

VERIDIANA ELEUTÉRIO VIANNA

**CONCURSO DE PESSOAS, QUADRILHA, CRIME ORGANIZADO E A
CRIMINALIDADE DE EMPRESA**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão

2013

VERIDIANA ELEUTÉRIO VIANNA

**CONCURSO DE PESSOAS, QUADRILHA, CRIME ORGANIZADO E A
CRIMINALIDADE DE EMPRESA**

Monografia apresentada à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão (COGEAE) da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo para obtenção do título de especialista em Direito Penal e Processual Penal, sob a orientação da Professora Dra. Eloísa de Sousa Arruda.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão

2013

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha professora-orientadora, Dra. Eloísa de Sousa Arruda, por todo o direcionamento, auxílio e compreensão durante o desenvolvimento deste trabalho acadêmico.

Também gostaria de agradecer ao meu marido Eduardo, um verdadeiro exemplo de profissional dedicado e que enfrentou brilhantemente a jornada de um mestrado profissional, pelo incentivo, inspiração e amor incondicional.

Agradeço aos meus pais, que sempre me incentivaram a estudar e me proporcionaram a melhor educação possível, permitindo que eu cursasse escolas e faculdade de qualidade e renome. Também agradeço aos meus pais por sempre terem palavras de incentivo e de conforto e pelos sábios conselhos que foram determinantes na minha formação pessoal e profissional.

Por fim, agradeço aos meus colegas de trabalho, especialmente à Joyce Roysen e à Denise Nunes Garcia, por todo o apoio durante o curso e o desenvolvimento desta monografia.

RESUMO

O presente trabalho apresenta os conceitos de concurso de pessoas, crime de quadrilha ou bando, organização criminosa e, sobretudo, a influência de cada uma dessas figuras no âmbito da criminalidade de empresa. Após apresentar os referidos conceitos, são analisados os frequentes equívocos cometidos pelos operadores de direito nas acusações por crimes praticados no âmbito da criminalidade econômica, uma vez que não basta pluralidade de agentes para tipificação do crime de quadrilha, tampouco para caracterização de uma organização criminosa. Quanto ao crime organizado, o presente trabalho trata da ausência de definição legal e da aplicabilidade no Direito Brasileiro das diretrizes traçadas na Convenção de Palermo. Demonstra, por fim, as diferenças existentes entre a criminalidade de empresa e a empresa ilícita, utilizando-se, para tanto, do entendimento dos tribunais superiores. Busca, em síntese, retratar os limites da imputação do crime de quadrilha ou bando e explicar que não necessariamente todos os delitos praticados no âmbito da criminalidade de empresa agredirão o bem jurídico paz pública.

Palavras-chave: Direito Penal. Criminalidade de Empresa. Concurso de Pessoas. Quadrilha ou Bando. Organização Criminosa.

ABSTRACT

This work presents the concepts of accomplice in crime, criminal conspiracy or gang, criminal organization and, principally, the influence of each of these concepts within the framework of white-collar crime. After presenting these definitions, the frequent mistakes that those who work in the legal field make in filing charges for crimes committed within the economic criminal law sphere are analyzed in light of the fact that it is not sufficient that there be more than one actor in order to meet the definition of a criminal conspiracy or a criminal organization. This work also deals with the lack of a legal definition for organized crime and the applicability of the guidelines given in the Palermo Convention to Brazilian law. Finally, it demonstrates the differences between white-collar crime and an illicit business by examining appellate court holdings. In summary, it seeks to outline the limits for the charge of criminal conspiracy or gang and explain that not all crimes committed within the white-collar crime area will violate the legal interest of public peace.

Keywords: Criminal Law. White-Collar Crime. Accomplices in Crime. Criminal Conspiracy or Gang. Criminal Organization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 O CONCURSO DE PESSOAS.....	9
1.1 Requisitos do concurso de pessoas	11
1.2 A autoria: teorias e conceito de autor	14
1.2.1 <i>Autoria direta</i>	18
1.2.2 <i>Autoria Intelectual</i>	19
1.2.3 <i>Autoria Mediata</i>	19
1.2.4 <i>Coautoria</i>	20
1.3 Participação.....	23
1.4 Concurso de pessoas em crime culposos.....	25
2 O CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO	27
2.1 Análise do Tipo Penal do Artigo 288 do Código Penal.....	28
2.1.1 <i>Bem jurídico tutelado e sujeitos do crime</i>	28
2.1.2 <i>Tipicidade objetiva e tipicidade subjetiva</i>	32
2.1.3 <i>Consumação e Tentativa</i>	34
2.2 Concurso de Crimes.....	36
2.3 Diferenças entre o crime de quadrilha e o concurso de pessoas.....	41
3 O CRIME ORGANIZADO.....	43
3.1 Tipicidade e Conceito	44
3.2 A busca por um conceito legal de crime organizado e a Convenção de Palermo	48
3.2.1 <i>A Convenção de Palermo e a sua aplicabilidade no Direito Brasileiro</i>	50
3.3 Dos meios operacionais de investigação e prova.....	53
3.4 Diferenças entre o crime organizado e o crime de quadrilha	57
4 A CRIMINALIDADE DE EMPRESA	59
4.1 Sociedade empresária e antijuridicidade.....	59
4.2 Criminalidade de empresa e o crime de quadrilha.....	61
4.2.1 <i>A posição da jurisprudência</i>	65
4.3 Criminalidade de empresa e organização criminosa.....	68
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS	75

INTRODUÇÃO

O crescimento da criminalidade econômica e a maior preocupação da sociedade brasileira com os temas afetos aos crimes econômicos, financeiros e ambientais, aliados aos grandes escândalos políticos, fizeram com que os órgãos encarregados da investigação e persecução penal, no afã de punir de forma mais severa e eficaz a criminalidade econômica, passassem a rotular a reunião de pessoas para o desenvolvimento de atividade empresarial lícita como formação de quadrilha e organização criminosa.

A interpretação equivocada do tipo penal de formação de quadrilha e do conceito de organização criminosa, além de contrariar o próprio ordenamento jurídico brasileiro, que prevê a sociedade empresária e lhe confere *status* constitucional, traz consequências gravosas aos indivíduos submetidos às agruras da investigação e do processo penal.

Isso porque, não obstante essa interpretação equivocada possa resultar em uma pena mais elevada em caso de condenação, a Lei n° 9.034, de 03 de maio de 1995, estabelece instrumentos diferenciados de investigação criminal e que podem atentar contra direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, como é o caso da captação e interceptação ambiental, da ação controlada e dos agentes infiltrados.

Além das técnicas diferenciadas e sofisticadas de investigação, a Lei n° 9.034, de 03 de maio de 1995, contempla dispositivos que repercutem diretamente nos temas prisão e liberdade, vedando a liberdade provisória, com ou sem fiança, para aqueles que “tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa” e proibindo que o réu condenado aguarde o julgamento do recurso de apelação em liberdade.

Quanto à imputação automática do crime de formação de quadrilha ou bando, também são verificados efeitos práticos que vão além do aumento de eventual pena a ser aplicada ao término do processo penal. É o caso, por exemplo, da decretação da prisão temporária dos investigados, uma vez que a imputação cumulativa de crimes contra a ordem tributária e do crime de formação de quadrilha viabiliza a decretação da prisão temporária (art. 1º, III, “I”, da Lei n° 7.960/1989).

Ademais, também utilizando como exemplo os crimes contra a ordem de tributária, a imputação do crime de formação de quadrilha ou bando (que é classificado como um delito autônomo) possibilita o prosseguimento das investigações policiais independentemente de se aguardar a constituição definitiva dos tributos devidos, sem que, dessa forma, haja qualquer ofensa à Súmula Vinculante n° 24 do Supremo Tribunal Federal.

Os equívocos ou até mesmo excessos no combate à criminalidade econômica revelam a importância de se retomar conceitos antigos, esculpidos na parte geral do Código Penal, como é o caso do concurso de agentes, bem como revelam a necessidade de se detalhar as características do crime previsto no artigo 288 do Código Penal e de se demonstrar a insegurança jurídica causada pela ausência de um conceito legal de crime organizado.

Por isso, nesse trabalho, buscar-se-á, ainda que de forma sucinta, apresentar os conceitos de concurso de pessoas, crime de quadrilha ou bando, organização criminosa e, principalmente, a influência de cada uma dessas figuras no âmbito da criminalidade de empresa.

1 O CONCURSO DE PESSOAS

O crime pode ser realizado de forma singular, por uma única pessoa, ou de forma coletiva, por duas ou mais. O artigo 29 do Código Penal dispõe que quem de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas na medida de sua culpabilidade, identificando autor e cúmplice.

De fato, na maior parte dos casos, o delito é praticado por um único indivíduo a quem se reservou o título de “autor”. Algumas vezes o “autor” não age isoladamente: há diversos “autores” que atuam em conjunto, numa verdadeira divisão de tarefas, para concretização de um crime. Por vezes, apesar de não terem praticado uma conduta ajustável a uma figura delitiva, os indivíduos são alcançados pela lei penal, porque embora executando atos sem conotação típica, contribuíram, objetiva e subjetivamente, para a ação criminosa de *outrem*. Para esses indivíduos foi atribuída a denominação de “partícipes”¹.

O Código Penal de 1940, sob o título da coautoria, que atendia uma concepção naturalista, visualizando a ação tão somente sob o aspecto material (no qual ressalta o aspecto causal), aboliu as distinções entre autores e cúmplices. Sob o viés de que toda condição é causa, qualquer conduta de cooperação a prática do delito era naturalmente essencial, pois se toda ação é causal jamais poderia ser considerada acessória².

Quando da reforma da parte geral do Código Penal, em 1984, o legislador, revelando maior apuro técnico, passou a denominar o título que trata da matéria como “concurso de pessoas”. Além disso, ao incluir na redação do texto legal que as penas serão cominadas àqueles que concorreram para o crime na “medida de sua culpabilidade”, passou a admitir a existência de graus de participação.

Embora o Código Penal ainda não faça expressamente a distinção entre os conceitos de autor, coautor e partícipe – deixando essa questão entregue à doutrina -, prosseguindo na sua vinculação à teoria da equivalência das condições, previu que, na dosimetria das penas no concurso de pessoas, a culpa de cada concorrente deveria ser

¹ FRANCO, Alberto Silva e outros. **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8ª edição. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 223.

² REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 312/313.

devidamente mesurada. Ainda que essa nova abordagem tenha se apresentado como uma singela alteração legislativa, pois em verdade a matéria deveria ter sido tratada com maior profundidade, o legislador amoldou a questão aos princípios constitucionais da culpabilidade e da individualização das penas.

Cezar Roberto Bitencourt, ao tratar da reforma da parte geral do Código Penal em 1984, observa que o legislador aproximou a teoria monista, que já era adotada pelo diploma penal anterior, da teoria dualística ao permitir diferenciações entre as condutas do autor, do coautor e do partícipe:

adotou, como regra a teoria monista, determinando que todos os participantes de uma infração penal incidem nas sanções de um único e mesmo crime, e, como exceção, a concepção dualista, mitigada, distinguindo a atuação de autores e partícipes, permitindo uma adequada dosagem da pena de acordo com a efetiva participação e eficácia causal da conduta de cada partícipe, na medida da culpabilidade perfeitamente individualizada. Na verdade, os parágrafos do art. 29 aproximam a teoria monista da teoria dualística ao determinar a punibilidade diferenciada da participação. Por outro lado, como diz René Ariel Dotti, a referência à culpabilidade no final do referido artigo é uma ‘proclamação de princípio que ilumina todo o quadro do concurso e introduz uma cláusula salvatória contra os excessos a que poderia levar a interpretação literal e radicalizante’ da teoria monista pura, o que levou João Mestieri a afirmar que o legislador adotou uma ‘teoria unitária temperada’³.

Com efeito, as modificações introduzidas em 1984 com relação ao concurso de pessoas romperam com a rígida perspectiva objetiva, temperando-se a referência ao nexos de causalidade como critério indicativo da realização da coautoria. Amoldando-se à denominada “teoria do domínio do fato”, passou-se a prever que, de acordo com o grau de participação na conduta criminosa, maior ou menor será a reprovação da conduta.

Portanto, como bem assinalou João Mestieri, citado por Alberto Silva Franco, parece-nos que o legislador passou a adotar uma teoria unitária temperada, permitindo diferenciações na dosimetria da pena dos coautores e dos partícipes, sendo que para se aferir o grau de participação de cada um dos envolvidos deve-se socorrer à teoria do domínio do fato.

³ **Tratado de Direito Penal.** 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 512.

1.1 Requisitos do concurso de pessoas

O concurso de crimes aperfeiçoa-se com o preenchimento conceitual de quatro dados fundamentais. A pluralidade de condutas, a relevância causal das condutas, o liame subjetivo entre os participantes e a identidade da infração para os participantes são os requisitos do concurso de pessoas.

Com exceção do requisito da existência de liame subjetivo entre os participantes, os demais requisitos são decorrência lógica do próprio concurso de pessoas.

Para a concretização do concurso de pessoas é imprescindível a concorrência de mais de uma pessoa na execução de uma infração penal, exige-se, assim, a pluralidade de condutas voltadas à prática de um mesmo delito. Não é necessário que todos os participantes desempenhem atos executórios do delito, porém, evidentemente, todos os agentes devem objetivar, com a sua respectiva conduta, a prática de um fato típico.

Inclusive, como observa André Luís Callegari⁴, não só aqueles que desenvolvem a ação descrita do verbo nuclear do tipo responderão pelo fato típico, mas também aqueles que realizam atividades acessórias (atípicas inicialmente), contribuindo de outro modo para o resultado, tendo em vista a extensão da norma penal que trata do concurso. Além do mais, na realidade, seria de todo impossível e nada razoável que a conduta de cada um repita necessariamente a conduta do outro.

Também é indispensável para a configuração do concurso de pessoas que cada conduta posta em prática pelos concorrentes apresente uma relevância causal em relação ao fato criminoso praticado em conjunto. As várias condutas devem contribuir para o delito, mesmo que sejam antecedentes causais necessários à produção do resultado. Significa dizer que, sem um comportamento relevante, sob o aspecto causal, não se pode falar em participação.

Destarte, se a conduta empreendida por um dos concorrentes não tiver nenhum nexos de causalidade que vincule à prática da infração penal, tal conduta não terá relevância e o concurso de pessoas não se concretizará com relação a este concorrente. Dessa forma,

⁴ **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 212/213.

poder-se-ia afirmar que a conduta do partícipe só seria típica quando, sem ela, o delito não pudesse ter ocorrido.

Vale salientar que, não obstante a jurisprudência e a doutrina majoritária concordem com a inserção da causalidade material/relevância causal como condição da participação, alguns doutrinadores discordam.

Como entende Nilo Batista⁵, a causalidade não pode constituir um critério central para a imputação do fato em caso de concurso de agentes. Isso porque, a questão do relacionamento causal só se apresenta nos crimes que exigem um resultado externo, somente nos crimes materiais surge a questão da causalidade física como fundamento para a responsabilidade penal.

Prossegue o citado autor explicando e exemplificando que nos crimes de mera conduta, nos crimes de perigo abstrato e nos crimes omissivos fica evidente a impossibilidade de fundamentar a disciplina do concurso de pessoas na simples causalidade, eis que em tais figuras não existe o modelo físico ao qual tem aplicabilidade o referido princípio.

Ademais, salienta Nilo Batista que existem casos de cumplicidade nos quais não se pode vislumbrar nitidamente a contribuição causal, como, por exemplo, quando alguém somente favorece a atuação do autor, sem que a sua conduta seja indispensável para a realização do fato típico. Com isso está cooperando com o delinquente principal, porém mediante atos secundários, que não são decisivos para a produção do delito, mas que simplesmente tornam mais rápido e fácil o resultado típico. Ou seja, é inegável a existência de situações nas quais a afirmação do conteúdo causal das condutas participativas é duvidoso.

De acordo com Nilo Batista, acompanhado por Damásio E. de Jesus, o princípio do nexa causal só pode servir à consideração do fato cometido pelo autor material do delito. Ainda, destacam que os artigos 29 a 31 do Código Penal, que disciplinam o concurso de pessoas, não mencionam em nenhum momento o nexa causal como requisito do instituto; pelo contrário, cuidam de punir de forma diferenciada a participação de somenos importância, que se fosse causal e necessária, não poderia ser considerada de valor inferior (somenos importância).

⁵ **Concurso de Agentes**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

E mais, segundo Nilo Batista, o artigo 29 do Código Penal “não nos informou, todavia, como é que ‘de qualquer modo’ se concorre para o crime. Verificada a insuficiência de um puro critério causal para solucionar essa questão (concorrer para o crime é diferente de contribuir causalmente para o resultado); verificado que equiparar ‘qualquer modo’ a ‘qualquer conduta’, para além de violar o princípio constitucional da reserva legal, significa operar uma causalidade inútil (extratípica)”⁶, compete ao operador do direito empreender uma reconstrução dogmática extremamente difícil diante das imprecisões da lei.

Conforme explica Damásio E. de Jesus, “a lei, para efeito de responsabilidade penal, equipara a conduta do partícipe à do autor material. Dessa forma, a causalidade na participação apresenta natureza normativa e não objetiva. É a norma do art. 29, *caput*, que determina: responde pelo crime não só o executor físico, que produz o resultado, mas também o partícipe, que acede sua conduta à ação principal. Em suma, nos crimes materiais exige-se nexo de causalidade entre ação e resultado. Logo, o art. 13, *caput*, só é aplicável ao autor direto (quem matou, lesionou, etc.), tendo em vista que a relação ali disciplinada é objetiva, material, entre a conduta e o resultado. Já o art. 29, *caput*, regula a extensão punitiva ao comportamento do partícipe, é de ordem normativa e não material”.⁷

De todo modo, não obstante duras críticas formuladas pelos Professores Nilo Batista e Damásio E. de Jesus, a quase totalidade da doutrina brasileira de forma irrestrita faz a teoria do concurso de agentes repousar sobre a contribuição causal para o delito, considerando, por conseguinte, a relevância causal das condutas como requisito para o concurso de pessoas.

Não basta, no entanto, que haja pluralidade de pessoas e relevância causal da conduta empreendida, faz-se necessário que se forme um vínculo, de caráter subjetivo, entre os agentes. Exige-se que cada participante acompanhe a vontade do outro, que tenha consciência e vontade de contribuir para a atividade criminosa de *outrem*. É o acordo de vontades o elemento definidor do concurso de pessoas, formado não pela soma dos atos/ações parciais desempenhados por cada um dos agentes, mas sim por sua integração em uma unidade alicerçada no fim comum.

⁶ **Concurso de Agentes**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 54/55.

⁷ **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13.

Todavia, o ajuste de vontades não precisa ser prévio, bastando tão somente a adesão livre e voluntária à vontade do outro. No concurso eventual de agentes a adesão pode ser tácita ou expressa e pode ocorrer até mesmo quando já iniciada a execução do objetivo comum.

Com efeito, a ausência desse vínculo psicológico entre os agentes desnatura o concurso eventual de agentes, transformando-o em condutas isoladas e autônomas que podem, em tese, levar à autoria colateral⁸. Nesse aspecto, Miguel Reale Junior observa que a “convergência acidental de vontades, que fortuitamente se somam, sem ser fruto de um acerto prévio ou concomitante à atuação de cada um, não configura o concurso de pessoas”.⁹

Por fim, o quarto e último requisito do concurso de pessoas é a identidade da infração, que está diretamente relacionada ao requisito do liame subjetivo. Exige-se que todos os concorrentes, cujas condutas têm relevância causal e estão relacionadas subjetivamente, objetivem à prática de uma mesma infração penal¹⁰.

Por conseguinte, parafraseando Miguel Reale Junior, constata-se ser insuficiente o aspecto objetivo, causal, para formar a tipificação do concurso de pessoas, sendo essencial o acordo de vontades, não bastando a vontade do delito, mas sim a vontade de se unirem duas ou mais pessoas para o fim de concorrerem na consecução da mesma infração penal¹¹.

1.2 Autoria: teorias e conceito de autor

Mesmo diante do maior rigor técnico científico do legislador que cuidou da reforma da parte geral do Código Penal em 1984, a legislação penal vigente disciplinou a matéria de concurso de pessoas de forma bastante simplista, transferindo à doutrina o ônus de preencher o conceito de autoria e participação.

⁸ Quando inexistente vínculo psicológico unindo as atividades criminosas em concurso ocorre a denominada autoria colateral, ou seja, quando falta aos agentes a consciência de cooperar na ação comum. Nos casos de autoria colateral cada agente deve responder, individualmente, por sua conduta. É o exemplo tradicional de duas pessoas, que sem o conhecimento uma da atividade da outra, ministram doses de veneno a terceira pessoa que vem a falecer.

⁹ **Instituições de Direito Penal**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 320.

¹⁰ FRANCO, Alberto Silva et al. **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8ª edição. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 225.

¹¹ **Instituições de Direito Penal**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 321.

Diversas foram as teorias formuladas a nível dogmático para preencher essa lacuna e estabelecer os conceitos de autoria e participação. As teorias mais relevantes e que merecem destaque são: teoria extensiva ou teoria subjetiva da participação; teoria restritiva ou teoria objetiva (que subdivide-se em teoria objetivo-formal e teoria objetivo-material) e a teoria do domínio do fato.

De acordo com a teoria subjetiva, também chamada de teoria extensiva, que se apoia na doutrina causal da equivalência das condições, o conceito de autor tem caráter extensivo. É autor todo aquele que contribuiu para a causação do resultado típico, sem que sua contribuição ao fato tenha que consistir numa ação típica. É óbvio, nesse caso, que a colaboração, por menos significativa que fosse, seria abarcada pelo conceito de autor.

Adotando um critério puramente objetivo, a teoria em questão não diferencia autor e partícipe, assim, não só quem realiza o comportamento típico, como também todo aquele que contribui para o resultado, seriam autores. Entretanto, reconhece existir, no plano subjetivo, diferença entre a pessoa que realiza o núcleo do tipo e quem contribui para o delito, atribuindo a este último tratamento punitivo mais suave.

Por isso, o conceito extensivo de autor vai unido à teoria subjetiva da participação, segundo a qual é autor quem com vontade de autor (*animus auctoris*) realiza uma contribuição causal ao fato, enquanto o partícipe seria quem tem, então, a vontade de partícipe (*animus socii*)¹². Assim, tendo contribuído para o resultado mediante qualquer conduta, a consideração do sujeito como autor ou partícipe depende da direção e conteúdo de sua vontade¹³.

A teoria extensiva do autor, com o seu complemento subjetivo de participação, (comumente denominada teoria subjetiva) foi refutada pela doutrina, uma vez que permitira, seguindo a vontade do sujeito, ser considerado autor ou partícipe. Assim, a título de exemplo, num crime de estupro, aquele que somente segura a vítima para que o outro mantenha conjunção carnal, pode ser partícipe, pois, em tese, não desejaria o fato como autor.

¹² CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 195/196.

¹³ JESUS, Damásio de E. **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14/15.

Para contrapor-se à teoria extensiva ou subjetiva de participação, surgiu a teoria restritiva ou formal, que propõe um conceito restrito de autor. É autor aquele que realiza a conduta típica expressa no verbo. É o executor material do fato. Por outro lado, de acordo com a teoria restritiva, a simples contribuição na causação de um resultado mediante ações distintas das típicas não poderia fundar nenhuma autoria.

Considerando que a teoria restritiva, em sua conceituação original, não poderia alcançar comportamentos que deveriam ser considerados de autor, foi necessário socorrer-se de meios auxiliares objetivos. Isso porque, de acordo com a teoria restritiva clássica, outros intervenientes, que só determinaram ao autor que realizasse o fato típico ou então que lhe auxiliaram, ficariam impunes se não fosse pelos especiais preceitos penais relativos à indução e cumplicidade.

Diante dessa deficiência, a teoria restritiva passou a ser completada pela teoria objetiva da participação, sendo que, nesse novo cenário, a delimitação da autoria com respeito à participação só poderia ser realizada com a ajuda de meios auxiliares objetivos, sem que se levasse em consideração a vontade do autor. Segundo explica André Luís Callegari, “somente e sempre é autor aquele que – pessoalmente ou mediante um instrumento humano – realiza os elementos típicos legais do tipo respectivo: o determinante é o aporte típico efetivamente realizado”¹⁴.

A teoria objetiva de participação é composta por duas facetas: a teoria objetivo-formal, que distingue autoria de participação, considerada esta na hipótese de o sujeito realizar uma ação ou omissão que não se enquadra no verbo central, concorrendo para o crime mediante induzimento, instigação e auxílio; e a teoria objetivo-material, que distingue autor de partícipe em razão da maior contribuição do primeiro na realização do resultado.

De acordo com a teoria objetivo-formal, é autor somente aquele que realiza, ainda que em parte, uma figura típica. O partícipe, por sua vez, é aquele que pratica ações a princípio atípicas e que não seriam punidas, caso não houvesse uma norma de extensão que os atingisse. Essa teoria era a que melhor atendia as expectativas da doutrina no passado, entretanto, não obstante reconhecesse a diferença entre autor e partícipe, não resolvia a

¹⁴ **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 193/194.

denominada autoria mediata, tampouco casos de coautoria em que um dos coautores não participasse materialmente da prática delitiva.

Nas palavras de Alberto Silva Franco, as duas teorias expostas – restritiva e extensiva -, independentemente das teorias que as complementaram, não se prestaram nem para definição convincente de autoria, nem para a fixação de uma apropriada linha demarcatória entre autoria e participação. Uma pecou por dar ênfase à matéria sob o ângulo subjetivo; a outra se perdeu em considerações estritamente objetivas. O ponto de encontro das duas teorias constitui, sem dúvida, a teoria objetivo-subjetiva, também denominada teoria do domínio do fato, de inquestionável inspiração finalista¹⁵.

A teoria do domínio do fato se desenvolveu a partir da teoria restritiva, porém empregando um critério objetivo-subjetivo, sendo, portanto, considerada uma teoria mista. De acordo com a referida teoria, autor é quem tem o controle final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias. A teoria do domínio do fato está diretamente relacionada à conduta e não ao resultado, por isso, pode ser facilmente aplicada nos crimes de mera conduta, nos crimes de perigo abstrato, bem como nos crimes omissivos.

André Luis Callegari¹⁶, ao citar os ensinamentos de Maurach e Jescheck, explica que o domínio do fato significa ter nas mãos o curso típico dos acontecimentos que compreende o dolo. O elemento objetivo da autoria consiste em ter nas mãos o curso do acontecer típico, na possibilidade fática de dirigir em todo momento a configuração típica. Em oposição à autoria, a participação caracteriza-se pela ausência do domínio do fato do colaborador.

As consequências práticas da adoção da teoria do domínio do fato, conforme pontua Callegari, são as seguintes: a) sempre é autor quem executa por sua própria mão todos os elementos do tipo; b) é autor quem executa o fato utilizando a outro como instrumento (autoria mediata); c) é coautor quem realiza uma parte necessária da execução do plano global (domínio funcional do fato), mesmo que não seja típico em sentido estrito, mas participando em todo caso da comum resolução delitiva.

¹⁵ **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Editora RT, 2007, p. 226/227.

¹⁶ **Teoria geral do delito e da imputação objetiva.** 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 196/197.

A teoria do domínio do fato complementa a doutrina restritiva objetivo-formal, aplicando-se critério misto. Trata-se, como afirma Damásio E. de Jesus¹⁷, de uma teoria complementar e não excludente, as teorias restritiva objetivo-formal e do domínio do fato se unem para dar solução adequada às questões que se apresentam envolvendo autores materiais e intelectuais do crime, chefes de quadrilha, sentinelas, aprendizes, motoristas, etc. Sob o rigor científico pode ser considerada mais um requisito de autoria do que uma teoria de concurso de pessoas.

É de se notar, portanto, que o Código Penal adotou a teoria restritiva, já que os artigos que tratam da matéria diferenciam autor e partícipe, entretanto, como referida teoria não resolveu certos problemas do dia-a-dia da prática forense, como é, por exemplo, o caso da autoria mediata, a doutrina atual e majoritária socorreu-se à teoria do domínio do fato para complementar a teoria restritiva objetivo-formal. Além disso, quando da reforma da parte geral realizada em 1984, o Código Penal passou a adotar a tese finalista, haja vista a inserção do dolo na estrutura da conduta e na conceituação de erro de tipo e de proibição, e, deste modo, por coerência lógica, passou a acolher a teoria do domínio do fato.

Em síntese, autor é aquele que como sendo figura central da prática da ação típica tem o domínio do fato, ou seja, é a quem pertence à obra realizada, a quem se atribui a ação.

1.2.1 Autoria direta

Segundo Nilo Batista, “é autor direto aquele que tem o domínio do fato, na forma do domínio da ação, pela pessoal e dolosa realização da conduta típica. Por realização pessoal se deve entender a execução de própria mão da ação típica. Por realização dolosa se exprimem consciência e vontade a respeito dos elementos objetivos do tipo”¹⁸.

O conceito proposto pelo referido autor, acompanhado pela doutrina majoritária, estabelece o domínio do fato, na forma do domínio da ação (exercer a conduta típica por suas próprias mãos, diretamente), como critério essencial para configuração da autoria direta. É de se dizer que, por óbvio, a subsunção do fato ao tipo penal também é

¹⁷ **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas.** 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 18.

¹⁸ **Concurso de Agentes.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 77/78.

fundamental para caracterização da autoria direta, haja vista que o autor direto, necessariamente, realiza o fato típico.

Com efeito, o autor direto também pode ser denominado autor executor, pois é aquele que realiza materialmente a conduta descrita no tipo penal, aquele que detém o domínio da conduta.

1.2.2 Autoria Intelectual

O autor intelectual é aquele que, sem executar diretamente a conduta típica, possui também o domínio do fato e da ação, porque a planejou e organizou sua efetiva realização, podendo, por conseguinte, decidir sobre a sua consumação, interrupção, desistência ou modificação.

Damásio E. de Jesus¹⁹ afirma que o autor intelectual é o sujeito que planeja a ação delituosa, constituindo o crime produto de sua criatividade. O autor exemplifica a autoria intelectual apontando a conduta do chefe da quadrilha que, sem realizar o comportamento típico descrito no tipo penal, planeja e decide a ação conjunta.

Ainda, segundo Damásio E. de Jesus, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a existência do autor intelectual do delito, tanto que a Constituição Federal ao tratar da inafiançabilidade dos crimes hediondos menciona a expressão “mandante”.

1.2.3 Autoria Mediata

Em oposição ao denominado autor direto ou autor executor, tem-se a figura do autor mediato, que é aquele que executa o fato típico utilizando a outro como instrumento. Dá-se a autoria mediata quando para o cometimento do delito o autor se utiliza de um terceiro, que atuará como seu instrumento, para a realização do fato típico.

Nas palavras de Miguel Reale Junior²⁰, autor mediato é o autor atrás de outro autor, ele detém o domínio superior da configuração da ação típica, que consiste no domínio da vontade. Também nessa esteira observa Nilo Batista que o fundamento da autoria mediata reside no domínio do fato, porém sob a forma especial de domínio da vontade.

¹⁹ **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

²⁰ **Instituições de Direito Penal**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 316.

É de se destacar que a autoria mediata não se confunde com a participação por instigação, tendo em vista que o autor mediato controla todo o curso dos acontecimentos, bem como controla a ação do agente imediato. O autor imediato, por sua vez, não tem conhecimento da direção final e dos objetivos de sua conduta, ele é manipulado e atua segundo vontade e determinação alheia, ainda que detenha o domínio físico da ação.

Caso o domínio físico da ação do agente imediato (ou executor do fato típico) não esteja sobreposto pelo domínio da vontade do autor mediato, de fato a questão poderá ser conduzida para o campo da participação.

Nilo Batista²¹ observa que o Código Penal vigente contempla explicitamente quatro casos de autoria mediata, são eles: a) erro determinado por terceiro (art. 20, § 2º); b) coação irresistível (art. 22); c) obediência hierárquica (art. 22); d) instrumento impunível em virtude de condição ou qualidade pessoal (art. 62, III).

Os crimes de mão própria, os crimes omissivos e os crimes culposos, em decorrência de sua própria natureza, não admitem autoria mediata.

Por fim, como já dito, um dos motivos que levaram a doutrina a adotar a teoria do domínio do fato para esclarecer e conceituar autoria e participação reside justamente na autoria mediata. Isso porque, a conduta do mandante, que não realiza o fato típico, porém controla a vontade do executor do ato, não seria punível sob o prisma das teorias restrita e extensiva.

1.2.4 Coautoria

No Brasil, ainda sob o predomínio da teoria objetivo-formal, prevalece na doutrina o entendimento segundo o qual se dá a coautoria quando vários agentes participam da realização do fato típico. Em outras palavras, coautor seria aquele que executa, juntamente com outros, a ação que configura fato típico e punível.

²¹ **Concurso de Agentes**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 135.

O entendimento predominante no Brasil, ao ser aliado à moderna teoria do domínio do fato, resulta em uma nova conceituação de coautoria, no sentido de que é coautor aquele que tem o domínio funcional do fato acordado e equivalente a de outro coautor.

Não basta, portanto, para caracterização da coautoria a realização conjunta de um delito por pessoas que colaboraram entre si, sendo necessário que cada um dos coautores detenha o domínio funcional do fato. Isso porque, cada coautor é um autor e, como tal, deve apresentar as características próprias de autor, inclusive no que diz respeito ao domínio do fato criminoso.

Importante esclarecer que o denominado domínio funcional do fato denota que a contribuição de cada um dos coautores deve alcançar determinada importância funcional, de modo que a cooperação de cada um dos autores na tarefa que lhe compete constitua uma peça essencial para a realização do plano comum.

Ainda sobre o domínio funcional do fato, Nilo Batista²² aponta que a coautoria está presente nos casos em que o coautor era efetivamente detentor do domínio funcional do fato, ele poderia intervir sobre o seu SE e COMO, sua posição estrutural no decurso do acontecimento lhe permitiria interromper ou anuir com o prosseguimento da realização delitativa e sua desistência corresponderia ao fracasso daquela empreitada criminosa. Ou seja, para configurar coautoria é imprescindível que “cada coautor tenha a sorte do fato total em suas mãos”.

Ademais, há divisão de tarefas entre os coautores, de maneira que o crime constitui consequência das condutas repartidas, produto final da vontade comum. E nenhum dos agentes é instrumento dos outros, não há hierárquica, tampouco subordinação de uma vontade a outra.

Diferentemente da autoria mediata, nenhum dos coautores é instrumento que se submete à vontade dos demais, cada coautor participa da decisão de cometer o crime e o tem como próprio, *co-possuindo* o domínio do fato e agindo como tal por controlar, ao lado dos demais, a ação avençada em conjunto.

²² **Concurso de Agentes**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 102/106.

A coautoria pode ser apresentada de duas formas, a coautoria direta e a coautoria parcial ou funcional. A primeira ocorre quando todos os coautores realizam a conduta típica, enquanto a coautoria parcial, que é mais comumente verificada, há divisão das tarefas executórias do delito entre os agentes que detêm o domínio funcional do fato.

Com relação à utilização da teoria do domínio do fato também para esclarecer e conceituar coautoria, André Luís Callegari observa que:

a teoria do domínio do fato explica melhor a coautoria, posto que todos que dominam funcionalmente o fato, ainda que não realizem a conduta estritamente descrita no tipo, são coautores. Adotada a teoria objetivo-formal, como fazem alguns autores, não haveria como condenar como coautor aquele que somente segura a vítima ou a mantém sob a ameaça para que outro subtraia seus bens, posto que, em realidade, não pratica a conduta nuclear do tipo²³.

Diz-se na doutrina que a adoção da teoria do domínio do fato possibilita a inclusão de condutas que, embora aparentem participação sob a ótica da teoria objetivo-formal, configuram verdadeiras hipóteses de coautoria. Para ilustrar a maior abrangência e a eficiência prática da aplicação da teoria do domínio do fato na coautoria, a doutrina cita grupos de casos, como, por exemplo, os grupos abaixo:

- a) o organizador – o organizador, figura prevista no art. 62, I, do Código Penal, é aquele que assinala os fins, planos e meios de execução do delito, sendo que ainda que não tenha qualquer envolvimento pessoal na execução do delito, é coautor, pois detém o domínio funcional do fato;
- b) aquele que subjuga a vítima – é a figura daquele agente que “segura” a vítima para que ela não ofereça resistência, nem impeça a consumação do delito. É certo que aquele que subjulga a vítima também detém o domínio funcional do fato e sua conduta é essencial para que o delito seja executado.

De todo modo, fundamentalmente a coautoria se sujeita a duas exigências: a comum resolução para o fato e a comum (sob divisão de tarefas) realização dessa resolução.

²³ **Teoria geral do delito e da imputação objetiva.** 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 198.

1.3 Participação

A participação pode ser definida como uma coadjuvação dolosa à realização do crime pelo autor ou pelos coautores; trata-se da conduta daqueles sujeitos que colaboraram para a prática do delito, porém não possuem o domínio do fato.

O partícipe exerce posição subsidiária na prática delitiva, ele colabora para a consumação do delito, mas não está em condições de decidir a respeito. Ao contrário do autor e do coautor, o partícipe intervém no fato alheio sem executar fatos que se amoldem à figura típica e sem ter em suas mãos as diretrizes da ação criminosa. Em outras palavras, as características principais da participação são: a conduta desempenhada não se amolda ao núcleo do tipo penal e o partícipe não possui o domínio finalista do ato.

Nilo Batista afirma que a participação consiste em livre e dolosa colaboração no delito doloso de *outrem*, sendo que essa colaboração certamente supõe que o partícipe não detém, de nenhuma forma, o domínio do fato. Essa colaboração no ordenamento jurídico pátrio se acomoda em duas categorias delimitadas: a participação material e a participação moral.

A participação material também é denominada cumplicidade e acontece quando o partícipe interfere materialmente na dinâmica delitiva, seja por ação ou omissão. A participação moral, por sua vez, acontece quando o partícipe contribui psicologicamente para a realização da vontade delitiva do autor²⁴.

De acordo com o artigo 31 do Código Penal, as espécies de participação seriam a instigação e o auxílio ou cumplicidade. A instigação é uma forma de participação moral na prática delitiva, a conduta do indutor limita-se a provocar no autor a vontade de realizar o fato criminoso, sem que o partícipe/indutor tenha qualquer participação no fato ou mesmo domínio do fato. Por outro lado, aquele que auxilia o autor, também denominado cúmplice, exerce colaboração de ordem material para o fato principal, como, por exemplo, aquele que auxilia na preparação do crime, que fornece a arma para o homicida.

²⁴ FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 228/229.

Miguel Reale Junior²⁵ esclarece que o cúmplice, diferentemente do coautor, não tem domínio sobre o fato, nem participa da vontade comum de realizá-lo, malgrado o desejo, ou tenha mesmo interesse pelo fato. O cúmplice participa de fato de terceiro, cuja definição por agir *lhe* é superior, aderindo à resolução finalística de *outrem*, auxiliando-o ou assistindo-o.

Ainda no que diz respeito ao auxílio ou cumplicidade, é necessário que o crime a ser praticado pelo autor seja pelo menos tentado, pois, caso contrário, não é possível aferir se a conduta do cúmplice teria eficiência causal na ação do autor, se favoreceria ou não o resultado final almejado pelo autor.

É imprescindível que o partícipe tenha consciência de que está cooperando na conduta delitiva do autor, sendo que não é necessário que este último tenha ciência da participação. As ações neutras e cotidianas podem não configurar a participação, como é o caso do padeiro que vende pão para aquele que pretende utilizá-lo para envenenar terceira pessoa. Se o padeiro não tiver conhecimento das intenções do autor, sua ação cotidiana não configura participação.

Quanto à participação de menor importância, segundo dispõe o artigo 29, § 1º, do Código Penal, desde que fique evidenciada a contribuição insignificante ou mínima do partícipe para a realização do fato criminoso, deverá o magistrado fundamentar e aplicar a causa de diminuição de pena prevista no supracitado artigo de lei.

O artigo 29, § 2º, do Código Penal, também trata da participação em crime menos grave, dispondo que aquele concorrente que quis participar de crime menos grave deverá responder por este. Isso porque, não fosse o bastante a regra da responsabilidade subjetiva adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, a participação exige o acordo de vontade entre as partes. É o caso, por exemplo, do concorrente que, sem o conhecimento dos demais, decide utilizar uma chave falsa para facilitar a prática do crime de furto, somente esse concorrente responderá pelo crime qualificado, os demais responderão pelo delito de furto simples.

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, “segundo a norma adotada pelo Código, portanto, cada um responde somente até onde alcança o acordo recíproco, devendo o

²⁵ **Instituições de Direito Penal**, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 317.

concorrente responder em consonância com o que quis, segundo o seu dolo e não conforme o dolo do autor”²⁶.

No entanto, caso o resultado mais gravoso fosse previsível, o partícipe terá a pena do crime que desejava praticar aumentada até a metade. A punição mais gravosa decorre de o agente ter aceitado participar do crime sendo-lhe, nas circunstâncias, possível prever que o outro concorrente viria a exceder os termos do acordo de vontades e praticar crime mais gravoso. Deve-se salientar que o texto legal cogita a previsibilidade com relação ao resultado mais grave e não a hipótese de previsão do resultado e de sua aceitação como possível, hipótese em que o partícipe, agindo com dolo eventual, responderia integralmente pelo resultado mais grave.

1.4 Concurso de pessoas em crime culposo

Muito se discute se a teoria do domínio do fato seria compatível e aplicável aos crimes culposos. Segundo Damásio E. de Jesus²⁷, a teoria do domínio do fato somente seria aplicável aos crimes dolosos (sejam materiais, formais ou de mera conduta), uma vez que nos crimes culposos inexistiria distinção entre autor e participação, haja vista que nos crimes culposos será autor aquele que, mediante qualquer conduta, produz um resultado típico deixando de observar o cuidado objetivo necessário.

A teoria do domínio do fato propriamente dita não se adéqua aos crimes culposos, pois o autor do crime culposo não tem o domínio do resultado; autor culposo é aquele que não aplica o dever de cuidado requerido no âmbito da relação. Considerando que toda e qualquer participação não dolosa para a realização do fato típico fundamenta a autoria nos crimes culposos, não haveria razão para distinguir autoria e participação.

André Luís Callegari²⁸, ao apresentar os ensinamentos de Juan Bustos Ramírez, explica que sequer poderia haver coautoria nos crimes culposos, já que o conceito de coautor exige a idealização de um plano comum e a distribuição funcional do fato, o que não seria possível nos crimes culposos. Nos delitos culposos somente poderia haver autores

²⁶ **Tratado de Direito Penal.** 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, v. I, p. 535.

²⁷ **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas.** 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 27.

²⁸ **Teoria geral do delito e da imputação objetiva.** 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 207.

concomitantes ou acessórios, ou seja, cada um levou a efeito sua própria falta de cuidado e, por conseguinte, deu causa ao crime culposos.

Miguel Reale Junior, em sentido contrário, consigna ser possível o concurso de pessoas em crime culposos. De acordo com o autor “o comportamento culposos constitui, com o conhecimento da situação, a prática de uma ação sem o devido cuidado, sendo possível um acordo de vontades de duas ou mais pessoas no sentido de nas circunstâncias concretas deixar de respeitar a diligência que a experiência normal recomenda, em desprezo a este dever”²⁹.

De todo modo, como salienta Nilo Batista, no Brasil é predominante a admissão do concurso em crime culposos, sendo que os autores que, de forma pessoal e incomunicável, violarem o dever de cuidado imposto pelas normas penais, contribuindo causalmente para o resultado, responderão pelo crime culposos.

Como o dever de diligência é geral, exigível a toda e qualquer pessoa naquela situação, parcela da doutrina entende não ser viável a distinção entre autor e partícipe. Isso porque, diferentemente do domínio do fato que rege a disciplina básica do concurso de pessoas, não há como fracionar a necessariamente individualizada violação do dever objetivo de cuidado sobre o qual assenta a autoria nos crimes culposos.

²⁹ **Instituições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pg. 323.

2 O CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO

O crime de formação de quadrilha ou bando foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio com o advento do atual Código Penal, não havendo previsão semelhante nos diplomas penais anteriores. De fato, o que se punia anteriormente era a conduta do “ajuntamento ilícito”, que apesar de guardar alguma similaridade com o crime de formação de quadrilha ou bando, era substancialmente diferente.

O crime de “ajuntamento ilícito”, previsto no Código Criminal do Império (1830) e também no Código Penal Republicano (1890) ³⁰, punia o agrupamento eventual e ocasional, em local público, de mais de três pessoas, com o desígnio de se ajudarem mutuamente para, por meio de motim ou tumulto, cometer algum crime. Com efeito, para a consumação do crime de “ajuntamento ilícito” não se exigia que a reunião de três ou mais pessoas tivesse como características a estabilidade e a permanência, tampouco se exigia que tivesse por finalidade a prática de crimes indeterminados, confundindo-se, portanto, com uma associação ocasional destinada a prática de algum – ainda que único - crime.

Nesse sentido, esclarece Nelson Hungria que o crime previsto no atual artigo 288 do Código Penal não se confunde com o delito de “ajuntamento ilícito”, uma vez que este último punia a mera “reunião acidental de sediciosos ou amotinados na praça pública, sem nenhum caráter de estabilidade” ³¹. O crime de “ajuntamento ilícito” tão somente se assemelha ao atual crime de formação quadrilha ou bando, pois também se tratava de um crime de concurso necessário, exigindo um número mínimo de pessoas reunidas para a tipificação da conduta delitiva.

Em linhas gerais, o crime de formação de quadrilha ou bando foi introduzido de forma inédita no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1940, seguindo os exemplos dos diplomas penais italianos, portugueses e argentinos, para socorrer o interesse e o sentimento coletivo de segurança, de paz pública, tendo em vista a recorrente preocupação dos homens com os agrupamentos de indivíduos voltados à prática delitiva.

³⁰ Art. 119. *Ajuntarem-se mais de tres pessoas, em logar publico, com o designio de se ajudarem mutuamente, para por meio de motim, tumulto ou assuada: 1º, commetter algum crime; 2º, privar ou impedir a alguem o gozo ou exercicio de um direito ou dever; 3º, exercer algum acto de odio ou desprezo contra qualquer cidadão; 4º, perturbar uma reunião publica, ou a celebração de alguma festa civica ou religiosa:*
Pena – de prisão cellullar por um a tres mezes.

³¹ **Comentários ao Código Penal**, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. IX, p. 174.

Inicialmente, antes de passar à análise do tipo penal do artigo 288 do Código Penal, importa atentar-se para o fato de que, embora o referido artigo de lei diga respeito à formação de quadrilha ou bando, o tratamento jurídico-penal dispensado a ambas as figuras é idêntico e, por isso, não há razão para que tais expressões sejam diferenciadas no decorrer do presente trabalho, vez que o próprio legislador as empregou como sinônimos.

2.1 Análise do Tipo Penal do Artigo 288 do Código Penal

2.1.1 Bem jurídico tutelado e sujeitos do crime

O crime de formação de quadrilha ou bando, previsto no artigo 288 do Código Penal, está inserido no diploma penal entre os delitos que tutelam a paz pública. Com a incriminação da formação de quadrilha ou bando, pretendeu-se tutelar a paz pública, pois considerou o legislador que a reunião de pessoas com a finalidade de praticar infrações penais geraria perturbação à paz pública.

Para se evitar o rompimento com os sentimentos de paz, sossego e tranquilidade, que correspondem aos anseios de toda a coletividade, o legislador entendeu por bem criminalizar a reunião de pessoas com a finalidade de praticar infrações penais, sem exigir, no entanto, que a quadrilha tenha efetivamente praticado crimes, de modo a prevenir antecipadamente o desequilíbrio da sociedade.

Jorge de Figueiredo Dias, ao traçar paralelos entre o crime de quadrilha ou bando e o crime de associação criminosa, previsto no diploma penal português, esclarece que cuidou o legislador de proteger, de antemão, os bens jurídicos, evitando, assim, que a segurança e a tranquilidade públicas pudessem ser efetivamente perturbadas pela ação das quadrilhas.

Afirma Jorge de Figueiredo Dias que:

bem jurídico protegido pelo crime de associação criminosa é a paz pública no preciso sentido das expectativas sociais de uma vida comunitária livre da especial periculosidade de organizações que tenham por escopo o cometimento de crime. Não se trata pois da intervenção da tutela penal apenas quando foi posta em causa a segurança ou a tranquilidade públicas pela ocorrência efectiva de crimes ou de violências. Trata-se de intervir num

estágio prévio, através de uma dispensa antecipada de tutela quando a segurança e a tranquilidade públicas não foram ainda necessariamente perturbadas, mas se criou já um especial perigo de perturbação que por si só viola a paz pública; conformando assim a ‘paz’ um conceito mais amplo que os de segurança e tranquilidade e podendo ser posta em causa quando estas ainda não o foram³².

Cumprido salientar que o crime de associação criminosa previsto no ordenamento jurídico português é semelhante ao crime de formação de quadrilha, tanto que também está inserido dentre os crimes contra a paz pública, porém não é idêntico, possuindo contornos mais gravosos³³. Contudo, os ensinamentos de Jorge de Figueiredo Dias são absolutamente aplicáveis ao crime do art. 288 do Código Penal, uma vez que, ao tutelar a paz pública, o legislador brasileiro também assegurou antecipadamente os demais bens jurídicos que ainda poderiam ser lesados por cada um dos crimes que a quadrilha poderia cometer.

Ainda, como bem observa Heloisa Estellita³⁴, ao citar Sheila Jorge Selim de Sales, “a paz pública nada mais [*sic*] que uma consequência da ordem pública e, ao tutelar a primeira, nossa lei penal tem em vista o sentimento coletivo de segurança, evitando-se que este seja abalado com a prática de crimes”. Tutelam-se, assim, os sentimentos de tranquilidade e segurança da sociedade, além da constante busca por uma convivência pacífica e harmoniosa em comunidade.

Embora o bem jurídico tutelado encontre guarida constitucional, uma vez que o próprio preâmbulo da Constituição Federal faz expressa menção à segurança e à harmonia social como valores supremos do Estado Democrático de Direito, a denominada paz pública

³² **Comentário Conimbricense do Código Penal – tomo II.** Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 1157.

³³ Artigo 299.º - Associação criminosa:

1 - Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

2 - Na mesma pena incorre quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações ou quem os apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos.

3 - Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos nos números anteriores é punido com pena de prisão de dois a oito anos.

4 - As penas referidas podem ser especialmente atenuadas ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes.

5 - Para os efeitos do presente artigo, considera-se que existe grupo, organização ou associação quando esteja em causa um conjunto de, pelo menos, três pessoas, actuando concertadamente durante um certo período de tempo

³⁴ **Criminalidade de Empresa, Quadrilha e Organização Criminosa.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 16.

deve ser analisada com a devida cautela pelos operadores do direito. Isso porque, como bem aponta Renato de Mello Jorge Silveira, “em um sistema desvalorativo, é de se ver que ela unicamente preenche um aspecto de desvalor da ação, sendo desnecessário qualquer resultado”³⁵.

Nesse sentido, tendo-se que o legislador optou pela preocupação *ex-ante*, abdicando de considerações outras, *ex post* – o que a doutrina entende por crime de perigo abstrato -, é fundamental que seja devidamente verificado, independentemente da incriminação hipotética *ratio legis*, se a conduta do agente está ou não afetando de alguma forma o bem jurídico tutelado. Ou seja, é imprescindível que seja avaliado o desvalor potencial do resultado, ou, em outras palavras, se a conduta do agente realmente criou algum risco ao bem jurídico tutelado.

Deve-se, portanto, dedicar especial atenção ao bem jurídico paz pública e ao tratamento jurídico dispensado ao crime de quadrilha pelo legislador, observando-se com a devida cautela, nos casos concretos, a periculosidade e a lesividade da reunião de pessoas, a fim afastar do alcance do artigo 288 do Código Penal aqueles casos de mera coautoria, em que não lesão há ao bem jurídico tutelado, qual seja: a paz pública.

O crime de formação de quadrilha ou bando é classificado como crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa, não se exigindo nenhuma característica especial por parte dos agentes. Por outro lado, o sujeito passivo do delito em destaque é a coletividade, que se vê em uma situação de perigo com o cometimento deste crime.

Consoante já brevemente mencionado, o crime de formação de quadrilha ou bando é delito de concurso necessário ou plurissubjetivo, sendo que a pluralidade de sujeitos ativos é elemento constitutivo do tipo penal, exigindo o concurso de no mínimo quatro agentes.

É muito discutido na doutrina se para o atendimento desse *quorum* mínimo de quatro pessoas poderiam ser computados integrantes inimputáveis, tais como os menores de idade. A doutrina majoritária entende que a quadrilha formada por inimputável tipifica o

³⁵ **Do atual desvirtuamento da imputação do crime de quadrilha ou bando na realidade brasileira.** Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Vol. 21, p. 216.

crime do art. 288 do Código Penal, uma vez que a legislação considera o fato em seu aspecto objetivo, ou seja, o perigo que a pluralidade de agentes representa à sociedade.

Luiz Regis Prado vai mais além, afirmando que o delito de quadrilha subsiste ainda que existam inimputáveis ou que nem todos os componentes sejam identificados, e mesmo se algum deles não for punível em razão de alguma causa pessoal de isenção de pena³⁶.

Em sentido contrário, a doutrina minoritária posiciona-se no sentido de não se admitir a configuração da quadrilha ou bando quando um dos quatro integrantes for menor, pois lhe faltará a imputabilidade, que é fundamental para se afirmar o elemento subjetivo do tipo, consistente na finalidade de cometer crimes. Roberto Delmanto, ao tratar sobre a polêmica questão, sintetiza sua opinião afirmando que “os inimputáveis não devem ser contados no número mínimo de quatro pessoas, pois, não sendo eles penalmente responsáveis, sua associação aos demais – que exigiria vontade livre e consciente, por tratar-se de crime doloso – não pode ter relevância para os fins do art. 288 do CP. O mesmo se diga quanto ao componente não identificado, pois, sem sua identificação, não se pode saber se ele é ou não inimputável e se agiu dolosamente”³⁷.

Também há na doutrina posição intermediária, que apesar de bastante razoável, não se coaduna com o atual sistema jurídico-penal, tendo em vista que propõe, no caso de menoridade, seja analisado se o adolescente que compõe a quadrilha, apesar de não ser penalmente responsável, tem discernimento e consciência de que se associou aos demais integrantes do bando para praticar crimes.

Guilherme de Souza Nucci, que representa essa posição intermediária, defende que as crianças, sem qualquer capacidade de entendimento, não poderiam ser computadas, enquanto os adolescentes, por outro lado, poderiam integrar a quadrilha “desde que possam manifestar o *quantum satis* de entendimento e vontade para o acordo em torno do fim comum e sejam capazes de contribuição *por parte virili*”³⁸.

³⁶ **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo: Editora RT, 2006, v. 3, p. 606.

³⁷ **Código Penal Comentado**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 822.

³⁸ **Código Penal Comentado**. 7ª edição. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 723/724.

Ainda nessa esteira, Renato de Mello Jorge Silveira consigna que o indivíduo menor de 18 anos pode, eventualmente, em termos corpóreos e físicos, fazer parte da associação. Mesmo talvez sem ampla capacidade cognitiva, fato é que os demais membros (maiores) podem se utilizar do mesmo, turbando, de forma mais gravosa, a paz pública. Além disso, sustenta que as disposições penais que tratam da inimputabilidade, no caso dos adolescentes, tão somente mencionam e os submetem à medida socioeducativa, sem tecer maiores comentários e/ou explicações acerca de sua capacidade cognitiva³⁹.

Por fim, também no que diz respeito aos sujeitos do delito, deve-se destacar que o ordenamento jurídico brasileiro não prevê qualquer causa especial de aumento de pena para o “líder da quadrilha” (como é comumente chamado) e, portanto, compete ao magistrado quando da aplicação da pena, nos termos do que dispõe o artigo 59 do Código Penal, avaliar se a pena a ser aplicada ao “líder ou chefe da quadrilha” deverá ser superior a pena imposta aos demais integrantes.

2.1.2 Tipicidade objetiva e tipicidade subjetiva

O artigo 288 do Código Penal prevê como crime a conduta daqueles que se associam, em “mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”, cominando pena de reclusão de um a três anos.

O núcleo do tipo é associar-se, que significa reunir-se, aliar-se, agregar-se. Exige a lei que essa associação seja de mais de três pessoas, exigindo, portanto, o número mínimo de quatro pessoas para que se possa falar em quadrilha ou bando. E mais, o núcleo associar-se exprime a ideia de estabilidade ou permanência, notadamente para diferenciar essa associação do mero concurso de agentes.

Com efeito, para a caracterização do crime de quadrilha não basta uma associação eventual ou acidental de quatro ou mais pessoas, é preciso que o acordo verse sobre uma duradoura atuação em comum, no sentido da prática de crimes não precisamente individualizados. Como bem salienta Nelson Hungria, a nota de estabilidade ou permanência da aliança é essencial.

³⁹ **Do atual desvirtuamento da imputação do crime de quadrilha ou bando na realidade brasileira.** Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Vol. 21, p. 216.

Também é fundamental para a tipificação do crime de quadrilha a presença do denominado dolo específico, as pessoas devem se reunir, voluntária e conscientemente⁴⁰, de forma estável ou permanente, com a finalidade de perpetrar uma indeterminada série de crimes. Portanto, a reunião de pessoas com a intenção de praticar contravenções penais, como é o caso da exploração de jogos de azar, não configura o crime em questão.

Ainda no tocante ao elemento subjetivo específico, deve-se destacar que o legislador incriminou a conduta daqueles que se reúnem para praticar várias infrações penais. Por conseguinte, a reunião de pessoas visando à prática de um único crime não tipificaria o crime de quadrilha. Dúvida há, porém, no caso de crime continuado, quando quatro pessoas se reúnem com a finalidade de praticar crimes de roubo.

Não obstante exista entendimento doutrinário em sentido contrário, a corrente majoritária entende ser possível a ocorrência do crime de quadrilha ou bando ainda que se trate de caso de continuidade delitiva. Guilherme de Souza Nucci, ao comentar sobre o crime continuado, afirma que “é, segundo entendemos, autêntica ficção. Por isso, é plausível supor que pessoas associadas para a prática de diversos roubos, por exemplo, ainda que em continuidade delitiva, possam provocar a concretização do crime previsto no art. 288, CP. Afinal, estão agrupadas com a finalidade de cometer *crimes*, ainda que venham a ser considerados, para efeito da aplicação da pena, uma continuidade”.⁴¹

Outro aspecto relacionado ao elemento subjetivo do tipo que também é alvo de frequentes discussões por parte dos doutrinadores diz respeito à reunião de pessoas com a finalidade de praticar *crime determinado*. Parcela da doutrina, acompanhada por Cezar Roberto Bittencourt, entende que se a finalidade da associação não for a prática de crimes indeterminados, a figura será a do instituto do concurso eventual de pessoas.

Todavia, esse não parece ser o entendimento mais acertado, haja vista que as quadrilhas, até mesmo em razão de sua estabilidade e permanência, tendem a possuir uma

40

Apesar de não se exigir que os integrantes da quadrilha se conheçam, é essencial que tenham consciência de que integram uma quadrilha destinada à prática de crimes. Aquele indivíduo que, sem ter conhecimento de que faz parte da associação, mas que participou de uma ação pontual do grupo, não deve responder pelo crime de formação de quadrilha ou bando.

Deve-se, ainda, diferenciar a conduta daquele que, ciente dos propósitos da quadrilha, decide prestar auxílio a quadrilha. Nesse caso, a hipótese seria de participação, visto que o agente dolosamente coopera para a prática de um crime (art. 288, CP) praticado por terceiros.

⁴¹ **Código Penal Comentado**. 7ª edição. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 941.

organização mínima, um programa criminoso bem definido e, por vezes, os crimes a serem praticados já foram predeterminados. Assim sendo, se presentes os requisitos da estabilidade ou a permanência, bem como o especial fim de agir, não se afigura possível se socorrer ao instituto do concurso eventual de pessoas.

Como observou José Lafaieti Barbosa Tourinho, ao citar Noronha:

O que se exige é o propósito de cometer **vários crimes**. O desígnio de cometer apenas um não daria a tonalidade necessária ao delito. A quadrilha se caracteriza pela multiplicidade de planos ou projetos criminosos, o que importa em crimes certos e determinados. A exigência de delinquir **indeterminadamente** poderia levar até a chocante conclusão da falta da tipicidade da associação sempre que houvesse planos estudados e predeterminados. Estes, pois, não se opõem à finalidade do bando ou da quadrilha, cuja atividade, entretanto, não se esgota com isso. É que a elaboração de um propósito criminoso, de um plano delituoso **procede e precede** a outros, tudo, em seu complexo, dando vida e existência à *societas delinquentium*⁴².

Com efeito, para a configuração do crime de formação de quadrilha ou bando é imprescindível que a associação dos agentes tenha por finalidade cometer uma multiplicidade de crimes e, ainda que os crimes tenham se tornado, com o decurso do tempo (o que é compatível com a reclamada estabilidade ou permanência), determinados, o delito em referência ainda restará tipificado.

Em linhas gerais, a configuração típica do crime de quadrilha ou bando pressupõe os seguintes elementos: a) concurso necessário de, pelo menos, quatro sujeitos ativos; b) associação dolosa, com a finalidade específica de cometer crimes; c) estabilidade e permanência da associação criminosa.

2.1.3 *Consumação e Tentativa*

O crime de formação de quadrilha ou bando se consuma no momento em que mais de três pessoas se associam com a finalidade de praticar crimes. Para a consumação delitiva é desnecessária a prática de qualquer crime, tendo em vista a autonomia do delito de quadrilha.

⁴² **Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2009, p. 41.

Considerando que a consumação do crime de quadrilha se dá no momento da associação, independentemente da efetiva prática de qualquer delito, sendo, portanto, considerado crime de perigo abstrato, adverte Miguel Reale Junior:

A paz pública só é objeto de uma situação de perigo se houver uma reunião propensamente estável de quatro ou mais pessoas, não menos, visando a cometer crimes, da mesma natureza ou de diversas espécies. É necessário que haja a probabilidade de ser atingida a paz pública, que se visa a tutelar, pelo que é indiferente o simples acordo visando a de modo estável vir a cometer crimes, pois não passaria de mera *cogitatio*, sem qualquer ofensividade.

Apesar do momento consumativo do crime de formação de quadrilha ou bando ser o momento associativo, é preciso, na prática, muito mais do que o simples acordo entre os agentes, como esclarece Heloísa Estellita ao citar as conclusões da tese de doutorado apresentada por Antonio Sergio Altieri de Moraes Pitombo⁴³. Isso porque, somente a descoberta de atos e ações da quadrilha, voltados à prática de inúmeras infrações penais, pode apontar com firmeza para a existência material da quadrilha, pois, se assim não o fosse, seria punida a mera especulação quanto à prática indeterminada de crime.

Quanto à tentativa, conforme entendimento doutrinário majoritário, tem-se que seria inviável, tendo em vista que o núcleo associar-se não permite fracionamento. Em outras palavras, ou houve a associação e o crime está consumado ou a associação não ocorreu, sendo que a conduta do agente não passou de mera intenção ou mesmo de atos preparatórios impuníveis.

Deve-se destacar que o próprio crime de formação de quadrilha ou bando, tal como previsto no ordenamento jurídico brasileiro, cuida de punir atos preparatórios, atividades preparatórias e prévias à prática de delitos diversos e indeterminados. Além disso, em se tratando de um crime de perigo abstrato e de natureza formal, a doutrina majoritária entende que a possibilidade de tentativa equivaleria à “tentativa da tentativa, ao perigo do perigo”⁴⁴.

⁴³ **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 21.

⁴⁴ TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. **Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2009, p. 50.

Ademais, afora das dificuldades lógicas em se admitir a tentativa de atos preparatórios, afetar-se-ia duplamente a regularidade das disposições penais, já excepcionalmente afetada pela punição de atos preparatórios⁴⁵.

Em sentido oposto, os doutrinadores que entendem ser admissível, ao menos do ponto de vista teórico, a tentativa do crime de formação de quadrilha ou bando, sustentam que seriam punidos os atos que precedem a organização da quadrilha, que cuidam da sua prévia instrumentalização e da necessária captação de recursos.

De todo modo, a doutrina majoritária e a jurisprudência caminham no sentido de não ser admitida a tentativa do crime de formação de quadrilha ou bando, sendo que as discussões doutrinárias acerca do tema tratam da questão tão somente do ponto de vista dogmático, sem enfrentar a problemática envolvida em sua aplicabilidade.

2.2 Concurso de Crimes

Não obstante a autonomia do crime de formação de quadrilha ou bando e sobretudo a intenção do legislador de punir tal conduta de forma antecipada, a fim de resguardar previamente quaisquer lesões a outros bens jurídicos penalmente tutelados, fato é que, por vezes, os membros do grupo chegam a cometer os delitos previamente estabelecidos no programa criminoso.

Aliás, em se tratando de um delito cuja prova de sua existência é de difícil demonstração - cabendo ao Órgão Acusatório descrever, com a devida cautela, crimes reais e concretos que poderiam ser cometidos pela quadrilha -, na maioria das vezes a investigação e a descoberta da existência da quadrilha são feitas a partir do rastreamento dos crimes já praticados pela associação.

E, diante da pluralidade de condutas criminosas praticadas pelos integrantes da quadrilha, deve-se enfrentar a questão do concurso de crimes, atentando-se, também, para a efetiva participação de cada um dos membros nos variados delitos que tiverem sido praticados pela quadrilha.

⁴⁵ TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. **Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2009, p. 51.

Em regra, os integrantes da quadrilha são responsabilizados, em concurso material, pelos crimes previamente estabelecidos no programa criminoso e que realmente forem praticados. Todavia, para que os integrantes venham a ser responsabilizados pelos demais crimes, é imprescindível que tenham concorrido para os resultados alcançados.

Com efeito, a autonomia do crime de quadrilha também se apresenta em relação a cada um dos delitos praticados por seus integrantes. Admitir-se que os integrantes da associação fossem condenados pelos demais crimes simplesmente em razão de fazerem parte da mesma quadrilha equivaleria a responsabilizá-los objetivamente pela prática delitiva.

Conforme Nelson Hungria, se praticado algum crime planejado pela quadrilha ou bando, mas do qual não tenha participado moral ou materialmente alguns dos associados, somente os executores ou efetivos partícipes responderão, em concurso material entre o crime praticado e o delito de quadrilha. Os demais, apenas por este⁴⁶. Ou seja, o simples fato de integrar a quadrilha não significa automaticamente que responderá por todos os crimes que vierem a ser praticado pela associação, a responsabilidade dependerá se o integrante da quadrilha contribuiu para o resultado dos demais crimes praticados.

Sobre a concorrência entre o crime previsto no artigo 288 do Código Penal e o concurso de crimes, observa Luiz Regis Prado

que, se todos os associados elaboraram o plano, mas nem todos participaram da prática do crime, somente aqueles que de ambos fizeram parte responderão por concurso material. Os outros serão responsabilizados somente pelo delito de quadrilha ou bando. Outrossim, há que ser observado que o delito de quadrilha ou bando subsiste mesmo que haja incidência do concurso de pessoas no delito em seguida praticado. Ou seja, se os componentes da quadrilha ou bando estiverem associados com o intuito de praticar roubos ou furtos, por exemplo, ter-se-á a aplicação dos artigos 288 e 157, § 2º, II, ambos do Código Penal. Isso porque o delito de quadrilha ou bando é autônomo, como já frisado anteriormente. Como bem se ensina, o delito é autônomo 'não somente diante da coparticipação, mas sim em relação a cada um dos delitos cometidos por cada associado'⁴⁷.

⁴⁶ **Comentários ao Código Penal**, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. IX, p. 179.

⁴⁷ **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo: Editora RT, 2006, v. 3, p. 608/609.

Com relação ao posicionamento de Luiz Regis Prado, importante apresentar crítica formulada por José da Silva Junior e Guilherme Madeira Dezem⁴⁸, que explicam que, nos exatos termos do que dispõe o artigo 31 do Código Penal, o integrante que atou na fase de ajuste e preparação do crime, em unidade de desígnios com a quadrilha, também deverá responder em concurso material pelo crime autônomo. Diferentemente do que pretende Luiz Regis Prado, observam ser desnecessário que o agente tenha participado ativamente da execução dos demais crimes, desde que reste demonstrado ter atuado ativamente na fase de planejamento dos crimes autônomos praticados.

Em síntese, caso a quadrilha ou bando venha efetivamente a cometer crimes, haverá concurso material entre a quadrilha e os demais delitos praticados, contudo, somente responderão por estes os integrantes da quadrilha que tiverem concorrido para a prática dos demais delitos.

É de se destacar que, em tema de concurso de crimes, essa não é a única divergência doutrinária sobre a matéria. As questões envolvendo a compatibilidade entre o instituto do crime continuado e a formação de quadrilha também não encontram solução pacífica na doutrina.

A doutrina majoritária admite a constituição de uma associação para a prática de crimes, ainda que ligados pelo nexos da continuidade delitiva. Para melhor compreensão da referida corrente, deve-se lembrar que o crime continuado representa uma multiplicidade delitiva que é considerada crime único, em benefício do réu, tão somente para fins de aplicação da pena⁴⁹.

Segundo entendimento doutrinário majoritário, como o crime continuado, além de ser considerado uma ficção jurídica, evidencia uma pluralidade de delitos praticados pelo agente, nada impediria a existência de uma quadrilha, eis que a reunião dos agentes teria por

⁴⁸ **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência.** 8ª edição. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 1358/1359.

⁴⁹ Alberto Silva Franco bem resume o conceito de crime continuado: “o crime continuado tem inquestionável parentesco com o concurso material de crimes, na medida em que comporta, em verdade, uma pluralidade de ações e uma pluralidade de crimes. No entanto, razões de política criminal influíram no sentido de reservar ao crime continuado um tratamento punitivo especial. É que a pluralidade dos delitos praticados evidencia, no caso, a existência de um vínculo de continuidade entre esses delitos, o que acarretaria menor reprovabilidade do agente” (Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência. 8ª edição. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 393).

finalidade a prática de crimes (no plural) – que, por razões de política criminal, serão unificados quando da aplicação da pena.

Também nesse sentido, José Lafaiti Barbosa Tourinho, em termos de efetividade prática, esclarece que “o integrante da quadrilha responderá pelo delito previsto no art. 288 do Código Penal, em concurso material com os vários delitos por ele praticados, aplicando-se a estes a regra do crime continuado, desde que preenchidos os seus requisitos legais”⁵⁰.

Por outro lado, a corrente doutrinária minoritária, acompanhada por Delmanto⁵¹, observa que o Direito Penal não pode adotar “dois pesos e duas medidas” para situações idênticas. Isso porque, seria inviável admitir o crime continuado com um único crime para efeito de aplicação da pena e, ao mesmo tempo, não o considerar como crime único para configuração do crime de quadrilha. Salienta ainda o autor que, não obstante o instituto seja de fato uma ficção jurídica, foi criado e inserido no diploma penal brasileiro pelo próprio legislador.

Não fosse o bastante, ainda há outro aspecto relacionado ao concurso de crimes que também divide as opiniões dos doutrinadores brasileiros. A ocorrência ou não de *bis in idem* quando há o concurso com as figuras qualificadas, seja qualificada pelo emprego de arma⁵² ou pelo concurso de pessoas.

Aqueles que entendem não restar configurado *bis in idem* justificam o seu posicionamento afirmando que os bens jurídicos tutelados – pelo crime de quadrilha e pelo crime independente – são distintos, assim como os objetos jurídicos e a essência dos delitos. A título de exemplo, o crime de quadrilha é um crime de perigo abstrato, que tem como bem jurídico tutelado a paz pública e que atinge toda a coletividade, enquanto o crime de roubo qualificado é um crime de dano e que se volta contra vítima determinada.

Ainda, consignam que os membros de uma quadrilha armada tanto podem cometer o crime autônomo, como, por exemplo, o crime de roubo, sem o emprego de armas,

⁵⁰ **Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2009, p. 61/62.

⁵¹ **Código Penal Comentado**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 823.

⁵² Art. 288 - *Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de um a três anos. (Vide Lei 8.072, de 25.7.1990) Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.*

quanto cada um deles pode praticá-lo em concurso com terceiros, todos estranhos ao bando. Sendo assim, ambas as qualificadoras (concurso de agentes e com emprego de arma de fogo) poderiam coexistir harmonicamente com o crime de quadrilha.

Em sentido oposto, os doutrinadores que sustentam a ocorrência do *bis in idem* visualizam que os agentes estariam sendo punidos duas vezes em razão da mesma circunstância, em outras palavras, a reunião de pessoas estaria servindo para configurar o crime de quadrilha e também para qualificar os crimes que vierem a ser praticados por ela. De acordo com tais doutrinadores, não seria admissível o concurso do crime de quadrilha ou bando com qualquer outra infração penal em que o concurso de pessoas é utilizado como qualificadora ou majorante.

Posição intermediária, na esteira de julgados do E. Supremo Tribunal Federal⁵³, aponta não ser viável a aplicação da qualificadora no caso de concurso de agentes, todavia, admite a aplicação da qualificadora relacionada ao emprego de arma de fogo.

53

EMENTA: A qualificação do crime de roubo, por concurso de agentes (art. 157, parágrafo 2, ii, do cod. penal), e incompatível com a cumulação da pena por delito de quadrilha (art. 288). o mesmo não sucede, todavia, relativamente a cumulação de qualificadora pelo emprego de arma (art. 157, parágrafo 2, i), com a condenação pelo crime de quadrilha armada (art. 288, parágrafo único). subsistindo, no caso concreto, a imposição de uma das causas do aumento (uso de armas), a situação do paciente não comporta efeito útil e liquidez suficientes, para a concessão da ordem de ofício, no sentido de excluir, o aumento da pena, como proposto pelo Ministério Público federal. recurso provido, para anular-se o acórdão recorrido, que não se mostra adequado ao pedido do impetrante e determinar-se que outro seja proferido, apreciando o fundamento da impetração inicial (direito de aguardar, em liberdade, o julgamento da apelação). (RHC 64772, Relator: Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 01/04/1987, DJ 10-08-1989)

EMENTA: Recurso ordinário em habeas corpus. Paciente condenado a 14 anos e 2 meses de reclusão por formação de quadrilha, roubo circunstanciado (duas vezes), sequestro e cárcere privado (duas vezes). Continuidade delitiva não configurada. Necessidade de unidade de desígnios. Reexame de fatos e provas. Via estreita do HC imprópria. **Quadrilha armada e roubo circunstanciado pelo emprego de arma. Bis in idem. Inocorrência.** (...) 2. **As condenações por roubo circunstanciado pelo emprego de arma e por quadrilha armada não configuram o vedado bis in idem, em face da autonomia dos crimes, bem como das circunstâncias que os qualificam. Precedentes.** 3. A tese de que a retenção da vítima em seu próprio veículo durante o roubo não configura o crime de sequestro não foi apreciada nas instâncias antecedentes, inviabilizando sua análise nesta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. 4. Conforme narrado na denúncia, as vítimas foram privadas momentaneamente de sua liberdade, sendo, contudo, postas espontaneamente em liberdade pelos roubadores tão logo assegurada a posse mansa e pacífica das res furtivae, o que enseja, nos termos do que dispõe o parágrafo único do art. 2º do ordenamento penal, a aplicação da novatio legis in melius, com o reconhecimento da figura única do roubo qualificado, na forma prevista no inciso V do § 2º do art. 157 do CP, introduzido pela Lei nº 9.426/96. 5. Recurso ordinário a que se nega provimento. Ordem de habeas corpus concedida de ofício. (RHC 102984, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011, DJe 09-05-2011)

Por fim, porém ainda no que tange à dupla incriminação em razão da prática de um mesmo crime, deve-se salientar que a doutrina majoritária, senão pacífica, reconhece a possibilidade de um mesmo agente ser responsabilizado penalmente duas ou mais vezes pelo delito de quadrilha ou bando, quando, cessada a permanência inerente ao crime, retorna a associar-se a três ou mais pessoas com a finalidade de cometer crimes. Neste aspecto, a controvérsia reside em aferir o momento exato em que cessou a permanência da associação, principalmente quando o agente voltar a integrar a mesma quadrilha.

2.3 Diferenças entre o crime de quadrilha e o concurso de pessoas

A principal distinção entre a quadrilha ou bando e o mero concurso de agentes consiste na estabilidade ou permanência, requisitos essenciais para a configuração do crime previsto no artigo 288 do Código Penal. Enquanto a reunião de agentes no crime de quadrilha exige caráter de estabilidade, ou seja, deve haver sentido de continuidade da quadrilha na prática de crimes, no concurso de agentes há apenas uma união eventual e momentânea.

Além disso, no concurso de agentes basta um transitório e ocasional encontro de vontades visando à prática de determinado crime. Já, para tipificação do crime de quadrilha é fundamental a presença do elemento subjetivo reclamado pelo tipo penal, do denominado dolo específico, consistente na intenção de se associar com a finalidade de praticar crimes indeterminados.

Por oportuno, destaque-se que essa característica também configura o traço distintivo de maior relevo entre o crime de formação de quadrilha ou bando e a criminalidade de empresa.

Diferentemente do mero concurso de pessoas, em que se pune a conduta apenas quando houver a concretização do delito, no crime de quadrilha não se exige que a prática efetiva de nenhum delito, sendo punida a simples associação de mais de três pessoas para fins criminosos.

Ademais, o crime a ser praticado pelos integrantes da quadrilha deve necessariamente ser um crime doloso, tendo em vista a associação de pessoas visando à prática de infrações penais não se coaduna com o instituto do crime culposos. Por outro lado,

para caracterização do concurso de pessoas admite-se a prática de crime culposo, bem como a tentativa de crime doloso.

Neste tópico é pertinente a assertiva de Antonio Sergio Altieri de Moraes Pitombo, que afirma que para configuração do crime de quadrilha é “preciso muito mais do que um simples acordo entre os agentes”. Deve-se observar se a união tem como característica estabilidade ou permanência, bem como se a finalidade dos agentes é a prática de indeterminados crimes.

De forma sintética, esses são os principais traços que diferenciam o crime de formação de quadrilha ou bando, previsto no artigo 288 do Código Penal, do simples concurso de pessoas, previsto no artigo 29 do referido diploma legal:

- a) Enquanto a estabilidade ou a permanência é traço essencial da quadrilha ou bando, a precariedade e a limitação temporal são características essenciais do concurso eventual de agentes;
- b) Enquanto no crime de quadrilha ou bando os crimes a serem praticados são indeterminados e plurais, no concurso eventual de agentes há a união para a prática de determinado crime;
- c) Enquanto o crime de quadrilha ou bando é autônomo e independe da prática de qualquer crime, no concurso de agentes é necessária, pelo menos, a tentativa de algum crime;
- d) O concurso de agentes, excetuando-se as particularidades da participação, pode ter por finalidade a prática de crimes dolosos ou culposos, enquanto o crime de quadrilha ou bando, assim como os demais tipos plurissubjetivos, tem sempre por finalidade a prática de crimes dolosos.

3 O CRIME ORGANIZADO

A existência de organizações criminosas, não obstante tenha ganhado maior relevo atualmente, não é um fenômeno da atualidade. A primeira manifestação da criminalidade organizada é representada pelas Tríades Chinesas, que iniciaram sua atuação em 1644, porém passaram a agir de forma mais significativa a partir de 1842. A Yakusa japonesa teve forte atuação no Japão feudal ao longo do século XVIII, enquanto a Máfia Italiana surgiu no ano de 1812 e alastrou-se para os Estados Unidos da América no século XX.

Aponta-se que a atuação do “cangaço”, grupo dirigido por Virgulino Ferreira da Silva, conhecido como “Lampião”, seria a manifestação mais remota do crime organizado no Brasil. Posteriormente, a prática delitativa organizada se desenvolveu com as ações dos grupos relacionados aos jogos ilegais e dos traficantes de drogas, de pessoas e de animais silvestres.

As formas de manifestação do crime organizado sofrem variações não só no tempo, como também no espaço e nas realidades sociais em que se desenvolvem. Na Itália, por exemplo, a criminalidade organizada é comumente identificada como a máfia e grupos similares; em Portugal está associada aos crimes contra o sistema financeiro nacional; na Espanha possui uma identidade que mais se assemelha ao terrorismo.

Embora não seja um fenômeno recente, a complexidade da sociedade contemporânea, os avanços tecnológicos e a globalização aperfeiçoaram as ações das organizações criminosas, gerando novos riscos e sentimentos de insegurança. Nesse cenário, a comunidade jurídica mundial passou a buscar mecanismos de prevenção e repressão aos chamados crimes organizados, a fim de garantir a necessária tranquilidade social e evitar que a criminalidade organizada alcançasse patamares inaceitáveis, sob pena de enfraquecimento das próprias estruturas estatais face à estrutura das organizações criminosas.

No Brasil, como se verá a seguir, não obstante seja signatário da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (também conhecida como Convenção de Palermo), não há previsão específica do crime de organização criminosa, tampouco há definição do que seria a delinquência organizada. Por outro lado, a Lei nº 9.034,

de 03 de maio de 1995, dispõe sobre os meios operacionais para prevenção e repressão das ações praticadas por organizações criminosas, sem, no entanto, *prever nenhuma espécie típica que possa merecer essa qualificação*⁵⁴.

Conforme se demonstrará nos tópicos abaixo, a Lei n° 9.034, de 03 de maio de 1995, não define com precisão a denominada organização criminosa, dificultando, senão impedindo a sua aplicação em casos concretos. Nas palavras de Luiz Regis Prado, tal deficiência seria decorrente do que fato de que “no Brasil há certa tradição em se permitir que os anseios sociais interfiram de modo decisivo na atividade legislativa do país, especialmente no tocante ao Direito Penal, usualmente tomado como panaceia das endemias sociais e utilizado de forma meramente simbólica, como instrumento jurídico primeiro para soluções de problemas”.

3.1 Tipicidade e Conceito

O ponto de partida para o estudo do crime organizado é a sua definição. Contudo, mesmo existindo uma lei que trate justamente das organizações criminosas, até agora o ordenamento jurídico brasileiro não tipificou o crime organizado. Aliás, nem mesmo nos outros diplomas que tratam do tema, como é o caso da Lei Complementar n° 105/2001, da Lei° 11.343/2006 e da Lei n° 9.613/1998, há definição do que seria uma organização criminosa.

Luiz Flavio Gomes, em obra crítica sobre o tema, afirma que:

Não existe em nenhuma parte do nosso ordenamento jurídico a definição de organização criminosa. Cuida-se, portanto, de um conceito vago, totalmente aberto, absolutamente poroso. (...). Organização criminosa, portanto, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro é uma alma (um enunciação abstrata) em busca de um corpo (de um conceito normativo, que atenda ao princípio da legalidade)⁵⁵.

O Projeto de Lei n° 3.516/1989 que deu origem à Lei n° 9.034/1995 definia organização criminosa da seguinte forma: “aquela que, por suas características, demonstre a

⁵⁴ DOTTI, René Ariel e SCANDELARI, Gustavo Britta. **Ausência do Tipo Penal de Organização Criminosa na Legislação Brasileira**. Revista dos Tribunais - Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, vol. 6, p. 1125, Jul/2010, 2011DTR\2010\624.

⁵⁵ **Crime Organizado: o que se entende por isso após a edição da Lei n. 10.217, de 11.04.2001? – Apontamentos sobre a perda da eficácia de grande parte da Lei n. 9.034/95**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano II, n. 11, Dez/Jan 2002, p. 12.

existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional e/ou internacional”.

Entretanto, como explica Antonio Scarance Fernandes⁵⁶, a Lei seguiu caminho próprio, não definiu organização criminosa, não definiu o que seria o crime organizado, desprezando a linha seguida pelo projeto. O legislador preferiu deixar em aberto os tipos penais configuradores do crime organizado, mas, ao mesmo tempo, previu que qualquer delito pudesse sê-lo, bastando que decorresse de ações de quadrilha ou bando.

Considerando que a Lei n° 9.034/1995 abrangeu crimes que representavam pequena ofensa social, não merecendo o tratamento mais gravoso e diferenciado destinado às organizações criminosas, foi editada a Lei n° 10.217/2001, que distinguiu quadrilha ou bando de organização criminosa, mas, em contrapartida, continuou a equiparar o tratamento que poderia ser dispensado a tais crimes. Não fosse o bastante, o referido diploma legal tornou a redação do artigo 1° da Lei n° 9.034/1995 ainda mais confusa, além deixar novamente de tipificar organização criminosa.

A despeito da indefinição legal, doutrinariamente é possível apontar que as características fundamentais para definição das organizações criminosas, de modo geral, são as seguintes: estruturação empresarial na forma piramidal, com grande poder concentrado nas mãos dos líderes, os quais não mantêm contato direto com as bases; poder elevado de corrupção e de intimidação interna ou externa; uso de sistemas de lavagem de dinheiro para legalizar as vultosas somas obtidas com as práticas delituosas; a regionalização ou a internacionalização da organização; e o uso de modernas tecnologias⁵⁷.

Luiz Regis Prado⁵⁸, de forma simplificada, conceitua organização criminosa como verdadeiras estruturas “empresariais”, determinadas pelo agrupamento de indivíduos hierarquicamente organizados e com funções claras definidas, cuja finalidade é a prática delitiva reiterada. De acordo com o citado autor, as estruturas das organizações criminosas não atendem a um padrão uniforme, homogêneo; ao contrário, variam de acordo com a origem, as atividades e o grau de desenvolvimento alcançado pela organização criminosa.

⁵⁶ **O Equilíbrio entre Eficiência e Garantismo e o Crime Organizado.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 70, p. 229, jan/2008.

⁵⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. **O Equilíbrio entre Eficiência e Garantismo e o Crime Organizado.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 70, p. 229, jan/2008.

⁵⁸ **Crime Organizado e Sistema Jurídico Brasileiro: a questão da conformação típica.** Revista dos Tribunais – Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, vol. 6, p. 1033, Jul 2011.

Outra definição de organização criminosa que merece destaque é aquela apresentada por Alberto Silva Franco, que esclarece tratar-se de crime de maior gravidade e que atingiria a própria estabilidade e confiança no Estado:

O crime organizado possui uma textura diversa: 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 delinquentiais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exhibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os poderes do próprio Estado⁵⁹.

Deve-se apontar que existem doutrinadores que sustentam não ser possível conceituar crime organizado, como é o caso de Gamil Föppel El Hireche⁶⁰, que afirma que a multiplicidade de definições, por si só, inviabilizaria conceituação científica do tema. Prossegue o citado autor no sentido de que não haveria criminalidade organizada, havendo, na verdade, tão somente quadrilhas ou bandos.

Há, ainda, entendimento doutrinário no sentido de que não seria conveniente definir-se organização criminosa por meio de conceitos estritos ou mesmo exemplos de condutas criminosas, pois isso implicaria um engessamento do conceito de organização criminosa, o que não seria recomendável diante da característica dessas organizações de ser extremamente amplo e mutável.

Esse último entendimento, ainda que minoritário, recebe críticas de grande parte da doutrina, Luiz Regis Prado⁶¹, por exemplo, concorda não ser recomendável elaborar um conceito que culmine no estreitamento de seu âmbito de atividades, porém aponta que isso não significa ser impertinente delimitá-la conceitualmente, sobretudo para ser evitar que haja

⁵⁹ **Crimes Hediondos**, 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

⁶⁰ HIRECHE, Gamil Föppel El. **Análise criminológica das Organizações Criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 25.

⁶¹ **Crime Organizado e Sistema Jurídico Brasileiro: a questão da conformação típica**. Revista dos Tribunais – Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, vol. 6, p. 1033, Jul 2011.

um arbítrio excessivo do aplicador do Direito ao decidir o que configuraria ou não organização criminosa.

O fato é que não há consenso doutrinário acerca da tipificação de crime organizado, especialmente após a alteração introduzida pela Lei nº 10.217/2001, sendo que a única premissa que se extrai de forma uníssona do ordenamento jurídico pátrio é que o crime de quadrilha ou bando não se confunde com organização criminosa.

E mais, como aponta Heloísa Estellita⁶², a ausência de definição legal de crime organizado dificulta a aplicação dos demais dispositivos jurídicos penais e processuais penais. A autora afirma que embora não se exija, para fins de aplicação dos demais dispositivos, a tipificação de organização criminosa, é imprescindível que haja uma definição legal de organização criminosa.

Ainda nessa esteira, importante salientar que o tema também é muito discutido no Congresso Nacional, sendo que atualmente há em tramitação um projeto de lei, substitutivo ao PL nº 1.353/1999, que busca definir organização criminosa, sugerindo a criação de novo tipo penal, que teria a seguinte redação:

Organização Criminosa

Art. 288-A. Associarem-se três ou mais pessoas, em grupo organizado, de forma estruturada, com divisão de tarefas e continuidade de propósitos, para o fim de cometer crime cuja pena máxima cominada seja igual ou superior a quatro anos.

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos e multa.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um terço à metade se o agente promove, institui, financia ou chefia a organização criminosa.

Portanto, até o presente momento não há um tipo penal, tampouco uma fixação legal do conceito de crime organizado. A própria doutrina não estabeleceu, de forma uniforme, um conceito válido de crime organizado, o que torna esse um dos temas mais tormentosos do Direito Penal Brasileiro. Aliás, a existência de vários projetos de lei visando justamente à definição legal de organização criminosa também retrata a insegurança jurídica trazida por essa lacuna legislativa.

⁶² **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 61.

Por fim, quanto à definição doutrinária de crime organizado, vislumbra-se que o conceito varia conforme a visão daquele que o estuda e o momento em que faz sua reflexão, mantendo, outrossim, identidade quanto aos seus aspectos principais e suas características determinantes, tais como: o grande número de membros, a forma estrutural de atuação e a persistência de suas atividades.

3.2 A busca por um conceito legal de crime organizado e a Convenção de Palermo

Paralelamente a edição das leis brasileiras que tratam da prevenção e repressão às organizações criminosas, o Presidente da República, em 12 de março de 2004, através do Decreto nº 5.015, ratificou e promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (também conhecida como Convenção de Palermo).

A Convenção ou Tratado de Palermo, da qual o Brasil é signatário, é resultante da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional realizada na Itália entre os dias 12 e 15 de novembro de 2000 e está em vigor, internacionalmente, desde 29 de setembro de 2003. A Convenção de Palermo tem por finalidade promover a cooperação entre os estados signatários para prevenir e combater de forma mais eficaz a criminalidade organizada transnacional.

O artigo 2º, letra “a”, da Convenção de Palermo, traz o conceito de organização criminosa transnacional, definindo-a como um “grupo estruturado composto por 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”. Deve-se salientar que a finalidade econômica requerida pelo conceito de organização criminosa transnacional objetiva diferenciá-las dos grupos terroristas, cuja motivação é, sobretudo, de cunho ideológico e não econômico.

Para viabilizar a aplicação do conceito legal contido no referido artigo de lei, a Convenção de Palermo apresenta também notas explicativas ao conceito de organização criminosa, esclarecendo, entre outros aspectos, que serão consideradas infrações graves aquelas punidas com pena privativa de liberdade superior a quatro anos.

Ainda que a Convenção de Palermo cuide exclusivamente de grupos organizados transnacionais, parcela da doutrina sustenta que atualmente haveria um conceito legal de criminalidade organizada, uma vez que as disposições do referido tratado foram incorporadas no Direito Brasileiro por meio do Decreto nº 5.015. Guilherme Madeira Dezem⁶³ afirma ser razoável admitir a integração desta norma no ordenamento jurídico pátrio como forma de identificação do conteúdo da criminalidade organizada, tendo em vista tratar-se do mesmo fenômeno, porém com diferença espacial de atuação. Contudo, a aplicabilidade do conceito previsto na Convenção de Palermo não é pacífica na doutrina e jurisprudência brasileiras, conforme será demonstrado adiante.

Ademais, não obstante a Convenção de Palermo traga um conceito de organização criminosa, ainda existem indefinições no interior da própria convenção. Isso porque, ao traçar diretrizes gerais para a cooperação entre os Estados-Partes na repressão da criminalidade organizada, a Convenção de Palermo também apresenta incongruências, como, por exemplo, ao exigir que o grupo seja estruturado (art. 2, “a”) e, na sequência, explicar que o grupo estruturado não precisa ter uma estrutura elaborada, nem seus membros precisam ter funções definidas, e muito menos, continuidade na composição.

Com efeito, em se tratando de um documento internacional e que tem por finalidade estabelecer diretrizes gerais a serem adotadas pelos Estados-Partes, é admissível que apresente eventuais indefinições, haja vista que competirá aos signatários criar diplomas penais específicos, de acordo com os respectivos sistemas jurídicos, para tratar com especial atenção a problemática da criminalidade organizada.

Cabe assinalar que, a par das discussões doutrinárias acerca da aplicação prática do conceito legal previsto na Convenção de Palermo, a definição de organização criminosa nela contida diferencia ainda mais os crimes de quadrilha ou bando do chamado crime organizado, reforçando a ideia de que são institutos jurídicos distintos e merecem, por conseguinte, tratamento jurídico penal distinto.

De todo modo, como não há no sistema nenhuma conceituação aceitável de organização criminosa, tampouco de crime organizado⁶⁴, é possível, ainda que a título *de lege*

⁶³ **Legislação Penal Especial**. Vol. II, 2ª edição. São Paulo, Premier Máxima, 2008, p. 332/333.

⁶⁴ As expressões criminalidade organizada, organização criminosa e crime organizado são expressões interligadas, embora não tenham significado idêntico.

ferenda, fazer referência à Convenção de Palermo para buscar contornos mais precisos do que seria organização criminosa.

3.2.1 A Convenção de Palermo e a sua aplicabilidade no Direito Brasileiro

A ratificação e promulgação, pelo Decreto nº 5.015/2004, da Convenção de Palermo instaurou verdadeira celeuma na doutrina e jurisprudência pátria, posto que alguns passaram a entender que a norma internacional seria apta a suprir a lacuna legislativa quanto à definição de organização criminosa, enquanto alguns foram mais além e passaram a entender que onde o legislador diz ‘quadrilha ou bando’ passaram a ler o art. 2º, “a”, da Convenção de Palermo.

Parcela da doutrina, liderada por René Ariel Dotti, Heloísa Estellita, Luiz Flavio Gomes e Luciano Feldens, passou a criticar severamente a utilização da Convenção de Palermo para suprir as lacunas legislativas brasileiras.

Heloísa Estellita assevera que o “conceito da Convenção não goza, ademais, de acessibilidade e previsibilidade, exigências decorrentes do mandato constitucional de 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”⁶⁵. Em se tratando de matéria penal e que restringe direitos fundamentais, exige-se o máximo respaldo democrático possível na criação de regras que comprimam de forma severa a liberdade individual.

Ainda, Heloísa Estellita ressalta que “a indefinição do conceito afigura-se como insuportável e insustentável porque violadora do princípio da legalidade penal no seu mais amplo sentido (e não exclusivamente no sentido estrito traduzido pela máxima *nullem crimen, nulla poena sine lege*): um princípio – o da legalidade de toda a matéria penal”.

Também nesse sentido, René Ariel Dotti⁶⁶ sustenta que a adoção do conceito de organização criminosa contido na Convenção de Palermo afronta o princípio da legalidade e, por conseguinte, os anseios do Estado Democrático de Direito, tendo em vista a indevida

⁶⁵ **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 85.

⁶⁶ **Ausência do Tipo Penal de Organização Criminosa na Legislação Brasileira**. Revista dos Tribunais - Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, vol. 6, p. 1125, Jul/2010, 2011DTR\2010\624.

criminalização de condutas através de decretos e não de lei resultante do devido processo legislativo. De acordo com Dotti, admitir que a convenção pudesse criar, no Brasil, o crime de organização criminosa equivaleria admitir, indiretamente, que o Presidente da República pudesse tratar de Direito Penal em sede de medida provisória.

Em sentido contrário, Guilherme Madeira Dezem⁶⁷ entende que a fato de um Decreto tratar de matéria penal não configuraria ofensa ao princípio da legalidade, posto que, com exceção dos tratados e convenções que versem sobre Direitos Humanos, os demais tratados, inclusive a Convenção de Palermo, adentrariam o sistema jurídico com natureza jurídica de lei ordinária.

A jurisprudência também não é pacífica, tampouco analisou com a devida cautela a influência deste tratado no conceito de crime organizado, conforme ilustrado no julgado do Superior Tribunal de Justiça e no voto-vista no Ministro Nilson Nilson Naves abaixo colacionados:

PENAL. HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. LAVAGEM DE DINHEIRO. CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DEFINIDO NA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL (CONVENÇÃO DE PALERMO). DECRETO LEGISLATIVO Nº 231, DE 29 DE MAIO DE 2003 E DECRETO N.º 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. INICIAL ACUSATÓRIA QUE APONTA FATOS QUE, EM TESE, CARACTERIZAM O CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E PERMITE O EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. MEDIDA EXCEPCIONAL. ORDEM DENEGADA.

1. O conceito jurídico da expressão organização criminosa ficou estabelecida em nosso ordenamento jurídico com o Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004, que promulgou o Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo).

Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. Nos termos do art. 2, "a", da referida Convenção, o conceito de organização criminosa ficou definido como sendo o "grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material".

(...)

⁶⁷ **Legislação Penal Especial**, vol. II, 2ª edição. São Paulo, Premier Máxima, 2008, p. 332/333.

5. Habeas corpus denegado.

(HC 138.058/RJ, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado Do Tj/Ce), Sexta Turma, julgado em 22/03/2011, DJe 23/05/2011)

“O que são organizações criminosas? Singularmente, o que é uma organização criminosa? A lei não a definiu. Inexiste conceito legal de crime organizado, que é mais do que 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. (...) Sucede que, se um injusto é mais do que o outro, que se não confundem, ou se há de tratar de quadrilha ou bando, ou se há de tratar de organização criminosa; já que a imputação, e de forma bem objetiva, tratou da quadrilha ou bando, sei lá se, no caso, poder-se-ia tratar, também, de organização criminosa, ainda que para o fim de aplicação de institutos processuais. Seja como for, o que me ocorre mesmo, tais os conceitos do voto de origem vencido, é que há, na denúncia, no tópico sobre organização criminosa, alguma imoderação, pois que, segundo o que vem doutrinariamente sendo escrito, a organização pressupõe coisas assim: criminalidade difusa, violência, intimidação, internacionalidade, etc”. (Voto-vista do Ministro Nilson Naves no julgamento do HC n° 69.694 – SP)

Igualmente frise-se que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que Convenção Internacional não poderá tipificar delitos para efeito de observância das novas figuras delituosas no plano interno, porque essa função incumbe constitucionalmente à lei, eis que cláusulas de tipificação penal estão sujeitas ao postulado da reserva constitucional da lei em sentido formal (STF, HC 92.598).

Há, ademais, outro aspecto tratado por aqueles que entendem que o conceito previsto na Convenção de Palermo não poderia ser aplicado imediatamente no ordenamento jurídico brasileiro. Sustentam que a própria Convenção estabelece inúmeras normas de *reserva de legislação*, segundo as quais a definição das infrações jurídicas nela tratadas, os meios jurídicos de defesa aplicáveis e outros princípios que regem a legalidade das incriminações são questões do foro exclusivo do direito interno de cada Estado-Parte, o que reforçaria o seu caráter puramente pragmático.

Em outras palavras, sustenta-se que a Convenção de Palermo estabeleceu apenas pautas pragmáticas para o exercício do poder (dever) de legislar em matéria de organizações criminosas, não tendo, a referida Convenção criado diretamente em nosso direito positivo um conceito de organização criminosa. Dessa forma, tendo em vista não restar

definida legalmente, a figura penal da organização criminosa inexistiria no ordenamento jurídico brasileiro, ou pelo menos, não seria aplicável.

A aplicabilidade dos conceitos trazidos pela Convenção de Palermo ainda não foi devidamente analisada pela jurisprudência pátria e, por outro lado, os poucos julgados que analisam diretamente o tema admitem a sua aplicação. De todo modo, a certeza que se tem é que, ao menos a título *de lege ferenda*, o conteúdo pragmático contido na Convenção de Palermo deverá ser levado em consideração pelo sistema jurídico-penal brasileiro.

3.3 Dos meios operacionais de investigação e prova

A Lei nº 9.034/1995, diante das particularidades das organizações criminosas, que tendem a atuar de forma a impedir a descoberta dos crimes praticados e dos membros que a compõem, principalmente os seus líderes, consagra uma séria de regras distintas daquelas utilizadas para investigação e persecução processual dos criminosos comuns, com vistas a combater com eficácia a criminalidade organizada e dar efetividade ao Direito Penal. A lei em referencia criou mecanismos especiais para descobrir as fontes de provas, conservá-las e permitir a produção diferenciada da prova para proteger vítimas, testemunhas e colaboradores.

Dentre os meios operacionais e diligências introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 9.034/1995, posteriormente acrescida pela Lei nº 10.217/2001, destacam-se a ação controlada, a infiltração policial, a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais e a delação premiada.

Algumas impropriedades contidas na legislação já foram corrigidas pelo Supremo Tribunal Federal por meio do controle difuso da constitucionalidade. Nesse sentido, reconheceu-se a inconstitucionalidade das regras que atribuíam ao magistrado o dever de realizar pessoalmente diligências que envolvessem a quebra de sigilo de dados e preservar, autuada em apartado, a prova resultante do material obtido. Isso porque, as novas regras instituídas feriam a mais importante garantia do devido processo legal, representada pela imparcialidade do juiz, haja vista que os magistrados têm competência para processar e julgar, mas não para investigar no âmbito extraprocessual.

Ainda no que diz respeito à inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, cumpre esclarecer que houve, em verdade, a consideração da inconstitucionalidade por inteiro do artigo 3º, porém não houve declaração formal, pois parte da lei já havia sido revogada pela Lei Complementar nº 105/01.

A ação controlada autorizada pela lei consiste no retardamento da prisão em flagrante, a fim de que a polícia possa obter maiores provas e informações sobre a organização criminosa. A ação controlada, também conhecida como flagrante retardado, é alvo de críticas da doutrina, haja vista que, diferentemente do que previa o projeto de lei, a legislação não previu a necessidade de autorização judicial (nem mesmo comunicação às autoridades judiciais), o que poderá fazer com que eventual frustração na ação controlada torne questionável a legalidade da prisão em flagrante retardada.

No que diz respeito à infiltração policial, referida técnica de investigação é resultante de obrigação assumida pelo Brasil quando da assinatura da Convenção de Palermo e depende necessariamente de autorização judicial. As regras de infiltração policial previstas na Lei nº 9.034/1995 não contemplam, diferentemente de outros ordenamentos jurídicos, a necessidade de demonstrar que a prova não poderia ser obtida de outra maneira, tampouco fixa limitação temporal para sua realização.

Quanto à captação e interceptação ambiental, também denominada como vigilância eletrônica, há expressa disposição no sentido de que é essencial autorização judicial, sendo que a decisão deverá conter de forma circunstanciada a quem se destina a interceptação ambiental, o local, a finalidade da medida e o seu tempo de duração. Este último, diferentemente das interceptações telefônicas e telemáticas, não conta com um prazo legal máximo de duração.

Eduardo Araújo da Silva⁶⁸ entende ser medida inconstitucional, porque a Constituição Federal prevê tão somente e excepcionalmente a interceptação telefônica, buscando, assim, proteger a intimidade e a vida privada dos indivíduos. Antonio Scarance Fernandes⁶⁹, por seu turno, afirma ser desarrazoado permitir a flexibilização do disposto na Lei nº 9.034/1995, como seria o caso da captação de imagens e diálogos nas residências dos investigados, uma vez que se estaria diante de uma grave restrição a direito fundamental e que

⁶⁸ **Crime organizado: procedimento probatório.** São Paulo: Atlas, 2003.

⁶⁹ **Equilíbrio entre a Eficiência e o Garantismo e o Crime Organizado.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 70, p. 229, Jan/2008.

exige cautela, o que é incompatível com a Lei n° 9.034/1995 que nem mesmo prevê o conceito de organização criminosa.

A legislação prevê ainda técnicas diferenciadas para colheita da prova testemunhal, que visam resguardar as vítimas e testemunhas e admitem a colheita de depoimentos a distancia, sem a presença efetiva do acusado. Essas regras devem ser vistas e aplicadas de forma a resguardar o direito constitucional da ampla defesa, que contempla a defesa técnica e autodefesa. Nesse aspecto, deve-se salientar que o Supremo Tribunal Federal entendeu que o interrogatório por videoconferência ofenderia o princípio da ampla defesa.

Outro instituto previsto expressamente na Lei n° 9.034/1995 é a delação premiada, que se trata de um acordo feito entre agente-colaborador, Ministério Público e defesa com a necessária homologação por parte do Poder Judiciário. A delação premiada deve estar relacionada com a prova dos autos em que o acordo for celebrado e não em outros autos, ainda que em trâmite perante o mesmo Juízo, sendo que a finalidade da colaboração é justamente auxiliar a autoridade pública a dismantelar a organização criminosa. Como consequência da delação premiada tem-se a redução obrigatória da pena de 1/3 a 2/3, variando de acordo com o grau de colaboração.

Os aspectos mais controvertidos e discutidos na jurisprudência pátria, sobretudo quanto à constitucionalidade, dizem respeito à prisão e liberdade. A Lei n° 9.034/1995, alterada nesse particular pela Lei n° 9.303/1996, passou a prever, de forma inovadora e positiva, o prazo máximo de 81 (oitenta e um dias) para o término da instrução processual quando o réu estiver preso.

Ademais, a Lei n° 9.034/1995 vedou a liberdade provisória para aqueles que “tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa”, não a vedando totalmente como ocorria com relação aos crimes hediondos. Além disso, proibiu a apelação em liberdade, sendo esta previsão inconstitucional, haja vista ofender diretamente o princípio constitucional da presunção de inocência, bem como o devido processo legal e o direito ao duplo grau de jurisdição.

Por fim, ainda no tocante à prisão e liberdade, a Lei n° 9.034/1995 impôs aos condenados por crime decorrente de organização criminosa o início do cumprimento de pena em regime fechado.

Feitas essas considerações, verifica-se que apesar da falta de definição do que seria crime organizado, a expressão “organização criminosa” é referida nessa e em outras leis para justificar graves restrições individuais, como a imposição de regime bastante rigoroso na execução penal, como é o caso do regime disciplinar diferenciado previsto no artigo 52 da Lei nº 7.210/84.

Como salienta Antonio Scarance Fernandes, as medidas previstas na Lei nº 9.034/1995 são, em sua maioria, importantes para investigação e repressão das modernas técnicas de criminalidade organizada, assim como a necessária especialização dos agentes responsáveis pela investigação e acusação. Todavia, de acordo com o citado autor, deve-se destacar que “a previsão de medidas especiais para uma repressão mais eficaz à criminalidade organizada não pode ocorrer em desrespeito ao núcleo essencial das garantias fundamentais”⁷⁰.

Noutro giro, Luiz Regis Prado⁷¹, expressando posição mais rigorosa, entende não se tratar, de forma alguma, de mitigação a direitos e garantias fundamentais, mas apenas uma restrição de alguns benefícios processuais a que fazem jus alguns indivíduos no contexto penal ou de execução, os quais não devem ser estendidos a todo e qualquer réu ou condenado, inclusive com vistas à garantia da ordem pública e da sociedade.

Manifestações como a do autor Luis Regis Prado não são raras na doutrina brasileira e trazem à tona discussões acerca da aplicação no Brasil do *Direito Penal do Inimigo*⁷², previsto inicialmente pela doutrina alemã. Entretanto, Luiz Regis Prado⁷³ destaca ser perfeitamente legítimo que o sistema penal como um todo, inclusive os meios de prevenção e investigação, seja mais rigoroso no combate à criminalidade organizada, sem que isso signifique a criação de um Direito Penal de exceção, marcado pela supressão de garantias e direitos individuais.

⁷⁰ **Equilíbrio entre a Eficiência e o Garantismo e o Crime Organizado.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 70, p. 229, Jan/2008.

⁷¹ **Crime Organizado e Sistema Jurídico Brasileiro: a questão da conformação típica.** Revista dos Tribunais – Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, vol. 6, p. 1033, Jul 2011.

⁷² O Direito Penal do Inimigo é uma construção dogmática e político-criminal cuja sistematização se deve principalmente ao penalista alemão Günther Jakobs, que propugna uma separação entre o Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo, com fulcro na distinção entre indivíduos cidadãos e não-cidadãos, pessoas e não-pessoas. Assim, os indivíduos que não se submetem à ordem normativa e, pelo contrário, buscarem sua destruição, não podem ser considerados pessoas e perdem os direitos e garantias individuais reguardados aos cidadãos.

⁷³ **Crime Organizado e Sistema Jurídico Brasileiro: a questão da conformação típica.** Revista dos Tribunais – Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, vol. 6, p. 1033, Jul 2011.

Em outras palavras, não se trataria de aplicar o chamado *Direito Penal do Inimigo*, mas apenas de reconhecer que a repressão à criminalidade organizada não seria eficaz se o Estado se utilizasse dos mesmos instrumentos usados no combate à criminalidade comum, uma vez que aquela forma de criminalidade apresenta-se de forma muito mais complexa, utilizando de métodos e tecnologias evoluídas, transcendendo até mesmo as fronteiras nacionais.

De qualquer maneira, a aplicação do *Direito Penal do Inimigo* é controversa e assume conotação excepcional, porém não é raro no combate à criminalidade organizada e no desmantelamento da liderança de quadrilhas ou bandos perigosos que os aplicadores do Direito se socorram aos dispositivos legais que emanam das diretrizes dessa teoria.

3.4 Diferenças entre o crime organizado e o crime de quadrilha

Com o advento da Lei nº 10.217/2001, que alterou, sobretudo, o artigo 1º da Lei nº 9.034/1995, a única premissa que pode ser formulada com base exclusivamente na legislação brasileira é que o crime de quadrilha ou bando não se confunde com crime organizado.

Partindo da análise do conceito de organização criminosa extraído da Convenção de Palermo, Matheus Silveira Pupo⁷⁴ aponta que enquanto o crime de formação de quadrilha ou bando exige para sua configuração a reunião mínima de quatro pessoas, a organização criminosa necessita de apenas três agentes para a sua configuração. Além disso, o tipo penal do artigo 288 do Código Penal exige que a reunião de pessoas tenha por finalidade praticar crimes indeterminados e plurais, a organização criminosa admite que a reunião de pessoas com a finalidade de cometer uma ou mais infrações graves, ou seja, é possível a existência de uma organização criminosa que vise praticar apenas um único crime.

Ainda, para tipificação do crime de quadrilha é prescindível o requisito organização fundado no prisma hierárquico piramidal que se aponta como característica das organizações criminosas, sendo suficiente o vínculo associativo estável. Nos crimes de formação de quadrilha ou bando pouco importa que os seus componentes não se conheçam

⁷⁴ Concurso de Pessoas, Quadrilha ou Bando, Crime Organizado no Direito Penal Empresarial – uma análise dogmática. In: FRANCO, Alberto Silva e LIRA, Rafael (org.). **Direito Penal Econômico: questões atuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

reciprocamente, que haja um chefe ou um líder da quadrilha ou que exista uma espécie de divisão de tarefas.

E mais, mesmo que as quadrilhas contem com um líder, esses dificilmente alcançam o grau de organização e complexidade interna presente naquelas. Não fosse o bastante, as quadrilhas atuam geralmente no mesmo local em que estão os seus membros, enquanto as organizações criminosas tendem à internacionalização e utilização da tecnologia para ampliar e aumentar o seu escopo, a sua área de atuação.

Luiz Regis Prado⁷⁵ explica que a organização criminosa se reveste de inúmeras particularidades, de modo que nem toda delinquência coletiva poderá ser denominada organização criminosa. A quadrilha ou bando é caracterizada por sua estabilidade e permanência, e não pelo mero ajustes de vontades com o intuito de cometer crimes, sendo suficiente para sua configuração uma associação fática ou rudimentar, prescindindo-se, pois, de uma estruturação hierarquizada na divisão de funções entre os seus integrantes, ao contrário do que ocorre com a organização criminosa. Basta, destarte, que haja o mínimo de organização, sem que se faça necessária à presença de outros elementos caracterizadores da organização delitiva, tais como alto nível de influencia no poder econômico e político.

Numa perspectiva criminológica, Arthur Pinto de Lemos Junior afirma que, ao contrário das organizações criminosas, as quadrilhas, mesmo as mais estáveis, tem uma vida menos duradoura, pois comumente não resistem à prisão dos seus principais membros. As organizações criminosas duram mais tempo, pois suas raízes estão mais estruturadas e fincadas em solos não perceptíveis. Por conseguinte, a sua eliminação exige não só a prisão dos seus líderes, mas, sobretudo, a eliminação de seu patrimônio⁷⁶.

Dessa forma, ainda que haja certo entrosamento entre os crimes de formação de quadrilha ou bando e organização criminosa, este último ainda carente de uma definição legal, afirma-se que as principais diferenças entre tais institutos residem no número mínimo de integrante para sua configuração e no grau de organização e hierarquização da reunião de pessoas.

⁷⁵ **Crime Organizado e Sistema Jurídico Brasileiro: a questão da conformação típica.** Revista dos Tribunais – Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, vol. 6, p. 1033, Jul 2011.

⁷⁶ **Crime organizado: uma visão dogmática do concurso de pessoas.** Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2012, p. 36.

4 A CRIMINALIDADE DE EMPRESA

4.1 Sociedade empresária e antijuridicidade

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a sociedade empresária e lhe confere *status* constitucional, haja vista que o artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal, elegeu a livre iniciativa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Mais adiante estabeleceu a propriedade privada e a livre concorrência como princípios basilares da ordem econômica.

Ao dispor sobre a exploração de atividades econômicas, melhor dizendo, sobre a produção de bens e serviços necessários à vida das pessoas em sociedade, a Constituição Federal atribuiu à iniciativa privada função primordial, reservando ao Estado apenas função supletiva, nos termos do que dispõe o artigo 170 da Constituição Federal.

E mais, ao atribuir à iniciativa privada papel tão relevante, a Constituição Federal afirmou expressamente ser lícita a associação de pessoas para o exercício de atividade econômica organizada para produção e circulação de bens e serviços, bem como viabilizou, do ponto de vista jurídico, a previsão de um regime específico pertinente aos direitos e as obrigações do empreendedor privado.

Fábio Ulhoa Coelho⁷⁷ esclarece que ao reservar ao capitalista a primazia na produção, desincumbindo-se plenamente dessa tarefa, o Estado definiu que seria pressuposto do regime jurídico-comercial uma Constituição Federal que adotasse os princípios do liberalismo, ou de uma vertente neoliberal, no regramento da ordem econômica. Ao nível da legislação ordinária, o direito complementa os princípios fundamentais esculpidos na Carta Magna, procurando garantir a livre iniciativa e a livre competição através da repressão ao abuso econômico e à concorrência desleal.

Posto isto, tem-se que a atividade realizada por empresas regularmente constituídas, objetivando lucro, devem ser, a princípio, consideradas lícitas. No entanto, não se pode ignorar o fato de que o crescimento exacerbado da criminalidade refletiu também nas sociedades empresárias, uma vez que delitos também vêm sendo praticados no âmbito empresarial.

⁷⁷ **Manual de Direito Comercial**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 26/27.

O tema da criminalidade econômica e dos crimes praticados no exercício das atividades empresariais aponta para a real necessidade em se distinguir as seguintes situações: a criminalidade na empresa, a criminalidade de empresa e a empresa ilícita.

No tocante à criminalidade na empresa, que não é um fenômeno recente, deve ser entendida como fruto dos crimes praticados por funcionários em detrimento da sociedade empresária na qual exercem suas atividades, em detrimento de sua própria empregadora. É o caso dos vultosos desvios de verbas realizados por funcionários do departamento financeiro e de controladoria das empresas, bem como os desvios dos próprios produtos fabricados e comercializados pela empresa. Tratam-se, portanto, de infrações comuns praticadas no ambiente corporativo e em desfavor das sociedades empresárias.

Quanto à criminalidade de empresa, Matheus Silveira Pupo⁷⁸, parafraseando Inês Fernandes Godinho, afirma que tal expressão designa os crimes praticados através da atuação de uma empresa, os quais lesam bens jurídicos e interesses externos, incluindo os interesses dos próprios funcionários da sociedade empresária, como é o caso dos crimes contra a seguridade social. A criminalidade de empresa pode ainda ser definida como aqueles crimes que são cometidos através de uma atuação que se desenvolve no interesse de uma empresa.

A empresa ilícita, por sua vez, é aquela fundada ou gerida para a obtenção de lucro por meio de práticas criminosas. Trata-se de uma empresa dirigida para a prática de delitos e não para a obtenção de lucro decorrente da atividade empresarial lícita.

Cada uma dessas situações deverá receber tratamento jurídico penal próprio e distinto, porém somente a denominada empresa ilícita, que tem contornos de organização criminoso, é uma empresa criada, de fato, para praticar crimes (é o caso, por exemplo, das empresas de “fachada” utilizadas para lavagem de ativos).

Deve-se, portanto, diferenciar a criminalidade de empresa e a empresa ilícita. A primeira tem por finalidade a obtenção de lucro lícito, é uma empresa lícita, mas que por meio

⁷⁸ Concurso de Pessoas, Quadrilha ou Bando, Crime Organizado no Direito Penal Empresarial – uma análise dogmática. In: FRANCO, Alberto Silva e LIRA, Rafael (org.). **Direito Penal Econômico: questões atuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 237.

dela foram praticados delitos, enquanto a segunda (empresa ilícita) não obtém lucros de forma lícita, tendo sido criada apenas para praticar infrações penais.

A diferenciação entre essas três situações é de extrema importância, haja vista que atualmente, como aponta Heloísa Estellita⁷⁹, tem se visto com desconcertante frequência a identificação automática da criminalidade de empresa com a empresa ilícita, com a consequente imputação automática do crime de quadrilha ou bando sempre que são denunciadas mais de três responsáveis (sócios, administradores, gerentes) por crime praticado no curso da atividade empresarial.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte julgado: “A formação de quadrilha ou bando exige reunião estável ou permanente, para o fim de perpetração de uma série de crimes. Não é de confundir-se uma coisa (*societas delinquendi*) com outra (*societas in crimine*), ainda no caso em que a coparticipação ocorra em crime continuado, pois, em tal hipótese, inexistente organização estável entre os coautores” (Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo – TACrim, Relator Albano Nogueira, Jutacrim 46/342).

Com efeito, a associação de pessoas para o exercício de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços não deve ser confundida com o crime de formação de quadrilha ou bando, posto que, ainda que tenham sido fortuitamente praticados delitos econômicos pelos gerentes dessa sociedade empresária, a prévia e estável reunião de pessoas teve por finalidade o exercício de atividade econômica lícita e não a prática de delitos.

Isto implica dizer, nas palavras de Heloísa Estellita, que é, portanto, como atividade lícita que se deve encarar, *a priori*, a sociedade empresária.

4.2 Criminalidade de empresa e o crime de quadrilha

Nas sociedades empresárias, em regra, a associação de várias pessoas tem finalidade lícita prevista e autorizada em lei, qual seja: o desempenho de atividade econômica organizada visando à produção e circulação de bens e serviços. No entanto, por vezes, são

⁷⁹ **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 27/28.

praticados crimes econômicos no contexto dessas sociedades empresárias, sendo que tais crimes são praticados pelas pessoas físicas que atuam em benefício da empresa.

O motivo dessa reunião de pessoas, diferentemente do que prevê o crime de quadrilha ou bando, é o exercício de uma atividade empresarial lícita e não a prática de uma indeterminada série de crimes. Ainda que as sociedades empresárias contem com mais de 3 (três) integrantes, os crimes praticados no âmbito da criminalidade de empresa não resultam necessariamente na tipificação do crime de formação de quadrilha ou bando, uma vez que o referido tipo penal reclama a existência do denominado dolo específico.

Heloísa Estellita⁸⁰ afirma que 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 autoriza expressamente a reunião de pessoas para o exercício da atividade empresarial.

É de se notar que tem sido frequente a orientação do Ministério Público Federal de agregar o tipo penal previsto no artigo 288 do Código Penal ao lado da atribuição de determinados ilícitos de autoria coletiva. Em outras palavras, nos crimes ditos societários o Órgão Acusatório tende a partir do pressuposto factual de que o número de mais de três pessoas, sejam eles diretores, gerentes e/ou funcionários, seria suficiente para caracterização também do crime contra a paz pública.

Além disso, quanto aos denominados crimes societários, deve-se ressaltar outro aspecto das discussões jurisprudenciais acerca do tema, como é o caso da pretensa dispensabilidade de se individualizar na denúncia a conduta de cada um dos coautores (ou quadrilheiros) na prática delitiva. Entende-se no campo doutrinário que as iniciais acusatórias que deixam de individualizar a conduta de cada um dos denunciados são ineptas, uma vez que dificultam o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa. Todavia, a jurisprudência sobre o tema não é uniforme⁸¹.

⁸⁰ **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 30.

⁸¹

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DENÚNCIA. INÉPCIA. NÃO OCORRÊNCIA. GESTÃO COMPARTILHADA. AUSÊNCIA DE DOLO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA. 1. Tratando-se de crimes societários, não é inepta a denúncia em razão da mera ausência de indicação individualizada da conduta de cada indiciado. 2. Configura condição de admissibilidade da denúncia em crimes societários a indicação de que os acusados sejam de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos.

Retomando a problemática envolvendo a imputação automática do crime de formação de quadrilha ou bando conjuntamente com os crimes praticados no âmbito da criminalidade de empresa, René Ariel Dotti, em artigo intitulado *Um bando de denúncias por quadrilha*, ressalta que não se confundem as situações fáticas e jurídicas entre a autoria delitiva na prática de uma infração penal e a quadrilha ou bando, como hipótese de delito autônomo. Segundo o autor, o simples concurso de pessoas não configura, por si só, essa modalidade típica contra a paz pública.

Com efeito, a caracterização do crime de quadrilha ou bando pressupõe a reprovabilidade da conduta em sua formação, ou seja, a reprovabilidade da reunião deliberada e permanente de pessoas para o fim de cometer crimes.

Precedentes. 3. (...) (STF. HC 101286, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 14/06/2011, DJe-163 DIVULG 24-08-2011)

HABEAS CORPUS - DELITO SOCIETÁRIO - CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - LEI Nº 8.137/90 - RESPONSABILIDADE PENAL DOS SÓCIOS QUOTISTAS - DENÚNCIA QUE NÃO ATRIBUI, AOS SÓCIOS, COMPORTAMENTO ESPECÍFICO QUE OS VINCULE, COM APOIO EM DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS, AO EVENTO DELITUOSO - INÉPCIA DA DENÚNCIA - QUOTISTA MINORITÁRIO - INEXISTÊNCIA DE PODER GERENCIAL E DECISÓRIO - IMPOSSIBILIDADE DE INCRIMINAÇÃO DE QUOTISTA MINORITÁRIO SEM QUE LHE SEJA ATRIBUÍDA CONDUTA ESPECÍFICA - PEDIDO DEFERIDO. PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO - OBRIGAÇÃO DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FORMULAR DENÚNCIA JURIDICAMENTE APTA. O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, a obrigação de expor, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação das pessoas acusadas da suposta prática da infração penal, a fim de que o Poder Judiciário, ao resolver a controvérsia penal, possa, em obséquio aos postulados essenciais do direito penal da culpa e do princípio constitucional do "due process of law", ter em consideração, sem transgredir esses vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, a conduta individual do réu, a ser analisada, em sua expressão concreta, em face dos elementos abstratos contidos no preceito primário de incriminação. O ordenamento positivo brasileiro repudia as acusações genéricas e repele as sentenças indeterminadas. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL TEM O DIREITO DE NÃO SER ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA. A denúncia - enquanto instrumento formalmente consubstanciador da acusação penal - constitui peça processual de indiscutível relevo jurídico. Ela, antes de mais nada, ao delimitar o âmbito temático da imputação penal, define a própria "res in judicio deducta". A peça acusatória, por isso mesmo, deve conter a exposição do fato delituoso, em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura, ao réu, o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que não descreve, adequadamente, o fato criminoso e que também deixa de estabelecer a necessária vinculação da conduta individual de cada agente ao evento delituoso qualifica-se como denúncia inepta. Precedentes. PERSECUÇÃO PENAL DOS DELITOS SOCIETÁRIOS - PEÇA ACUSATÓRIA QUE NÃO DESCREVE, QUANTO A CADA SÓCIO, QUALQUER CONDUTA ESPECÍFICA QUE O VINCULE AO EVENTO DELITUOSO - INÉPCIA DA DENÚNCIA. - A mera invocação da condição de sócio quotista, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que o vincule ao resultado criminoso, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação da acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório. A circunstância objetiva de alguém meramente ser sócio de uma empresa não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa (inexistente em nosso sistema jurídico-penal) e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a correspondente persecução criminal em juízo(...) (STF. HC 89427, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2006, DJe-055 DIVULG 27-03-2008)

Isso porque, se o próprio legislador entendeu por bem conferir autonomia ao crime de quadrilha, definindo que o crime restará configurado mesmo que nenhum dos crimes planejados tenha sido efetivamente praticado, é porque centra o seu juízo de reprovação na finalidade da reunião de pessoas.

Dito isso, se nos crimes praticados no âmbito da criminalidade de empresa o motivo da reunião de pessoas é lícito, não estando presente o dolo específico reclamado pelo tipo penal, entende-se que não restará configurado o crime de formação de quadrilha ou bando.

Ressalte-se que a existência de uma sociedade empresária não implica, *a priori*, a formação de quadrilha, ainda que seus componentes, pessoas físicas, venham a praticar crimes no contexto da atividade econômica. É preciso que a finalidade da reunião de pessoas, tal como ocorre nas empresas ilícitas, seja a prática de crimes.

Rene Ariel Dotti salienta não ser possível presumir que a reunião de pessoas desenvolvendo atividades inicialmente lícitas e em local de fácil acesso público (instituições financeiras, escritórios profissionais, etc) seja arbitrária e presumidamente classificada como associação delituosa⁸².

Ademais, destaque-se que no crime de formação de quadrilha ou bando a reunião de agentes exige caráter de estabilidade, deve haver sentido de continuidade da quadrilha na prática de crimes. Em outras palavras, para configuração do crime de quadrilha, diversamente do mero concurso de agentes, não basta que o encontro de vontades seja transitório e ocasional visando à prática de determinado crime.

No âmbito da criminalidade de empresa, não obstante os agentes estejam reunidos de forma permanente e organizada voltada à consecução das atividades lícitas da empresa, quando se diz respeito à prática de determinado crime econômico, o encontro de vontades é ocasional, relevando uma união eventual e momentânea de agentes para tal finalidade.

Dessa forma, verifica-se que os delitos praticados na esfera da criminalidade de empresa revelam, em regra, ações típicas de concurso de pessoas, tendo em vista não

⁸² **Um bando de denúncias por quadrilha.** Boletim IBCCRIM, ano 15, n. 174, maio/2007, p. 7.

preencherem os requisitos mínimos para tipificação do crime previsto no artigo 288 do Código Penal.

4.2.1 *A posição da jurisprudência*

Com a frequente imputação automática e cumulativa do crime de quadrilha e de crimes econômicos o tema tem sido enfrentado corriqueiramente pelos Tribunais Superiores. Ainda que não haja um acórdão paradigma, são várias as decisões que afastam a imputação do crime de quadrilha em razão de não restar descrita uma empresa ilícita.

Em não se restando comprovado que o motivo da união (estável) de pessoas é a prática reiterada de delitos, entendem os tribunais que não estará configurado o crime previsto no artigo 288 do Código Penal, eis que ausentes os seus requisitos. Embora o tema, aliado a criminalidade de empresa, não tenha sido enfrentado com profundidade pelos tribunais, são diversos os votos que tratam da matéria.

Inclusive, no julgamento da Ação Penal nº 470 em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, popularmente conhecida como “Mensalão”, o Ministro Ricardo Lewandowski, acompanhando o voto das Ministras Carmem Lúcia e Rosa Weber, foi favorável à absolvição dos réus quanto ao crime de formação de quadrilha⁸³.

O Ministro consignou que “a coautoria de crimes não leva necessariamente à formação de quadrilha, pois exigir uma série de crimes cometidos em coautoria, para se ingressar na figura mais grave da formação de quadrilha, é necessário o preenchimento de requisitos específicos”. Afirmou, ainda, que o crime de formação de quadrilha é caracterizado pelo estabelecimento de uma associação para a prática de crimes em geral. No seu entendimento, não seria a prática de três, quatro ou cinco crimes praticados em coautoria que configura quadrilha, é preciso um acordo de vontades para a prática indefinida de crimes.

A Ministra Carmem Lúcia⁸⁴, que também votou pela absolvição dos acusados, sustentou que o crime de quadrilha pressupõe a associação para a específica finalidade de

⁸³ Notícias STF. Revisor da AP 470 vota pela absolvição dos réus pelo crime de quadrilha. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=221534&caixaBusca=N>> Acesso em 04/01/13.

⁸⁴ Notícias STF. Ministra Cármen Lúcia vota pela absolvição dos réus acusados de quadrilha no item II. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=221777&caixaBusca=N>> Acesso em 05/01/13.

cometer crimes. No caso concreto, segundo a Ministra Carmem Lúcia, as empresas envolvidas na prática delituosa existiam de fato e praticavam atos lícitos, porém os seus sócios praticaram alguns crimes. Concluiu o seu voto lembrando já ter votado pela condenação de empresários por formação de quadrilha em casos nos quais as empresas foram constituídas para o cometimento de crimes (*empresas ilícitas*), no entanto, no caso da Ação Penal n° 470 restaria clara a figura da coautoria.

Por seu turno, a Ministra Rosa Weber afirmou que para a configuração do crime de quadrilha não bastaria um ocasional acordo de vontades para a prática de crimes. Prosseguiu a leitura do seu voto afirmando que a intenção dos acusados seria a “cooptação de apoio político para o governo” e não a prática de uma série de crimes. Sustentou, por fim, não ter restado comprovado que os réus teriam se associado de forma duradoura e permanente para cometer crimes e sobreviver do produto dos delitos.

No curso do julgamento em questão, realizado em dezembro de 2012 e ainda pendente da elaboração de acórdão, em diversos momentos os julgadores diferenciaram o crime de quadrilha e o concurso de pessoas, sobretudo no âmbito da criminalidade de empresa. O Ministro Ricardo Lewandowski, em calorosa discussão, afirmou que “uma coisa é o concurso de agentes. Um *plus* é a quadrilha. Mas esse *plus* deve estar muito bem demonstrado. Quadrilha não se confunde com concurso de agentes, nem mesmo quando os crimes são praticados reiteradamente”.

Por outro lado, no mesmo julgamento, o Ministro Luiz Fux, seguindo o voto do Ministro Relator, manifestou-se pela condenação dos acusados pelo crime de quadrilha, afirmando que a prova do crime seria justamente o fato das ações terem durado dois anos. Destacou não haver exemplo de coautoria anual ou bienal, o que afastaria de forma irretorquível a tese de coautoria. Por fim, consignou que, no caso concreto, não se estaria diante de um singelo e efêmero agrupamento de pessoas.

Deve-se destacar que no rumoroso caso do “Mensalão” as discussões acerca da tipificação ou não do crime de formação de quadrilha tiveram início quando do recebimento ou não da denúncia oferecida pela Procuradoria Geral da República. Naquela ocasião, restaram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Carmem Lúcia, que destacaram não ser admissível confundir coautoria, sequer para a prática de diversos crimes em concurso material, com o delito de quadrilha, que tem contornos próprios e precisos:

“estabilidade, permanência, número mínimo de participantes, liame subjetivo entre os membros, etc”⁸⁵.

A discussão que seguiu o voto do Ministro Ricardo Lewandowski acusava o uso da expressão “organização criminosa” (mencionado 43 vezes na denúncia) em sentido leigo, denunciando, mais uma vez, a obscuridade e incerteza sobre o seu conteúdo semântico, haja vista a ausência de definição legal. Nesta oportunidade, conforme se extrai dos votos dos Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso, tem-se como evidente que, quando a denúncia empregava aleatoriamente o termo “organização criminosa” certamente estaria se referido ao crime de formação de quadrilha.

O principal marco da abordagem dada pelo Supremo Tribunal Federal no tocante à criminalidade de empresa e o crime de quadrilha é o voto-vista proferido pelo Ministro Cezar Peluso no julgamento do *Habeas Corpus* n° 84.223. O Ministro observou que:

“as pessoas físicas associam-se para a prática de atos lícitos, não para o cometimento de crimes. E, igualmente de regra, os crimes econômicos praticados no exercício de atividade lícita, são-no, senão sempre, pelo menos em boa parte dos casos, por grupo de pessoas responsáveis pelo gerenciamento e direção da empresa, não porque acordaram associar-se para a prática de delitos, mas por necessidade orgânica e jurídica da administração de atividades negociais. (...) O que me preocupa na postura teórica do cúmulo automático ou sistemático da acusação de formação de quadrilha ou bando, nas denúncias de crimes econômicos, é que subvertam o alcance do tipo e o escopo da norma, tanto penal, como daquelas outras predestinadas à disciplina das empresas e das atividades empresariais. Não precisaria lembrar que é a própria constituição que reconhece e estimula a associação de pessoas para o exercício de atividades econômicas.”

O Ministro Cezar Peluso destacou em seu voto que a imputação do crime previsto no artigo 288 do Código Penal somente encontraria adequação típica na constituição de sociedades criadas com a finalidade específica de praticar delitos. Ou seja, o Ministro diferenciou as empresas ilícitas da criminalidade de empresa e frisou que, para tipificação do crime de formação de quadrilha, o propósito da prática reiterada de crimes deveria ser o móvel da associação de mais de três pessoas.

Embora o resultado final do julgamento não tenha acompanhado o voto-vista do Ministro Cezar Peluso, é de se notar que foi a primeira vez que o Supremo Tribunal

⁸⁵ STF. INQ 2.245, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 09/11/2007 (p. 1003).

Federal tratou frontalmente o tema da criminalidade de empresa e a imputação automática do crime de formação de quadrilha.

Anteriormente ao julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.223, em meados de 2005, o Supremo Tribunal Federal, desta vez em acórdão de relatoria do Sepúlveda Pertence, já havia reconhecido e estabelecido as diferenças entre a empresa ilícita e a criminalidade de empresa para fins de tipificação do crime previsto no artigo 288 do Código Penal. No julgamento de embargos de declaração, o Ministro esclareceu que “o que se decidiu foi que, segundo a imputação, houve a organização predeterminada de empresa para a prática de crimes tributários, o que, per si, basta para configurar o delito autônomo de formação de quadrilha”⁸⁶.

Verifica-se, assim, que ao enfrentar o tema da imputação automática do crime de formação de quadrilha aos crimes praticados no âmbito da criminalidade de empresa, o Supremo Tribunal Federal reconhece a existência de excessos nas acusações e destaca a necessidade de se diferenciar as empresas ilícitas da criminalidade de empresa. Ademais, frisa-se a necessidade de preencher todas as características do tipo penal do artigo 288 do Código Penal, tendo em vista que a mera reunião de mais de três pessoas, que tenha como resultado eventual prática de um crime econômico, não seria suficiente para tipificar o crime de quadrilha.

O Supremo Tribunal Federal reconhece as frequentes confusões entre a coautoria e o crime de quadrilha, esclarecendo que, no âmbito da criminalidade econômica, *a priori*, se estará diante da coautoria, uma vez que o móvel da reunião de pessoas, em regra, é o desenvolvimento da atividade econômica lícita. Ainda, reconhece os equívocos e excessos trazidos pela utilização da expressão “organização criminosa” em seu sentido leigo, uma vez que, embora não exista definição legal de crime organizado, são institutos distintos e recebem tratamento jurídico-penal distinto.

4.3 Criminalidade de empresa e organização criminosa

Na criminalidade de empresa, como já detalhado acima, vê-se que o objetivo inicial é a atividade lícita, mas em determinado momento se desgarrar de seu propósito e as pessoas físicas que estão atuando em seu contexto começam a praticar crimes econômicos,

⁸⁶ STF. HC-ED nº 84.453, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ 10/06/2005.

financeiros, ambientais, etc. A criminalidade de empresa costuma relacionar-se aos crimes que atingem bens jurídicos coletivos e que geram alto poder de dano ao Erário, sendo que esse aspecto difere substancialmente a criminalidade de empresa das atividades das denominadas organizações criminosas.

Embora não haja um conceito legal de organização criminosa, os instrumentos internacionais firmados para o combate da criminalidade organizada transnacional apontam para o fato de que o conceito de organização criminosa foi criado mediante a assunção de que operaria com os mesmos princípios de mercado que governam empresas.

A doutrina relaciona uma série de características da denominada criminalidade empresarial, das mais importantes deve-se destacar: a pluralidade de sujeitos ativos, a indeterminação dos sujeitos passivos, a complexidade do nexa causal e a divisão de tarefas.

Vislumbra-se, assim, que os conceitos de organização criminosa e criminalidade empresarial apresentam semelhanças, sobretudo no que diz respeito à estrutura organizada e hierarquizada (muito parecida com as grandes estruturas empresariais), a divisão de tarefas e a pluralidade de agentes.

Entretanto, tendo em vista que o ajuntamento de pessoas no âmbito corporativo normalmente é esperado pelas características de tal atividade, não se pode presumir que eventuais crimes perpetrados por uma pluralidade de agentes nesta seara automaticamente configurem uma organização criminosa.

Muito embora as organizações criminosas se apresentem como verdadeiras estruturas “empresariais”, a finalidade da reunião de pessoas é o elemento essencial para diferenciação da criminalidade de empresa daquelas organizações criminosas cuja finalidade é a prática delitiva reiterada.

Não se pretende negar neste trabalho que os crimes praticados no âmbito da criminalidade de empresa são graves e nocivos à sociedade, mas, por outro lado, deve-se salientar que muito diferem das atividades desempenhadas pelas organizações criminosas – e até mesmo pelas denominadas empresas ilícitas – eis que tem propósitos lícitos.

Miguel Reale Junior⁸⁷ aponta que o crime organizado tradicional perdura com as mesmas características realçadas nos instrumentos internacionais, contudo afirma que a realidade presente forja uma nova forma de praticar delitos por via de associações altamente organizadas, que não se constituem para a prática de delitos, porém se valem de sua estrutura institucional para, respaldadas por sua força econômica e política, vir a realizar delitos de repercussão nacional ou transacional visando à obtenção de vultosos benefícios.

De acordo com Miguel Reale Junior, ao inverso das organizações criminosas tradicionais, os grandes conglomerados têm finalidades licitas e transbordam para atividades ilícitas no afã de aumentar a sua lucratividade, dominando os mercados e abusando da livre concorrência. Além disso, não se submetem às necessidades de legitimar os seus ganhos, porquanto vem devidamente revestidos de legalidade.

Por fim, o citado autor nomeia essa espécie de criminalidade econômica sofisticada como *criminalidade dourada* e, não obstante frise tratar-se instituto diferente das organizações criminosas, sustenta a necessidade da adoção de novos instrumentos normativos de repressão penal, sugerindo, por oportuno, seja instituída a aplicação de sanção que fira os interesses dos agentes da criminalidade de empresa.

Todavia, ainda que os crimes praticados no âmbito da criminalidade de empresa - também denominada *criminalidade dourada* - produzam efeitos nocivos à sociedade, podendo, inclusive, aumentar desigualdades regionais e sociais, causar danos ao meio ambiente e ao Erário, as suas particularidades não são compatíveis com as chamadas organizações criminosas.

Ainda que não haja uma definição legal de organização criminosa, o que dificulta a compreensão do tema, a Convenção de Palermo apresenta algumas características relevantes para diferenciá-las da criminalidade de empresa. Esclarece-se que a finalidade da reunião de pessoas é a prática de infrações penais graves (apenadas com pena privativa de liberdade superior a 4 anos) e a obtenção de benefício econômico ou material, bem como afirma-se que o desenvolvimento das atividades criminosas se dá em verdadeira estrutura empresarial.

⁸⁷ **Crime Organizado e Crime Econômico.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 13, p. 182, Jan/1996.

Assim como nos crimes de quadrilha ou bando, a finalidade da reunião de pessoas nas organizações criminosas é traço essencial para diferenciá-las da criminalidade de empresa, uma vez que as sociedades empresárias lícitas buscam a obtenção de lucro lícito, auferido por meio da produção e circulação de bens e serviços, e não se reúnem com a finalidade precípua da praticar infrações penais graves.

Além disso, as empresas lícitas são organizadas e hierarquizadas, com reais divisões de cargos e tarefas, a fim de maximizar e viabilizar as atividades lícitas para as quais foram constituídas (previstas em lei e registradas perante os órgãos competentes).

Outro aspecto importante diz respeito à estabilidade e prolongamento no tempo das ações criminosas desempenhadas pelas organizações criminosas. Guilherme Madeira Dezem⁸⁸ explica que a criminalidade organizada não restará configurada quando o grupo organizado tiver praticado um único delito por uma única vez, haja vista que o objetivo das organizações criminosas é justamente a prática de crimes graves.

É certo que existem empresas ilícitas, criadas para a prática de crimes e que buscam o lucro justamente por intermédio da prática criminosa, no entanto, conforme esclarece a doutrina e a jurisprudência, tais empresas não se confundem com as sociedades empresárias lícitas, não se confundem com a criminalidade de empresa.

Por derradeiro, destaque-se, que parcela da doutrina⁸⁹⁹⁰ considera que, diante da ausência de definição legal de crime organizado no Brasil, sequer seria possível cogitar na incidência das organizações criminosas no âmbito da criminalidade de empresa. Desta feita, além das questões referentes às características das organizações criminosas, que não se confundem com a criminalidade de empresa, entende-se que a ausência de definição legal impediria a aplicação das gravosas consequências penais e processuais penais previstas na Lei n° 9.034, de 03 de maio de 1995.

⁸⁸ **Legislação Penal Especial**, vol. II, 2ª edição. São Paulo, Premier Máxima, 2008, p. 333.

⁸⁹ ESTELLITA, Heloísa. **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 94/95.

⁹⁰ PUPO, Matheus Silveira. Concurso de Pessoas, Quadrilha ou Bando, Crime Organizado no Direito Penal Empresarial – uma análise dogmática. In: FRANCO, Alberto Silva e LIRA, Rafael (org.). **Direito Penal Econômico: questões atuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 254.

CONCLUSÃO

Neste trabalho foram apresentados os frequentes equívocos na imputação automática do crime de formação de quadrilha ou bando, e até mesmo dos conceitos de organização criminosa, no âmbito da criminalidade econômica.

Iniciou-se com uma revisão teórica dos conceitos de concurso de pessoas, formação de quadrilha ou bando e organizações criminosas, esclarecendo, por fim, as diferenças existentes entre as denominadas empresas ilícitas e a criminalidade de empresa. Também foi apresentado brevemente o tratamento jurisprudencial dado ao tema, sobretudo, pelo Supremo Tribunal Federal, que já reconheceu as diferenças entre as empresas ilícitas e a criminalidade de empresa.

Verificou-se, outrossim, que, em regra, as sociedades empresárias tem finalidades lícitas, voltando as suas atividades para a produção e circulação de bens e serviços. As sociedades empresárias estão previstas na Constituição Federal e são devidamente regulamentadas na legislação ordinária e, por isso, a reunião de pessoas para o desenvolvimento de atividades empresárias é presumidamente lícita.

Por outro lado, reconhecendo que, por vezes, são cometidos crimes no contexto das sociedades empresárias, praticados por pessoas físicas atuando em seu nome e no seu interesse, demonstrou-se que a gênese do grupo é o que impede a tipificação do crime de formação de quadrilha ou bando.

Com efeito, no crime previsto no artigo 288 do Código Penal o motivo da reunião de pessoas é a prática de crimes indeterminados e plurais, sendo esse requisito, aliado à permanência e estabilidade, as principais condições para caracterização do crime de formação de quadrilha ou bando.

Após apresentar os conceitos do concurso de pessoas, acrescidos das tendências atuais da doutrina alemã (a denominada *teoria do domínio do fato*), foram então exploradas as suas principais características. Demonstrou-se que para a caracterização do concurso de pessoas é essencial o acordo de vontades, não bastando a vontade do delito, mas sim a vontade de se unirem duas ou mais pessoas para o fim de concorrerem na consecução da mesma infração penal

Nessa medida, ao explicar as diferenças entre as empresas ilícitas e a criminalidade de empresa, verificou-se que os delitos praticados no âmbito das sociedades empresárias, aquelas constituídas para fins lícitos, normalmente são cometidos mediante concurso de pessoas e não em verdadeira formação de quadrilha.

Além disso, comprovou-se que a criminalidade de empresa não se confunde com as organizações criminosas, sendo que essa expressão, carente de definição legal no ordenamento jurídico brasileiro, é frequentemente aplicada em casos práticos para justificar a aplicação de técnicas de investigação sofisticadas e agravar as penas eventualmente aplicadas.

Quanto às organizações criminosas, foram comentadas as disposições previstas na Lei n° 9.034, de 03 de maio de 1995, e os conceitos trazidos pelas convenções de direito internacional. Foram apresentadas as posições da doutrina acerca da possibilidade de se utilizar os conceitos da Convenção de Palermo para complementar a Lei n° 9.034, de 03 de maio de 1995 e viabilizar a sua aplicação.

Ainda no que diz respeito às organizações criminosas, ressaltou-se a insegurança jurídica gerada pela ausência de tipificação e de um conceito legal, haja vista que não há nenhuma orientação jurisprudencial pacificada sobre o tema. E mais, salientou-se a urgente necessidade de se regulamentar a questão, pois a Convenção de Palermo traçou apenas *pautas pragmáticas* que deveriam ser seguidas pelos Estados-Partes, deixando para cada legislador a tarefa de regulamentar exaustivamente a matéria, que, frise-se, está diretamente relacionada aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Ante tudo o que foi exposto neste trabalho, conclui-se não ser admissível que toda a imputação de crime econômico contra quatro ou mais pessoas, atuando em contexto empresarial, venha acompanhada automaticamente da imputação do crime de formação de quadrilha ou bando, tampouco “qualificada” pela “Lei das Organizações Criminosas”.

Embora o crime de formação de quadrilha ou bando e a utilização da expressão organização criminosa tragam consequências jurídico-penais e processuais penais mais gravosas aos réus, consequências essas que podem até mesmo ser bem vistas perante a sociedade (não jurídica), compete ao operador do Direito seguir à risca as disposições legais e os princípios constitucionais, sendo intoleráveis excessos injustificáveis nas acusações penais.

É importante, portanto, que sejam revisitados os conceitos de concurso de pessoas e que sejam aplicados corretamente no âmbito da criminalidade de empresa, tendo em vista que, em regra, falta a essa reunião de quatro ou mais pessoas a finalidade de praticar delitos. A imputação automática do crime de formação de quadrilha ou bando tem razão de existir no campo das empresas ilícitas, mas não de no âmbito da criminalidade de empresa.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. **Crime organizado: tipicidade – política criminal – investigação e processo: Brasil, Espanha e Colômbia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONSERINO, Cássio Roberto. **Crime Organizado e Institutos Correlatos**. São Paulo: Atlas, 2011.

DELMANTO, Roberto et al. **Código Penal Comentado**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo (org.). **Comentário Conimbricense do Código Penal – tomo II**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. **Ausência do Tipo Penal de Organização Criminosa na Legislação Brasileira**. Revista dos Tribunais - Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, vol. 6, p. 1125, Jul/2010.

DOTTI, René Ariel. **Um bando de denúncias por quadrilha**. Boletim IBCCrim, ano 15, n. 174, maio/2007.

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

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **O Equilíbrio entre Eficiência e Garantismo e o Crime Organizado**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 70, p. 229, jan/2008.

FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui (coords.). **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (coords.). **Direito Penal Econômico: questões atuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flavio. **Crime Organizado: o que se entende por isso após a edição da Lei n. 10.217, de 11.04.2001? – Apontamentos sobre a perda da eficácia de grande parte da Lei n. 9.034/95**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano II, n. 11, Dez/Jan 2002, p. 12.

HIRECHE, Gamil Foppel El. **Análise criminológica das Organizações Criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz (coord.). **Legislação Penal Especial**, vol. II, 2ª edição. São Paulo, Premier Máxima, 2008.

LEMOS JUNIOR, Arthur Pinto de. **Crime organizado: uma visão dogmática do concurso de pessoas**. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2012, p. 36.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 3. 4ª edição. São Paulo: Editora RT, 2006.

_____. **Crime Organizado e Sistema Jurídico Brasileiro: a questão da conformação típica**. Revista dos Tribunais – Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, vol. 6, p. 1033, Jul/2011.

REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Crime Organizado e Crime Econômico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 13, p. 182, Jan/1996.

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

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Do atual desvirtuamento da imputação do crime de quadrilha ou bando na realidade brasileira**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Vol. 21, p. 216, Jan/ 2008DTR\2008\109.

TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. **Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2009.