



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 38.674 - SP (2013/0174549-6)

### VOTO-VISTA

**O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:**

**PAULO SÉRGIO CONTADOR MIRAS e MÁRCIA MARIA FERNANDEZ CHIOSI MIRAS**, ora recorrentes, estariam sofrendo constrangimento ilegal, em face de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que denegou o *HC* n. 0118410-03.2012.8.26.0000.

Os recorrentes foram denunciados pela suposta prática dos delitos positivados nos artigos 299 do CP e 1º c/c inciso VII, da Lei n. 9.613/1998, em continuidade delitiva.

Sob o argumento da atipicidade da conduta, a defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte de origem, cuja ordem foi denegada pela 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, pelos seguintes fundamentos, em síntese (fls. 172/174):

*Pretendem os impetrantes, por esta via, ver reconhecida a atipicidade da conduta dos pacientes, por falta de justa causa para o recebimento da ação penal, que apura a autoria dos delitos previstos nos artigos 299 do Código Penal e 1º, inciso VII, da Lei nº 9.613/98.*

*Entretanto, não há como atender a pretensão, pois diante da imputação de fatos específicos que, em tese, podem configurar infrações penais, a ação penal deve prosseguir regularmente, tal como determina a lei.*

*Reconhecida como veraz esta assertiva, é conclusão lógica que não se pode admitir que a imputação seja totalmente desprovida de fundamento.*

*Como sabido, o trancamento da ação penal é deliberação excepcional, e somente em casos nos quais fica evidente a total inviabilidade da acusação é possível.*

*É essencial, portanto, que sem a necessidade de haver qualquer incursão em matéria de fato se reconheça a total impossibilidade da acusação, havendo, destarte, desvirtuamento da acusação e, por consequência, o constrangimento ilegal.*

*Ocorrendo o ilegal ou abusivo exercício do direito de ação é possível admitir o trancamento da ação penal. No entanto, neste*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*caso, não resta inequívoca esta circunstância, o que, ao meu juízo, impossibilita a admissão de que deveria ser concedida a ordem para este fim.*

*Neste caso, como acima foi afirmado, existe fundamento para a acusação.*

*[...]*

*Ademais, o "habeas corpus" não é o meio adequado para o deslinde do tema e, portanto, outra solução não resta senão afastar a pretensão.*

Nesta Corte, pleiteiam os recorrentes, resumidamente, seja provido o recurso ordinário para determinar o trancamento da Ação Penal n. 302.01.2011.000081-1/000000-000, Controle n. 17/2011, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jaú/SP.

A liminar restou indeferida pela em. Ministra Relatora, Maria Thereza de Assis Moura, às fls. 228/230.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso (fls. 219/222).

A em. Ministra Relatora deu parcial provimento ao recurso ordinário, a fim de trancar, em relação aos recorrentes, a Ação Penal n. 302.01.2011.000081-1/000000-000 somente quanto ao delito insculpido no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998, por não vislumbrar a tipicidade da denúncia descrita na exordial acusatória como lavagem de capitais.

Com amparo em recentes decisões do Pretório Excelso, entende a Relatora que, à época dos fatos – anteriores à Lei n. 12.683/2012, que eliminou o rol taxativo dos crimes antecedentes ao branqueamento de capitais e à Lei n. 12.850/2013, que definiu organização criminosa –, inexistia a descrição normativa do que seria compreendido por organização criminosa, a ser considerada como crime antecedente à lavagem de dinheiro (art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98).

Pedi vista dos autos, que ora trago nesta assentada.

Concordo integralmente com o voto proferido pela e. Relatora, pelos fundamentos que passo a expor.

No que se refere ao delito de falsidade ideológica, observo que a exordial acusatória foi devidamente pautada nos requisitos do art. 41 do CPP,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com a narrativa das condutas delituosas supostamente praticadas pelos recorrentes e todas as circunstâncias relevantes.

O ponto nevrálgico da controvérsia, na espécie, centra-se na tipificação de organização criminosa antes do advento da Lei n. 12.850/2013, a fim de constatar a legalidade do recebimento da denúncia quanto ao delito materializado no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998 (crime cometido por organização criminosa como antecedente à lavagem de capitais).

A conceituação de organização criminosa não configura um celeuma exclusivo do ordenamento jurídico brasileiro. Países como Inglaterra e Alemanha optaram por não criar um tipo penal específico, pautando a atuação das autoridades em diretrizes internas da Polícia e do Ministério Público para o combate ao crime organizado.

Na Itália, em face do histórico combate ao sistema mafioso, foram conceituadas, no próprio *Codice Penale*, as "associações tipo mafiosas", bem como tipificadas, no art. 416-bis, as condutas incriminadoras por elas praticadas, sob o título "Associazione de tipo mafioso", que exige, em sua descrição, a presença de três ou mais pessoas.

No Brasil, o primeiro diploma legal a mencionar organização criminosa foi a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, sem, no entanto, defini-la, somente dispondo acerca dos meios operacionais para prevenção e repressão dos delitos praticados por tais organizações, vindo a ser posteriormente revogada pela Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013.

Em nosso ordenamento jurídico, outros diplomas legais também passaram a empregar a expressão "organização criminosa", sem conceituá-la (Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001):

Art. 1º. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

[...]

§ 4º. A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

[...]

IX – praticado por organização criminosa.

Cite-se também o disposto no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343, de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

23 de agosto de 2006, em que há previsão do "tráfico privilegiado", nas hipóteses em que o agente não se dedique às atividades criminosas, **nem integre organização criminosa**.

Desse modo, percebe-se que, não obstante a inexistência conceitual de organização criminosa nos ordenamentos jurídicos, desde há muito, a comunidade internacional se preocupa com o direito de punir atinente a tais espécies delitivas.

Na lição de Gramil Föppel El Hireche

*[...], em princípio, o combate internacional às organizações criminosas tem as mesmas particularidades do Direito Penal interno. Ao pretender combater o crime organizado, sempre se buscou, essencialmente, combater esta ou aquela classe política, essa ou aquela classe econômica, esta ou aquela manifestação política, enfim, sempre se buscou combater os inimigos de um sistema vigente.*

*(Análise Criminológica das Organizações Criminosas. Da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do direito penal do inimigo - 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 84)*

Conforme asserido pela Relatora, a jurisprudência desta Sexta Turma vinha se consolidado no sentido de aceitar como conceito de organização criminosa o disposto no Artigo 2, "a", da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), ratificada pelo Brasil e inserida no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto Presidencial n. 5.015, de 15 de março de 2004, *verbis*:

Para efeitos desta Convenção, entende-se por:

a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

A Convenção de Palermo estabelece normas para a cooperação jurídica internacional e previsões legais para os países que a recepcionarem; dentre outros tipos penais, tipifica os delitos de participação em um grupo criminoso organizado (Artigo 5), de lavagem de dinheiro (Artigo 6) e de corrupção (Artigo 8) e regulamenta as medidas de prevenção a tais espécies



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delituosas.

O conceito de organização criminosa disposto na Convenção de Palermo também foi adotado pelo Conselho Nacional de Justiça, na Recomendação n. 3/2006, referente à especialização de varas criminais para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas:

A PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições, tendo em vista o decidido na Sessão de 30 de maio de 2006, e

CONSIDERANDO a necessidade de o Estado combater o crime organizado, mediante a concentração de esforços e de recursos públicos e informações;

[...], resolve

### RECOMENDAR

1. Ao Conselho da Justiça Federal e aos Tribunais Regionais Federais, no que respeita ao Sistema Judiciário Federal, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, a especialização de varas criminais, com competência exclusiva ou concorrente, para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas.

2. Para os fins desta recomendação, sugere-se:

a) a adoção do conceito de crime organizado estabelecido na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000 (Convenção de Palermo), aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003 e promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, ou seja, considerando o "grupo criminoso organizado" aquele 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 Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

No entanto, recentes julgados da Corte Suprema evidenciam uma mudança desse entendimento, no sentido de que, em respeito ao princípio da legalidade, o crime de organização criminosa, antes do advento da Lei n. 12.850/2013, consistia em conceito vago, ausente, portanto, o tipo penal próprio dessa conduta, indispensável para a criminalização do comportamento do agente.

Além dos precedentes citados pela Relatora, da Primeira Turma



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do STF, ambos de relatoria do Ministro Marco Aurélio, *HC* n. 96007/SP, julgado em 12.6.2012 e *HC* n. 108.715/RJ, julgado em 24.9.2013, trago à baila decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, contra decisão denegatória desta Sexta Turma nos autos do *HC* n. 129.035/PE, Relator Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Relator para o acórdão Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), julgado em 16.8.2011.

Trata-se do *HC* 111.021/PE, ainda pendente de julgamento de mérito e cujo pleito de urgência, mediante decisão proferida em 15.10.2012, restou deferido pelos seguintes fundamentos:

[...]

*Dentre os vários fundamentos invocados pela parte impetrante, há um que se me afigura extremamente relevante. Refiro-me à alegação de que a legislação penal brasileira não teria definido o conceito jurídico de “organização criminosa”.*

*O E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento ora questionado, afirmou que “O conceito jurídico da expressão organização criminosa ficou estabelecido em nosso ordenamento com o Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004, que promulgou o Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo)”*

*Vê-se, portanto, que o Tribunal apontado como coator, ao adotar esse entendimento, invocou como único fundamento legitimador da persecução penal uma convenção internacional, a Convenção de Palermo, que, segundo aquela Alta Corte judiciária, bastaria para justificar a formulação normativa constante do inciso VII do art. 1º da Lei nº 9.613/98, na redação anterior ao advento da Lei nº 12.683/2012.*

*Cumprir ter presente, sempre, que, em matéria penal, prevalece o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois – é sempre importante enfatizar – a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal.*

*Esse princípio, além de consagrado em nosso ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), também encontra expresso reconhecimento na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 9º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15), que representam atos de direito internacional público a que o Brasil efetivamente aderiu.*

[...]

*Isso significa, portanto, que somente lei interna (e não*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*convenção internacional, como a Convenção de Palermo), pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação ou à conceituação de organização criminosa, ressalvadas, por óbvio, cláusulas constitucionais em sentido diverso, como aquelas inscritas nos incisos XLII e XLIV do art. 5º de nossa Lei Fundamental.*

*A alta relevância da questão suscitada na presente causa evidencia-se, ainda mais, tendo em vista que a colenda Primeira Turma desta Suprema Corte, no julgamento final do HC 96.007/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, ao apreciar o tema ora em exame, reconheceu a inexistência, no Direito brasileiro, de previsão normativa, em lei formal, dos elementos definidores do conceito jurídico de “organizações criminosas”.*

*Cabe assinalar, finalmente, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento (ora em curso) da AP 470/MG, está corroborando essa orientação, fazendo prevalecer juízo absolutório em relação às imputações penais fundadas no inciso VII do art. 1º da Lei nº 9.613/98, na redação anterior ao advento da Lei nº 12.683/2012, por entender inexistente, em nosso ordenamento positivo, legislação interna definidora do conceito de “organização criminosa”, não se aplicando ao caso ora em exame a Lei nº 12.694/2012 (art. 2º), porque editada em momento posterior ao da suposta prática delituosa atribuída aos ora pacientes.*

*Também no julgamento da ADI 4.414/AL, Rel. Min. LUIZ FUX, esse mesmo entendimento exsurgiu claro da decisão que esta Suprema Corte proferiu em referido processo de controle normativo abstrato.*

*Sendo assim, em juízo de estrita deliberação, e sem prejuízo de ulterior reexame da questão suscitada nesta sede processual, defiro o pedido de medida liminar, em ordem a suspender, cautelarmente, até final julgamento da presente ação de “habeas corpus”, o curso da Ação Penal nº 2007.83.05.000287-4, ora em tramitação perante o Juízo Federal da 23ª Subseção Judiciária do Estado de Pernambuco.*

**(HC 111.021/PE, Rel. Ministro Celso de Mello, Decisão monocrática, DJe 16.10.2012, destaquei).**

Ao comentar o julgamento precursor do novo entendimento do STF acerca do tema, citado pela Ministra Relatora (HC n. 96.007, julgado em 12.6.2012, Relator Min. Marco Aurélio, Primeira Turma), assim leciona Rômulo de Andrade Moreira:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

*Antes de qualquer consideração, louvemos a acertada decisão da Turma do STF, pois atentou para o princípio da legalidade, absolutamente inafastável em um Estado Democrático de Direito, ainda mais quando se trata de estabelecer uma exata definição acerca de uma estrutura criminosa, que permite ao Estado autorizar contra o indivíduo, ainda presumivelmente inocente, atos investigatórios invasivos de sua privacidade.*

*Evidentemente que não desconhecemos nem negamos a existência de organizações criminosas, inclusive em nosso País, mas é preciso que, antes de qualquer coisa, dê-se um conceito legal para aquelas estruturas criminosas, tal como fez, por exemplo, o Código Penal, no art. 288, ao conceituar quadrilha ou bando, e a Lei nº 11.343/06, no art. 35 (Associação para o Tráfico - Lei de Drogas).*

*(O Supremo Tribunal Federal decidiu que no Brasil não há organização criminosa: e agora?, Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal n. 47 - Abril/maio de 2012. Porto Alegre: Editora Magister, p. 21).*

No que se refere à utilização do conceito de organização criminosa disposto na Convenção de Palermo, leciona Heloisa Estellita que "[...] os elementos programáticos oferecidos pela Convenção de Palermo para delinear o grupo criminoso organizado não atendem minimamente o mandado de segurança jurídica contido no princípio da legalidade" (*Criminalidade de Empresas, Quadrilha e Organização Criminosa* - 1ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p.86).

Outrossim, atento à novel jurisprudência da Corte Suprema, entendo que, por respeito ao princípio da legalidade, disposto no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal, **restaria incabível a tipificação da conduta dos recorrentes como integrantes de organização criminosa sem um tipo penal que a definisse.**

Acerca do disposto no inciso VII da Lei n. 9.613, ou seja, quanto ao crime cometido por organização criminosa figurar como antecedente à lavagem de dinheiro, esclarece Gamil Föpél El Hireche que:

*[...] ao colocar o disposto no inciso VII, ao tratar das organizações criminosas como crime antecedente, o legislador escancarou o tipo. Com efeito, inexistente um tipo legal que*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*incrimine as organizações criminosas, tratando-se de uma manifesta inconstitucionalidade, [...] (op. cit., p. 127)*

Não se pode olvidar que com a entrada em vigor da Lei n. 12.683/2012 – que excluiu o rol taxativos dos delitos antecedentes à lavagem de dinheiro – e da Lei n. 12.850/2013 – que conceituou organização criminosa –, caiu por terra toda a discussão acerca desse tema.

Entretanto, no caso em tela, os delitos descritos na inicial acusatória ocorreram "*no período compreendido entre os meses de março de 2002 e janeiro de 2011*" (fl. 28), portanto, antes da entrada em vigor dos mencionados dispositivos legais e, conseqüentemente, antes da definição legal de organização criminosa em nosso ordenamento jurídico.

À vista de todo o exposto, concordo integralmente com o voto da Ministra Relatora, a fim de dar parcial provimento ao recurso ordinário para trancar, em relação aos recorrentes, o Processo n. 302.01.2011.000081-1, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jaú, apenas quanto ao delito positivado no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998.