

CRIME ORGANIZADO, QUADRILHA OU BANDO E CONCURSO EVENTUAL DE PESSOAS

Pretende-se neste trabalho qualificar os delitos perpetrados com pluralidade de agentes, quer por meio de quadrilha ou bando, quer por meio do concurso eventual de pessoas.

Neste sentido, aduzimos a necessidade de se entender os institutos jurídicos do concurso de pessoas, das organizações criminosas, do crime de quadrilha ou bando praticado na forma do concurso necessário de pessoas, a figura do delito de associação para prática de tráfico de drogas, a criminalidade no âmbito empresarial.

O desenvolvimento do tema tem a sua relevância no sentido de que o agravamento da situação da pessoa envolvida em um crime, comumente, tem sido interpretada no sentido de desprestigiar o concurso de pessoas, como também aplicar-lhe a sanção correspondente ao crime de quadrilha ou bando.

Ainda, na fase inquisitorial, ou mesmo, durante a instrução criminal, instrumentos processuais têm sido lançados para realização de investigações complexas as quais vêm restringir direitos fundamentais dos indiciados ou dos acusados, como acontece, por exemplo, nas hipóteses das interceptações telefônicas, das prisões temporárias, ou nas violações de dados fiscais ou bancários.

MATHEUS SILVEIRA PUPO em seu trabalho doutrinário tem aduzido:

*"...o concurso de pessoas é um instituto completamente diferente do crime de quadrilha ou bando e, da mesma forma, da criminalidade organizada, sendo totalmente injustificável a confusão entre tais institutos que se tem observado quase que diariamente na praxe forense, fato esse que somente revela a possível existência de má-fé por parte dos órgãos responsáveis pela persecução penal."*¹

É importante que saibamos esclarecer também do que se trata a natureza jurídica dos instrumentos os quais estamos comentando, isso porque, como se sabe, é tormentoso para doutrina e jurisprudência definir o que vem a ser organização criminosa.

Não obstante tenha o legislador ordinário trazido a Lei 9034/1995, a qual dispõe sobre a utilização de meios operacionais para

¹ Direito Penal Econômico: questões atuais / coordenação Alberto Silva Franco; Rafael Lira. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pag. 245.

a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, não definiu o que elas são.

Por sua vez, não se deve equiparar para todos os efeitos o delito do art.288 do Código Penal, crime de quadrilha ou bando, como sendo um sinônimo de grupo criminoso organizado. Em primeiro lugar, o delito do artigo mencionado tem a natureza jurídica de crime, pois vem definido pela lei como tal, todavia o conceito de grupo criminoso organizado identificado no art. 2º da Convenção de Palermo, não desafia o mesmo compromisso, já que a reserva de lei em matéria penal não admite que uma norma internacional desta envergadura venha descaracterizar o caráter democrático do princípio da legalidade penal.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo decreto 5015/2004, no seu art. 2º, define o grupo criminoso organizado 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.

O devido processo legislativo que intensifica o ingresso no direito nacional das normas internacionais oriundas dos tratados não permite ao Congresso Nacional reformular o texto legal, já que a casa legislativa nacional somente vai referendar o texto subscrito pelo Presidente da República.

Logo, os tratados e as convenções jamais poderão servir de base normativa para o Direito Penal, sob pena de se ter ofendido o pré falado Princípio da Legalidade Penal, como também o devido processo legislativo constitucional.

LUIZ REGIS PRADO em sua obra Direito Penal Econômico descreve que:

"As organizações ou associações criminosas, como já se afirmou, não apresentam uma definição ou conceituação pacífica, tampouco de fácil apreensão. Em linhas gerais, costuma-se conceituá-las a partir dos elementos que a caracterizam. Assim, são apontadas como principais características da criminalidade organizada: a) acumulação

de poder econômico; b) alto poder de corrupção; c) alto poder de intimidação; d) estrutura piramidal.”²

Ainda, o nobre autor esclarece que o crime organizado não deve ser confundido com a criminalidade organizada ou com as organizações criminosas, enquanto entidade jurídico penal, só teria viabilidade ou relevância se efetivamente houvesse uma norma penal que sobre ele dispusesse, seja na forma de um tipo penal correspondente, ou na forma de uma causa de aumento de pena.

Sobre a falta de conceito jurídico positivo identificado pela Lei em comento, GUILHERME DE SOUZA NUCCI afirma:

“Esta lei representa outra construção casuística, sem respeito ao princípio da taxatividade.”³

Ainda, citando MARCELO BATLOUNI MENDRONI, afirma NUCCI que a doutrina tem identificado organização criminosa ou crime organizado, no sentido de que seria organismo ou empresa, cujo objetivo seja a prática de crimes de qualquer natureza, ou seja, a sua existência sempre se justifica porque estará voltada para a prática de atividades criminosas.

Interessante lição de LUIZ REGIS PRADO que, ao citar PALAZZO, leciona:

“Pelo princípio da legalidade - determinação - o legislador deve descrever da forma mais exata possível o fato punível. Diz respeito, em especial à técnica de elaboração da lei penal, que deve ser suficientemente clara e precisa na formulação do conteúdo do tipo de injusto e no estabelecimento da sanção para que exista segurança jurídica. Esse corolário do princípio da legalidade opera, portanto, como garantia individual diante do poder punitivo estatal, contribuindo para a exata compreensão do Estado de Direito ao reconhecer a capacidade inerente ao ser humano de se autodeterminar conforme os comandos normativos.”⁴

Portanto, embora a criminalidade organizada se manifeste sob diferentes formas, é mister esclarecer que o fenômeno somente aparece em função incriminadora na forma do tipo penal da quadrilha ou bando,

² Prado, Luiz Regis, *Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais e crime organizado* – 4 ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pag. 381.

³ Nucci, Guilherme de Souza, *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas* – 5. Ed. Ver. Atual. e ampl. – São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2010.

⁴ Prado, Luiz Regis, obra citada, pg. 396.

já que a legislação até aqui apontada não vem apresentar subsídios para esclarecer o delito de organização criminosa, tampouco impõe as penas.

Dentro deste contexto o que podemos propor é a aplicação da Lei de Crime Organizado para incidir e integrar os institutos investigatórios nas hipóteses apresentadas na lei, todavia na conformidade das penas do crime de quadrilha ou bando em concurso com eventuais delitos praticados por tal organização.

Os institutos daquela Lei de caráter instrumental tentaram fortalecer o caráter cautelar do processo em que o crime organizado estiver em pauta, todavia cumpre esclarecer que a vedação da liberdade provisória na forma descrita no art. 7º, bem como a impossibilidade de se apelar em liberdade preconizada no art. 9º são inconstitucionais, pois afrontam o princípio constitucional da Presunção de Inocência.

Retirar do julgador a possibilidade de analisar os critérios de cautelaridade descritos no art. 312 do Código de Processo Penal, diante da gravidade do delito ou do grau de organização da atividade do grupo criminoso, significa antecipação de pena, conforme assentou o Supremo Tribunal Federal na ADI 3112, quando aquela Augusta Corte declarou inconstitucional a mesma vedação descrita no Estatuto do Desarmamento.

O fato punível pode ser obra de um só ou de vários agentes. Seja para assegurar a realização do crime, para garantir-lhe a impunidade, ou simplesmente porque interessa a mais de um o seu cometimento. Reunidos os consortes, repartem-se entre si as tarefas em que se pode dividir a empresa criminosa. É a convergência de esforços para o resultado comum.

Aqui, pretendemos identificar o conceito jurídico do concurso de pessoas. A teoria mais correta na visão do excelente ANIBAL BRUNO é a unitária ou monista para identificar a natureza jurídica e a funcionalidade do concurso de pessoas. Assevera ele:

"Se o concurso de agentes se dirige a um só resultado comum, o crime é um só. Não há que se isolar a parte de cada agente para individualizá-la e torná-la independente. Todos os atos são frações de um conjunto unitário e pelo resultado visado por todos responde cada um dos agentes. E daí que um agente que tenha apenas realizado o que seria, em outras circunstâncias, simples ato preparatório, em si mesmo não

punível, responda pelo crime resultante da ação conjunta de todos.”⁵

O insigne mestre ainda esclarece sobre o elemento subjetivo, representado pela consciência e vontade de cada consorte de cooperar na obra comum, consciência esta que não necessita do acordo prévio pelo qual os vários partícipes ajustem as suas vontades para a realização da figura típica. O acordo poderá existir e fará do concurso uma forma perfeita e íntima, embora também possa haver o concurso sem ele.

NELSON HUNGRIA, por sua vez, esclarece a hipótese do concurso necessário ou concurso agravante, aduzindo o seguinte:

“Há casos em que a pluralidade de agentes é elemento essencial da configuração do crime (crimes coletivos ou de convergência: conspiração, quadrilha ou bando, greve, rixa, motim de presos; crimes bilaterais ou de encontro: adultério, bigamia, corrupção), e tem-se, então, o chamado ‘concurso necessário’ (concursum necessarium ad idem delictum), já não se podendo falar em participação, propriamente, mas em co-execução.”⁶

Significa dizer que, nos crimes de concurso necessário, tal forma de atuação tem a natureza jurídica de elementar constitutiva do tipo penal incriminador. Todavia, é diverso o sentido da natureza jurídica do concurso eventual de pessoas.

No concurso eventual de pessoas, há necessidade de uma norma de extensão para formação da adequação típica de subordinação mediata ou formadora da tipicidade indireta. Tais normas de extensão têm por finalidade ampliar o tipo penal, fazendo nele abranger hipóteses não previstas expressamente pelo legislador no tipo penal incriminador.

O doutrinador ROGÉRIO GRECO, no ponto, identifica tal norma de extensão no art.29 do Código Penal, senão vejamos:

“Podemos considerar também como norma de extensão aquela contida no art. 29 do Código Penal, uma vez que responderão pela mesma infração todos aqueles que, de qualquer modo, para ela tiverem concorrido, mesmo que não tenham praticado a conduta descrita no núcleo do tipo.”⁷

⁵ Bruno, Anibal, Direito Penal, Parte Geral, Tomo 2º, 3ª Ed., 1967, pg. 261.

⁶ Hungria, Nelson, Comentários ao Código Penal, vol. 1, Tomo 2º, 3ª Ed., 1955, pg. 418.

⁷ Greco, Rogério, Curso de Direito Penal, vol. 1, 5ª Ed., Rio de Janeiro, Impetus, 2005, pg. 181.

Para HELENO CLÁUDIO FRAGOSO a materialidade do delito de quadrilha ou bando consiste em associarem-se mais de três pessoas, em uma forma organizada ou não, desde que tal associação se faça com particular fim de agir, ou seja, atuarem com o propósito de cometer crimes. E, ainda, acrescenta:

*"Associação é o acordo de vontades, de modo permanente, para consecução de fim comum. Como bem diz MAGGIORE, 360, 'no fato associativo há algo mais do que o acordo'. O simples acordo para cometer um crime, não é punível. O que transforma o acordo em associação, e o torna punível pelo crime em exame, é a organização com caráter de estabilidade. É assim, uma certa permanência ou estabilidade o que distingue o crime em exame da simples participação criminosa."*⁸

Assim, o crime de quadrilha ou bando é definido como associação estável de delinquentes *societas delinquentium*, com o fim de praticar reiteradamente crimes, da mesma espécie ou não. Finaliza o nobre autor.

Portanto, o concurso de pessoas é diferente do concurso necessário, já que aquele é eventual e temporário. Faz a diferença o comentário de CEZAR ROBERTO BITENCOURT:

"Com efeito, o crime de bando ou quadrilha, com sua natureza de infração autônoma, configura-se quando os componentes do grupo formam uma associação organizada, estável e permanente, com programas previamente preparados para a prática de crimes, reiteradamente, com a adesão de todos. O concurso eventual de pessoas, por sua vez, é a consciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na prática da mesma infração penal. A intervenção de inúmeras pessoas, por si só, é insuficiente para caracterizar a formação de quadrilha ou bando, ao contrário do que tem sido, amiudemente, interpretado.

*A associação de forma estável e permanente, bem como o objetivo de praticar vários crimes, é o que diferencia o crime de quadrilha ou bando do concurso eventual de pessoas (coautoria ou participação). Para a configuração do crime é irrelevante que o bando tenha ou não praticado algum delito."*⁹

⁸ Fragoso, Heleno Claudio, Lições de Direito Penal, Parte Especial, vol. II, 5ª edição, forense, 1986, pag. 282.

⁹ Bitencourt, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal, parte especial, vol. 4, Ed. Saraiva, 2010, pg. 384.

Sendo assim, o crime de quadrilha pode consumir-se e extingue-se sem ter sido cometido outro crime, assim prescinde-se o concurso de delitos, sendo completamente autônomo o delito do art. 288 do Código Penal.

O concurso de pessoas representa uma simples contribuição causal objetiva e subjetiva, a qual prescinde do acordo prévio.

Um modo mais tranquilo de visualizar a razão deste trabalho de uma maneira prática é entender a incursão de dois ou mais agentes no delito de tráfico de drogas e, ao mesmo tempo, no delito de associação para fins de tráfico; ou, o simples concurso de pessoas no delito de tráfico de drogas.

O delito de associação para fins de tráfico encerra modalidade especial de crime de quadrilha ou bando, todavia o delito de associação necessita da concorrência necessária de apenas duas pessoas. De toda forma, devem elas atuarem de modo estável e permanente, para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o delito de tráfico de drogas.

Cuida-se de delito autônomo, configurando-se, pois, o concurso material de delitos, caso restem configurados os delitos de associação e o de tráfico, art. 35 e o art. 33, respectivamente, da Lei 11343/2006.

Para confirmação do delito do art. 35 da Lei supramencionada, o *animus* associativo há de ser cumpridamente provado, pois ele é figura integrante do delito, logo indispensável para sua caracterização. Significa dizer que o delito de associação somente se aperfeiçoa mediante a configuração da vontade de se associarem os consortes.

Assim, quando existir somente indícios, que não se apresentam como indicativos, concludentes da materialidade e da autoria do delito de tráfico de entorpecentes, não poderá ser confirmada a associação, tão-somente o concurso simples de pessoas para a prática do crime do art. 33 da Lei 11343/2006.

A mera reunião ocasional de duas ou mais pessoas passou a integrar o delito de associação para fins de tráfico, já que se trata de delito autônomo, embora haja a cláusula 'reiteradamente ou não', o que significa dizer que a reunião deve visar a prática de crime futuro de tráfico de drogas. Ainda, asseveramos que não fica dispensada a estabilidade da reunião, sob pena de se desfigurar o delito de associação e, tão somente, ser possível falar-se em concurso de pessoas se o delito de tráfico vier a ocorrer.

O sistema penal brasileiro visa punir pelo mero concurso de agentes aqueles que concorrem de qualquer modo para o resultado do crime, todavia é excepcional a situação em que o concurso passa a integrar o tipo incriminador, formando um delito autônomo.

Demanda-se a prova de estabilidade e permanência da associação para fins de tráfico, a reunião de duas ou mais pessoas com animus associativo de forma estável e duradoura, com a finalidade de cometer os crimes de tráfico descritos nos artigos 33 e 34, embora prescindida da prática superveniente dos delitos mencionados.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI assevera, neste sentido:

*"a advertência feita no tipo penal (reiteradamente ou não) quer apenas significar que não há necessidade de haver habitualidade, ou seja, não se demanda o cometimento reiterado das figuras típicas descritas nos arts. 33 e 34, bastando a associação com o fim de cometê-los."*¹⁰

A estabilidade do grupo que pretende desempenhar uma atividade empresarial criminosa é requisito para confirmar o delito de quadrilha ou bando. Com efeito, tal reunião de pessoas de forma estável para o exercício da atividade empresarial é contemplada licitamente no nosso ordenamento jurídico, porém esta reunião pode se tornar palco para o exercício da criminalidade e, logicamente, torna-se ilegal.

Ainda assim, devemos nos orientar pela mesma forma de raciocínio que temos desenvolvido, pois, não obstante, a atividade criminosa realizada em âmbito empresarial pode estar configurada em um concurso simples de pessoas ou sob a égide do crime de quadrilha ou bando, quer pela tipicidade indireta do art. 29 do Código Penal, quer pela configuração do art.288 do mesmo estatuto repressivo.

MATHEUS SILVEIRA PUPO explica essa situação:

"na criminalidade na empresa o motivo da união é a prática de atividades econômicas lícitas, na forma da lei. Sendo assim, caso delitos sejam perpetrados por uma pluralidade de agentes haverá subsunção com a hipótese do art. 29 do CP, visto que a união de mais de três pessoas para quaisquer outras finalidades que não a prática reiterada de delitos

¹⁰ NUCCI, obra citada, pag. 379.

não constitui crime autônomo no nosso ordenamento jurídico.”¹¹

Por isso, finaliza o autor afirmando que cabe ao Poder Judiciário observar e reprovar eventuais abusos por parte dos acusadores, afastando, por conseguinte, a incidência do art. 288 do CP, evitando que garantias fundamentais dos acusados sejam violadas e restringidas pela utilização dos instrumentos processuais mencionados e a agravação da pena em caso de eventual condenação.

Por fim, muitas das leis criminais são orientadas por estardalhaços midiáticos com as escusas da incompetência política a qual pretende dar resposta pronta a tais anseios. Foi o que, precisamente, aconteceu com a criação da Lei de Crime Organizado a qual foi incapaz de definir o que é o crime organizado propriamente dito, bem como criou instrumentos investigatórios de constitucionalidade duvidosa ou absolutamente inconstitucionais, como por exemplo, a tentativa de permitir a investigação direta realizada por magistrados, o que foi de pronto rechaçado pela declaração de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, ADI 1570-2.

No mesmo sentido, foram os nossos comentários acerca da vedação de liberdade provisória ou da impossibilidade de se apelar em liberdade, já que ambas são inconstitucionais.

Para CEZAR ROBERTO BITENCOURT, esta orientação política significa:

“o abandono progressivo das garantias fundamentais do direito penal da culpabilidade, com a desproteção de bens jurídicos individuais determinados, a renúncia dos princípios da proporcionalidade, da presunção de inocência, do devido processo legal etc., e a adoção da responsabilidade objetiva, de crimes de perigo abstrato... Na linha de Lei e ordem, sustentando-se a validade de um direito penal funcional, adota-se um moderno utilitarismo penal, isto é, um utilitarismo dividido, parcial, que visa somente a máxima utilidade da minoria, expondo-se, conseqüentemente, às tentações de autolegitimação e a retrocessos autoritários, bem ao gosto de um direito penal máximo...”¹²

¹¹ Direito Penal Econômico: questões atuais / coordenação Alberto Silva Franco; Rafael Lira. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pag. 250.

¹² Bitencourt, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal, parte especial, vol. 4, Ed. Saraiva, 2010, pg. 371.

O que se pretende compreender é que a organização criminosa deve ser reprimida com funcionalidade sem que para tanto direitos fundamentais sejam suprimidos, porque o delito de quadrilha ou bando funciona a prevenir a existência de outros delitos, por isso, por vezes, é possível incorrer nas penas do art. 288 do Código Penal sem que outros delitos tenham sido praticados. Logo, a proteção é bastante abstrata e vem a restringir o direito de reunião e de manifestação do pensamento, se utilizado de modo inconveniente com interesses políticos escusos a realização do Estado Democrático de Direito.

E, encerra o mestre BITENCOURT:

o Direito Penal não pode a nenhum título e sob o pretexto abrir mão das conquistas históricas consubstanciadas nas garantias fundamentais referidas ao longo deste trabalho. Por outro lado, não estamos convencidos de que o Direito Penal, que se fundamenta na culpabilidade, seja instrumento adequadamente eficiente para combater a moderna criminalidade, inclusive a delinquência econômica. A insistência de governantes em utilizar o Direito Penal como panacéia de todos os males não resolverá a insegurança de que é tomada a população, e o máximo que se conseguirá será destruir o Direito Penal se forem eliminados ou desrespeitados os seus princípios fundamentais.”¹³

Refletindo sobre a bem colocada proposta descrita pelo mestre CEZAR BITENCOURT, acreditamos na importância da existência do núcleo duro do rol de garantias e direitos fundamentais contemplados na proteção material de reforma constitucional das cláusulas pétreas.

A importância da imutabilidade do direito fundamental protege o homem contra si e contra o Estado, já que a nenhum órgão ou entidade deste Poder Político é permitido a reforma deste núcleo duro constitucional do rol de garantias fundamentais. Nem mesmo é dado ao legislador político este direito de retrocesso em tentar abolir tais normas jurídicas, tampouco ao Poder Judiciário é possível decidir com sentenças inapropriadas àquilo que vem estabelecido na norma e no princípio constitucional, devido à supremacia da norma constitucional a qual sobrepára todo o nosso ordenamento jurídico.

O Estado Democrático de Direito exige a existência de um Direito Penal Mínimo que pretende incidir sobre os fatos, sem ter de considerar o agente ativo do delito o inimigo do Estado, fazendo prescindir de culpabilidade consubstanciada na proibição de utilização

¹³ Bitencourt, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal, parte especial, vol. 4, Ed. Saraiva, 2010, pg. 374.

da responsabilidade penal objetiva e total desrespeito aos Princípios da Legalidade, do Devido Processo Legal e da Presunção de Inocência.

A ordem econômica fundada nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa é contemplada nos ditames da justiça social, conforme assenta o art. 170 da Constituição Federal. Todavia, o exercício da atividade econômica deve obedecer aos parâmetros dos Princípios de Ordem Econômica e não atravessar a norma penal incriminadora para garantir vantagem econômica em desprezo à segurança pública e social.

A corrupção e o enriquecimento ilícito dentro da atividade empresarial do crime organizado desempenhados dentro da sociedade sempre significarão formas de violência e devem ser reprimidos, porém tal repressão vai atuar por meio Estado de Direito segundo a ordem constitucional vigente, isto é, o Poder Público deverá atuar segundo os parâmetros dos direitos e garantias fundamentais.