cometimento de um crime, ou certos crimes específicos, o fim das organizações criminosas não se encerra na prática de alguns crimes: dotadas de continuidade, sua existência se mantém por um certo período de tempo, para que sejam atingidos seus fins. E seus membros são membros justamente em razão disto – para que sejam alcançadas suas (da organização) finalidades. Desta forma, não é possível entender outra coisa que não seja que o *atuar concertadamente* dos membros da organização criminosa, leva em consideração o atuar em busca de suas finalidades. Assim, deve se questionar, então, se os membros demonstram, ao agirem, terem um combinado em seus modos de atuação, para o alcance dos fins da organização criminosa, ou se cada um age por motivos pessoais e em busca de seus próprios objetivos.

A quinta dimensão é composta por um elemento objetivo: os crimes que a suposta organização criminosa busca praticar devem ser os mencionados no artigo 2, *b*,

da Convenção de Palermo. São infrações graves, então, aquelas cuja pena máxima não seja menor do que quatro anos, punidas com pena privativa de liberdade.

Na sexta e última dimensão se analisa o propósito da organização criminosa, que deve ser de obter benefício econômico ou material, direta ou indiretamente. É um dado objetivo, posto que, pela análise dos fatos concretos é possível perceber que o grupo se organizou, e por meio da prática de crimes visava a buscar um fim – benefício econômico ou material. Não sendo possível observar isto, não se trata de uma organização criminosa, ainda que presentes todos os demais elementos. Por esta dimensão se diferenciarão as organizações criminosas dos grupos criminosos que, apesar de organizados, não têm como objetivo a pura obtenção de lucro, mas sim finalidades políticas ou de dominação territorial. É necessário ressaltar que estes grupos, embora não tenham o lucro como finalidade, obtém lucro de maneira a financiar seus objetivos, como, por exemplo, os grupos terroristas. Neste sentido é o entendimento de BEATRIZ RIZZO CASTANHEIRA, que explica que:

“as atividades que se pretende identificar com o crime organizado, separando-se as organizações terroristas, têm sempre um caráter econômico. Estabelecem-se como verdadeiros monopólios ou oligopólios de atividades ilícitas que, justamente por isso, escapam à disciplina do Estado. Em outras palavras, o crime organizado tem como função econômica “abranger as áreas do capitalismo que carecem de um mercado disciplinado”.

[...] “O crime organizado é antes de tudo uma forma de execução de crimes que obedece à básica lei de mercado. Oferece o que é proibido e recusado pela moral dominante e, justamente por isso, escasso, desempenhando atividades proibidas, o risco é grande e o proveito altamente lucrativo. Não é de se estranhar que a estruturação da organização seja complexa e que, assim, muito complexa seja também uma eventual definição normativa”²²³

Este modelo ordinal, portanto, visa a estabelecer, no limite do possível, parâmetros para a interpretação do conceito de organizações criminosas da Convenção de Palermo. Não se trata de uma proposta de conceituação, mas sim uma proposta do estabelecimento de limites objetivos (ou o mais próximo possível de objetivos) a cada dimensão/elemento que o conceito apresenta, de maneira que sua aplicação nos casos concretos dependa menos de subjetividades e mais de análises dos fatos concretos, obedecendo ao princípio da legalidade.

²²³ CASTANHEIRA, Op. Cit., p. 108.

É necessário ter em mente, no entanto, que não deve bastar a simples análise de cada caso, com o veredicto de ser ou não uma organização criminosa. Cada resposta acerca de cada dimensão analisada deve ser justificada – por que motivos é relevante, está presente de qual maneira, etc. – sob pena de não passar de meros juízos subjetivos.

Como exemplo de falha na aplicação do conceito e da utilização do modelo ordinal, pode ser utilizada a apelação criminal n.º 2005.001443-7, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Neste caso, houve a condenação, dentre outros, pelo crime de lavagem de dinheiro de crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e de crime praticado por organização criminosa (artigo 1.º, incisos I e VII, da Lei n.º 9.613). No acórdão, há a fundamentação para a condenação pelo crime do inciso I, mas nada com relação ao suposto crime praticado por organização criminosa.

Ao analisar o caso, a impressão é a de que houve uma confusão entre uma associação para o tráfico, responsável pelos crimes de tráfico de substâncias entorpecentes, prevista expressamente no artigo 35 da Lei n.º 11.343/06²²⁴, e de uma organização criminosa. Confusão no sentido de que automaticamente, ao haver a condenação pelo crime de associação para o tráfico, deu-se como certa a existência de uma organização criminosa. Tanto é assim que não há qualquer fundamentação para a condenação pelo inciso VII do artigo 1.º da Lei n.º 9.613. Os depoimentos transcritos parecem apenas fundamentar a condenação pelo inciso I, em tese demonstrando que o recorrente utilizava-se da venda de veículos para legalizar a receita proveniente das vendas de substâncias entorpecentes. Muito embora a defesa tenha, na apelação, questionado a não comprovação do crime antecedente, nada foi mencionado quanto a este fato (com relação a qualquer dos ‘crimes’, tráfico de substâncias entorpecentes, e praticado por organização criminosa. E os elementos constantes como fundamento do acórdão sequer sugerem a existência de uma organização criminosa.

²²⁴ Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:
Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Os fatos tratam de pessoas que, em tese envolvidas na venda de substâncias entorpecentes, utilizavam-se da venda de veículos para tornar lícitas as receitas provenientes dos crimes.

Ao analisar estes elementos, levando em consideração o conceito de organização criminosa proposto pela Convenção de Palermo, percebe-se que, na verdade, não há qualquer prova ou indício da existência de uma organização criminosa.

Não restaram comprovadas a presença de funções, continuidade de existência e alguma forma de estrutura, ou de qualquer indicação do tempo de existência da suposta organização e de que seus membros atuavam concertadamente buscando satisfazer seus (da organização) fins, e não a satisfação de seus interesses pessoais. Se, portanto, havia uma organização criminosa, necessário seria também a demonstração de que o objetivo de sua institucionalização seria a obtenção de lucro.

Estas são algumas das dimensões do conceito de organizações criminosas como proposto pela Convenção de Palermo, na forma de um modelo ordinal (figura 2). Importa lembrar que por este modelo, ao haver uma resposta negativa para qualquer das dimensões, não se trata de uma organização criminosa. Ao analisar o caso concreto, então, é possível perceber que, embora aparentemente haja o envolvimento de três ou mais pessoas, e que estas tenham em tese praticado o crime de tráfico de substância entorpecente (o que, vale lembrar, não restou comprovado no acórdão), os demais requisitos para a configuração de uma organização criminosa não estão presentes. O simples fato de uma pessoa receber veículos como pagamento da venda de substâncias entorpecentes – independentemente de sua quantidade – e em seguida colocar estes veículos à venda na loja de uma terceira pessoa, não demonstra com qualquer suficiência a presença de funções estabelecidas ou qualquer forma de estrutura. Se presentes os elementos, seria imprescindível sua demonstração ao fundamentar uma condenação. Desta forma, não haveria a possibilidade da condenação pelo crime do artigo 1.º, VII, da Lei n.º 9.613, o que infelizmente ocorreu.

Verifica-se, portanto, que não há qualquer fundamentação com relação ao crime do artigo 1.º, VII, da Lei n.º 9.613. A única referência é que, após compilar depoimentos de testemunhas que afirmaram que o réu recebia veículos como pagamento para vendas de substâncias entorpecentes e em seguida os revendia, é uma frase sem

qualquer embasamento para a manutenção da condenação: “Assim, sobre o crime de lavagem de dinheiro, o conjunto probatório é harmônico e uníssono, bem como verifica-se que o acusado chefiava a organização criminosa, voluntária e conscientemente”. Com relação a isto, necessário questionar em que ponto destes depoimentos restou demonstrada a existência de uma organização criminosa, e que esta seria chefiada pelo réu, *conscientemente*.

Não se questiona aqui a existência de organizações criminosas. Ocorre que estas diferem de quadrilhas e bandos e de associações criminosas. Não é possível deduzir que, apenas porque uma quadrilha ou associação demonstrou utilizar-se de certos meios para legitimar suas receitas, que se tratam de organizações criminosas.

Em outro caso, o do habeas corpus n.º 132.415, de São Paulo, no Superior Tribunal de Justiça, foi negado à impetrante a redução de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4.º, da Lei n.º 11.343/06²²⁵. Este artigo estabelece uma redução de pena de um sexto a dois terços para os agentes que cometeram o crime de tráfico, desde que sejam primários, tenham bons antecedentes e não se dediquem às atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

O Tribunal de origem negou sua aplicação, o que foi mantido pelo Superior Tribunal de Justiça, afirmando que a paciente não preenchia os requisitos por ser envolvida em organização criminosa. A paciente teria afirmado transportar substância entorpecente na condição de *mula*, não tendo, no entanto, indicado quais seriam as outras pessoas integrantes da suposta organização.

É possível perceber, no entanto, que tendo como base os elementos já mencionados, não se verifica a presença de uma organização criminosa. Não restou demonstrada qualquer forma de estrutura desta organização, em qualquer das dimensões da figura 2, ou a presença de ao menos três pessoas, ou qualquer dado sobre o tempo de existência da suposta organização, bem como se havia uma atuação concertada de seus membros (os quais não há notícia de quais sejam), a prática de infrações graves (e não uma infração específica), e elementos sobre seu propósito.

²²⁵ § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

E se não há, nos autos, elemento algum que comprove a existência de uma organização criminosa, como afirmar que alguém a integra? E pior, para negar a aplicação de uma causa de diminuição de pena.

Como se procurou demonstrar, é necessária uma ênfase no conceito de organizações criminosas proposto pela Convenção de Palermo, o que é facilitado com sua aplicação em um modelo ordinal. A forma de um modelo ordinal para o conceito de organizações criminosas não é uma inovação, um novo conceito. Trata-se apenas de um formato mais claro para a interpretação do conceito já existente, facilitando assim sua aplicação em casos concretos, e evitando condenações indevidas e negativas à concessão de benefícios, por exemplo.

4.3 NECESSIDADE DO AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DO CONCEITO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS EM SUA FORMA ATUAL

Após a busca por parâmetros de modo a delimitar o conceito de organizações criminosas, mostra-se necessário demonstrar a maneira pela qual é possível se afastar a incidência deste conceito, em situações em que geralmente é aplicado, de maneira que se verifique a aplicação prática dos referidos parâmetros, limitando o nível de alcance do conceito e por consequência afastando os abusos cometidos em sua utilização.

Como já referido, a Lei n.º 9.613 estabeleceu, em seu artigo 1.º, VII, os crimes cometidos por *organizações criminosas* como crimes antecedentes para o delito de lavagem de dinheiro. Ou seja, de acordo com a lei, bens, direitos ou valores, provenientes de crimes praticados por organizações criminosas, se tiverem sua natureza, origem, localização, etc, ocultadas ou dissimuladas, serão objetos do crime de lavagem de dinheiro. Ocorre que, no entanto, se não é possível aferir, do ordenamento jurídico brasileiro, um conceito claramente delimitado de organizações criminosas, como é possível que este mesmo termo venha a servir como elemento de um tipo de crime?

4.3.1 Impossibilidade de aplicação do artigo 1.º, VII, da Lei n.º 9.613: Lavagem de Dinheiro

Como referem PIERANGELI e ZAFFARONI²²⁶, a função dos tipos penais é a individualização das condutas humanas que são penalmente proibidas. Estes têm como elemento predominante elementos descritivos, que descrevem as condutas proibidas, buscando sua individualização.

No caso do artigo 1.º, VII, da Lei n.º 9.613, o elemento que diferencia a proibição é pura e simplesmente o autor das condutas praticadas – a organização criminosa –, sejam as condutas quais forem. Isto nada mais é do que um resgate do direito penal de autor, em que a conduta por si só pouco valor tinha: relevante era apenas quando praticada por agentes perigosos, inimigos do direito. Com a renúncia em se tipificar ações, e a escolha em se tipificar personalidades, o que se procura “*alcançar é uma forma de ser, e não um fazer*”²²⁷.

No caso em questão, a conduta proibida não é a de ocultar bens, direitos ou valores, mas sim a de uma organização criminosa praticar qualquer crime, e por meio deste gerar bens, direitos ou valores que sejam ocultados. Não se pode admitir que a prática de *qualquer* crime, desde que por uma organização criminosa, possa levar à configuração do crime de lavagem de dinheiro. A diferença entre este inciso e os demais é flagrante, o que aumenta o abismo entre a lei e os direitos fundamentais. De acordo com ZAFFARONI, “*é de todo evidente que proibir uma personalidade implica a aberrante pretensão de um direito penal que ignora qualquer limite de privacidade e reserva*”²²⁸.

Conforme já entendia HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, “*não se admite, num sistema de direito, que o Estado imponha pena à ação que não tenha sido previamente incriminada*”²²⁹. E um dos aspectos do princípio da legalidade é o princípio da taxatividade (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*), que proíbe a

²²⁶ ZAFFARONI e PIERANGELI, Op. Cit., p. 386.

²²⁷ Ibidem, p. 385.

²²⁸ Ibidem, p. 385.

²²⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: a nova parte geral**. 7.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 94.

*“incriminação vaga e indeterminada de certos fatos, deixando incerta a esfera da licitude e comprometendo, desta forma, a segurança jurídica do cidadão”*²³⁰.

A forma pela qual o princípio da legalidade se realiza é por meio da descrição de condutas proibidas em tipos legais, ou seja, por meio da tipificação das condutas que se deseja serem proibidas. Desta maneira, o tipo cumpre a função de garantia deste princípio. Ocorre que para cumprir esta função, ele deve ser redigido de maneira que pela leitura de seu texto seja possível deduzir, com clareza e certeza, qual a conduta proibida, que é a matéria de proibição. Assim, um dos principais objetivos deste princípio é que o legislador utilize uma linguagem *clara e precisa* na redação das normas penais, devendo para isto recorrer a elementos descritivos, ou seja, *“a aquellos estados o procesos del mundo real, corporal o anímico que cualquiera conoce o aprecia sin mayor esfuerzo”*²³¹. Já com relação aos elementos normativos, ou seja, aqueles que apenas são determinados por meio de processos de valoração da situação, o legislador deve ser cauteloso. Estes elementos, que requerem uma valoração que deverá ser feita pelo juiz, contém indeterminações e subjetividades.

Esta proibição de leis penais e penas indeterminadas corresponde exatamente com a finalidade do princípio da legalidade, pois uma lei indeterminada ou imprecisa, e portanto, sem clareza, não tem o condão de proteger o cidadão de uma arbitrariedade.

Pelo princípio da taxatividade, impõe-se um certo grau de precisão à lei penal. MIR PUIG refere que este princípio (junto com os demais aspectos materiais do princípio da legalidade) impõem que a técnica legislativa ofereça/apresente uma redação o mais precisa possível dos tipos legais: uma abstração excessiva, como já demonstrado, retira de completo da lei sua função de garantia. De pouco serve que seja observado o princípio da anterioridade da lei penal, se com esta não é possível diferenciar com segurança o que é um fato delitivo do que não é. Para evitar esta consequência, a generalização empregada nas leis deve ser acompanhada de uma rigorosa diferenciação

²³⁰ Ibidem, p. 96.

²³¹ MUÑOZ CONDE, Op. Cit., p. 156.

dos limites do suposto fato, com o destaque dos elementos diferenciadores de cada tipo por meio de conceitos específicos²³².

Sendo assim, uma incriminação que seja vaga e indeterminada acaba por não definir com sendo delituosa certa conduta, em razão de que a identificação do fato punível fica a cargo de análises arbitrárias do julgador²³³. A introdução de elementos imprecisos nos crimes causa dúvidas intoleráveis sobre o que é ou não permitido: no caso do artigo 1.º, VII, da Lei n.º 9.613, basta que o referencial teórico do intérprete seja diverso de outros, para que o âmbito do proibido mude.

O tipo penal teria duas funções: fundamentar a antijuridicidade de um fato, e de garantia²³⁴. Com relação ao artigo 1.º, VII, da Lei n.º 9.613, percebe-se que a primeira está presente, porém sem delimitar de uma forma satisfatória a conduta. Em razão disto é que se pode dizer que a função de garantia não está presente. O termo *organização criminosa*, ao servir como elemento normativo do tipo, deixa dúvidas a respeito de como deve ser entendido. Sendo um elemento normativo, enfraquece o tipo, em razão de trazer grande indeterminação no conteúdo da conduta punível. É importante ressaltar que a valoração destes elementos a ser feita pelo julgador deve ser objetiva, por meio dos padrões vigentes, e não de acordo com suas convicções pessoais²³⁵. Ocorre que, qual seria o entendimento vigente com relação ao conceito de organização criminosa?

Como refere JUAREZ TAVARES, “*as fórmulas sintéticas indicam que o legislador não está suficientemente convencido de como irá tipificar determinada conduta, mas, assim mesmo, o faz como exercício puro e simples do poder*”. As condutas descritas, no entanto, deveriam reproduzir exatamente aquilo que se busca proibir. Esta seria uma exigência voltada ao legislador. Ao julgador caberia, porém, a não menos importante tarefa de verificar se, no caso concreto, a norma em questão

²³² MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases Del derecho penal, concepto y método**. 2ª. Edição. Montevideo – Buenos Aires, 2003: Euros Editores S. R. L. p. 129/130.

²³³ FRAGOSO, Op. Cit., p. 96.

²³⁴ Ibidem, p. 159.

²³⁵ Ibidem, p. 164.

estabelece “*os limites precisos da intervenção estatal*”, caso contrário podendo declarar sua atipicidade por invalidade²³⁶.

Muito embora seja inevitável certo nível de indefinição em toda a lei penal, visto que suas palavras sempre serão objeto de diferentes interpretações, em razão do princípio da taxatividade se pressupõe um mínimo de determinação nos comando da lei penal, como exigência de sua certeza; “*leis indefinidas ou obscuras favorecem interpretações judiciais idiossincráticas e impedem ou dificultam o conhecimento da proibição, favorecendo a aplicação de penas com lesão ao princípio da culpabilidade (...)*”²³⁷.

Corre-se o risco do intérprete entender que o conceito de organizações criminosas foi estabelecido pela Lei n.º 9.034. Há autores que entendem que uma organização criminosa é aquela que preenche os requisitos do artigo 288 do Código Penal, desde que verificada a prática de ao menos um crime²³⁸. Entendimentos como este, inaceitáveis sob o nosso ponto de vista, porém existentes, levam a absurdos como o fato de que, desta maneira, basta o mero cometimento de um crime por uma quadrilha (ainda que no todo desorganizada), para haver a possibilidade de aplicação do artigo 1.º, VII, da Lei n.º 9.613. Isto amplia de uma grande maneira a abrangência do rol de crimes antecedentes do referido artigo. Desta forma, *qualquer* crime poderia ser crime antecedente do delito de lavagem de dinheiro, o que é conflitante com os objetivos da lei.

De acordo com a exposição de motivos da Lei n.º 9.613 (EM 962), o tipo penal de lavagem de dinheiro estaria reservado “*a condutas relativas a bens, direitos ou valores oriundos, direta ou indiretamente, de crimes graves e com características transnacionais*”²³⁹. Desta maneira, para a grande maioria dos crimes contra o patrimônio, tais condutas poderiam configurar não lavagem de dinheiro, mas sim o crime de receptação²⁴⁰. A existência deste critério de diferenciação seria justamente para

²³⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3.ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 230.

²³⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 2.ª edição. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007. p. 23.

²³⁸ MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro (Lavagem de ativos provenientes de crime. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98)**. 1.ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 78.

²³⁹ EM 962, ponto 22.

²⁴⁰ EM 962, ponto 23.

evitar a abrangência, pela lei, de uma infinidade de crimes como antecedentes, observando, desta maneira, o princípio da taxatividade²⁴¹.

Este princípio é mencionado na exposição de motivos como direção a ser seguida de forma a reduzir ao máximo as hipóteses de tipos penais abertos. No entanto, não é o que ocorre com o artigo 1.º, VII. A utilização da expressão *organização criminosa* como elemento normativo sem que haja uma definição para esta expressão, acaba gerando diversos entendimentos até mesmo conflitantes, e que levam ao absurdo da aplicação deste tipo legal a, por exemplo, receitas oriundas da prática de um crime de roubo por quatro pessoas.

Não se procura aqui discutir a *vontade* do legislador, porém a aplicação deste crime a certas situações foi explicitamente afastada na exposição de motivos. E não é possível admitir que a certos casos, em que o intérprete entende que a definição de organizações criminosas é a prática de crimes por uma quadrilha, seja aplicado o artigo 1.º, VII, da Lei n.º 9.613, e que aos demais casos, em que o entendimento do intérprete é diferente, não se aplique. Não há garantia ou segurança jurídica em qualquer dos casos, pois a cada caso será dada uma resposta não igual, mas sim aleatória, em que aqueles que tiverem *sorte* encontrarão um entendimento mais benéfico, e os que não a tiverem, responderão pelo crime de lavagem de dinheiro.

O princípio da taxatividade e os demais princípios norteadores do Estado de Direito não permitem que tal situação seja mantida. Como já mencionado, os tipos legais têm a função de fundamentar a antijuridicidade de um fato, e de garantia. Sem sequer mencionar a função de garantia, cabe perguntar qual o fato que teve sua antijuridicidade fundamentada no crime em tela. De acordo com a redação da lei, a ocultação de direitos, bens ou valores provenientes de crime praticado por organização criminosa. Mas *crime praticado por organização criminosa*, dependendo do entendimento do intérprete, pode significar uma infinidade de crimes, inclusive crimes praticados por grupos de pessoas que nem mesmo um jornal sensacionalista se atreveria a chamar de *organização criminosa*.

²⁴¹ EM 962, pontos 24 e 26.

4.3.2 Direito Penal Econômico e Criminalidade Organizada

O direito de associação tem suas origens no direito brasileiro na Constituição de 1891, no artigo 72, que em seu parágrafo oitavo²⁴², instituiu que era lícito a todos a reunião e associação, livre e sem armas. O direito persistiu na Constituição de 1934, que no artigo 113, 12²⁴³, estabeleceu a liberdade de associação para fins lícitos. Também na Constituição de 1937, no artigo 122, 9.º²⁴⁴, permaneceu assegurada a liberdade de associação, contanto que com finalidades não contrárias à lei penal e aos bons costumes. A Constituição de 1946, em seu artigo 141, 12²⁴⁵, uma redação idêntica à da Constituição de 1934, assim como fez a Constituição de 1967²⁴⁶, redação esta que foi mantida com a EM-01, de 1969. A Constituição de 1988 manteve esta liberdade no artigo 5.º, incisos XVII a XXI²⁴⁷.

Os elementos da associação, então, seriam base contratual, permanência (o que a diferencia da reunião), e fim lícito (não contrário ao direito). Conforme refere JOSÉ AFONSO DA SILVA, a liberdade de associação compreende tanto as associações em sentido estrito (as de fim não lucrativo), como as sociedades (com fim

²⁴² § 8º - A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública.

²⁴³ Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 12) É garantida a liberdade de associação para fins lícitos, nenhuma associação será compulsoriamente dissolvida senão por sentença judiciária.

²⁴⁴ Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

9º) a liberdade de associação, desde que os seus fins não sejam contrários à lei penal e aos bons costumes;

²⁴⁵ Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 12 - É garantida a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente dissolvida senão em virtude de sentença judiciária.

²⁴⁶ Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 28 - É garantida a liberdade de associação. Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial.

²⁴⁷ XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

lucrativo)²⁴⁸. Esta liberdade abrangeria quatro direitos: o de criar associações (o que independe de autorização), o de associar-se a qualquer associação, o de desassociar-se de qualquer associação, e o de dissolução da associação. Duas garantias coletivas também são incluídas: vedação da interferência estatal no funcionamento das associações e vedação de dissolução compulsória a não ser por decisão judicial. As únicas restrições feitas à liberdade de se associar se referem a associações com finalidades ilícitas e/ou caráter paramilitar; *“no mais, as associações tem o direito de existir, permanecer, desenvolver-se e expandir-se livremente”*²⁴⁹.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Código Civil de 2002 tem todo um livro dedicado ao direito de empresa, e em seu artigo 966 define o que deve ser entendido por empresário²⁵⁰. Empresário será considerado todo aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Não havia, no Código Civil de 1916, qualquer artigo semelhante. Conforme explica ROGÉRIO MONTEIRO, *“empresário é aquele que se responsabiliza pelo bom funcionamento da empresa. É o agente econômico que toma a iniciativa de reunir fatores de produção visando à exploração de atividade lucrativa”*²⁵¹. Ainda de acordo com o autor, deve ser considerado empresário:

“a pessoa física ou jurídica que isoladamente ou com outras pessoas físicas ou jurídicas e mediante o capital destas, explora atividade comercial, industrial, financeira ou de serviços, ou qualquer outra não contrária à lei, à ordem pública e aos bons costumes, com objetivo de auferir lucro”²⁵².

Ao introduzir a figura do empresário no sistema brasileiro, o legislador abandonou a teoria dos atos do comércio, adotando a teoria da empresa, definindo o empresário ao invés do comerciante. Trata-se, portanto, de uma norma delimitativa ou restritiva, que *“apenas circunscreve o âmbito dentro do qual outras normas deverão ser*

²⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo; Malheiros Editores, 2003. p. 266.

²⁴⁹ SILVA, Op. Cit., 266/267.

²⁵⁰ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

²⁵¹ MONTEIRO, Rogério. **Comentários ao Código Civil Brasileiro: do direito de empresa**. Newton de Lucca... [et al.]; coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 109.

²⁵² Ibidem, p. 108.

aplicadas”²⁵³. A atividade empresarial à qual este artigo de refere, “*sempre será exercida, com alguma relevância, pela sociedade empresarial sob a autoridade do empresário*”²⁵⁴.

A noção de empresário engloba três elementos: o exercício da atividade econômica organizada de forma profissional, o exercício de uma atividade econômica voltada à produção e circulação de bens e serviços e o exercício desta atividade de modo organizado²⁵⁵. Nas palavras de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, são os três requisitos da atividade empresária “*a) a profissionalidade. b) o exercício de atividade econômica organizada (o que pressupõe a existência de empregados) e a finalidade lucrativa; c) a produção ou circulação de bens ou a prestação de serviços*”²⁵⁶.

A profissionalização do exercício da atividade econômica organizada significa que esta deve ser desempenhada habitualmente, ou seja, não ocasionalmente. A noção de profissionalidade não é uma de fácil delimitação, mas também não exige que a atividade seja desenvolvida indefinidamente. A necessidade do exercício de uma atividade econômica, voltada à produção e circulação de bens e serviços significa uma atividade que gere lucro.

E a forma organizada de desempenhar esta atividade significa dizer que no exercício da atividade devem estar os elementos essenciais à produção ou circulação de bens, quais sejam trabalho, natureza e capital. Estes fatores corresponderiam ao trabalhador, ao proprietário, e ao capitalista, respectivamente. Trata-se de um requisito com certa complexidade, como demonstram PRISCILA FONSECA e RACHEL SZTAJN:

“Acresça-se, em relação ao requisito da organização, que subsiste a tormentosa questão referente à quantidade mínima de materiais, instrumentos ou de mão-de-obra que seriam suficientes para a qualificação do empresário como tal. A

²⁵³ FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Código Civil Comentado, volume XI: direito de empresa, artigos 887 a 926 e 966 a 1.195**. Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, Rachel Sztajn, colaboração de Eliseu Martins. Corredor: Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008. p. 83.

²⁵⁴ MONTEIRO, Op. Cit., p. 109.

²⁵⁵ FONSECA, Op. Cit., p. 84.

²⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil Comentado**. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 7.^a edição, revista, ampliada e atualizada até 25.8.2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 840.

doutrina italiana foi aquela que, sem dúvida, melhor examinou o assunto, concluindo que um mínimo de organização é sempre necessário para que se possa considerar presente a figura do empresário. É, como efeito, o elemento organizacional que permite distinguir as atividades empresárias daquelas meramente prestadoras de serviços não empresariais, quais sejam, aquelas em que o profissional apenas se vale da própria pessoa, de seus dotes artísticos, etc.”²⁵⁷

Conforme referido por ROGÉRIO MONTEIRO, geralmente é atribuída a condição de empresário àquela pessoa que ao colocar seu capital a serviço da empresa, assume os riscos decorrentes de sua atividade. Seria, então, “*o titular de direitos e de obrigações para quem fluirão os benefícios do êxito empresarial, assim como os ônus do fracasso eventual*”.

No Código Civil há também a previsão das sociedades empresárias, e das sociedades simples. As sociedades simples, previstas no artigo 982, são as sociedades civis não empresárias, personificadas. De acordo com o artigo 981, o contrato de sociedade é celebrado por pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica. O artigo 982, por sua vez, diferencia as sociedades empresárias das simples, especificando que naquelas o objeto é o exercício de atividade própria do empresário sujeito a registro, ou seja, atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, sendo consideradas simples as demais. De acordo com RACHEL SZTAJN, sociedade pode ser definida como:

“contrato plurilateral ou multilateral, negócio de organização e de cooperação, tem estrutura aberta, da qual decorre a possibilidade de variação do número de partes ao longo do tempo. A adesão de outra(s) pessoa(s) ao negócio demanda a adesão às cláusulas ajustadas entre fundadores, alteradas pelos membros durante o período de execução do negócio. A norma do art. 981 define um tipo de estrutura abstrata que serve de base para várias estipulações, visando, sempre à organização de uma atividade econômica, empresarial, ou não, que facilita a organização de pessoas e bens, definindo, funcionalmente, uma estrutura e um conjunto de competências em sistema de cargos e funções que determinam a imputação da atividade, a produção de efeitos derivados do exercício, em comum, da atividade econômica acordada entre partes”²⁵⁸

²⁵⁷ FONSECA, Op. Cit., p. 86.

²⁵⁸ FONSECA, Op. Cit., p. 135.

A formação de uma sociedade é ato contratual, plurilateral, em que as pessoas reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício da atividade. Desta forma, o contrato deve conter a possibilidade do ingresso de novas pessoas, porque para o início da sociedade bastam duas, podendo, no entanto, serem mais. No contrato de formação de sociedade, as relações entre as pessoas não são entendidas como oposição (como nos contratos bilaterais), mas sim como reciprocidade, colaboração, cooperação²⁵⁹.

O objetivo de repartir os resultados distingue as sociedades lucrativas das mutualistas ou cooperativas: todas têm função econômica, porém suas atividades produzem resultados diversos. Nas sociedades lucrativas, o resultado econômico buscado é o lucro da pessoa jurídica. Ainda, a sociedade é contrato de organização, pois origina “*uma estrutura que se forma com e se distingue do acordo entre partes*”²⁶⁰. O contrato organiza o exercício em comum da atividade econômica, o que demonstra que seja um contrato de execução continuada.

As sociedades também diferenciam-se das associações pois estas não se formam por contrato (artigo 53 do Código Civil), sendo que, como já salientado, as sociedades são formadas por contrato plurilateral, além do fato que nas sociedades os sócios se obrigam reciprocamente, o que não ocorre nas associações por expressa disposição legal (artigo 53, parágrafo único)²⁶¹. O que diferencia o artigo 981 do artigo 1363 do Código Civil de 1916 é que o primeiro agora estabelece que sociedades são aquelas organizações que se destinam ao exercício da atividade econômica e à partilha dos resultados, sendo que nas associações isto não ocorre. Conforme explica RACHEL SZTAJN,

“nos dois casos, sociedades e associações, há comunhão de escopo entre as pessoas que se associam, espoco esse que constitui o elemento que as move, que leva a aliarem a outra ou outras comunhões de escopos. Pode ser entendida, portanto, como o objetivo de, por meio do exercício em comum de atividade, obterem resultados que interessam a todos; se sociedade, o resultado será atingido mediante exercício de atividade econômica e posterior partilha dos resultados;

²⁵⁹ Ibidem, p. 129/130.

²⁶⁰ FONSECA, Op. Cit., p. 129/136

²⁶¹ NERY JUNIOR, Op. Cit., p. 848

se associação, o exercício da atividade não deverá produzir resultado econômico para posterior divisão entre membros.”²⁶²

De acordo com NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, a empresa se caracteriza por três características: “a *habitualidade no exercício da atividade comercial destinada à produção e circulação de bens e serviços no mercado; o escopo de lucro ou de resultado econômico; e organização ou estrutura estável dessa mesma atividade*”²⁶³.

Vale salientar que de acordo com o artigo 981, o contrato de sociedade é celebrado por pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica. Disto decorre, então, que a associação de várias pessoas, com a finalidade de exercer atividade econômica organizada, para a produção ou circulação de bens ou serviços, é atividade lícita, configurando uma sociedade empresária. E é desta maneira que esta associação de pessoas deverá ser entendida – como uma atividade lícita²⁶⁴.

Não se pode negar, no entanto, que os crimes econômicos, em sua maioria, ocorrem no contexto das sociedades empresárias, por pessoas físicas que atuam nela e em seu benefício:

“Dúvida não há da existência de *empresas ilícitas*, sociedades empresárias formadas para a prática de crimes, geralmente econômicos, nas quais a obtenção do lucro se faz por meios criminoso. Pode suceder, ainda, que a sociedade empresária tenha tido gênese lícita, associando-se as pessoas em torno de finalidades legítimas, mas tenha se desvirtuado e passado a atuar exclusivamente como *empresa ilícita*, desviando-se totalmente dos objetivos originários e transformando-se numa associação exclusivamente voltada para a prática de crimes.”²⁶⁵

Ocorre que, apenas pelo fato de que existem crimes praticados no seio de uma sociedade empresária, ou seja, de uma associação de várias pessoas para o exercício da atividade econômica, isto não significa que esta associação tenha finalidades ilícitas, que seja uma organização criminosa.

²⁶² FONSECA, Op. Cit., p. 134.

²⁶³ NERY JUNIOR, Op. Cit., p. 839.

²⁶⁴ ESTELLITA, Op. Cit., p. 29.

²⁶⁵ Ibidem, p. 30/31.

Desta forma, a prática de crimes no seio de uma sociedade empresária não pode levar, também, à imediata configuração do crime de quadrilha ou bando. Apenas pela prática de um crime neste contexto, não se pode afirmar que o objetivo da associação de pessoas seja o de praticar crimes. Esta seria a exceção: a regra é que o objetivo da associação é lícito.

Ocorre que, é importante diferenciar o crime organizado da prática organizada de delitos. Esta seria a associação circunstancial para a realização de um ou mais crimes. Como explica MIGUEL REALE JUNIOR, há uma organização delituosa, o que, no entanto, não significa que há uma organização *criminosa*. Nestes casos (como por exemplo o furto de automóveis e sua combinação com as oficinas de *desmanche*, que alteram os números dos chassis e outros dados que identificam os veículos, para que posteriormente se possibilite a venda destes veículos furtados), existem associações organizadas para a prática de delitos, porém não há uma institucionalização deste grupo. Não existe, portanto, uma instituição dotada de poder, que se possa chamar organização criminosa²⁶⁶.

As organizações criminosas, portanto, são instituídas de tal maneira, visando à prática de delitos. Há uma união dos desígnios subjetivos de seus membros no sentido que esta se organiza (seja de qual maneira for) para que haja a prática de um número indeterminado de crimes. Um importante elemento diferenciador das organizações criminosas, então, é sua institucionalização, sua organização, o que não existe nas demais associações criminosas, que praticam crimes de forma organizada.

Em razão da redução dos fatores tempo-espço, as organizações criminosas transformaram-se, não se apresentando mais apenas no modelo mafioso. Hoje adquiriram novas feições, parcialmente alterando seus *modus operandi*, mas mantendo suas estruturas organizacionais²⁶⁷.

Ocorre que esta nova realidade apresenta também novas formas da prática de delitos, por meio de associações de pessoas altamente organizadas sem que estas, no entanto, sejam constituídas com o propósito da prática de delitos. Elas, porém, aproveitam-se de sua estrutura institucional e se apoiam em suas forças política e

²⁶⁶ REALE JÚNIOR, Op. Cit., p. 182.

²⁶⁷ Ibidem, p. 186.

econômica, para a realização de delitos com repercussão regional, nacional, e até internacional. Não são organizadas para cometer crimes, mas aproveitando-se de sua elevada capacidade de organização, que facilita os abusos de poder (econômico ou político), visam a obter lucros e outros benefícios. Diferentemente das organizações criminosas, não precisam legitimar seus lucros posteriormente, pois sua finalidade é lícita. Em um mundo que se tornou pequeno em razão da globalização, a concentração da economia atingiu um grau ainda maior com o desenvolvimento tecnológico. Neste ‘ambiente’, em que há uma procura por produção em escala e maximização dos resultados, a tentação de se obter lucros extraordinários é muito grande, mesmo se isto significar ofender a livre concorrência²⁶⁸.

Desta forma, se possibilita a formação de poderes econômicos privados, que aumentam a capacidade que um grupo (de compradores ou vendedores) tem em influenciar a formação de preços em um mercado. É o caso dos oligopólios, que agem concertadamente, dominando o mercado e fixando preços, de maneira a aumentar seus lucros, o que acaba por perturbar a economia dos países e gerando grandes prejuízos aos consumidores.

Ocorre que, mesmo nos casos em que não há um oligopólio, empresas podem agir concertadamente, limitando sua concorrência, o que repercute na economia. Importante salientar, mais uma vez, que a estas instituições falta o critério diferenciador das organizações criminosas: propósito em institucionalizar-se para assim cometer crimes.

Não se pode afirmar que, apenas em razão de existirem empresas que são constituídas com a finalidade do cometimento de crimes, que toda e qualquer empresa, por meio da qual um crime foi cometido, seja uma organização criminosa.

Há uma distinção a ser feita em se tratando de criminalidade econômica e crimes praticados em âmbito empresarial: criminalidade *na* empresa, criminalidade *de* empresa e empresa ilícita²⁶⁹. Criminalidade *na* empresa seria aquela existente quando há crimes cometidos por colaboradores de uma empresa, contra a própria. Criminalidade *de* empresa ocorre quando há crimes cometidos no exercício da atividade empresarial,

²⁶⁸ Ibidem, p. 186.

²⁶⁹ ESTELLITA, Op. Cit., p. 26.

em uma empresa lícita, crimes estes cometidos no interesse da empresa. Pode se dizer que a criminalidade de empresa seja o conjunto de delitos econômicos cometidos por meio de uma empresa. Empresa ilícita seria aquela empresa com uma estrutura criminalmente dirigida e voltada ao cometimento de crimes, em que o lucro é obtido por meios ilícitos²⁷⁰.

Um dos paradigmas das organizações criminosas é aquele que procura identificar estas como sendo *illicit enterprises*. LETIZIA PAOLI explica que o conceito de crime organizado, inconsistentemente, incorpora duas noções: a provisão de bens e serviços ilegais; e uma organização criminosa, entendida como uma coletividade em larga escala, primariamente voltada a atividades ilegais, com uma bem definida identidade coletiva e subdivisão de trabalho entre seus membros. De acordo com o entendimento da autora, a provisão de bens ilegais geralmente ocorre de uma maneira desorganizada e, em razão dos problemas da ilegalidade dos produtos, não há uma tendência ao desenvolvimento de organizações criminosas empresárias de larga escala, dentro dos mercados ilegais.

Nos Estados Unidos, no debate sobre o crime organizado, ocorreu a superposição das duas noções mencionadas – provisão de bens e serviços ilegais e organização criminosa – pelo menos desde o final da segunda guerra mundial. A partir dos anos 50, então, a maioria dos órgãos governamentais norte-americanos, e também a mídia, tinha como base a identificação do crime organizado com organizações centralizadas e com alcance em todo o território. Apenas após a Segunda Guerra Mundial que foi adotada a teoria da “*alien conspiracy*” pelas agências políticas e de aplicação da lei. No começo da década de 1950, o *Federal Bureau of Narcotics* era que difundia esta campanha. Com seu apoio, foi criado o *Special Committee to Investigate Organized Crime* do *Interstate Commerce Commission*. Este comitê, em seu relatório final, em 1951, conclui que haveria um sindicato criminoso de alcance nacional conhecido como Máfia, cujos tentáculos poderiam ser encontrados em muitas cidades grandes. Seus líderes geralmente estavam em controle dos mercados mais lucrativos. A idéia de ‘*alien conspiracy*’, poluindo a vida econômica e social do país foi rejeitada pela maioria dos estudiosos desde os anos 60. Esta teoria foi acusada de ser ideológica, servir interesses políticos pessoais e de não ter evidências empíricas e não ser precisa.

²⁷⁰ Ibidem, p. 25/26.

Ao mesmo tempo, houve outra tentativa de conceituação proposta, que focava nos aspectos mais visíveis e não controversos do crime organizado: o fornecimento de serviços e produtos ilegais. De maneira a erradicar estereótipos étnicos do crime e dirigir a atenção ao mercado, então, diversos autores passaram a utilizar a expressão ‘empresa ilegal’ ou ‘ilícita’ como um substituto ao termo ‘crime organizado’, etnicamente carregado. Geralmente, porém, crime organizado ainda era tratado como a provisão de bens e serviços ilegais. Virou, então, um sinônimo de empresa ilícita²⁷¹.

Como refere HELOISA ESTELLITA, muito freqüentemente se identifica automaticamente a criminalidade de empresa com a empresa ilícita, imputando-se o crime de quadrilha ou bando sempre que cometido um crime por meio de três ou mais membros de uma sociedade empresária²⁷².

É necessário, todavia, ter em mente que de início, como já referido, o objetivo da reunião das pessoas em uma sociedade empresária não configura o crime de formação de quadrilha ou bando, mesmo que haja a prática de crimes no exercício da atividade econômica da sociedade empresária: como já exposto no capítulo 2, para a configuração do crime de formação de quadrilha ou bando é necessária a presença da *finalidade* de cometer crimes com a associação.

Há um abuso hoje em dia nas denúncias pelo crime de quadrilha ou bando. RENÉ ARIEL DOTTI refere que há uma orientação freqüente de se agregar este crime a certos outros, de autoria coletiva: “*um bando de denúncias por quadrilha*”²⁷³. Estes seriam os crimes societários, crimes contra o sistema financeiro nacional e crimes contra a ordem tributária, econômica, e relações de consumo (Leis n.º 7.492 e n.º 8.137). Nestes delitos, explica o autor, “*o acusador parte do pressuposto factual de que o número de quatro ou mais pessoas (diretores, gerentes etc.) por si mesmo é suficiente para a caracterização de um grave delito contra a paz pública*”²⁷⁴.

O impacto social gerado pela criminalidade organizada (envolvendo os ocorridos em razão do tráfico ilícito de entorpecentes, atuação de grupos de extermínio

²⁷¹ PAOLI, Op. Cit., p. 55.

²⁷² ESTELLITA, Op. Cit., p. 26.

²⁷³ DOTTI, 2007, Op. Cit., p. 6-8.

²⁷⁴ Ibidem, p. 6-8.

e chacinas) acabou por provocar um sentimento de insegurança na coletividade, que deu causa a esta nova fisionomia do crime de quadrilha ou bando²⁷⁵.

Isto não pode, porém, tornar admissível o fato de que empresas privadas, que exploram a atividade empresária, lícitamente, passem a ser o cenário para a ocorrência dos crimes: “*Porque metamorfosear a atividade empresarial lícita em comportamento de bando delituoso? Qual seria, enfim, a materialidade do fato sem a qual jamais a denúncia poderia ser recebida? Quais seriam os atos típicos de formação e funcionamento da ...quadrilha?*”²⁷⁶.

Os casos de autoria coletiva na prática de um delito e do crime de quadrilha ou bando não se confundem. Não basta o concurso de pessoas na autoria de um crime para que se configure este delito, como já anteriormente referido. É necessário que a associação de pessoas seja formada com o objetivo da prática de crimes:

Não há que se falar em quadrilha ou bando sem a caracterização do dolo pelo especial fim de agir. É elementar que não existe essa infração contra a paz pública se, aos indispensáveis atos típicos de reunião e preparação, não houver o elemento subjetivo, o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de manter, em caráter permanente, um grupo estável para cometer crimes. Não é possível presumir que a reunião de pessoas desenvolvendo atividades inicialmente lícitas e em local de possível acesso público (instituições financeiras, escritórios profissionais etc.) seja arbitrariamente classificada como delituosa. É fundamental o tipo subjetivo de se associar para *praticar crimes* e não para fazer funcionar uma atividade licenciada pelo poder público.²⁷⁷

Quando a finalidade da associação de pessoas for praticar um crime determinado, ou crimes da mesma espécie, será caso de concurso eventual de pessoas e não do crime de quadrilha ou bando. Não se confundem, pois concurso de pessoas é uma associação eventual, ocasional, temporária, para o cometimento de crimes determinados, ao passo que no delito de quadrilha ou bando, há uma associação de pessoas voltada ao cometimento de crimes indeterminados, duradora, estável,

²⁷⁵ “Entre os principais efeitos dessa mutação podem ser destacados: **a)** o significativo aumento da pena privativa de liberdade, servindo de exemplos a Lei nº 6.368/76(2) (entorpecentes)(3) e na Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos);(4) **b)** a possibilidade da prisão temporária (Lei nº 7.960/89); **c)** a restrição ou a supressão de garantias individuais nos meios operacionais de investigação e colheita de provas, proibição de apelar em liberdade e início do cumprimento da pena em regime fechado (Lei nº 9.034/95, sobre organizações criminosas); **d)** é um dos delitos antecedentes do crime de *lavagem de dinheiro* (cf. Lei nº 9.613/98, art. 1º, VII). (DOTTI, René Ariel. *Um bando de denúncias por quadrilha*. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 15, n. 174, p. 6-8, maio 2007.)

²⁷⁶ DOTTI, 2007, Op. Cit., p. 6-8.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 6-8.

permanente. Diferentemente deste crime, que se configura com a mera associação voltada à prática indeterminada de crimes, não necessitando da prática efetiva de qualquer crime, o concurso de pessoas somente é punido quando os indivíduos agirem concretamente para a prática de determinado crime, tanto em sua forma tentada quanto consumada²⁷⁸.

Sendo assim, não é possível a identificação automática da autoria coletiva em caso de criminalidade econômica, com o delito de formação de quadrilha ou bando. A associação de pessoas, neste caso, tem objetivo lícito – exploração da atividade empresária – e não objetivo de praticar crimes indeterminados, como é o caso do tipo do artigo 288 do Código Penal.

²⁷⁸ BITENCOURT, Op. Cit., p. 248/251.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo presente trabalho, procurou-se demonstrar a inadequação da atual situação das organizações criminosas no ordenamento jurídico brasileiro. Para isto, além da análise da legislação, brasileira e estrangeira, foram apresentadas diversas posições doutrinárias diferentes, de modo a se comprovar a imprecisão conceitual das organizações criminosas. A legislação brasileira não estabelece um conceito, muito embora empregue o termo *organizações criminosas* como crime antecedente, e até mesmo para a flexibilização de garantias fundamentais, como é possível verificar pelos métodos invasivos de investigação previstos pela Lei n.º 9.034.

A inadequação do *conceito* foi demonstrada por meio da análise das questões relacionadas a este fato. É comum a confusão entre Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa, e também entre Criminalidade Organizada e Criminalidade Econômica, fato não admissível, por se tratarem de situações fáticas muito diversas. A também freqüente confusão entre organização criminosa e o crime de quadrilha ou bando foi explorada, demonstrando a clara distância entre as fronteiras destas duas figuras. A imprecisão conceitual se manifesta ainda com relação à delimitação de competência, demonstrando o quanto a interpretação de um conceito impreciso pode variar – o que também restou comprovado por meio da análise de precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Estas situações todas, decorrentes da imprecisão do conceito de organizações criminosas, são inadmissíveis por ofenderem o princípio da taxatividade penal. De acordo com esta máxima, a lei penal não deve conter imprecisões ou ser capaz de gerar dúvidas quanto à sua aplicação, deve ser clara, não deixando espaços para interpretações divergentes.

Ocorre que, com elementos como ‘grupo estruturado’, o texto da Convenção não apenas deixou espaços para interpretações pessoais, como suscitou dúvidas com relação às situações em que deve ser aplicada. É sabido que uma lei, ainda mais uma Convenção, assinada por diversos países, não poderia estabelecer um conceito ‘fechado’, isto porque cada região tem suas diferentes realidades, e assim este conceito

não serviria aos propósitos da Convenção, ou seja, o de ser aplicável em âmbito mundial. Em razão disso é que se impõe a necessidade do estabelecimento de parâmetros para a aplicação do conceito.

Foi demonstrada, então, a necessidade do estabelecimento de parâmetros para interpretação do conceito, independente de qual seja o conceito escolhido, de maneira a torná-lo fundado em parâmetros objetivos ao invés de em meras subjetividades e opiniões pessoais.

Desta forma, partindo do princípio da taxatividade como fundamento, buscou-se o estabelecimento de limites para o conceito de organizações criminosas, tendo como base o conceito fornecido pelo artigo 2.º, da Convenção de Palermo, de acordo com o qual uma organização criminosa é um grupo estruturado, com três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente, com a finalidade da prática de uma ou mais infrações graves conforme enunciadas na Convenção, com o propósito de obtenção direta ou indireta de benefício econômico ou outro benefício material.

Assim, baseando-se no referido conceito, procurou-se estabelecer limites aos seus elementos. Para isto, este foi adaptado ao modelo ordinal de conceito proposto por Frank E. Hagan e James O. Finckenaer, pelo qual se delimita os elementos dos conceitos os colocando em um *espectro*. Por meio deste espectro, é analisado o grau em que cada elemento está presente. Isto porque cada organização criminosa é diferente das outras, e seus elementos podem aparecer em maior ou menor grau, sem que isto signifique não se tratar de uma organização criminosa.

Tendo em mente a idéia de *espectro*, o conceito de grupo criminoso organizado fornecido pela Convenção de Palermo foi colocado em um, de modo que, tendo em vista os elementos que o conceito traz, foram estabelecidos limites, para sua interpretação. Desta forma, ao se analisar um caso concreto e ao tentar ‘enquadrá-lo’ no espectro do conceito, é possível verificar, por meio da análise de pontos específicos, se há a configuração de uma organização criminosa, ou não.

Desta maneira, estabeleceram-se dimensões do conceito a serem analisadas de maneira independente. Quando uma delas não estiver presente, conclui-se pela não

configuração de uma organização criminosa. As dimensões correspondem a elementos trazidos pelo artigo 2.º da Convenção de Palermo e podem ser resumidas em estrutura, presença de no mínimo três pessoas, quantidade relevante de tempo, atuação concertada dos membros, prática de infrações graves e propósito de obtenção de benefício econômico ou material, direta ou indiretamente (ver figura 2).

Por meio do modelo ordinal de conceito, buscou-se ‘facilitar’ a sua aplicação a casos concretos, de maneira que não haja situações em que associações de pessoas que não configuram uma organização criminosa sejam vistas como tal. Os casos mencionados demonstraram o perigo em uma má aplicação do conceito, sem limites para a interpretação, como condenações indevidas e negativa em aplicação de causas de diminuição de pena.

Com relação ao fato da inconsistência do conceito em sua atual forma, foi possível concluir que não é admissível uma condenação pelo artigo 1.º VII, da Lei n.º 9686, crime de lavagem de dinheiro com crime antecedente praticado por organização criminosa. Não se pode admitir a aplicação de um termo incerto para a determinação do âmbito do ilícito, sob pena de grave violação ao princípio da taxatividade da lei penal.

Da mesma forma, não se pode utilizar a expressão *organizações criminosas* de maneira banal, especialmente no âmbito do Direito Penal Econômico. Não é possível a automática identificação de criminalidade de empresa com o crime de quadrilha ou bando, e com organização criminosa, havendo imputação pelo referido crime, mencionando-se formação de organização criminosa, no caso de crimes praticados no âmbito de sociedades empresárias. Sociedades empresárias são associações de pessoas disciplinadas pelo Código Civil, com finalidades lícitas. O mero cometimento de crimes em seu contexto não significa a existência de uma organização criminosa, e não justifica a imediata identificação com o crime de quadrilha ou bando.

Não se procurou uma solução definitiva para o problema da definição, posto que é e sempre será uma questão controvertida. Procurou-se demonstrar, no entanto, a inaplicabilidade do termo *organizações criminosas* como parte integrante de um tipo penal – como crime antecedente – em razão de sua inconsistência e indeterminação, o que viola o princípio da taxatividade penal. A utilização do termo e sua confusão no

âmbito do direito penal de empresa também não deve ser admitida, pois pode acabar gerando imputações indevidas.

De todo o exposto, é possível concluir que a tipificação das organizações criminosas não é a solução para o problema da imprecisão conceitual. O problema da utilização indiscriminada do termo sem qualquer parâmetro apenas seria agravado com um tipo penal contendo os elementos para uma possível configuração. A vantagem do modelo ordinal, então, está no fato de ser um modelo flexível, permitindo sua adaptação a diversos casos concretos, a diferentes realidades, de modo que até a associação criminosa mais atípica possa ser analisada, para que se evite a utilização indiscriminada do termo como forma de abuso do poder de punir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Raimundo Pascoal. **Apuração do Crime Organizado**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.29, p. 01-02, maio 1995.

BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BÉLGICA. Code Pénal. Legislação disponível em: <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1867060801%2FF&caller=list&row_id=1&numero=2&rech=4&cn=1867060801&table_name=LOI&nm=1867060850&la=F&dt=CODE+PENAL&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains++%27CODE%27%26+%27PENAL%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=41&imgcn.y=12>. Acesso em 9 de fevereiro de 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 4: parte especial**. 3.^a edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONFIM, Edilson Mougenot, e BONFIM, Márcia Monassi Mougenot. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Legislação disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.

BRASIL. **Código Penal e sua interpretação judicial, volume 2: parte especial**. Coordenação: Alberto Silva Frando, Rui Stoco. 7.^a edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional. Decreto n. 5.015. Brasília, DF, 12 de março de 2004. Legislação disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5015.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Ação Penal 460. Relatora Ministra Eliana Calmon. DJ em 25 de junho de 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Habeas Corpus* n.º 69.694. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ em 17 de março de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Inquérito 2245. Relator Ministro Joaquim Barbosa. DJ em nove de novembro de 2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4.^a Região). Apelação Criminal n.º 2000.71.00.018143-6. Relatora Desembargadora Maria de Fátima Freitas Labarrère. D.E. 13 de junho de 2007.

BRASIL. Tribunal Federal Regional (4.^a Região). Presidência. Resolução n.º 42, de 19 de julho de 2006. Publicada em 21 de julho de 2006. Legislação disponível em: <<http://thesaurus.trf4.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?S1=Resolu%E7%E3o&S2=&S3=&S4='42'&S5=&l=20&SECT1=IMAGE&SECT4=e&SECT6=HITOFF&SECT3=PLURON&SECT2=THESON&SECT5=BIBL04&S6=legislacao&d=BIBL&p=1&u=bibl04.html&r=9&f=G>>.

BRODEUR, Jean-Paul. **Le crime organisé**. Crime et sécurité. L'état des savoirs. Chapitre 25, pp. 242-251. Paris: Les Éditions La Découverte, 2002.

CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. **Organizações Criminosas no Direito Penal Brasileiro: O Estado de Prevenção e o Princípio da Legalidade Estrita**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 24, outubro-dezembro/1998.

COSTA, Renata Almeida da. **A Sociedade Complexa e o Crime Organizado: A contemporaneidade e o risco nas Organizações Criminosas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **As “Associações Criminosas” no Código Penal Português de 1982 (arts. 287.º e 288.º)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 71. março-abril de 2008. pp. 11-30.

DOTTI, René Ariel. **Um bando de denúncias por quadrilha**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 174, p. 6-8, maio 2007.

DOTTI, René Ariel. **A organização criminosa é uma forma qualificada do concurso de pessoas**. Boletim IBCCRIM. Ano 17. n.º 198. Maio 2009. p. 6-8.

ESTADOS UNIDOS. Federal Bureau of Investigation. Organized Crime. Glossary . Disponível em: <<http://www.fbi.gov/hq/cid/orgcrime/glossary.htm>>.

ESTADOS UNIDOS. United States Code. Título 18. Parte I. Capítulo 96. Legislação disponível em: http://www.law.cornell.edu/uscode/18/usc_sup_01_18_10_I_20_96.html.

ESTADOS UNIDOS. United States Code. Título 21. Capítulo 13. Legislação disponível em: http://www.law.cornell.edu/uscode/21/usc_sup_01_21_10_13.html.

ESTELLITA, Heloisa. **Criminalidade de empresa, Quadrilha e Organização Criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

FELDENS, Luciano. **Organizações criminosas como critério determinante de competência jurisdicional: problemas à vista**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 14, n. 170, p. 13-14, jan. 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O conceito de crime organizado na Lei 9034**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.31, p. 03, jul. 1995.

FINCKENAUER, James O. **Problems of definition: what is organized crime?** Trends in Organized Crime. Vol. 8, No. 3, Spring 2005.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Código Civil Comentado, volume XI: direito de empresa, artigos 887 a 926 e 966 a 1.195**. Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, Rachel Sztajn, colaboração de Eliseu Martins. Corredor: Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008.

FRANÇA. Code Pénal. Parte Geral. Legislação disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20090919>.

FRANCO, Alberto Silva. **Um difícil processo de tipificação**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.21, p. 05, set. 1994.

FRANCO, Alberto Silva. **Globalização e criminalidade dos poderosos**. In: PODVAL, Roberto (Organizador). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **Crime Organizado: O que se entende por isso depois da Lei nº 10.217, de 11.04.2001? – Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande**

parte da Lei nº 9.034/95. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Nº 11. Dez/Jan 2002.

GOMES, Luiz Flávio, e CERVINI, Raúl. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal.** 2.^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Jorge Cesar Silveira Baldassare. **Algo sobre a Lei nº 9.034/95.** Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.30, p. 07, jun. 1995.

HAGAN, Frank E. **The Organized Crime Continuum: a further specification of a new conceptual model.** In: Criminal Justice Review, 8 (2), Fall 1983. pp. 52-57.

HAGAN, Frank E. **“Organized Crime” and “organized crime”: indeterminate problems of definition.** Trends in Organized Crime. V. 9, n. 4, Summer 2006. pp. 127-137.

HASSEMER, Winfried. **Segurança Pública no Estado de Direito.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 2. n. 5. janeiro-março 1994. pp. 55-69.

HASSEMER, Winfried. **Limites del Estado de Derecho para el combate contra la Criminalidad Organizada.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 6. n. 23. julho-setembro 1998. pp. 25-30.

ITÁLIA. Códice Penale. Legislação disponível em:
<<http://studiocelentano.it/codici/cp/codicepenale002.htm>>.

LUCAS, Flávio Oliveira. **Organizações Criminosas e o Poder Judiciário.** Dossiê Crime Organizado – Revista de Estudos Avançados. v. 21 n. 61. set/dez 2007. pp. 107-117.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro (Lavagem de ativos provenientes de crime. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98.** 1.^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado. Aspectos gerais e mecanismos legais.** 2.^a edição. São Paulo: Atlas, 2007.

MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o Crime Organizado.** São Paulo: IBCCrim, 1998.

MINGARDI, Guaracy. **O trabalho da Inteligência no controle do Crime Organizado**. Dossiê Crime Organizado – Revista de Estudos Avançados. v. 21 n. 61. set/dez 2007. pp. 51-69.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases Del derecho penal, concepto y método**. 2ª. Edição. Montevideo – Buenos Aires, 2003: Euros Editores S. R. L.

MISSE, Michel. **Mercados ilegais, redes de proteção e organização local do crime no Rio de Janeiro**. Dossiê Crime Organizado – Revista de Estudos Avançados. v. 21 n. 61. set/dez 2007.

MONTEIRO, Rogério. **Comentários ao Código Civil Brasileiro: do direito de empresa**. Newton de Lucca... [et al.]; coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MONTOYA, Mario D. **Máfia y Crimen Organizado**. 1ª edição. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. 2ª edição. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil Comentado**. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 7ª edição, revista, ampliada e atualizada até 25.8.2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PAOLI, Letizia. **The paradoxes of organized crime**. Crime, Law & Social Change. Vol. 37. 2002.

PARLAGRECO, Carlo. **Dizionario Italiano-Portoghese-Italiano**. Martins Fontes Editora: São Paulo, 1980.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização Criminosa – nova perspectiva do tipo legal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PONSAER, Paul. **What is so organised about financial-economis crime? The Belgian case.** Crime, Law and Social Change. Nº 37. 2002.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. Biblioteca Central Ir. José Otão. **Modelo de Referências Elaborado pela Biblioteca Central Irmão José Otão (NBR 6023).** Disponível em: <<http://www3.pucrs.br/portal/page/portal/biblioteca/Capa/BCEPesquisa/BCEPesquisaModelos>>.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. Biblioteca Central Ir. José Otão. **Modelo Para Apresentação de Trabalhos Acadêmicos, Teses e Dissertações Elaborado Pela Biblioteca Central Irmão José Otão (NBR 14724).** Disponível em: <<http://www3.pucrs.br/portal/page/portal/biblioteca/Capa/BCEPesquisa/BCEPesquisaModelos>>.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. Biblioteca Central Ir. José Otão. **Modelo Sugerido pela Biblioteca Central para Resumos (NBR 6028).** Disponível em: <<http://www3.pucrs.br/portal/page/portal/biblioteca/Capa/BCEPesquisa/BCEPesquisaModelos>>.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. Biblioteca Central Ir. José Otão. **Orientações para apresentação de citações em documentos segundo NBR 10520.** Disponível em: <<http://www3.pucrs.br/portal/page/portal/biblioteca/Capa/BCEPesquisa/BCEPesquisaModelos>>.

PRADO, Geraldo Luiz M., e SANTOS, William Douglas R. dos. **Comentários à lei contra o crime organizado (Lei n. 9.034/95).** Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1995.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Volume 3. artigos 184 a 288.** 2.ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Crime Organizado e Crime Econômico.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 4. n. 13. janeiro-março 1996. pp. 182/190.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito.** Madrid: Editorial Civita S.A., 1997.

ROXIN, Claus. **Autoria y domínio Del hecho em Derecho Penal**. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1998.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 2.^a edição. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 22.^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3.^a edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **“Crime Organizado”: uma categorização frustrada**. Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade. Ano 1. número 1. 1^o semestre de 1996. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral** / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 6.^a edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ANEXO 1

FIGURA 1

<u>The Organized Crime Continuum</u>		
<u>Dimensões</u>	<u>Não configuram</u>	<u>Organizações Criminosas</u>
<u>1. Altamente organizado</u>	não	sim
A. Hierarquia	não relevante.....	relevante
B. Restrição de membros	ausente	presente
C. Códigos internos	ausente	presente
<u>2. Violência ou ameaça de violência</u>	não	sim
<u>3. Provisão de bens e serviços ilegais por demanda pública</u>	não	sim
A. orientação ao lucro	não	sim
<u>4. Imunidade por:</u>		
A. Corrupção	não conectada	conectada
B. É exercida	não	sim

ANEXO 2

FIGURA 2

<u>Dimensões</u>	<u>Não configuram</u> <u>Organizações Criminosas</u>	<u>Configuram</u> <u>Organizações Criminosas</u>
<u>1. Estrutura</u>		
A. Funções	não	sim
B. Continuidade na existência	não	sim
C. Alguma forma de estrutura	não	sim
<u>2. Presença de três ou mais pessoas</u>	não	sim
<u>3. Tempo</u>	não relevante.....	relevante
<u>4. Atuação concertada dos membros</u>	não	sim
<u>5. Infrações graves</u>	não	sim
<u>6. Propósito</u>		
A. Obtenção de benefício econômico ou material, direta ou indiretamente	não	sim