

Crime organizado e legislação brasileira à luz da Convenção de Palermo: algumas observações críticas

*Sven Peterke**

*Silvia Regina Pontes Lopes***

RESUMO. O presente artigo procura analisar se a legislação brasileira satisfaz, no que se refere ao combate às organizações criminosas, os requisitos estipulados pela Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional de 2000. Concentra-se em averiguar se os respectivos dispositivos materiais do direito penal podem ser considerados suficientes para tratar de tais grupos em conformidade com aquele acordo universal.

Palavras-chave: Crime Organizado. Convenção de Palermo. Legislação nacional.

Introdução

O presente artigo procura analisar se a legislação brasileira satisfaz, no que se refere ao combate às organizações criminosas, os requisitos estipulados pela Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional de 2000. Concentra-se em averiguar se os respectivos dispositivos materiais do direito penal podem ser considerados suficientes para tratar de tais grupos em conformidade com aquele acordo universal. Será demonstrado que, até o presente momento, o legislador brasileiro ainda não cumpriu inteiramente com suas obrigações internacionais e que esta circunstância é capaz de dificultar a repressão eficaz e adequada ao crime organizado. Ao desenvolver esta problemática, o artigo parte de uma visão

* Professor Visitante da Faculdade de Direito da UnB, Doutor em Direito e Mestre em Assistência Humanitaria pela Universidade Ruhr, de Bochum (RFA), Mestre em Direito pela Unviversidade Christian-Albrecht, de Kiel (RFA).

** Procuradora Federal, Mestra em Direito pela UnB, Professora Orientadora de Curso de Especialização em Direito Processual Tributário - CEAD/UnB.

geral sobre o crime organizado na era da globalização, para, em seguida, discutir as possíveis contribuições que o direito penal pode trazer para o combate de tal prática criminosa. Posteriormente, será abordado o contexto brasileiro e serão ilustradas certas estruturas típicas das organizações criminosas, possibilitando, desta maneira, melhor compreensão do problema em torno da criminalização adequada de tais grupos, seus parceiros e apoiadores. Enfim, serão esclarecidas as obrigações estipuladas pela Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional no que se refere à criminalização da participação em grupos organizados criminosos, assim como a falta de legislação que a implemente adequadamente. Tal procedimento também permitirá compreender tanto as *rationes leges* das obrigações internacionais quanto a insuficiência da presente legislação brasileira.

1 - Crime organizado “globalizado” e direito penal

1.1 - Crime organizado na era da globalização

Como se sabe, a globalização tem também seus lados obscuros. É triste constatar que o crime organizado pertence aos vencedores deste processo complexo e multidimensional.¹ O submundo do crime rapidamente compreendeu que as novas tecnologias, a quebra da cortina de ferro e a liberalização dos mercados ofereceram várias ocasiões para a expansão de suas atividades ilegais. Investiu muito dinheiro para lucrar ainda mais. Suas organizações cooperam mais fortemente e erigiram verdadeiras redes globais, às vezes mais, às vezes menos organizadas². Estabeleceram-se, de uma maneira ou de outra, praticamente em todo lugar do mundo³. Hoje em dia, pelo

¹ Vide: ALBRECHT, Hans-Jörg. Internationale Kriminalität, Gewaltökonomie und Menschenrechtsverbrechen: Antworten des Strafrechts. *Internationale Politik und Gesellschaft* 2/2007, p. 153 (153-156); SANTANA, Adalberto. A globalização do narcotráfico. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 42, n. 2 (1999), p. 99-116.

² Exemplos ilustrados in: UNODC (ed.), *World Drug Report 2007*. United Nations Publication 2007, p. 11, 15, 17, 19.

³ Veja estudo do caso: VARESE, Frederico. How Mafias Migrate: The Case of the ‘Ndrangtha in Northern Italy. *Law & Society Review*, v. 40, n. 2 (2006), p. 411-444.

menos no que se refere às grandes organizações criminosas, observa-se terem a capacidade de ameaçar e abalar consideravelmente a segurança pública, embora, até o presente momento, a falta de conhecimento detalhado acerca de tais organizações está dificultando constatações concretas sobre a dimensão real desta ameaça⁴. Segundo a estimativa do Escritório da ONU contra Drogas e Crime (UNODC) de dois até três por cento do rendimento econômico mundial está baseado em negócios ilegais – cerca de 1,3 trilhão de dólares por ano.⁵ Este número indica que os maiores grupos criminosos do mundo faturam anualmente bilhões de dólares – dinheiro ilegal, atribuindo-lhes um poder significativo, que é, muitas vezes, usado para proteger e estender o domínio de mercados ilegais⁶.

Sem dúvida, o processo da desregulação dos mercados financeiros facilitou muito, dentre outros, a legalização parcial desta imensa quantidade de dinheiro “sujo”, resultante de tráfico de drogas, de armas, de pessoas, de madeiras tropicais, produtos piratas etc. A lavagem de dinheiro, como crime “secundário”, permite aos representantes do crime organizado criar e comprar empresas com objetivos legais. Desta maneira, põe-se em questão o postulado da diferenciabilidade entre lucros legais e “despojo”⁷. Assim, desvanecem consideravelmente os limites entre economias legais e ilegais, o que torna a

⁴ Cf. VAN DUYNE, Petrus C. Upper- and underworld cross-border crime economy. In: Van Duyne, Petrus/Von Lampe, Klaus/Passas, Nikos (ed.). *Upperworld and Underworld in Cross-Border Crime*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2002, p. 1-9.

⁵ Cf. TENBROCK, Christian. Das globalisierte Verbrechen. *Die Zeit* Nr. 27/2007, Hamburg, 28 jun. 2007; cf. também MÖRBEL, Richard/SCHMIDT, Sönke. *Verhütung und Bekämpfung der organisierten Kriminalität. Handlungsperspektiven aus deutscher und europäischer Sicht*. Kompass 2020. Berlin: Friedrich-Ebert-Stiftung 2007, p. 4.

⁶ Deve-se mencionar que o tópico “capacidade de infiltração” em relação tanto à economia legal quanto às instituições estatais é controverso, permitindo poucas generalizações. Cf. PAOLI, Letzia/FIJNAUT, Cyrille. Organised Crime and its Control Policies. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 14, n. 3 (2006), p. 307 (318-323).

⁷ Cf. HETZER, Wolfgang. Organisierte Kriminalität und Korruption. Schattenseite der Globalisierung. *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 32/2001, p. 30 (38).

luta contra o crime organizado ainda mais problemático⁸. Nada obstante, a existência de organizações criminosas é um fato, cujo significado, infelizmente, é, como a história da sua repressão mostra, às vezes subestimado⁹. Diante desse quadro, o termo “crime organizado” denomina, para os fins deste artigo, em primeiro lugar uma categorização funcional de fenômenos determináveis que, porém, ainda precisam de averiguação mais detalhada, dizendo respeito às peculiaridades nacionais e regionais que só podem ser generalizadas com base em dados e conhecimentos concretos¹⁰.

O combate ao crime organizado, portanto, não só tem importância para as vítimas diretas dessa criminalidade, mas também para o Estado de direito e seus cidadãos. Pois, quanto mais o crime organizado se espalha, mais sofrem o desenvolvimento sustentável, a democracia, a segurança, a saúde pública etc¹¹. Estes impactos indiretos são muitas vezes negligenciados, embora se saiba que as grandes organizações podem minar democracias instáveis, em particular, pela prática de corrupção e outras manipulações, e em combinação com uma autêntica ameaça de aplicação de violência bruta¹².

1.2 – O combate ao crime organizado e o direito penal

Tendo este pano de fundo, é evidente que o direito penal, material e processual, é só um dos muitos instrumentos de combate ao crime organizado. Seu alcance tem limites. Isto é

⁸ Cf. ALBRECHT, Peter-Alexis. *Kriminologie. Eine Grundlegung zum Strafrecht*. München: Beck 2005, p. 343-353; PAOLI, Letizia. The paradoxes of organized crime. *Crime. Law & Social Change*, v. 37 (2002), p. 51-97.

⁹ SOBOTKIEWICZ, Nicole/KLOPFSTEIN, Matthias. Organisierte Kriminalität: Bestehende Bedrohung – trotz definitorischer Unbestimmtheit. *Angewandte Sozialforschung*, v. 22, n. 3/4 (2002), p. 151-154.

¹⁰ Este trabalho é incentivado, atualmente, pela UNODC. Cf. UNODC (ed.), *Results of a pilot survey of forty selected organized criminal groups in sixteen countries*. United Nations Publication 2002.

¹¹ Cf. COSTA, Antonio Maria. *Global Threats to Global Governance. Crime and terrorism undermine development, security and justice*. Vatican, April 2004. Disponível em: <www.unodc.org/unodc_speech_2004-04-30_1.html>. Acesso em: 24 jul. 2007.

¹² Cf. NOACK, Paul. Korruption und Demokratie – eine perverse Beziehung. *Internationale Politik* 4/1998, p. 37-43. PETERKE, Sven. Corrupção, Democracia e Mídia. *Constituição & Democracia*, n.º 15 (agosto 2007), p. 6-7.

válido, em particular, quanto à repressão do crime organizado transnacional, cujas atividades complexas, diversificadas e transcontinentais dificultam o processo de coleta de informações básicas voltadas à sua compreensão e, finalmente, persecução. Certo é também que o direito penal não é um substituto de investimentos em tecnologias e infra-estrutura moderna, assim como pessoal qualificado e resistente à corrupção¹³, sendo tais investimentos, ao permitir uma melhor cooperação inter e intra-estatal, potencial fator chave na repressão do crime organizado transnacional¹⁴. É evidente também que o direito penal não pode eliminar as causas¹⁵ do nascimento do crime organizado e, portanto, não pode substituir programas políticos de prevenção e de redução de atividades criminosas de maneira abrangente. Afinal, é preciso reconhecer que determinadas atividades ilegais satisfazem uma demanda promovida pela sociedade, e, como Milhaupt/West destacam: “To combat organized crime most effectively, a state should alter its institutional incentive structure and introduce additional rights-enforcement agents”¹⁶.

Nada obstante, a importância do direito penal neste combate não deve ser subestimada, pois pode e deve estabelecer o fundamento sólido de tal combate em cada Estado Democrático de Direito. Um aspecto importante, tratado a

¹³ Cf. NARDINI, William J. The Prosecutor’s Toolbox. Investigating and Prosecuting Organized Crime in the United States. *Journal of International Criminal Justice*, v. 4 (2006), p. 528 (529): “The damage brought by a single corrupt agent or police officer can be incalculable.”

¹⁴ Cf. FIJNAUT, Cyrille. Transnational Crime and the Role of the United Nations in Its Containment through International Cooperation: A Challenge for the 21st Century. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 8, n. 2 (2000), p. 119; 124-125.

¹⁵ Até o presente momento, são debatidas as causas do crime organizado. Cf. MEIER, Bernd-Dieter. *Kriminologie*. 3. Aufl., München: Beck 2007, p. 30ss. ALBANESE, Jay. S. The Causes of Organized Crime. Do Criminals Organize Around Opportunities for Crime or Do Criminal Opportunities Create New Offenders? *Journal of Contemporary Criminal Justice*, v. 16, n. 4 (2000), p. 409-422.

¹⁶ MILHAUPT, Curtis J./WEST, Mark D. The Dark Side of Private Ordering: An Institutional and Empirical Analysis of Organized Crime. *The University of Chicago Law Review*, v. 67 (2000), p. 41; 44.

seguir, é a criminalização adequada¹⁷ de tais atividades no direito interno. Se bem feita, não só permitirá punir os criminosos apropriadamente, mas criará também competências mais precisas nas instituições envolvidas, facilitando, dessa forma, o levantamento e o intercâmbio daquelas informações, as quais ajudarão os sistemas de inteligência a concentrar seus esforços, aumentando o nível de proteção de testemunhas em perigo etc¹⁸. Ademais, se bem feita, as leis distinguem entre organizações criminosas e outros coletivos menos sofisticados, como, por exemplo, bandos de adolescentes, para evitar sanções inadequadas. Portanto, o legislador penal pode contribuir decisivamente para o combate ao crime organizado, notadamente se, ao menos, desempenhar adequadamente suas funções. Por outro lado, a omissão de aprovar leis adequadas representa quase um convite aos criminosos mais procurados do mundo, e, às vezes, põe em risco, sem necessidade, direitos fundamentais.

A comunidade de Estados está consciente dos desafios colocados pelas organizações criminosas e, por isso, aprovou, nos últimos anos, importantes convenções universais¹⁹. Uma dessas convenções é a Convenção da ONU Contra o Crime Organizado Transnacional, de 2000, a chamada Convenção de

¹⁷ Os autores estão conscientes do fato de que a questão da criminalização está também sujeita, por um lado, ao ativismo político meramente voltado para mostrar capacidade de ação, por outro lado, às disputas ideológicas. Cf. WACQUANT, Loïc. Zur Militarisierung städtischer Marginalität. Lehrstücke aus Brasilien. *Das Argument*, 263/2005, p. 131-147. Os autores não pretendem contribuir para essa tendência.

¹⁸ Não se objetiva, neste artigo, discutir se o desrespeito por certos funcionários públicos, notadamente policiais, aos direitos fundamentais dos indivíduos suspeitos e/ou presos está também na base do problema gigantesco do combate a organizações criminosas. Nada obstante, trata-se de um problema importantíssimo. Cf. PUCCI, Rafael Diniz. *Brazil on Trial: Mafia, Organized Crime, Gang, Terrorist Group - Or, Simply, A Problem Created By A State Policy?* Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law 2006.

¹⁹ Podem ser mencionados os três Protocolos Adicionais da Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional (2000): Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea (2000); Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (2000); contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, suas Peças e Componentes e Munições (2001) assim como a Convenção da ONU contra Corrupção (2003).

Palermo²⁰. Trata-se de um acordo internacional que foi, até o presente momento, ratificado por 137 Estados²¹, inclusive pelo Brasil²². Entrou em vigor no dia 28 de setembro 2003. Pretende-se também, através da melhoria da cooperação internacional²³, harmonizar e também modernizar o direito interno dos Estados-parte.

2 – Crime organizado no Brasil e uma estrutura exemplar

2.1 – Crime organizado no Brasil

O Brasil tinha boas razões para obrigar-se internacionalmente, pois é um país em muitos aspectos atrativo para o crime organizado. No seu território operam várias organizações criminosas, que causam sérios danos a pessoas físicas e jurídicas, à economia, à natureza etc. Algumas dessas organizações provêm do exterior, como, por exemplo, certos grupos da Camorra²⁴ e da máfia russa²⁵, que são provavelmente envolvidos no tráfico de pessoas para a Europa, ou os “cartéis nenês” da Colômbia, Paraguai e Bolívia, que, entre outras atividades, vendem no Brasil drogas e armas aos seus parceiros nacionais e internacionais, ou usam seu território para o

²⁰ Veja curta descrição da história da Convenção: RAM, Christopher. The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime And Its Protocols. *Forum on Crime and Society*, v. 1, n. 2 (2001), p 135 (136-137). Veja para uma descrição aprofundada da história: UNDOC (ed.), *Travaux préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, New York: United Nations Publication 2006, p. ix-xxvi.

²¹ The United Nations Convention against Transnational Organized Crime. *ILM*, v. 40 (2001), p. 335. Versão brasileira disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/dpenal.htm>. Acesso em: 15 jul. 2007.

²² Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Veja o estatuto de ratificação atual em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/signatures.html>>.

²³ Vide para detalhes: BETTI, Stefano. New prospects of inter-state co-operation in criminal matters: The Palermo Convention. *International Criminal Law Review*, v. 3 (2003), p. 151-167.

²⁴ Cf. RAYMOND, Janice G. The New UN Trafficking Protocol. *Women's Studies International Fórum*, v. 25, n. 5 (2002), p. 491; 493.

²⁵ Cf. SHARMA, Bhavna. *Contemporary forms of slave trade in Brazil*. London: Anti-Slavery International 2006, p. 9.

trânsito de bens ilegais e lavagem de dinheiro²⁶. Outros grupos têm sua origem no Brasil mesmo. Famosos por conta reportagem extensa pela mídia são os “comandos” do Rio de Janeiro e de São Paulo, que hoje, como ainda será mostrado, ultrapassam a noção de quadrilhas ou gangues criminosas de rua²⁷. Esses “comandos”²⁸ não só atuam dentro e fora dessas cidades, sem algumas ligações com o exterior, mas mantêm também contatos com grupos criminosos de outros países para comprar drogas, armas etc., às vezes, em troca de outros bens e serviços ilegais. Não é por acaso que o traficante carioca “Fernandinho Beira-Mar” (Luís Fernando da Costa), que tinha contatos diretos²⁹ com os fornecedores da Bolívia, do Paraguai, da Venezuela e da Colômbia, foi preso neste último país, para onde, graças às suas relações, conseguiu fugir³⁰; que frequentemente “megatraficantes”, como o colombiano Juan Carlos Ramirez Abadia³¹, do cartel *Valle del Norte*, são detidos

²⁶ PROCÓPIO, Argemiro/COSTA VAZ, Alcides. O Brasil no contexto do narcotráfico internacional. *Rev. Bras. Política Int.* v. 40, n. 1 (1997), p. 75-122 (vide em particular p. 88).

²⁷ Certa a constatação de NEUWIRTH, Robert. *Shadow Cities. A Billion Squatters, A New Urban World*. New York: Routledge 2006, p. 256: “In the early days, these posses were little more than bands of friends with a few handguns and a jeito (“talent”) for selling marijuana. Now they are big business: highly structured, impeccably led, and well-armed. [...] The gangs operate on a massive scale”.

²⁸ Os comandos principais do Rio de Janeiro: Comando Vermelho (CV), Comando Vermelho Jovem (CVJ), Terceiro Comando (TC), o Terceiro Comando Puro (TCP) e os Amigos dos Amigos (ADA). Os comandos principais de São Paulo: Primeiro Comando da Capital (PCC), Comando Democrático de Liberdade (CDL), Comando Revolucionário Brasileiro da Criminalidade (CRBC), Terceiro Comando da Capital (TCC). Descrições curtas destes grupos e outros se encontram em: PORTO, Roberto. *Crime Organizado e Sistema Prisional*. São Paulo: Atlas 2007, p. 73-100.

²⁹ E, até o presente momento, contatos indiretos: cf. MIRANDA, Ricardo. Beira-Mar na ativa. *Correio Braziliense*, 23 de nov. 2007, p. 9.

³⁰ A justiça brasileira seqüestrou bens de Fernandinho Beira-Mar (empresas, imóveis, residências, terrenos, etc.) no valor de milhões de dólares. Recentemente, o *Correio Braziliense* de 6 de julho de 2007 (p. 12) informou sobre o processo de desapropriação de terras de Beira-Mar. Sob o título “Beira-Mar perde fazendas” relatou que lhe pertenciam duas fazendas, abrangendo, ao todo, 750 hectares. Beira-Mar, que chefiava diretamente um grupo de mais de 100 pessoas, movimentou aproximadamente 70 milhões de reais por mês com o tráfico internacional, resultando em um lucro mensal de 14 milhões de reais. Cf. AMORIM, Carlos. *CV-PCC. A Irmandade do Crime*. 7. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2006. p. 411 e 426.

³¹ Cf. CARVALHO, Mário César. *Corrupção faz Brasil virar paraíso de megatraficantes*. Folha de São Paulo, 26 de ago. 2007. p. C1.

no Brasil, como mostra também a detenção, no ano 2004, de Fabio Franco, figura chave da Sacra Corona Unita (SCU) da máfia da Apulia³².

O fato de o Brasil ser muito atrativo para o crime organizado significa que o Estado brasileiro tem que se confrontar a cada dia com esta realidade – o que reforça a necessidade de legislação sensata, capaz de efetivar a repressão destas estruturas criminosas, e, ao mesmo tempo, preservar direitos fundamentais e não criminalizar excessivamente qualquer contuda coletiva ilegal.

2.2 – Estruturas complexas e informais: o Comando Vermelho e seus apoiadores como exemplo

Mas quais estruturas caracterizam as organizações criminosas? É claro que cada organização criminosa mostra sua própria estrutura, dependendo das atividades ilegais e das peculiaridades locais e regionais, e que comparações e generalizações têm seus limites. Contudo, até certo grau, são possíveis – como a tipologia desenvolvida pela UNODC mostra.³³ De fato, a estrutura do “Comando Vermelho” (CV), mais famosa organização criminosa do narcotráfico brasileiro, não é tão diferente de alguns outros grupos criminosos internos e externos³⁴. Sua história e seu funcionamento parecem hoje relativamente conhecidos³⁵, embora faltem pesquisas realmente científicas nesta área extremamente difícil e perigosa. Compreendê-los permitirá entender o importante fato de que a estruturação hierárquica não é uma característica

³² SOUTHWELL, David. *Geschichte des organisierten Verbrechens*. Köln: Fackelträger 2007, p. 26. A SCU constitui uma máfia formada por cerca de 50 clãs com aproximadamente 2000 membros ativos. O volume de venda deve ser de cerca de 6 bilhões de Euros por ano. Sua especialidade é o tráfico de pessoas e a prostituição.

³³ Cf. UNODC (ed.). *Results of a pilot survey of forty selected organized criminal groups in sixteen countries*. Geneva: United Nations Publication 2002, Ponto 4.

³⁴ Mostra-se, por exemplo, comparável ao “28s prison gang” da África do Sul. *Ibid.*, Appendix B, Group 28.

³⁵ Obra básica: DOWDNEY, Luke. *Children of Drug Trade. A Case Study Of Children in Organised Armed Violence in Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2003. *Vide também*: MISSE, Michel. Mercados ilegais, redes de proteção local do crime no Rio de Janeiro. *Estudos Avançados*, v. 21 (61), 2007, p. 139 (147ss.)

necessariamente típica ou até constitutiva dos grupos criminosos. Muito mais, hoje em dia operam também como uma rede informal, pelo menos no que se refere a seus altos integrantes e apoiadores. Isto certamente não significa que os grupos criminosos não mostram estruturas hierárquicas³⁶. Todavia, trata-se de característica que é válida, em primeiro lugar, para os níveis baixos, referentes à simples execução das atividades ilegais.

2.2.1 – O CV como exemplo de uma organização criminosa

No caso do CV, tal estrutura hierárquica pode ser detectada no âmbito das favelas como os lugares principais da prática do narcotráfico. Como se sabe, elas são controladas pelos chamados donos, que podem ser presidiários ou não. São os chefes dos narcotraficantes locais e responsáveis pela venda de drogas no seu próprio território³⁷. Como se trata de tarefa complexa e perigosa, cada *dono* precisa comandar e controlar simultaneamente muitas pessoas e, por isso, normalmente não pode renunciar à ajuda de um *gerente-geral*, responsável pela supervisão diária de operações de venda de drogas, defesa da favela e invasão a outras áreas. O *gerente-geral*, por sua vez, precisa dos *sub-gerentes*, que são, geralmente, em número de três: o gerente de preto, o gerente de branco e o gerente de segurança, responsáveis respectivamente pela venda de maconha, de cocaína e pelo comando de *soldados* na favela³⁸. Na quarta posição, localiza-se o *gerente de boca*, que administra a venda de cocaína e de maconha em cada boca de fumo

³⁶ WILLIAMS, Phil. Transnational Criminal Networks. In: ARQUILA, John/Ronfeldt, David (eds.), *Networks and Netwars. The Future of Terror Crime and Militancy*. Santa Monica: Rand 2001, p. 61 (69): “Although networks are important, and somewhat neglected, form of criminal organization, they are not the sole or exclusive form. The traditional hierarchical model long associated with Máfia families in the United States, for example, does not need to be jettisoned: After all, it is possible to have networks of hierarchies, hybrid organizational forms with some hierarchical components and a significant network dimension, and even networks of networks.”

³⁷ ARIAS, Enrique Desmond. *Drugs & Democracy in Rio de Janeiro. Trafficking, Social Networks & Public Security*. : Chapel Hill: University of North Carolina Press 2006, p. 31. DOWDNEY, Luke. *Op. cit.*, p. 47.

³⁸ *Ibid.*, p. 32.

(divisões territoriais de distribuição de drogas). Mais um nível abaixo, estão os *soldados*, a quem compete garantir a segurança armada do tráfico, defendendo a boca de fumo de invasão, invadindo também outras favelas; os *fiéis*, cuja função é a segurança particular do gerente geral e do sub-gerente; os *vapores*, que entregam a droga diretamente aos clientes da boca de fumo, sujeitando-se diretamente ao gerente da boca; os *olheiros* - espias que se posicionam em locais estratégicos em torno da favela para alertar sobre a invasão da polícia ou de facções rivais; e os *endoladores*, que realizam o empacotamento de drogas (cocaína e maconha)³⁹. Contudo, parece também importante chamar atenção ao fato de que as pessoas do níveis mais baixos trabalham, muitas vezes, com grande autonomia e/ou são meramente subcontradas pelo dono ou pelos seus gerentes sem pertencer diretamente ao CV - como, por exemplo, grupos de adolescentes representando os "soldados".

Fora da favela, são importantes para o funcionamento da organização criminosa os contatos entre os donos livres e os integrantes do CV dentro das prisões, mostrando-se significativos para o recrutamento de novos membros. Lá, um *dono presidente* e um *dono vice-presidente* regulam a vida e compõem disputas internas de facções que ocorrem fora das prisões⁴⁰. Nada obstante, o CV parece não dispor de um verdadeiro chefe, de uma liderança individual. Muito mais, os donos constituem uma rede informal de indivíduos autônomas no desenvolvimento de seu próprio negócio⁴¹. Apesar disso, há donos que detêm mais força para determinar a política do que outros e que se destacam por certas habilidades pessoais. O que leva os donos a se reunirem é a possibilidade de formulação de estratégias conjuntas de ação e de disciplina comum para assegurar certo grau de invisibilidade, seguido de compromisso

³⁹ Eventualmente, um ou outro posto pode ser suprido. Tal ocorre, por exemplo, com favelas não freqüentemente invadidas, nas quais se pode, por exemplo, dispensar o posto de gerente de soldado.

⁴⁰ DOWDNEY, Luke. *Op. cit.*, p. 45.

⁴¹ ARAGÃO, Eugênio J.G. de. *Strategien zur Durchsetzung der völkerrechtlichen Verpflichtung zur Strafverfolgung der Folter am Beispiel Brasiliens*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag 2007, p. 41.

de ajuda mútua, prestando-se a evitar a repressão eficaz pelo Estado.

Portanto, fora do nível das favelas, acabam as estruturas hierárquicas e começa o mundo dos “patrões” do crime organizado carioca. Afinal, outras características típicas das organizações criminosas que são presentes também no CV, são a submissão de seus membros à “lei de silêncio”, tipo *omertà*, e a utilização de um código de “honra⁴²”, também elaborado para dar feição superficial de legitimidade à organização.

2.2.2 – Os parceiros e apoiadores do CV

Os donos do CV dependem dos outros atores independentes que não pertencem diretamente à organização. São, em particular, os chamados *matutos*, que vendem cocaína e armas aos donos e ajudam a organizar sua entrada na favela⁴³. São atores movendo-se livremente entre as mais diversas organizações, negociando bens ilegais com os *atacadistas*. Alguns especialistas afirmam ter sido *Beira Mar*, ao final de sua – contínua – carreira criminal, um *matuto*⁴⁴. Os *atacadistas* têm, por sua vez, contato com os verdadeiros “grandões” do submundo do crime, dentro e fora do Brasil, e que mantêm contatos com elevados escalões do poder estatal⁴⁵.

Encontram-se, ademais, ligados ao CV vários profissionais liberais. Tal é o caso, por exemplo, de advogados⁴⁶, contadores e engenheiros, cujos serviços são utilizados para ajudar o Comando a continuar, proteger e estender suas atividades ilegais.

Dessa forma, constata-se que o CV como organização apresenta, no que se refere ao nível superior, uma estrutura

⁴² DOWDNEY, Luke. *Op. cit.*, p. 52 ss.

⁴³ Apenas em poucas ocasiões, os donos negociaram diretamente com fornecedores de drogas estrangeiros. Há, entretanto, donos que não se vinculam a qualquer facção criminosa, sendo denominados “neutros”. Cada dono “neutro” organiza-se semelhantemente às facções criminosas.

⁴⁴ Cf. ARIAS, Enrique Desmond. *Op. cit.*, p. 33

⁴⁵ *Ibid.*, id.

⁴⁶ Em particular, o papel de advogados sem escrúpulos, muitas vezes subestimado.

descentralizada e informal⁴⁷. Ademais é integrada por muitas pessoas independentes, as quais, formalmente, não são membros do CV, mas fazem parte da rede estabelecida para a manutenção eficaz das atividades criminosas. Tal aspecto se mostra importante, na medida em que estimula o legislador a criminalizar as figuras chaves do crime organizado em suas diversas extensões, e não apenas aqueles que executam as ordens dos superiores. Como mostrado, os últimos nem sempre pertencem à organização, como, por exemplo, bandos subcontrados para aplicar violência.

3 - O problema da criminalização do crime organizado

O exemplo do CV também mostra que organizações criminosas não podem ser equiparadas a um bando “comum” estabelecido para o cometimento de alguns crimes, nem a uma quadrilha “convencional”.⁴⁸ Este fato é ainda mais válido no que se refere às associações do crime organizado que são consideravelmente mais poderosas do que os comandos brasileiros, como, por exemplo, as máfias italianas⁴⁹ ou os

⁴⁷ Quanto ao PCC, vide PORTO, *Op. cit.*, que constata (p. 74): “A estrutura piramidal foi alterada ao longo dos anos. Hoje, o Primeiro Comando da Capital é dividido em células, de modo a permitir a continuidade das atividades criminosas mesmo com o isolamento dos líderes.” Veja também: SOUZA, *Percival de. O Sindicato do Crime. PCC e outros grupos*. Rio de Janeiro: Ediouro 2006, p. 104-108.

⁴⁸ Cf. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado. Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 20 e p. 12.

⁴⁹ Como, por exemplo, a máfia siciliana, a Camorra, a `Ndrangheta, a Mala del Brenta, a Sacra Corona Unita e a Stidda. Atente-se para que, até hoje, uma minoria dos autores acadêmicos não quer enquadrar as famílias mafiosas como organizações criminosas, por exemplo, BEZOTTI, Mario. Organisierte Kriminalität: zur sozialen Konstruktion einer Gefahr., *Angewandte Sozialforschung*, v. 22, n. 3/4 (2002), p. 133 (136). A razão é, ao ver de muitos autores, o fato de funcionarem as organizações criminosas como empresas. De fato, as máfias italianas mostram a esse respeito algumas peculiaridades. Cf. PAOLI, Letizia. *Die italienische Máfia. Paradigma oder Spezialfall organisierter Kriminalität?*. Documento da Sociedade Max Planck. Disponível em: <<http://www.forum.mpg.de/archiv/veranstaltung13/hintergrund/mafia.pdf>>. p. 2-(12). Acesso em 2 set. 2007. Mas isto não deveria prevenir sua qualificação como organizações criminosas.

grupos da “yakuza” japonesa⁵⁰. Embora bandos e quadrilhas sejam igualmente grupos permanentes e estruturados – nota-se que “organização” não é um critério *per se* suficiente para caracterizar o crime organizado –, seus delitos são menos planejados, menos contínuos e contam, por vezes, com menor número de membros. Ademais, seus objetivos são menos a acumulação das reservas financeiras do que a obtenção de recursos para o consumo cotidiano⁵¹. Portanto, criminalizar as atividades do crime organizado, assim como a filiação a tais grupos tem importância, sendo, ao mesmo tempo, difícil, como a delimitação dos bandos e quadrilhas indica – uma operação jurídica necessário para evitar criminalização excessiva.

3.1 – O termo “crime organizado”

Esta problemática tem, em parte, a ver com o fato de que, sob a ótica jurídica, não existe definição amplamente reconhecida e genérica do termo “crime organizado”⁵². Até hoje, para alguns, trata-se de um conceito político sem valor jurídico, que se baseia em termos extremamente indeterminados⁵³. Para outros, a variedade de suas formas de aparência, assim como sua transformação permanente impedem que se defina o fenômeno do crime organizado⁵⁴. Apesar dessas reflexões e outras⁵⁵, existem, em algumas ordens jurídicas nacionais, definições (ou descrições) deste termo⁵⁶, às

⁵⁰ Obra básica: HILL, Peter B.E. *The Japanese Mafia*. Oxford University Press: Oxford: Oxford Press 2006. SHIKITA, Ko. Yakuza – organized crime in Japan. *Journal of Money Laundering Control*, v. 9, n. 4 (2006), p. 416-421 identifica 23 grupos criminosos da yakuza constituído por 44.300 membros regulares (e 42.700 afiliados). 70% pertencem às três famílias.

⁵¹ Cf. EISENBERG, Ulrich. *Kriminologie*. 6. Auflage. München: Beck, 2005, p. 920.

⁵² *Ibid.*, p. 933-941.

⁵³ Cf. HOFMANN, Martin Ludwig. *Monopole der Macht. Mafiose Macht, staatliche Souveränität und die Wiederkehr normativer Theorie*. Bielefeld: Transcript 2003, p. 76-80. ALBRECHT, Peter-Alexis. *Op. cit.*, p. 343-348.

⁵⁴ Cf. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Op. cit.*, p. 10.

⁵⁵ DUYNE, Petrus van. *Op. cit.*, p. 7, por exemplo, acha mais apropriado falar de “organizing crime” em vez de “organized crime.”

⁵⁶ Na Alemanha, por exemplo, veja-se o artigo 1º (3) Verfassungsschutzgesetz des Freistaates Bayern (BayVSG, na versão de 10 de abril de 1997; GVBl. 1997, p. 70). A Polícia Federal alemão (Bundeskriminalamt) trabalha com uma definição do crime

vezes boas, às vezes, inadequadas. O problema central parece ser chegar a um consenso sobre os “key crimes” (delitos chaves)⁵⁷ e/ou outros indicadores que devem caracterizar adequadamente essa grave forma de criminalidade⁵⁸ - em conformidade com o princípio do Estado de direito sobre o qual a lei penal deve estar fundamentada. Alguns desses indicadores já foram enumerados acima: o uso de estruturas complexas e bem organizadas; o investimento nas empresas legais com o objetivo de encobrir atividades ilegais e/ou lavar dinheiro; a corrupção de pessoas com influência. Outros são: profissionalismo quanto ao planejamento, preparação e execução dos delitos; conduta conspirativa e forte lealdade entre os membros; o esforço de dominar certos mercados, o que pode, às vezes, corresponder a esforços de dominar certos territórios. Cada um destes indicadores exemplares é, de uma maneira ou de outra, problemático, e, por isso, debatido, em particular no que se refere à questão de definir-se se estes critérios precisam ser comprovados alternativa ou cumulativamente.

3.2 - O termo “organização criminosa”

Não menos problemático é definir o termo “organização criminosa”. As questões são basicamente as mesmas daquelas relacionadas ao termo “crime organizado”, que se refere, segundo a opinião predominante, a certas atividades ilegais⁵⁹. Ademais, existe certo receio em torno do possível abuso do respectivo dispositivo que procura criminalizar tais grupos. Na história da Alemanha, por exemplo, na época do império, o dispositivo foi empregado para perseguir os membros dos

organizado, que os ministros de justiça dos Estados federais adotaram em 1986. Veja uma crítica desta definição: KINZIG, Jörg. Organisierte Kriminalität in Deutschland: Begriff - Rechtliche Maßnahmen - Empirische Erkenntnisse. *Angewandte Sozialforschung*, v. 22, n. 3/4 (2002), p. 27-28.

⁵⁷ Cf. UNODC (ed.). *Op. cit.*(nota 33), p 4.

⁵⁸ Como ainda vamos ver, a questão do grau de organização necessário para constituição do crime organizado é hoje em dia menos controversa.

⁵⁹ Segundo uma outra opinião o termo “crime organizado” abrange um número de organizações criminosas. Cf. PAOLI, Letizia. *Op. cit.*, p. 2; 12.

partidos de esquerda. Mais tarde, os nacional-socialistas abusavam da terminologia ainda mais intensamente: cada pessoa “suspeita”, que se encontrasse com outras, corria o risco de ser condenada sob a justificativa de ter supostamente planejado a formação de uma associação criminosa. Nada obstante, o código penal alemão – como as leis penais de muitos outros países⁶⁰ que aderem ao sistema de *civil law*⁶¹ – não rejeita a criminalização da formação de uma associação criminosa assim como a participação nela, embora sua aplicação cria, até hoje, problemas sérios e necessita ser observada cuidadosamente pela justiça e pela academia⁶². A razão principal para sua existência reside no fato de ser, muitas vezes, difícil comprovar a contribuição de seus altos membros em um delito específico. Para prevenir o abuso político, o dispositivo deixa claro que não se aplica aos partidos políticos que só podem ser proibidos pelo Tribunal Constitucional Federal. Outros dispositivos do Código Penal alemão criminalizam a formação e a participação em grupos terroristas, indicando, desta maneira, que se trata de violência de atores não-estatais politicamente motivada (terrorismo), constituindo, em geral, um outro tipo de criminalidade que não o crime organizado⁶³.

O exemplo indica que o combate ao crime organizado quase sempre implica problemas para o Estado Democrático de Direito, e, por isso, necessita de acompanhamento crítico, em particular, ao prevenir interferências excessivas nos direitos humanos fundamentais. Nada obstante, como o crime organizado desafia as instituições estatais, a economia e a sociedade, o Estado não pode renunciar à criminalização adequada dos grupos envolvidos nas respectivas atividades. A obrigação de proteger efetivamente direitos humanos também implica proteger a sociedade contra as atividades do crime

⁶⁰ Veja exemplos em: UNODC (Ed.). *Legislative Guide For the Implementation of the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto*. New York: United Nations Publication, 2004. p. 28 ss.

⁶¹ Em países do “common law”, a infração de “conspiracy” (conspiração) é aplicada para a criminalização da participação em grupo criminoso.

⁶² Trata-se do artigo 129 do Código Penal alemão.

⁶³ Artigos 129a e 129b do Código Penal alemão.

organizado. Para não deixar lacunas jurídicas, o Estado deve, em especial, criminalizar, pelo menos como crime subsidiário, a participação em organizações criminosas. Isto não necessariamente significa estabelecer uma definição legal deste termo.

4 - As obrigações internacionais estipuladas pela Convenção de Palermo

4.1 Visão geral sobre as obrigações de criminalização

Tendo este pano de fundo, não surpreende o fato de que a Convenção de Palermo não contenha uma definição genérica de crime organizado (transnacional) ou de organização criminosa⁶⁴, mas se restrinja, neste contexto, a estipular obrigações de criminalização⁶⁵. Em particular, os Estados-parte têm o dever de assegurar que seu direito interno torne punível as seguintes infrações que estão relacionadas, de uma forma ou de outra, com grupos criminosos organizados: a participação em um grupo organizado criminoso (art. 5.º); a lavagem do produto do crime (art. 6.º); a corrupção (art. 8.º); a obstrução à justiça (art. 23).

Como se trata de acordo internacional, aplica-se o *pacta sunt servanda*, princípio fundamental do direito dos tratados internacionais⁶⁶. Significa que o legislador nacional tem de examinar, com muita atenção e seriedade, se a norma penal interna realmente preenche todos os requisitos formulados pela Convenção de Palermo. Em caso de sua legislação já prever os ilícitos acima mencionados, resta ao legislador revisar sua conformidade material com a Convenção⁶⁷. Entre outros, isto inclui assegurar que cada crime em questão seja “[...] passível de sanções que levem em conta a gravidade dessa infração⁶⁸”.

⁶⁴ Havia tais propostas. Veja UNDOC (Ed.). *Travaux préparatoires*. *Op. cit.* (Nota 22), p. 7-9.

⁶⁵ Referente às outras obrigações da Convenção de Palermo, veja: RAM, Christopher. *Op. cit.*, p. 135;141-145.

⁶⁶ Artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

⁶⁷ Veja Artigo 34 (2) da Convenção de Palermo.

⁶⁸ Art. 11 da Convenção de Palermo.

Ademais, é preciso lembrar que a Convenção de Palermo meramente prevê a implementação dos pressupostos internacionalmente considerados necessários para reprimir mais eficazmente o crime organizado⁶⁹. Não impede o legislador de “fazer mais” e melhor. Tendo este pano de fundo, o *Legislative Guide* da UNODC destaca, quanto à obrigação dos Estados-parte de criminalizar adequadamente a participação em um grupo organizado criminoso, a lavagem do produto do crime, a corrupção e a obstrução à justiça:

The activities covered by these offences are vital to the success of sophisticated criminal operations and to the ability of offenders to operate efficiently, to generate substantial profits and to protect themselves as well as their illicit gains from law enforcement authorities. They constitute, therefore, the cornerstone of a global and coordinated effort to counter serious and well-organized criminal markets, enterprises and activities⁷⁰.

4.2 - A criminalização da participação em grupo criminoso (art. 5.º)

Como o espaço para este artigo é limitado, concentrar-se-á na análise da criminalização da participação em uma organização criminoso – obrigação estipulada pelo art. 5º da Convenção de Palermo –, ao analisar, subsequentemente, se o legislador brasileiro cumpriu suficientemente com seus deveres internacionais.

4.2.1 O teor do art. 5º da Convenção de Palermo

O art. 5º da Convenção de Palermo estabelece em uma linguagem complicada:

1. Cada Estado-parte adotará as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticado intencionalmente: a) Um dos atos

⁶⁹ Cf. Artigo 34 (3) da Convenção de Palermo.

⁷⁰ UNDOC (ed.). *Op. cit.* (nota 50), p. 17-39.

seguintes, ou ambos, enquanto infrações penais distintas das que impedem a tentativa ou a consumação da atividade criminosa: i) O entendimento com uma ou mais pessoas para a prática de uma infração grave, com uma intenção direta ou indiretamente relacionada com a obtenção de um benefício material e, quando assim prescrever o direito interno, envolvendo um ato praticado por um dos participantes para concretizar o que foi acordado ou envolvendo a participação de um grupo criminoso organizado; ii) A conduta de qualquer pessoa que, conhecendo a finalidade e a atividade criminosa geral de um grupo criminoso organizado, ou sua intenção de cometer as infrações em questão, participe ativamente em: a. Atividades ilícitas do grupo criminoso organizado; b. Outras atividades do grupo criminoso organizado, sabendo que a sua participação contribuirá para a finalidade criminosa acima referida; b) O ato de organizar, dirigir, ajudar, incitar, facilitar ou aconselhar a prática de uma infração grave que envolva a participação de um grupo criminoso organizado. 1. O conhecimento, a intenção, a finalidade, a motivação ou o acordo a que se refere o parágrafo 1 do presente Artigo poderão inferir-se de circunstâncias factuais objetivas. 2. [...].

4.2.2 – *As respectivas obrigações*

Quanto à implementação do art. 5º (1) no direito interno, é, antes, importante constatar que “transnacionalidade” não representa um elemento que faz parte da obrigação de criminalizar a participação nos grupos organizados criminosos⁷¹. Embora a Convenção das Nações Unidas se chame “contra o Crime Organizado Transnacional”, o elemento da transnacionalidade é meramente um pressuposto quanto à aplicabilidade dos dispositivos sobre a cooperação

⁷¹ UNODC (ed.), *Op. cit.* (nota 50), p. 10-18.

interestatal⁷². Portanto, o legislador deve abster-se de incorporá-lo nos respectivos tipos penais ou, pelo menos, deixar claro que a aplicabilidade do dispositivo em questão não se restringe aos casos com alcance transnacional.

Como existem duas tradições jurídicas quanto à criminalização da participação nas organizações criminosas – os países com tradição de *civil law* geralmente tendem a criar o tipo penal “participação em organizações (ou associações) criminosas”, ao contrário dos países de tradição de *common law*, que geralmente preferem estabelecer a infração de “conspiração” -,⁷³ o art. 5º (1), alínea “a”, deixa aos Estados-parte a opção de se decidir por uma dessas tradições. Contudo, ao limitar a liberdade de ação do legislador nacional e, desta maneira, assegurar que a Convenção de Palermo realmente contribua para a harmonização do direito interno, o art. 2º, alínea “a”, contém uma definição do termo “grupo criminoso organizado”, como sendo um

[...] *grupo estruturado de 3 (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.*

Importante é entender que os Estados-parte não se comprometem a introduzir uma definição legal do grupo criminoso organizado no seu direito penal⁷⁴, mas que as definições do art. 2º objetivam meramente concretizar de qual maneira a Convenção deve ser implementada, em particular, seu art. 5º.

São, ao todo, quatro elementos, que merecem atenção especial do legislador nacional: o elemento “grupo

⁷² Na verdade, o significado deste elemento é relativamente limitado, porque basta a mera suspeita de atividades transnacionais. Veja: *ibid.*, p. 11-19. Veja também: RAM, Christopher. *Op. cit.*, p. 135; 140.

⁷³ UNDOC (Ed.). *Op. cit.* (nota 50), p. 21-49.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 11-23.

estruturado”; o número mínimo que deve bastar para constatar a existência de um grupo organizado criminoso; a obrigação de tornar punível certos tipos penais como “infrações graves”; e o elemento subjetivo, a intenção de obter um benefício econômico ou outro benefício material.

4.2.2.1 – Grupo estruturado

Como na discussão acadêmica, assim foi controverso durante as negociações da Convenção de Palermo a questão do grau de organização suficiente para a formação de um grupo criminoso⁷⁵. A maioria dos Estados sustentou que a hierarquia não constitui característica necessária das associações criminosas. Como já vimos, percepção contrária nem sempre corresponde, em geral, à realidade, porque os grupos criminosos “modernos” muitas vezes se estruturam informalmente, pelo menos no que se refere aos níveis superiores, de preferência como redes que relacionam atores autônomos⁷⁶. Por isso, o art. 2.º alínea “c”, deixa claro que o elemento “grupo estruturado” significa um

[...] grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada.

Em outras palavras: o legislador que meramente criminaliza a participação de grupos hierárquicos não satisfaz os requisitos da Convenção de Palermo. Os Estados-parte finalmente aceitaram o fato de que tal criminalização é inadequada para combatê-los efetivamente⁷⁷.

⁷⁵ Cf. UNODC (ed.). *Op. cit.* (nota 22), p. 12 (nota 20).

⁷⁶ Contudo, é preciso, neste contexto, acrescentar a crítica de que a definição do grupo criminoso estruturado ficou ampla demais para realmente facilitar o levantamento de dados comparáveis. Cf. UNODC (Ed.). *Op. cit.* (nota 11), p. 5.

⁷⁷ Vale a pena também lembrar que a discussão sobre o crime “desorganizado” refere-se ao fato de que, hoje em dia, as associações criminosas operam em redes baseadas em

4.2.2.2 – O número mínimo de um grupo organizado criminoso

Um elemento cuja importância pode ser facilmente subestimada é aquele que prevê que um grupo organizado constitui-se quando, pelo menos, três pessoas se reúnam para certos fins. Curioso notar que não houve controvérsia acerca desse ponto durante as negociações da Convenção, mas somente se discutiu se seria razoável reduzir este número a duas pessoas⁷⁸. O raciocínio para não se exigirem quatro pessoas ou mais para a formação de um grupo criminoso é o seguinte: embora as associações do crime organizado quase sempre constituam-se por um grupo maior de pessoas – algumas vezes, têm milhares de membros –, têm-se geralmente problemas em provar, perante os tribunais, a existência de tal grupo, em particular, porque eles praticam um código de conduta interno que obriga seus membros ao silêncio (tipo *omertà*) e a não cooperar com as instituições estatais. A ameaça de punir cada violação deste código por sanções cruéis parece mostrar-se, muitas vezes, extremamente efetiva. Se a sanção penal é relativamente fraca e, por essa razão, não incentiva a colaboração com o Estado, os integrantes geralmente não arriscariam fornecer informações relevantes em troca de uma pena premiada etc. *Ergo*: Quanto maior o número exigido pela formação de tal grupo, tanto maiores são os obstáculos jurídicos para a potencial condenação de seus integrantes. E quanto mais fraca a sanção penal, tanto menor o incentivo de revelar mais informações sobre as organizações criminosas, pelo menos, em combinação com outros incentivos como integração num programa especial para a proteção de testemunhas⁷⁹. Contudo, ao evitar criminalização excessiva, o legislador deveria assegurar que as sanções não se aplicam indiferentemente a outros coletivos envolvidas nas atividades criminais.

contatos de pouca durabilidade. Por isso, é certo que o artigo 2 fala de grupos “existentes há algum tempo”.

⁷⁸ UNODC (ed.). Op cit. (nota 22), p. 9.

⁷⁹ Veja quanto à experiência nos EUA: RYAN, Patrick J. *Organized Crime. A Reference Handbook*. Denver: ABC-CLIO 1995, p. 24s.

4.2.2.3 – “Infrações graves”

Alguns Estados apoiaram a idéia de definir genericamente o termo “organização criminosa”. A França, por exemplo, fez tal sugestão propondo que uma organização criminosa deveria ser entendida por

[...] any group of three or more persons with hierachical links or personal relationships durably established for the purpose of enriching itself or controlling territories or markets, internal or foreign, by unlawful means such as violence, intimidation or corruption, both in furtherance of criminal activity and in order to infiltrate the legitimate economy⁸⁰.

Todavia, a maioria dos Estados preferiu não enumerar as atividades criminosas que devem ser consideradas características do crime organizado⁸¹. Por isso, o termo “grupo criminoso organizado” faz meramente referência às associações “[...] com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção”. O art. 2º, alínea “b”, concretiza o termo “infração grave”, como sendo um “[...] ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a 4 (quatro) anos ou com pena superior”.

É evidente que tal formulação permite diferenças nas respectivas ordens jurídicas internas e, portanto, parece atropelar o objetivo da Convenção de harmonizar os códigos penais nacionais⁸². Por outro lado, cada Estado-parte deve, pelo menos, rever minuciosamente sua legislação penal, para assegurar o cumprimento desta obrigação *bona fide*. Como já vimos, a gravidade da sanção tem importância não só sob a

⁸⁰ UNODC (ed.). *Op. cit.* (nota 22), p. 7.

⁸¹ Isto pode ser visto criticamente (cf. ORLOVA, Alexandra V./MOORE, James W., “Umbrella” or “Building Blocks”?: Defining International Terrorism and Transnational Organized Crime in International Law, *Houston Journal of International Law*, v. 27, n. 2 (2005), p. 267 (283)), porque há boas razões para sustentar-se que o que distingue grupos de “crime organizado” de outras associações criminosas são certas atividades ilegais como a violência ou a corrupção.

⁸² Seja acrescentado que o legislador não tem a obrigação de criar uma definição de “infração grave”, cf. UNODC (ed.). *Op. cit.* (nota 59), p. 14-27.

óptica da prevenção, mas também em particular, para incentivar, em troca de um tratamento privilegiado, a quebra da “lei de silêncio”⁸³.

4.2.2.4 - Implicações do elemento subjetivo

Também foi debatido o elemento subjetivo da definição do art. 2º, alínea “a”: “a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”. Embora “outro benefício material” devesse ser, segundo a nota interpretativa da Convenção, compreendido amplamente,⁸⁴ a pretensão por trás desta obrigação foi o de incluir crimes cuja motivação são, por exemplo, gratificações sexuais, como no caso de redes de pedofilia traficando pornografia infantil.⁸⁵ É importante perceber agora que a problemática da inclusão dos grupos terroristas no termo “grupo criminoso organizado” foi discutida durante as negociações da Convenção, mas finalmente deixada de lado, o que tem implicações para o legislador nacional⁸⁶. Como, na teoria, terroristas são criminosos politicamente motivados, e há também a obrigação internacional de criminalizar a participação nos grupos terroristas⁸⁷, o elemento em pauta indica ser apropriado que a legislação penal distinga entre os crimes de “participação em grupos criminosos organizados” e de “participação em grupos terroristas”. Na prática, porém, esta delimitação é, às vezes, difícil, porque terroristas frequentemente dependem das atividades criminosas “comuns” para financiar sua luta, vendendo, por exemplo, armas aos grupos de narcotráfico. Por outro lado, grupos

⁸³ Neste contexto, é claro que a situação precária nas prisões brasileiras desacompanha, mais uma vez, um papel importantíssimo. Até o presente momento, a situação violenta e desumana incentiva a formação e permanência dos grupos criminosos.

⁸⁴ UNODC (Ed.). *Op. cit.* (nota 22), p. 17.

⁸⁵ UNODC (Ed.). *Op. cit.* (nota 50), p. 13-26.

⁸⁶ *Ibid.*, id. UNODC (Ed.); *Op. cit.* (nota 22), p. 12 (nota 16).

⁸⁷ Cf. Resolução 1373 do Conselho de Segurança da ONU, de 28 de setembro de 2001, para. 2 e). Esta resolução tem força obrigatória para os Estados. Cf. PETERKE, Sven. Die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung unter Kapitel VII der UN-Charta. Resolution 1373 (2001) des UN-Sicherheitsrates. *Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften* 4/2001, p. 217-221.

criminosos tendem a utilizar táticas terroristas para articular pretensões pontualmente políticas, contudo, sem manifestar a verdadeira ideologia oposta à do governo ou à do Estado⁸⁸. Nada obstante, é preciso não confundir esses conceitos, a fim de que se tome medidas institucionais adequadas. O combate ao terrorismo segue, às vezes, padrões diferentes dos utilizados no combate ao crime organizado⁸⁹.

4.2.2.5 – Criminalização abrangente

Um último ponto que merece destaque é o de que o art. 5º (1) objetiva criminalizar não só a participação ativa nas atividades ilegais dos grupos criminosos, mas também nas “outras atividades [...] sabendo que a sua participação contribuirá para a finalidade criminosa”. O *Legislative Guide* explica: “These other activities may not constitute crimes, but they perform a supportative function for the group’s criminal activities and goals”⁹⁰.

Ademais, o art. 5.º (1), alínea “b”, contém a obrigação de tornar punível o ato de organizar, dirigir, ajudar, incitar, facilitar ou aconselhar a prática de uma infração grave que envolva a participação de um grupo criminoso organizado.

Aqui, fica ainda mais claro o fato de que os Estados-parte pretendiam acabar, por um lado, com a impunidade daqueles altos membros que não têm a necessidade de “sujar suas próprias mãos”, assegurando a responsabilidade dos chefes e altos membros das organizações criminosas que dão ordens, mas não se empenham no cometimento direto dos crimes, como, por exemplo, os “presidentes” dos comandos brasileiros que são, muitas vezes, capazes de liderar suas organizações de dentro das prisões⁹¹. Por outro lado, os Estados

⁸⁸ As ondas de ataque no Rio de Janeiro e em São Paulo em 2006, atribuídas aos “comandos”, parecem ser tal exemplo. Cf. PETERKE, Sven. *Brasiliens Herausforderung durch den Terror der Organisierten Kriminalität. Verfassung und Recht in Übersee*, v. 40 n. 2 (2007), p. 230-247.

⁸⁹ Cf. BJÖRNEHED, Emma. *Narco-Terrorism: The Merger of the War on Drugs and the War on Terror. Global Crime*, v. 6, n. 3-4 (2004), p. 305; 315 ss.

⁹⁰ UNODC (Ed.). *Op. cit.* (nota 59), p. 24-61.

⁹¹ *Ibid.*, p. 25-66.

querem também criminalizar mais eficazmente os parceiros que não fazem parte direta das organizações criminosas, assim como os que contribuem com seus serviços profissionais para o funcionamento de tais grupos, como advogados transferindo informações e mantendo contato com policiais e políticos para intermediar os interesses do submundo do crime e do sobmundo.

5 - A legislação brasileira

Basta à legislação brasileira os requisitos estipulados pela Convenção de Palermo? Cumpre o legislador nacional, até o presente momento, com suas obrigações internacionais, pelo menos no que se refere à criminalização da participação em organizações criminosas?

5.1 - A legislação brasileira em vigor

Quanto à legislação em vigor, a primeira observação é a de que o direito penal brasileiro não contém uma definição genérica ou específica de grupos criminosos organizados, embora haja uma “Lei do Crime Organizado”. Carece também de descrição destes grupos para fins de delimitação de bandos ou quadrilhas “simples”. Muito mais, a legislação brasileira tende a equiparar tais grupos.

5.1.1 Organizações criminosas e a “Lei do Crime Organizado”

A “Lei do Crime Organizado” foi promulgada no dia 3 de maio de 1995 (Lei nº 9.034). Propõe-se tal lei a dispor sobre meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas⁹², e, por isso, não objetiva criminalizar a participação em grupos criminosos. Contudo, no capítulo I da referida lei, pretende-se estabelecer “[...] definições de ação praticada por organizações criminosas e

⁹² Texto original parcialmente imprimido em: TENÓRIO, Igor; LOPES, Inácio Carlos Dias. *Crime Organizado*. O novo Direito Penal - Até A Lei N. 9034/95. Brasília: Consulex, 1996. p. 192.

dos meios operacionais de investigação e prova”⁹³. No que se refere à efetividade de tais pretensões, é preciso reconhecer a necessidade de concretizar (descrever ou definir) quais organizações devem ser consideradas representativas para o crime organizado. Os policiais e/ou outros agentes estatais, aos quais cabe a execução da lei, necessitam ter uma idéia mais precisa de quando se aplica a “Lei do Crime Organizado”. Ademais, sob a ótica do Estado de Direito, deve-se preferencialmente estabelecer um foco mais determinado, prevenindo-se interferências desnecessárias em direitos fundamentais. Portanto, vale a pena concretizar o alcance da lei para fins práticos. Tendo este pano de fundo, o Projeto de Lei n.º 3.513-B, chamado Projeto Michel Temer, que foi discutido no processo de elaboração da “Lei do Crime Organizado”, previu, no seu art. 2º, uma definição do termo “organização criminosa”: “Para os efeitos desta lei, considera-se organização criminosa aquela que, por suas características, demonstre a existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional e/ou internacional”⁹⁴.

Infelizmente, esta definição cuja qualidade não pode ser avaliada minuciosamente aqui, foi retirada do texto, passando por consequência o capítulo I da “Lei do Crime Organizado” a se chamar “Das Definições de Ação Por Organizações Criminosas [...]”, embora seu art. 1º tenha feito meramente referência ao “crime resultante de ações de quadrilha ou bando”. O resultado foi confusão na doutrina sobre conceitos básicos.

Ficava a dúvida: afinal de contas, a lei se refere à quadrilha ou ao bando, conforme seu artigo 1º, ou às organizações criminosas, mencionadas no enunciação? Surgiram, então, duas posições: organização criminosa é sinônimo de quadrilha ou bando [...] ou seja, constitui-se de quadrilha ou

⁹³ Ibid., id.

⁹⁴ Cf. ibid., p. 126.

bando + alguma coisa (que a lei não disse o que é)⁹⁵.

O trato destes conceitos como sinônimos influencia até o presente a noção do conceito do crime organizado e seus grupos na doutrina brasileira. Como podemos ler em Mirabete/Fabbrini, “[a] Lei n.º 9.034, de 3-5-1995, dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. O crime resultante de ação de quadrilha ou bando é considerado crime organizado”⁹⁶.

A nosso ver, tal opinião dificulta o trato do crime organizado e, ao mesmo, criminaliza indiferentemente: embora se trate de um conceito delicado, apto a criar problemas sérios, a equiparação das organizações do crime organizado a bandos ou quadrilhas aprofunda esta problemática no contexto brasileiro.

No dia 11 de abril de 2001, os dispositivos da Lei n.º 10.217 foram alterados, desta vez, contudo, sem afirmar, infelizmente, o entendimento de que organizações criminosas não devem necessariamente ser equiparadas a bandos ou quadrilhas. O art. 1º agora estipula: “Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.”

Como a “Lei do Crime Organizado” continua a não definir organização ou associação criminosa, persiste em fazer referência a alguma coisa que juridicamente não existe⁹⁷.

⁹⁵ CAPEZ, Fernando. *Legislação penal especial*. V. 2. 4. ed. São Paulo: Damásio de Jesus 2005. p. 92.

⁹⁶ MIRABETE, Juli Fabbrini/Renato N. Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2191.

⁹⁷GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei n. 10.217/01? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei n. 9.034/95.) Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 1 nov. 2007: “[...] o legislador não ofereceu nem sequer a descrição típica mínima do fenômeno, só nos resta concluir que, nesse ponto, a lei (9.034/95) passou a ser letra morta. Organização criminosa, portanto, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, é uma alma (uma

Todavia, pela nova redação da lei, o legislador indicou que se trata de um conceito teoricamente distinto do “bando ou quadrilha”, porque acrescentou os termos “organizações ou associações criminosas”. Tendo este pano de fundo, a conclusão radical na doutrina, não seguido pela prática, é que “[...] todos os dispositivos da Lei que se referem à organização criminosa são inaplicáveis”⁹⁸. Em se concordando com essa opinião ou não, o que é certo é que o legislador aumentou a confusão conceitual criada pela Lei n. 9.034/95 – fato atacado pela doutrina com verdadeiras “bofetadas”. Gomes, por exemplo, constata: “Nosso legislador, sem ter a mínima idéia dos (geralmente nefastos) efeitos colaterais de toda sua (intensa e confusa) produção legislativa, talvez jamais tenha imaginado que, com o novo texto legal [...] estaria eliminando a eficácia de inúmeros dispositivos legais contidos na Lei 9.034/95”⁹⁹.

Nada obstante, o fato de que a legislação brasileira carece de conceituação do crime organizado e/ou organizações criminosas não significa que não obedeça à Convenção de Palermo. Muito mais, é preciso analisar suas normas penais relevantes para determinar se a Convenção foi implementada adequadamente ou não. Por outro lado, é claro que o papel que o legislador desempenhou no contexto apresentado é, com boas razões, criticável. Ao mesmo tempo há também a avaliação que, pelo menos, no que se refere à definição legal de “organização criminosa”, tal procedimento só limitaria o espaço de atuação

enunciação abstrata) em busca de um corpo (de um conteúdo normativo, que atenda o princípio da legalidade). ROESLER, Átila da Rold, A falácia do combate ao crime organizado. Disponível em: <http://jus2.uol.com/doutrina/texto.asp?id=5214> (acessado: 20 de novembro de 2007): a “Lei n. 10.217/01 que tornou o conceito de crime organizado ainda mais confuso.”

⁹⁸ CAPEZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 94.

⁹⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*. Exemplo mais moderado: MARCHI DE QUEIROZ, Carlos Alberto. *Crime Organizado no Brasil. Comentários à Lei N° 9.034/95. Aspectos policiais e jurídicos*. São Paulo: Esfera, 2005, p. 18: “Dentro desse quadro de incertezas [...], só resta lamentar que o legislador penal nacional não tenha colocado nas mãos dos operadores do Direito uma definição mais transparente de organizações ou associações criminosas, limitando-se, apenas e tão-somente, à expressão bando ou quadrilha, crime eminentemente brasileiro, incorporado ao nosso ordenamento penal, na década de 30, para dar combate a Lampião e seus comparsas [...]”.

do Estado¹⁰⁰ - avaliação, como vimos, exposta às objeções graves.

5.1.2 – Art. 288 do Código Penal

No Código Penal brasileiro, é o art. 288 que trata da formação e da participação nos grupos criminosos nos seguintes termos: “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de um a três anos. Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado”.

O art. 288 do Código Penal data de período em que ainda não existia a noção de crime organizado e de suas organizações como fenômenos distintos de bandos ou quadrilha¹⁰¹. Por isso, a norma não parece refletir os requisitos da legislação penal moderna. Contudo, esta circunstância é principalmente inofensiva, na medida em que ambos os termos - bando e quadrilha - representam conceitos relativamente indeterminados e, portanto, permitem igualmente punir a participação em organizações criminosas, na hipótese de não se aplicarem normas especiais. Portanto, o art. 288 CP permite também o trato de grupos criminosos organizados no sentido da Convenção de Palermo.

Nada obstante, é evidente que o legislador não cumpriu sua obrigação internacional de rever cuidadosamente o Código Penal brasileiro. De contrário, o art. 288 CP não demandaria no mínimo quatro, mas três pessoas para o estabelecimento de uma associação criminosa, como previsto no art. 2º, alínea “a” da Convenção de Palermo. Que este fato pode também ter consequências práticas, no que se refere à condenação daqueles

¹⁰⁰ Assim: MENDRONI. *Op. cit.*, p. 10.

¹⁰¹ Cf. DE QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi. *Op. cit.*, p. 18: [...] à expressão bando ou quadrilha, crime eminentemente brasileiro, incorporado ao nosso ordenamento penal, na década de 30, para dar combate a Lampião e seus comparsas [...]”; p. 75: [...] art. 288, não representa resultado de estudos de Direito Penal Comparado com outras nações, não correspondendo ao crime de associação de criminosos, de alguns países, com os que reprimiram os *gangsters* e os *mobsters*, nos Estados Unidos nos anos trinta, e, muito menos, ao crime de “ajuntamento ilícito”, previsto pelo art. 119 do Código Penal de 1890”.

criminosos que não executam pessoalmente certos atos e atividades criminosas, já era suficientemente considerado neste artigo.

Como o teor do art. 288 só exige “associação para fim de cometer crimes”, abrange também grupos não hierárquicos no sentido da Convenção de Palermo. É consagrado o entendimento de que basta provar que a associação mostra alguma permanência e estabilidade¹⁰². Nítida divisão de funções entre os participantes é igualmente desnecessária¹⁰³. Desta maneira, o art. 288 está em conformidade com art. 2º, alínea “c”, da Convenção de Palermo que, como já vimos, exige um “[...] grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada”.

Mais problemático, porém, parece a formulação “para fim de cometer crimes”, em particular, no que se refere à possível aplicação aos grupos terroristas, se supormos com uma opinião na literatura acadêmica, que inexistente tipo penal definidor do terrorismo e, conseqüentemente, também a Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90) não se aplica a esse respeito¹⁰⁴. Como mostramos, a Convenção de Palermo e o Direito internacional público distinguem principalmente entre terrorismo e crime organizado¹⁰⁵. Grupos terroristas têm objetivos políticos; os grupos do crime organizado, econômicos ou materiais. Nesse respeito, o teor do art. 288 é indiferente. Contudo, segundo outra opinião, a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional), embora sem se referir *expressis verbis* ao conceito de terrorismo, é aplicável¹⁰⁶.

¹⁰² JESUS, Damásio E. de, *Código Penal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 17ª ed., 2006, p. 890.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 889.

¹⁰⁴ Cf. MORAES, Alexandre de/SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação Penal Especial*, 8. ed., São Paulo: Atlas 2003, p. 65 (com referência ao Alberto Silva Franco).

¹⁰⁵ Sub IV. 2 c) dd).

¹⁰⁶ Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e Terror - Uma Visão Parcial do Fenômeno Terrorista*. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.), *Terrorismo e*

Seu art. 16 pode ser considerado como *lex specialis* ao art. 288 CP¹⁰⁷. Nada obstante, a mais recente discussão sobre a necessidade de tipificar o conceito de terrorismo mostra, que a legislação brasileira poderia cumprir melhor com as obrigações internacionais que não foram criadas para dar trabalho ao legislador, mas sim para assegurar que os códigos penais nacionais se adaptem ao século XXI. Que a Lei de Segurança, proveniente da época da ditadura militar, precisa, ao menos de revisão ou deveria ser substituída pela lei mais adequada no contexto atual, também é óbvio.

Outra questão é se as sanções penais do art. 288 CP satisfazem os requisitos de “infração grave” prevista no art. 2º, alínea “b” da Convenção de Palermo. Como se sabe, este dispositivo estipula “[...] uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a 4 (quatro) anos ou com pena superior.” Ao nosso ver, a qualificação no parágrafo único do art. 288 CP, que a pena deve aplicar-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado, não pode esconder o fato de que existe mais uma discrepância entre o Código Penal brasileiro e a Convenção de Palermo, pois só mostra mais uma vez, ser, hoje em dia, inadequado tratar bandos e quadrilhas sob a mesma tela. Embora o uso da violência e, em particular, de armas, represente também prática comum das organizações criminosas, várias de suas atividades são perigosas *per se*. Muitas vezes basta a mera ameaça de aplicar violência. Portanto, enquanto o dispositivo parece estabelecer a sanção apropriada quanto à punição na participação em grupos menos perigosos, este fato não é válido no que se refere às verdadeiras organizações criminosas. De fato, o trato igual com “quadrilheiros” privilegia os representantes do crime organizado, ao mesmo tempo punindo duramente aqueles que,

Direito. Os Impactos do Terrorismo na Comunidade Internacional e no Brasil: Perspectivas Político-Jurídicas. Rio de Janeiro: Forense 2003, p. 151; 155.

¹⁰⁷ Teor do art. 16: “Integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça. Pena: reclusão, de 1 a 5 anos”.

na verdade, não pertencem ao crime organizado. Talvez possamos até identificar uma razão típica para o fenômeno de impunidade daquelas pessoas criminosas que, ao contrário da maioria das pessoas “comuns”, dispõem de influência assim como de recursos financeiros para repelir a sanção estatal. Outro exemplo é a legislação quanto ao trabalho forçado. Com toda razão, *Anti-Slavery Internacional* faz uma crítica que pode ser estendida à pena prevista no art. 288 CP:

[i]n Brazil, if some is convicted and sentenced to a prison term of less than four years, this can then be converted into social services [...]. Furthermore, first time offenders who are sentenced to more than four years can serve their sentence under house arrest, which in practice allows them to live at home. It therefore does not appear that the penal sanctions provided for by law are adequate or strictly enforced. This impunity, which individuals who use forced labour enjoy, appears to be a major factor in explaining the continuing high incidence of forced labour in Brazil¹⁰⁸.

Sem querer entrar em debate mais profundo sobre penas e sua execução quanto aos criminosos envolvidos nas práticas típicas para o crime organizado, parece defensável constatar que a arquitetura geral do sistema de sanções penais não está em conformidade com os requisitos internacionais. Portanto, o necessário ajustamento do art. 288 CP aos padrões internacionais seria meramente um pequeno passo no caminho de modernizar o direito penal brasileiro.

Afinal, resta salientar que a pena de um a três anos de reclusão pode ser qualificada pelo art. 8º da Lei n. 8.072/90, que prescreve que “[...] será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.” Os problemas, porém, que a

¹⁰⁸ SHARMA, Bhavna. *Op. cit.* p. 7

aplicação desta lei provoca, não podem ser tratados neste pequeno artigo.

5.1.3 Legislação especial

Quanto à legislação penal especial¹⁰⁹, merece atenção especial a nova e já criticada¹¹⁰ “Lei Antidrogas” (Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006) que recentemente substitui a “Lei de Tóxicos” (Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976). Seu art. 35¹¹¹ estabelece:

Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas do *caput* deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Os arts. 33, 34 e 36 criminalizam, de forma abrangente, qualquer conduta em relação ao tráfico ilícito de drogas, inclusive seu financiamento e custeio. Ademais, o art. 37 da nova lei dispõe:

Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

Sob a ótica do art. 5.º da Convenção de Palermo, os arts. 35 e 37 da “Lei Antidrogas” parecem representar avanço significativo. Sem dúvida, o art. 35 respeita, por um lado, o número mínimo de três pessoas previsto na Convenção de

¹⁰⁹ Não será tratada a Lei n. 2.889/56, cujo artigo 2º condena a associação de mais de três pessoas para prática do crime de genocídio.

¹¹⁰ Cf. MICHAEL, Andréa/SELIGMAN, Felipe. ONU critica nova lei antidrogas brasileira. Folha de São Paulo, 5 mar. 2008, p. C3.

¹¹¹ Substituindo o art. 14 da Lei n.º 6.368/76 (bando ou quadrilha para tráfico ilícito de entorpecentes).

Palermo e, por outro lado, contém uma sanção mais próxima dos requisitos às “infrações graves” formulados por aquela convenção. O art. 37, por sua vez, possibilita responsabilizar aquelas pessoas que não pertencem diretamente à organização criminosa do narcotráfico, mas atuam como colaboradores ou “afiliados” – também um objetivo contido na Convenção de Palermo. Contudo, essas considerações constituem apenas uma observação *prima facie* que, como veremos adiante, não resiste a análise mais crítica.

O art. 35, na verdade, não foi feito pelo legislador para criminalizar a participação nas verdadeiras organizações criminosas do narcotráfico. Muito mais, como a referência desta norma à lista extensiva das práticas proibidas pelo art. 33 mostra¹¹², criminaliza também os que, embora atuando em conjunto, não necessariamente pertencem aos grupos que profissionalmente organizam o narcotráfico. A esse respeito, o art. 35 da Lei Antidrogas é indiferente e, por isso, estabelece uma pena mínima considerável para traficantes “simples” cujo comportamento não representa ameaça séria à segurança e à saúde pública. Esta circunstância é agravada pelo fato de que o art. 35 só exige duas pessoas para a formação de uma associação de narcotraficantes. Portanto, o art. 35 não busca implementar o art. 5º da Convenção de Palermo e, *mutatis mutandi*, não é a intenção da Convenção contra o Crime Organizado Transnacional criminalizar tão amplamente.

¹¹² Art. 33, *caput* e §1º: “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 1º Na mesmas penas incorre quem: I-importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; II-semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; III-utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda [...]”.

Apesar das constatações feitas aqui, o art. 35 levanta muitas outras questões sérias no que se refere à sua conformidade com a ordem jurídica interna do Brasil¹¹³. Uma questão que interessa em nosso contexto, é sua relação com o art. 288 CP. Na opinião de Mesquita, o art. 35 é um crime subsidiário e diferente do art. 288 CP, “[...] eis que tem como objetivo jurídico a paz pública, enquanto o crime principal tem outro objeto jurídico [...]. [...] O art. 288 do CP prevê a formação de quadrilha ou bando para a prática de ‘crimes’, enquanto o art. 35 da lei em comento exige apenas prática eventual de um crime, ou seja, é punição de conduta preparatória como autônoma [...]”¹¹⁴. Surge mais uma vez a questão de saber se o art. 35 – como *lex specialis* ou não – pode superar as deficiências na legislação brasileira em se considerando o art. 288, pelo menos quanto à implementação do art. 5º da Convenção de Palermo.

5.2 – Legislação em elaboração: o projeto de lei do Senado n. 150/2006

Em face dos pontos críticos apontados na legislação brasileira, é bom notar que se encontra em trâmite, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei do Senado n. 150, de 2006, da autoria da Senadora Serys Slhessarenko (PT-MT), que objetiva, dentre outros aspectos, definir o crime organizado no Brasil¹¹⁵. Como a legislação brasileira apresenta, no que se refere ao combate ao crime organizado, lacunas e impropriedades, trata-se de iniciativa que merece especial atenção.

¹¹³ MESQUITA JR., Sidio Rosa de. *Comentários à Lei Antidrogas. Lei nº 11.434, de 23.8.2006*. São Paulo: Atlas, 2007. Ele critica: “Novamente emerge o absurdo do crime-meio, na prática, poder ter pena maior que o crime-fim, p. 90-92.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 91.

¹¹⁵ Disponível em: <<http://www.serys.pro.br/materia.asp?id=184>>. Acesso em: 20 dez. 2007.

5.2.1 – A definição do crime organizado

O art. 2º do PLS n. 150/2006 define “crime organizado” nos seguintes termos:

Promover, constituir, financiar, cooperar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, associação, sob forma lícita ou não, de cinco ou mais pessoas, com estabilidade, estrutura organizacional hierárquica e divisão de tarefas para obter, direta ou indiretamente, com o emprego de violência, ameaça, fraude, tráfico de influência ou atos de corrupção, vantagem de qualquer natureza, praticando um ou mais dos seguintes crimes: [...].

Segue uma lista de 15 crimes, dentre outros, o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, terrorismo, contrabando ou tráfico ilícito de armas de fogo, extorsão mediante sequestro e suas formas qualificadas, crimes contra a administração pública, crimes contra o sistema financeiro nacional, crimes contra a ordem tributária ou econômica, crimes contra as empresas de transporte de valores ou cargas e a receptação dolosa dos bens ou produtos auferidos por tais práticas criminosas, lenocínio e tráfico de mulheres, tráfico internacional de criança ou adolescente e lavagem de dinheiro. Ademais, o inciso XVI faz referência aos “[...] outros crimes previstos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte”. “Pena – reclusão, de cinco a dez anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes aos demais crimes cometidos.”

5.2.2 – Observações

Embora, até o presente momento, não seja previsível se este Projeto de Lei, e, em particular, seu art. 2º “sobreviverão” quando da publicação deste artigo, merecem também algumas observações críticas, porque se trata, mais uma vez, de um exemplo prático acerca da atenção e competência com as quais o legislador brasileiro elabora, por vezes, certas leis. Infelizmente, observa-se que a definição do art. 2º do Projeto de

Lei nº 150/2006 não respeita quase nenhum dos requisitos básicos previstos pela Convenção de Palermo.

Em primeiro lugar, não é compreensível, porque o Projeto exige ao menos cinco pessoas que se associam. Em vez de se referir ao número internacionalmente consentido de três pessoas, aprofunda, neste respeito, a “variedade” na legislação nacional.

Em segundo, exige que a organização apresente estrutura hierárquica, embora a Convenção de Palermo, por boas razões, renuncie a este critério. Como vimos, em particular no caso do CV, hierarquia está por vezes presente apenas no nível mais baixo. Nos outros níveis, o crime organizado funciona como rede descentralizada e informal.

Em terceiro lugar, embora não seja defeso enumerar certos crimes na tipificação do crime organizado – em vez de só referir-se, como proposto pela Convenção de Palermo, às “infrações graves” – a lista contém pelo menos um crime que não deveria ser nela tratado, a saber: o terrorismo. A Convenção de Palermo, destacando os fins econômicos e materiais, claramente recomenda, por boas razões, um trato separado.

Portanto, sem querer entrar em observações mais detalhadas, é evidente, consoante entendem outros autores¹¹⁶, que o Projeto de Lei precisa de aperfeiçoamento. Seria desejável que o legislador respeitasse com maior atenção as obrigações internacionais ao pretender modernizar o direito penal a fim de combater eficazmente o crime organizado.

6 – Conclusão

Neste artigo, tentamos mostrar que sempre é difícil debater sobre crime organizado e pensar em contribuições que o direito penal pode fazer. É claro, como as observações acerca da situação precária no sistema penitenciário indicaram, que a

¹¹⁶ DANTAS, Marcus Vinicius da Silva. O necessário aperfeiçoamento legislativo sobre o crime organizado. Uma visão do PLS n.º 150/2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=9049>>. Acesso em: 14 ago. 2007.

eliminação das deficiências discutidas não têm a mesma prioridade. Tal se afigura talvez um ponto positivo, na medida em que possibilitaria debates sem histerias, exageros e precipitações, fatores que impedem frequentemente a busca por respostas adequadas. Por outro lado, subestimar ou minimizar a necessidade de modernizar o direito penal, pelo menos, no que refere ao combate ao crime organizado, não ajuda também. Seria ingênuo negar que organizações criminosas causem, no Brasil, muitos danos humanos, sociais, econômicos e políticos e que nada possa ser feito para mudar essa situação. Ademais, a legislação em vigor, equiparando bandos ou quadrilhas com organizações ou associações criminosas parece inadequada. Por isso, a implementação das obrigações internacionais estipuladas, em particular, na Convenção de Palermo e nos seus Protocolos, no direito interno, é, entre várias outras medidas, necessária. A esse respeito, o presente artigo procurou oferecer algumas observações críticas e construtivas.

Organized Crime and Brazilian legislation in the light of Palermo Convention: some critical observations

ABSTRACT: This article aims at analyzing if the Brazilian legislation, as far as fighting criminal organizations is concerned, meets the requirements stipulated by the UN Convention against the Transnational Organized Crime of 2002. It focuses on checking if the respective material instruments of Criminal Law can be considered sufficient for treating such groups according to that universal agreement.

Keywords: Organized crime. Palermo Convention. National legislation.

