

ANÁLISE ECONÔMICA DA LEI N. 12.850/13: uma nova abordagem sobre o conceito legal de organização criminosa no Brasil

ECONOMIC APPROACH OF THE Act No. 12.850/13: a new approach to the legal concept of criminal organization in Brazil

Caio Marcelo Cordeiro Antonietto**

RESUMO: O presente artigo é fruto de pesquisa interdisciplinar realizada nas áreas de direito penal e análise econômica do direito tendo como objeto o conceito legal de organizações criminais introduzido no sistema jurídico brasileiro por meio da Lei n. 12.850/13. O objetivo do estudo é contribuir para o desenvolvimento de um conceito de organização criminal sob uma perspectiva pouco explorada pela doutrina penal. Parte-se da constatação de relevância da atividade econômica criminal e do quadro institucional no qual se encaixa a Lei estudada. No segundo momento, busca-se a definição de organizações criminais a partir do conceito econômico de organizações. Por fim, conclui-se o estudo apontando as críticas ao conceito legal sob a perspectiva econômica e jurídica apontando elementos para uma definição mais adequada aos objetivos que se pretendeu alcançar com nova Lei.

ABSTRACT: This article is the result of interdisciplinary research carried out in the areas of criminal law and law and economics with a central object of criminal organizations introduced in the Brazilian legal system by Act No. 12.850/13. The objective of the study is to contribute to the development of a concept of criminal organization under a little explored point of view by criminal doctrine. It starts by the assertion of criminal relevance of economic activity and the institutional framework within which fits studied Law. In the second stage, search is the definition of criminal organizations from the economic concept of organizations. Finally, the study is concluded by pointing criticism of the legal concept under the economic and legal perspective elements pointing to more appropriate elements to achieve the goals that was intended with new law.

PALAVRAS CHAVE: Organizações criminais – Atividade econômica criminal - Análise econômica do direito.

KEYWORDS: Criminal organizations – Criminal economic activity - Law and economics.

** Advogado, Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Bolsista CAPES.

1. Introdução

Um dos grandes desafios encontrados na doutrina penal contemporânea é a definição do que se entende por criminalidade organizada. Em que pese a utilização midiática e simbólica da expressão crime organizado, não há como fechar os olhos para a realidade criminal que se apresenta na sociedade atual, desenvolvida de forma estruturada e com elevado potencial lesivo a todos.

Diante dos diversos caminhos que se pode adotar para o desenvolvimento do tema proposto, sejam eles o de uma análise crítica do discurso capitalista no qual o recrudescimento penal seria um movimento contra a pobreza ou uma análise doutrinária segundo o conhecimento penal entorno da associação delitiva e da criminalidade econômica, a opção que se toma no presente estudo é por um viés pouco desenvolvido na doutrina penal brasileira, o da análise econômica do direito.

A partir da metodologia interdisciplinar desenvolvida pela teoria da análise econômica do direito pretende-se fazer um estudo crítico do conceito legal de organizações criminosas introduzido no Brasil pela edição da Lei n. 12.850/13. Quais parâmetros podem ser utilizados para a definição de organização criminosa? O conceito introduzido pela Lei brasileira é capaz de gerar as consequências esperadas?

No primeiro capítulo serão trabalhados conceitos de análise econômica em matéria penal, destacando-se a relevância da atividade criminal dentro do ambiente econômico bem como o ambiente institucional no qual se produziu a Lei brasileira das Organizações Criminosas. No segundo capítulo, tomando por base conceitos oriundos da ciência econômica será formulada uma análise crítica do conceito legal de organizações criminosas recentemente introduzido na legislação brasileira.

Assim, por meio de pesquisa bibliográfica interdisciplinar realizada no âmbito do direito penal e da análise econômica do direito, em obras nacionais e internacionais, pretende-se trazer elementos capazes de contribuir para o aprimoramento do conceito de organização criminosa.

2. Análise econômica em matéria penal – superação de um paradigma.

De modo geral os juristas brasileiros se mostram muito fechados a mudanças

metodológicas e a interdisciplinaridade, seja pela dificuldade de adequação do instrumental teórico necessário para se estabelecer um diálogo com o conhecimento advindo de outros ramos, especialmente no que se refere a linguagem, seja por uma larga tradição positivista do pensamento jurídico, os estudos do Direito no Brasil ainda vivem estas barreiras. Esta realidade parece se mostrar mais forte quando se pensa na ciência do Direito Penal. Por muitos anos a doutrina penal brasileira permaneceu fechada aos conhecimentos oriundos de outras áreas, mesmo as mais correlatas como sociologia, criminologia e política criminal e até a doutrina penal desenvolvida no exterior. Presa em suas próprias teorias e na jurisprudência dos Tribunais pátrios, a partir de final dos anos 80, início dos anos 90 a doutrina penal brasileira teve de absorver 50 anos de desenvolvimento teórico em uma década.

Este panorama se reflete também quando se fala em Análise Econômica do Direito em matéria penal. Essa análise é negligentemente tomada como a aplicação do velho brocado “o crime não deve compensar”, limitadas aos ensinamentos proferidos por BECCARIA no século XVIII de que a pena deve ser imposta de forma a inibir o crime, ou seja, os prejuízos advindos da sanção devem ser maiores que os frutos do crime (1997, p. 92)

Um exemplo das afirmações acima é a simplificação das teorias desenvolvidas por GARY BECKER em seu artigo intitulado “Crime and Punishment: An Economic Approach”¹, publicado em 1968. BECKER foi muito além de dizer que a punição deve ser maior que o benefício do crime, sustenta que partindo da noção econômica usual de análise de escolhas pode se dizer que uma pessoa cometerá uma ilicitude se os benefícios advindos excederem os que poderia obter utilizando seu tempo para outras atividades (1968, p. 176). A opção por uma prática criminosa não se faz por meio de um simples cálculo de possíveis perdas e ganhos, mas envolve diversos fatores. Essa abordagem implica que há relação entre o número de crimes cometidos pela pessoa com a probabilidade de condenação, a punição que receberia se condenado, renda disponível em atividades legais e ilegais, a frequência de prisões e sua vontade de cometer um ato ilícito (1968, p. 176). Estas variáveis aumentam quando se pensa em um quadro de racionalidade limitada e escassez de informações sobre a atividade criminal.

Faz-se necessário trazer para o estudo do Direito Penal alguns avanços metodológicos que o Direito obteve por meio da Análise Econômica do Direito. GICO JUNIOR leciona que a Análise Econômica do Direito é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo “empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e

¹Crime e Punição: uma abordagem econômica (tradução do autor)

das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a avaliação e aplicação de normas jurídicas, principalmente às suas consequências” (2011, p. 19). Cada vez mais os postulados da economia tem se revelado necessários para o estudo do ordenamento jurídico e da complexidade em que se assentam as relações sociais, sendo uma importante ferramenta interdisciplinar para compreender os impactos e implicações que uma norma legal produz na sociedade, de forma a verificar o estabelecimento ou modificação dentro de um contexto específico.

Não se pode pensar na análise de uma Lei penal sem ter por base suas consequências, não apenas econômicas, mas na sua forma de influenciar o comportamento humano e das instituições sociais, função última da norma penal. O Direito ao estabelecer regras de condutas que visam modelar o comportamento das pessoas deve se preocupar com os impactos econômicos e incentivos que influenciam a tomada de decisões dos agentes, o Direito influencia e é influenciado pela Economia assim como as Organizações influenciam e são influenciadas pelo ambiente institucional (ZYLBERSZTAJN e SZTJAN, 2005, p. 3).

No caso do tema proposto para estudo neste artigo, o conceito legal de organizações criminosas, a importância das consequências legais afloram no momento em que se observa que a Lei n. 12.850/13 é fruto de uma movimentação global de combate à criminalidade transnacional, ou seja, trata-se de norma penal elaborada dentro de um contexto específico.

Outra contribuição que se pode extrair da Análise Econômica em matéria penal é no que se refere a conceitos desenvolvidos pela Economia enquanto ciência que estuda o comportamento do homem e das instituições que influenciam na tomada de decisões. Estes conceitos podem ser utilizados na compreensão de realidades sociais complexas como é o caso da criminalidade organizada, que não envolve apenas a disciplina criminal, mas apresenta um viés enquanto atividade humana desenvolvida com o objetivo de obter lucros. Nesta linha é importante destacar a relevância da atividade econômica criminal.

2.1. Relevância econômica da atividade criminal

A atividade econômica enquanto gênero pode ser dividida em três espécies: atividade econômica em sentido estrito, representada pelas atividades econômicas lícitas típicas da iniciativa privada; serviços públicos, atividade econômica própria do Estado; e atividades ilícitas, atividade econômica em sentido amplo cujo exercício é vedado pela lei (GRAU,

2012, p. 100). Ao conceito de atividades econômicas ilícitas pode ser acrescida a subespécie atividade econômica ilícita criminal, ou atividade econômica criminal, que seria a atividade econômica em sentido amplo definida na lei como crime. Não há óbice para se falar em atividade econômica criminal, pois o conceito de atividade econômica comporta bens econômicos e interesses ilícitos.

A relevância das atividades econômicas criminais pode ser estudada sob duas perspectivas, a primeira é a do volume financeiro destas atividades e a segunda é a perspectiva dos custos sociais advindos das atividades criminais. Diversas entidades oficiais elaboram estudos e periodicamente divulgam dados sobre o volume financeiro das atividades criminais, contudo deve se tomar com cautela estas informações já que nesta perspectiva impera a cifra negra. Muitos dos crimes cometidos não chegam ao conhecimento das autoridades sendo que os números podem ser reflexo da atuação repressiva do Estado e não do volume criminal, ou seja, um Estado com maior repressão poderá ter maiores registros criminais que um Estado menos repressivo sem significar que nele efetivamente exista maior atividade criminal (GARCIA DE PAZ, 2005, p. 47).

As atividades econômicas criminais são bastante diversificadas e realizadas de forma dinâmica e crescente em todo o mundo. Segundo o serviço nacional de inteligência criminal norte americano o volume da atividade criminal em 1998 foi de 1.3 trilhões de dólares, tendo chegado a 2.1 trilhões de dólares em 2003 (SCHNEIDER, 2008, p. 11).

O maior negócio criminal em volume financeiro continua sendo a fabricação e comércio ilegal de drogas ilícitas, o Escritório das Nações Unidas para Assuntos de Crimes e Drogas divulga anualmente um reporte no qual destaca as principais informações a respeito do mercado de drogas no mundo, segundo o último relatório divulgado estima-se que 5,2% da população mundial na faixa etária entre 15 e 64 anos tenha usado alguma droga ilícita no ano de 2012, o que representaria 243 milhões de pessoas (UNODC, 2014, p. 1). Um exemplo do volume financeiro movimentado por este mercado de ilegal de drogas pode ser retirado a partir do mercado de cocaína. O valor do mercado de cocaína na atualidade é menor do que foi nos anos 90, quando o preço era mais alto e o mercado consumidor norteamericano maior, mesmo assim, no ano de 2009, os valores movimentados nesta atividade criminal giraram em torno de 85 bilhões de dólares (UNODC, 2011, p. 17).

Outra atividade criminal responsável por um relevante volume financeiro é a lavagem de capitais, ou seja, a recolocação de ativos obtidos de forma ilícita no mercado

formal de modo a possibilitar que se usufrua dos mesmos. O Fundo Monetário Internacional estima que a lavagem de dinheiro oriunda do mercado de drogas introduz no mercado financeiro legítimo a porcentagem de 2 à 5% do produto interno bruto mundial, algo em torno de 600 bilhões de dolares anualmente, estima-se que somente o negócio de drogas tenha rendido 338 bilhões de dolares no anos de 2006 (SCHNEIDER, 2008, p. 3). Assim pode se ter noção de que a atividade econômica criminal possui grande relevância econômica e não pode ser negligenciada pelo Estado.

De outro lado, os custos advindos do crime se manifestam socialmente de diversas formas. A mais comum é por meio das perdas pecuniárias com os crimes contra o patrimônio e a perda de investimentos futuros oriunda de abalo psicológico e destruição de propriedades negociais geradas pelo crime. Outra forma de custo social do crime vem das perdas sociais com os investimentos feitos pelos agentes no curso de sua atividade criminal, os quais resultam em perda do potencial produtivo (NOVECK, 2007, p. 3). O dinheiro investido na atividade criminal deixa de ser aplicado em atividades produtivas lícitas resultando em prejuízo ao desenvolvimento das atividades econômicas lícitas.

Somam-se aos custos do crime os custos dispendidos com prevenção e repressão, que podem ser públicos ou privados. Tome-se por exemplo quantitativo deste custo repressivo o caso norte-americano. No ano de 2001, o custo do sistema de justiça criminal nos Estados Unidos foi de 167,1 bilhões de dólares, também nos Estados Unidos, em 1996, aproximadamente um milhão de pessoas declarou trabalhar com segurança privada. (NOVECK, 2007, p. 4).

As altas cifras que envolvem os custos com a prevenção e repressão da atividade criminal são fatores que reforçam a necessidade de desenvolver uma análise econômica das leis penais pois o problema se agrava quando se toma em consideração as perdas sofridas com os investimentos ineficientes em matéria de repressão criminal advindos de leis penais ineficazes formuladas sem a percepção de suas possíveis consequências. É necessário destacar que a Lei n. 12.850/13 é fruto de um longo processo de reformas legislativas realizado no Brasil na esteira de políticas públicas internacionais de criação de um propício ambiente institucional, o que se denomina *rule of law*.

2.2. Ambiente institucional e a Lei 12.850/13

A edição da Lei de Organizações Criminosas no Brasil não representa um ato governamental isolado de combate à violência e à criminalidade, ao contrário, a edição desta Lei é fruto de uma longa política internacional de reformas legislativas voltadas a criação de um ambiente mais seguro para o desenvolvimento das atividades econômicas.

A partir da década de 90 pode se perceber uma crescente produção intelectual e intervenção dos governos nacionais e agências multilaterais no que tange ao ambiente institucional dos países considerados subdesenvolvidos fruto de um processo de destaque da influência do entorno institucional para as relações privadas. Agências como o Banco Mundial fomentaram a criação de um ambiente institucional propício em nível internacional, o que se chamou de *rule of law*, um conjunto definido de concepções econômicas e interpretações jurídicas voltados a modernização das nações (SCHAPIRO, 2010, p. 216).

Dentro desta perspectiva do *rule of law* o Direito assume um papel de garantir a segurança jurídica entendida como garantia de estabilidade nas relações de mercado, razão pela qual foi utilizado para a construção de espaços seguros para as transações dos agentes econômicos (SCHAPIRO, 2010, p. 219). Estas políticas consistiram na exportação de modelos jurídicos de países centrais aos países periféricos que muitas vezes desconsiderou as peculiaridades de cada país e região de forma que muitos destes modelos não surtiram os efeitos esperados, o que pode se observar dos problemas sociais e econômicos vividos pelos países importadores ainda nos dias atuais.

Em países como Brasil e Argentina fizeram-se alterações para potencializar uma economia de mercado com a implementação de políticas para diminuição do *deficit* fiscal, de menor intervenção do Estado sobre o domínio econômico, entendida como um fator de limitação a investimentos privados, e melhoria do ambiente negocial por meio de dispositivos de proteção a investidores e alterações no funcionamento judicial (SCHAPIRO, 2010, p. 222). Não é por outro motivo que se pode observar uma série de relevantes alterações legislativas no Brasil a partir da década de 90.

Algumas alterações legislativas que se podem tomar como exemplos desta reforma institucional no Brasil são a Lei de Concessões (Lei n. 8.987/95), Lei de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97), Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), o novo Código Civil (Lei n. 10.406/02) e a nova Lei de Falências (Lei n. 11.101/2005), dentre outras. Este grande número de mudanças legais representou uma tentativa de melhora do ambiente de mercado no Brasil na busca de atração de investimentos e desenvolvimento econômico por

meio de um novo panorama jurídico.

Muitas destas reformas passaram pela legislação penal, especialmente aquela atrelada ao que se denomina de direito penal econômico. A partir dos anos 90 pode se destacar a edição de leis como a de Crimes contra Ordem Tributária (Lei n. 8.137/90), Crimes contra a Propriedade Intelectual (Lei n. 9.279/96), Crime de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/98) e Crimes contra o Mercado de Capitais (Lei n. 10.303/2001).

Assim pode se perceber que a Lei estudada não é fruto de vontade legislativa isolada. A Lei brasileira das organizações criminosas é resultado do Projeto de Lei do Senado n. 150/06, ou seja, foi discutida durante 8 anos no Congresso Nacional e passou por um substitutivo na Câmara nos Deputados até sua aprovação e sanção no ano de 2013. Esta Lei foi elaborada com forte influência de Convenções internacionais, especialmente a Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes (Convenção de Viena de 1988), a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo de 2000) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida de 2003). No âmbito interno a Lei sobre Organizações Criminosas, Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013, foi editada logo após a Lei 12.683/12 que promoveu relevante reforma na Lei de Lavagem de Dinheiro e um dia após a Lei 12.846/13, chamada Lei Anticorrupção.

Esta realidade de alterações legislativas na qual se enquadra a Lei das Organizações Criminosas demonstra que sua finalidade se insere dentro do programa de alterações institucionais, o *rule of law*, iniciado por agências internacionais como o Banco Mundial na década de 90, razão pela qual não pode ser interpretada como sendo um ato legislativo isolado sem uma finalidade específica, qual seja, o combate à criminalidade com relevância econômica e política, capaz de gerar abalos à estrutura econômica em uma economia globalizada de mercado como é o caso brasileiro.

A soma dos fatores destacados nestes tópicos, quais sejam, relevância econômica da atividade criminal e ambiente institucional no qual se enquadra a criação da Lei n. 12.850/13, permite a análise do conceito legal de organizações criminosas no Brasil a partir de uma nova perspectiva. Na tentativa de contribuir à solução do problema que é a definição de organização criminosa é possível que se desenvolva interpretação e crítica do conceito legal sob um viés não explorado na doutrina penal, o da realidade econômica que envolve o fenômeno da criminalidade organizada.

3. Organizações com finalidades ilícitas – a busca de uma definição

Um dos grandes problemas enfrentados pela doutrina penal nos últimos anos é a definição do que se entende por organização criminosa. De começo, deve se afastar o uso midiático e simbólico da expressão Crime Organizado. Esta expressão tem sua origem na criminologia norte-americana dos anos 20 do século passado para identificar delitos atribuídos a empresas ilícitas que operavam durante o período de Lei Seca (SANTOS, 2001, p. 140). A amplitude de situações abarcadas pelo conceito de Crime Organizado revelaria uma ausência de conteúdo científico dogmático penal ou criminológico, se tornando uma categoria frustrada (SANTOS, 2001, p. 141). Deve se estabelecer um conceito com função, qual seja, delimitar uma realidade social e econômica representada por uma forma destacada de criminalidade em lugar de utilizar uma expressão genérica capaz de abarcar diversas categorias. Contudo não se pode negar a dificuldade de se alcançar este conceito, como aleta ALBRECHT, criminalidade organizada pode ser entendida como um conceito substitutivo para qualquer estrutura de difícil identificação que represente uma ameaça a economia e a sociedade com condições de desestabilizar a ordem política, o que significa uma resposta lacônica e insatisfatória ao problema (2010, p. 556/557).

Também não se pode aceitar acriticamente as definições de organização criminal que se assemelham ao tipo comum de associação delitiva. Conforme se destacou acima a atividade criminal possui relevância financeira, não se pode negar que existem pessoas organizadas em estruturas de natureza empresarial para o cometimento de crimes com finalidade econômica capazes de gerar forte abalo social. Segundo GARCIA DE PAZ, as organizações criminais tendem a cada vez mais penetrar no espaço da economia legal, tanto no setor público como privado, o que se deve a necessidade de cobertura as atividades ilícitas, as novas oportunidades para as atividades criminais e a abertura de vias de branqueamento do capital obtido pelo crime. (2005, p. 45). Não se trata simplesmente de associação de poucos indivíduos para o cometimento de crimes.

As organizações criminais são algo próprio da era globalizada relacionadas a abertura de mercados, avanços tecnológicos em sistemas de comunicação e transportes, notadamente marcadas pela transnacionalidade e capacidade de afetar estruturas sócio econômicas institucionais, sendo equivocadamente aplicadas a manifestações associativas ligadas a delinquência tradicional como grupos de assaltantes e sequestradores

(CALLEGARI, 2010, p. 27). Porém estas organizações podem ser formadas por realidades muito distintas umas das outras, seja na estrutura de controle, nos tipos criminais realizados, na forma de desempenhar suas atividades criminais ou na dimensão de suas operações, o que representa mais uma dificuldade no momento de se buscar uma definição.

Na linha da opção metodológica deste estudo, um caminho para alcançar uma definição de organização criminosa deve passar pela utilização de conceitos consolidados em outros ramos do conhecimento humano, especificamente da ciência econômica.

3.1. Instituições e organizações

Ponto de partida para definição de organizações criminais não pode ser outro senão o conceito de organização. Muito se escreve sobre criminalidade organizada, mas afinal o que deve se entender pela expressão organização? Uma fonte para esta resposta pode ser a teoria econômica, na qual os conceitos de instituições e organizações são elementos chave.

DOUGLASS NORTH, vencedor do Prêmio Nobel de Economia em 1993 proferiu uma conferência de Premiação na qual traçou um resumido e profundo apanhado histórico da evolução do pensamento econômico. Conforme expôs, a qualidade institucional é fator condicionante ao desenvolvimento, as instituições formam a estrutura de incentivo em uma sociedade e, portanto, as instituições políticas e econômicas são determinantes fundamentais no desempenho econômico (NORTH, 1993).

Nesta linha de pensamento as instituições são imposições criadas pelos humanos que estruturam e limitam suas inter-relações, formadas por imposições formais e informais que definem as estruturas dos incentivos sociais, especificamente as econômicas.(NORTH, 1993).

NORTH traçou uma definição do que se entende por organizações em Econômica: “Organizations are made up of groups of individuals bound together by some common purpose to achieve certain objectives²” (1993). É a interação entre as instituições e as organizações que dará forma a economia, se as instituições são as regras do jogo, as organizações e seus empresários são os jogadores (NORTH, 1993).

As organizações que se formam são reflexo da matriz institucional, se o ambiente institucional incentivar a criação de organizações informais ou ilegais estes serão os tipos de organizações que prevalecerão. “That is, if the institutional framework rewards piracy then

²Organizações são formadas por grupos de indivíduos unidos por um propósito comum de alcançar certos objetivos. (tradução do autor)

piratical organizations will come into existence; and if the institutional framework rewards productive activities then organizations - firms - will come into existence to engage in productive activities.³” (NORTH, 1993). Ao comentar o trabalho de NORTH, ZYLBERSTAJN e SZTJAN destacam que “as organizações são arquitetadas de modo a buscar eficiência, e que sua arquitetura é pautada pelo ambiente institucional.” (2005, p. 13).

Assim, as organizações representam o fato de que, dentro de um ambiente institucional delimitado, indivíduos se unem com o propósito de atingirem finalidades comuns. O objetivo de uma organização de pessoas é diminuir os entraves que teriam para realizar suas atividades individualmente, ou seja, a diminuição de custos. A organização é pensada como forma de organizar transações para economizar diante de racionalidade limitada e simultaneamente salvaguardar-se contra os perigos do oportunismo (WILLIAMSON, 1985, p. 32). Organizar-se não significa qualquer união de pessoas para realizar uma tarefa comum, mas uma forma de se estruturar visando o melhor desempenho de uma atividade, por isso não será qualquer conjunto de pessoas que formará uma organização, mas tão somente aquele grupo formado com o propósito específico de potencializar uma atividade por meio da diminuição de barreiras com a união de esforços e estruturação da atividade a ser desenvolvida. Uma organização não se confunde com uma associação, pois aquela é mais específica do que esta.

A normalidade do ambiente institucional impõe que as organizações sejam constituídas por meio das firmas, ou empresas, entendidas como organizações legalmente constituídas para a realização de atividades produtivas lícitas. Contudo, os mesmos objetivos que levam a constituição de uma empresa podem conduzir a formação de uma organização informal com a finalidade de realizar atividades ilícitas, especialmente quando as oportunidades do meio institucional conduzirem a possibilidade de ganhos com estas atividades ilegais. Desta forma, o mesmo conceito de organização que se aplica a realidade da empresa pode ser aplicado a atividade criminal.

O conceito de organização desenvolvido pela ciência econômica é uma resposta ao vácuo existente na literatura penal no que se refere a definição de organização criminosa. Sua possibilidade de adaptação às atividades criminais habilita para que se desenvolva uma crítica ao conceito legal de organizações criminosas introduzido no sistema legal brasileiro.

³Se o quadro institucional recompensar pirataria, então organizações piratas virão a existir, se o quadro institucional recompensar atividades produtivas então as organizações, firmas, existirão para se engajar nas atividades produtivas. (tradução do autor).

3.2. O conceito legal de organização criminosa no Brasil

Embora a expressão organização criminosa já pudesse ser encontrada no sistema legal brasileiro, a introdução da tipificação de organização criminosa deu-se apenas com a edição da Lei n. 12.850/13. Anteriormente, a Lei n. 9.034/95, expressamente revogada pela Lei nova, dispunha sobre a prevenção e repressão de atividades praticadas por organizações criminosas sem contudo trazer uma definição legal do que esta expressão representava.

Foi por meio do Decreto n. 5.015/04 que se introduziu no sistema legal pátrio a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, primeiro diploma a traçar um conceito de organização criminal no Brasil. Em seu artigo 2, “a”, a Convenção assim define grupo criminoso organizado: “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”. A definição criada no âmbito das Nações Unidas, embora muito ampla, poderia servir como um bom referencial legislativo, contudo é na especificação do que entende por grupo estruturado que este conceito mostra sua ausência de aplicabilidade no Direito Penal de tipicidade estrita. Segundo a Convenção um grupo estruturado é 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”.

Nos moldes propostos pela Convenção de Palermo qualquer atividade criminal praticada em concurso de três ou mais pessoas em que reste configurada vantagem financeira ou material pode ser enquadrado como grupo criminoso organizado, o que faz fortalecer as críticas de que o termo crime organizado não representa mais que um símbolo sem conteúdo científico ou pragmático. No julgamento do Habeas Corpus n. 96.007, em 12 de junho de 2012, o Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que o conceito introduzido pela Convenção das Nações Unidas não representou a tipificação do crime de organização criminosa no Brasil, que organização criminosa não se confunde com o delito de quadrilha e que o ordenamento pátrio não contava com referida espécie penal.

Certo é que a criação de um tipo penal de organização criminosa é tarefa complexa e

não pode ser realizada por meio de um processo de simplificação no qual se desconsiderem os reais objetivos que deveria cumprir, nem mesmo por meio de uma tipificação aberta e indefinida, o que violaria o princípio da legalidade em matéria penal. Analisando as tentativas legislativas no direito comparado em tipificar penalmente organização criminal como delito autônomo CALLEGARI destaca que os problemas em se identificar criminologicamente a realidade complexa formada pelas organizações criminais levaram a opção legislativa de criação de tipos penais muito abertos que acabaram praticamente eliminando a distinção entre criminalidade organizada e associação delitiva típica da pequena delinquência habitual (2010, p. 31). No Brasil não foi diferente.

A Lei n. 12.850/13 define, em seu artigo 1º, §1º, organização criminosa como “a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.” Assim, no artigo 2º, estabelece que promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa será crime apenado com reclusão de 3 a 8 anos e multa. Diante deste conceito podem ser feitas algumas considerações envolvendo a análise econômica até aqui desenvolvida.

3.3. Perspectiva crítica do conceito legal brasileiro

Conforme se buscou demonstrar ao longo do presente estudo, a Lei brasileira de organizações criminosas se encaixa dentro de um quadro de mudança do ambiente institucional promovido por reformas legislativas na busca de um ambiente seguro para o desenvolvimento das relações individuais e atividades econômicas. Nesta linha, para se analisar o conceito legal deve se traçar uma distinção entre criminalidade organizada e criminalidade de massa. Criminalidade de massa é aquela que gera a sensação desproteção e debilidade em decorrência de crimes violentos praticados com vítimas reais ou potenciais que assolam a todos diariamente, tais como roubos, homicídios, furtos de automóveis, comércio de drogas e delinquência juvenil (HASSEMER, 2008, p. 266/267). Nesta categoria poderiam se enquadrar a maioria dos ilícitos rotulados como Crime Organizado e que na verdade são associações para o cometimento de crimes pouco elaborados, praticados aos olhos de todos e de fácil identificação pelos órgãos de persecução criminal.

Ao contrário da criminalidade de massa, as organizações criminais possuem características empresariais similares as de uma empresa formalmente constituída, onde cada membro tem funções determinadas e deve ter relevância para a execução dos intentos criminosos, diferente da associação criminosa que não guarda esta expectativa organizacional (CALLEGARI, 2010, p. 37). Para o reconhecimento de organização criminal há que se destacar as características de um grupo de pessoas unidos por objetivos comuns, um grupo formado para facilitar o alcance de um resultado. Por isso a primeira crítica que se faz ao conceito legal está no número mínimo de integrantes descritos, já que a quantidade de quatro pessoas mostra-se incompatível com as proporções exigidas para um conceito de organização. É importante frisar que a organização se diferencia de uma associação, é necessária a presença de estrutura similar a empresarial, a formação de uma união estável e duradoura com objetivos futuros comuns e não a simples união para a prática de crimes, pelo que se exige um número maior de pessoas.

Quanto ao critério da identificação da organização pela quantidade de pena imposta aos crimes cometidos, também se mostra equivocado. De plano merece destaque que as penas fixadas em abstrato na legislação penal brasileira não respeitam critérios de proporcionalidade ou de política criminal, sendo estabelecidas de forma aleatória sob o livre arbítrio do legislador. De outro lado, as organizações criminais desenvolvem três espécies de crimes, crimes como fins últimos da organização ou negócios criminais característicos como o tráfico de drogas, armas, pessoas; delitos cometidos como meio, que costumam ser pautados no binômio violência-corrupção (GARCIA DE PAZ, 2005, p. 65); e ainda delitos cometidos para reciclar os lucros obtidos com a atividade principal, tais como a lavagem de dinheiro (GARCIA DE PAZ, 2005, p. 68). Não se justifica a limitação pela pena aplicada aos delitos praticados, não importa quais as penas eventualmente cumuladas, mas se há uma união estruturada para obter um objetivo final comum por meio da prática de crimes, independente da pena em abstrato.

O critério de transnacionalidade é um relevante indicativo da organização criminal, especialmente diante da realidade atual do processo de globalização. Dificilmente poderá ser identificada uma organização para a prática de ilícitos penais que não tenha a característica de transnacionalidade de suas atividades em algum dos elos da cadeia criminal. Ademais, os contatos fora dos limites nacionais e a logística para a transposição de fronteiras são elementos que podem caracterizar a união para a realização de um propósito comum.

O ponto mais relevante a ser criticado no conceito legal de organização criminal brasileiro está no que tange a imposição de obtenção de vantagem de qualquer natureza. Para GARCIA DE PAZ uma organização criminosa deve ter como características as de qualquer associação criminosa, várias pessoas, certa organização e estabilidade, somadas as de cometer delitos graves, serem dotadas de estrutura complexa similares a empresas legítimas,

normalmente hierarquizadas e, finalmente, a busca por benefícios ou poder como seu objetivo, especialmente os fins econômicos (2005, p. 40/41). HASSEMER explica que a criminalidade organizada deve ser entendida à luz de um potencial lesivo ainda não identificado mas de extrema relevância, pelo que o potencial de ameaça das atividades que pratica devem ser ponto central na definição de organização criminal, “Não são apenas as características de profissionalidade, habitualidade e quadrilha que darão azo a imputação de organização a atividade criminosa. Um conceito útil de “criminalidade organizada”, por consequência, precisa isolar um potencial de ameaça qualitativamente novo.” (HASSEMER, 2008, p. 269).

O ambiente institucional no qual a Lei n. 12.850/13 foi criada, a relevância econômica das atividades criminais e a definição econômica de organização permitem a conclusão de que para a caracterização de uma organização criminosa é necessária a relevância econômica da atividade criminal desenvolvida pela organização somada a capacidade de criação de danos ao ambiente econômico e, por consequência, à sociedade já que a ordem econômica é constitucionalmente assegurada no artigo 170 como meio de garantia de existência digna. Entender de outra forma estendendo o conceito de organizações para associações ou para delitos praticados em concurso de pessoas não significa um avanço no combate à criminalidade, mas um retrocesso pois representa não se atentar para as consequências da norma. No momento em que se autoriza a aplicação de medidas de persecução criminal significativamente limitadoras de garantias a qualquer tipo de crime por meio de um conceito amplo de organização se perde o foco dos objetivos da norma, a repressão de crimes com relevante capacidade de dano social.

Um conceito de organização criminosa capaz de limitar o objeto e alcançar os objetivos buscados pela norma não pode ser o de uma união de pessoas pra o cometimento de crimes com o fim de obter vantagem de qualquer natureza, mas a união de pessoas com o propósito comum de facilitar o desenvolvimento de suas atividades criminais e obter resultados com relevância econômica e potencial de abalo à ordem econômica.

4. Conclusão

Com base na pesquisa realizada e nas ideias expostas ao longo do presente estudo pode-se destacar algumas considerações finais no que tange ao conceito legal de organização criminosa no Brasil. A atividade econômica criminal possui relevância no quadro econômico geral vez que o volume financeiro movimentado nesta atividade, as consequências econômicas com a perda de investimentos e produção bem como os custos da prevenção e persecução de crimes são significativos e trazem abalo real a ordem econômica em escala

global, demonstrando que estas atividades são desenvolvidas em modelos estruturados similares aos das atividades lícitas. Contudo, a elaboração de um conceito de organização criminal é muito difícil, pois muitas vezes se busca englobar realidades muito dispares entre si sob uma mesma definição.

A Lei de Organizações Criminais brasileira foi criada dentro de um panorama de reformas legislativas voltadas a criação de um ambiente institucional adequado ao desenvolvimento das relações individuais, no panorama do *rule of law*. Este quadro permite concluir que a finalidade da Lei brasileira não é reprimir um tipo comum de criminalidade violenta identificada como criminalidade de massa, mas é voltada ao controle de uma criminalidade elaborada e potencialmente danosa às relações econômicas e sociais, desenvolvida de forma estruturada com o intuito de obter benefícios econômicos significativos. A construção de um conceito que desconsidere este quadro, ampliando a definição de organizações criminais de forma a que nele se possa enquadrar qualquer associação delitiva leva a frustração dos resultados esperados.

O conceito econômico de organizações permite o desenvolvimento de um conceito de organizações criminosas a partir da ideia de união de pessoas voltadas a obtenção de um objetivo comum que aderem umas as outras para diminuir custos, ou seja, para que juntas superem as dificuldades que teriam para realizar suas atividades e alcançar seus objetivos de forma isolada, pelo que não se confunde com uma simples associação.

Assim, o conceito legal de organizações criminosas introduzido pela Lei n. 12.850/13 merece críticas no que se refere a quantidade mínima de pessoas exigida, na delimitação de crimes praticados com pena mínima específica e, principalmente, por trazer uma grande amplitude com a finalidade de obter vantagens de qualquer natureza. Um conceito de organizações criminosas capaz de significação científica e de alcançar resultados produtivos na construção de um ambiente institucional seguro passa pela identificação das características principais de uma organização, pelo que organizações criminosas devem ser compreendidas a partir de uma definição que possua elementos que representem a união de pessoas formada com o propósito comum de facilitar o desenvolvimento de suas atividades e obtenção de resultados com relevância econômica e potencial de abalo à ordem econômica, por meio da prática de crimes.

Referências

- ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: Uma Fundamentação para o Direito Penal*, trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso, Curitiba-ICPC, Rio de Janeiro Lúmen Júris, 2010.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa, São Paulo, Martins Fontes, 1997.
- BECKER, Gary. Crime and Punishment: An Economic Approach, In: *Journal of Political Economy*, March 1968.
- CALLEGARI, André Luis, *Crimen organizado: concepto y posibilidad de tipificación delante del contexto de la expansión del derecho penal*, In: Revista Derecho Penal y Criminología • volumen xxxi • número 91 • julio-diciembre de 2010.
- GICO JR, Ivo. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.) *O que é análise econômica do direito: uma introdução*, Belo Horizonte, Fórum, 2011.
- GARCIA DE PAZ, Isabel Sánchez. *La Criminalidad Organizada: aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid, Dykinson, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012.
- NORTH, Douglass Cecil. *Economic Performance through Time*, The Nobel Foundation, 1993, disponível em www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1993/north-lecture.html.
- NOVECK, Scott M. *Testing the Theory of Rational Crime with United States Data, 1994-2002*, In ICPSR Bulletin (Inter-University Consortium for Political and Social Research), Vol. 27, No. 3, Michigan, 2007, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1374754>.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime Organizado, In: BONATO, Gilson (org.) *Direito Penal e Processo Penal Uma Visão Garantista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.
- SCHAPIRO, Mario Gomes. *Repensando a Relação entre Estado, Direito e Desenvolvimento: os limites do paradigma rule of law e a revência das alternativas institucionais*, In. Revista Direito GV., n. 11, jan-jun 2010.
- SCHNEIDER, Friedrich. *Money Laundering and Financial Means of Organized Crime: Some Preliminary Empirical Findings*, Paolo Baffi Centre Research Paper No. 2008-17, Milão, maio de 2008. disponível em <http://ssrn.com/abstract=1136149>.

UNODC - United Nations Office on Drug and Crime. *World Drug Report 2011*, United Nations publication, New York, 2011.

_____. *World Drug Report 2014*, United Nations publication, New York, 2014.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Economics Institutions of Capitalism: firms, markets, relational contracting.*, The Free Press, New York, 1985.

ZYLBERSTAJN, Decio e SZTJAN, Rachel. Análise Econômica do direito e das Organizações. In: ZYLBERSTAJN, Decio e SZTJAN, Rachel (Org.) *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.