

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

FACULDADE DE DIREITO

Lurizam Costa Viana

A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NA LEI 12.850/13

Belo Horizonte

2017

Lurizam Costa Viana

A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NA LEI 12.850/13

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales

Área de estudo: Direito Penal Contemporâneo

Belo Horizonte

2017

V614o Viana, Lurizam Costa
A organização criminosa na lei 12.850/13 / Lurizam Costa
Viana. - 2017.

Orientadora: Sheila Jorge Selim de Sales.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito penal - Teses 2. Crime organizado 3. Organizações
criminosas I.Título

CDU(1976) 343.237

Lurizam Costa Viana. **A organização criminosa na Lei 12.850/13.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de estudo: Direito Penal Contemporâneo

O candidato foi considerado _____ pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales – UFMG (Orientadora)

Prof. Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt - UFMG (Membro interno)

Prof. Dr. Fernando José da Costa - USP (Membro externo)

Prof. Dr. Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça (Suplente)

Belo Horizonte, _____ de agosto de 2017.

AGRADECIMENTOS

Palavras de incentivo, pessoas que nos inspiram, a simples presença reconfortante e a certeza de que, no melhor ou pior dos cenários, nunca estamos sós. Não há como deixar de reconhecer a importância daqueles que imprimiram sua marca em minha trajetória profissional e pessoal, contribuindo para a árdua realização deste projeto acadêmico, talvez até mesmo sem estarem cientes disso. Dedico-lhes a minha mais profunda e sincera gratidão.

Agradeço à Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales, minha orientadora, pelas valiosas sugestões, pelos materiais bibliográficos fornecidos e, sobretudo, pela confiança depositada em meu esforço, além da relação sempre cordial que mantivemos. Meus agradecimentos também se dirigem ao Prof. Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt, meu primeiro professor de Direito Penal, de quem tive o prazer de ser aluno novamente durante o mestrado, e ao Prof. Dr. Carlos Henrique Borlido Haddad, cujas considerações, à época do exame de qualificação do projeto desta dissertação, foram de grande utilidade para a redação do texto final.

Aos colegas da pós-graduação em Direito da UFMG, pelos debates acadêmicos de altíssimo nível, agradeço-lhes na pessoa do hoje mestre Rafael Santos Soares, cujas sugestões em relação ao meu trabalho de conclusão do curso de graduação foram tão importantes para que eu pudesse ingressar no mestrado.

Aos meus amigos e amigas, agradeço-lhes por todo o apoio e torcida (a despeito de minhas ausências nos últimos meses), especialmente à querida e também mestre Pryscilla Matias, que gentilmente contribuiu com a revisão de boa parte deste trabalho.

Aos meus familiares (pai, tias, tios, primos e primas), agradeço-lhes na pessoa de minha dileta prima Érica Machado, por seu enorme auxílio com a obtenção de periódicos científicos e livros utilizados na pesquisa, além de sua presença sempre afetuosa.

À minha mãe, minha eterna gratidão pelo amor incondicional e por acreditar, intransigentemente, que o estudo e os livros são os bens mais valiosos que eu poderia receber.

Ao Jonas, por suportar comigo a angústia e as incertezas deste período, oferecendo em troca sorrisos, harmonia e melodia nos momentos de maior desânimo.

Agradeço às amigas que tive a sorte de conhecer durante o ano de estágio nas Promotorias de Justiça da Comarca de Barbacena, pelas conversas agradáveis em nosso "café das cinco" e, de modo especial, pelo espaço de liberdade que conquistamos em nossas discussões no "Círculo do Livro", verdadeira válvula de escape nos últimos meses. Obrigado!

*E muito pouco lhe importava o disparate,
tinha nada de vergonha e sonhava tão grande
que cada impedimento era apenas um pequeno atraso,
nunca a desistência ou a aceitação da loucura.*

*Pensava que quando se sonha tão grande
a realidade aprende.*

Valter Hugo Mãe,
em "O filho de mil homens".

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo central o estudo da organização criminosa no direito penal brasileiro, sobretudo no tocante à Lei 12.850/13. Com base em princípios reitores do garantismo penal, mormente a legalidade estrita, buscou-se investigar se os critérios definidores da organização criminosa no referido diploma legal são suficientes para diferenciá-la de outras figuras delituosas associativas. Inicialmente, além de evidenciada a importância do conceito legal de organização criminosa, foi esclarecida a distinção entre "criminalidade de massa" e "criminalidade organizada". Identificaram-se em seguida os principais aspectos criminológicos relativos às organizações criminosas, com ênfase na divisão de tarefas, nas relações com a "criminalidade dourada", corrupção, violência e utilização de recursos tecnológicos para a consecução das finalidades delituosas. A partir do direito penal comparado e de documentos internacionais que versam sobre organizações criminosas, especialmente a Convenção de Palermo, foram analisados os modelos italiano, espanhol e português, contribuindo assim para o estudo posteriormente realizado da figura típica associativa prevista na Lei 12.850/13. Para a contextualização do tratamento legal do crime organizado no Brasil, foram abordadas as Leis 9.034/95 e 12.694/12, além das orientações seguidas no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça no cenário anterior à vigência da Lei 12.850/13. Posteriormente, discorreu-se sobre o tipo penal de organização criminosa previsto na Lei 12.850/13, esclarecendo-se as posições adotadas nesta pesquisa, sobretudo quanto ao bem jurídico tutelado e ao momento consumativo do delito em apreço. Da análise dos elementos que compõem a organização criminosa nos moldes da Lei 12.850/13, concluiu-se, com a confirmação da hipótese inicialmente estabelecida, que o uso de expressões vagas, em prejuízo do princípio da legalidade estrita, obsta a precisa delimitação do âmbito de incidência do tipo penal, ensejando dificuldades principalmente quando confrontada a organização criminosa com outras figuras delituosas associativas previstas no direito penal brasileiro, destacando-se a associação criminosa, a organização paramilitar e milícia privada, a associação para a prática de genocídio, a associação para o tráfico ilícito de drogas e a organização terrorista.

Palavras-chave: organização criminosa; Lei 12.850/13; figuras delituosas associativas; legalidade estrita.

ABSTRACT

This work has as central scope the study of criminal organization in Brazilian criminal law, especially concerning the Law 12.850/13. Based on guiding principles of criminal guaranty, particularly the strict legality, the work seeks to investigate whether the criteria defining criminal organization in the law mentioned before are sufficient to differentiate it from other delinquent associative figures. Initially, in addition to highlighting the importance of the legal concept of criminal organization, the distinction between "mass criminality" and "organized criminality" was clarified. The main criminological aspects related to criminal organizations were identified, with emphasis on division of labor, relations with "golden crime", corruption, violence and use of technological resources to achieve criminal purposes. Having as support the comparative criminal law and international documents dealing with criminal organizations, especially the Palermo Convention, the Italian, Spanish and Portuguese models of criminal organization were analyzed, contributing later on to the study of the typical associative figure provided for in Law 12.850/13. In order to contextualize the legal treatment of organized crime in Brazil, Laws 9.034/95 and 12.694/12 were addressed, in addition to the guidelines followed in the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice in the scenario prior to Law 12.850/13. After that, the crime of criminal organization provided for in Law 12.850/13 was addressed, explaining the positions adopted in this research, particularly concerning the legal good protected and the consummation of the crime in question. From the analysis of the elements that define criminal organization according to Law 12.850/13, the initial hypothesis was confirmed, concluding that the use of vague expressions, to the detriment of the principle of strict legality, hinders the precise delimitation of the field of incidence of this crime, leading to difficulties especially when the criminal organization is compared with other criminal associative figures under Brazilian criminal law, including criminal association, paramilitary organization and private militia, association for the practice of genocide, association for traffic of illicit drugs and terrorist organization.

Keywords: criminal organization; Law 12.850/13; criminal associative figures; strict legality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
APn	Ação Penal
Art.	Artigo
BA	Bahia
C/c	Combinado com
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
Coord.	Coordenação
CP	Código Penal (Brasileiro)
CPP	Código de Processo Penal
CV	Comando Vermelho
Dec.	Decreto
DF	Distrito Federal
DJ	Diário de Justiça
DJe	Diário de Justiça eletrônico
e.g./v.g.	<i>exempli gratia/verbi gratia</i>
ETA	<i>Euskadi Ta Askatasuna</i> (na língua basca, “País Basco e Liberdade”)
Ex(s).	Exemplo(s)
EUA	Estados Unidos da América
FDN	Família do Norte
FIFA	<i>Fédération Internationale de Football Association</i>
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Inc.	Inciso
IRA	<i>Irish Republican Army</i>
Min.	Ministro
MG	Minas Gerais
MS	Mato Grosso do Sul
Nº/n.	Número
ONU	Organização das Nações Unidas

Org.	Organização
P.	Página
PCC	Primeiro Comando da Capital
PI	Piauí
PR	Paraná
RDD	Regime Disciplinar Diferenciado
Rel.	Relator
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
RJ	Rio de Janeiro
RO	Rondônia
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Trad.	Tradução
UNODC	<i>United Nations Office on Drugs and Crime</i>
Vol./v.	Volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	15
2.1 Por que definir organização criminosa? Utilidade e importância do conceito jurídico-penal	19
2.2 Crime organizado e organização criminosa	29
2.3 Criminalidade de massa e criminalidade organizada: a epidemia do discurso do medo no cenário de expansão penal	33
3 ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS RELATIVOS ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	43
3.1 Divisão de tarefas	49
3.2 Objetivo de auferir vantagem econômico-material e estruturas empresariais: interface com a "criminalidade dourada"	52
3.3 Conexões entre Estado e crime organizado	58
3.4 Violência e ameaças como meios de intimidação	66
3.5 Uso de tecnologia associado à transnacionalização do crime organizado	69
4 AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS EM DOCUMENTOS INTERNACIONAIS E NO DIREITO PENAL COMPARADO	73
4.1 A Convenção de Palermo e o conceito de grupo criminoso organizado	75
4.2 Legislação penal estrangeira	82
4.2.1 A associação de tipo mafioso do Código Penal Italiano	84
4.2.2 Organização criminosa no Código Penal Espanhol	100
4.2.3 Código Penal Português e a figura da associação criminosa	107
5 O CRIME ORGANIZADO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	111
5.1 A Lei 9.034/95: subversão do princípio da legalidade penal	111
5.2 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça ...	119
5.3 O conceito de organização criminosa da Lei 12.694/12	123
6 O DELITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NA LEI 12.850/13	127
6.1 Definição legal	130
6.2 Tipo objetivo	137
6.2.1 Bem jurídico tutelado	137
6.2.2 Sujeitos do delito	145
6.2.2.1 A participação de inimputáveis	145
6.2.2.2 A participação de agentes policiais infiltrados	147
6.2.3 Outros elementos constitutivos do fato	148
6.2.4 Consumação e tentativa	151
6.3 Tipo subjetivo	156
6.4 Concurso de crimes e concurso de pessoas	158
6.5 Pena	161

6.5.1 Agravante especial de comando. Domínio da vontade em aparatos organizados de poder.....	162
6.5.2 Causas especiais de aumento de pena.....	170
7 A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E OUTRAS FIGURAS DELITUOSAS ASSOCIATIVAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	173
7.1 Associação criminosa (artigo 288, caput, do Código Penal).....	178
7.1.1 Estrutura de aparato organizado de poder como parâmetro de distinção entre organização criminosa e associação criminosa.....	187
7.1.2 Organização criminosa e crimes do catálogo.....	193
7.2 Organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão (artigo 288-A, do Código Penal)	194
7.3 Associação para a prática de genocídio (artigo 2º da Lei 2.889/56)	201
7.4 Associação para o tráfico ilícito de drogas (artigo 35, caput, da Lei 11.343/06)	206
7.5 Organização terrorista (artigo 3º da Lei 13.260/16).....	212
8 CONCLUSÃO.....	218
REFERÊNCIAS	223

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho consubstancia-se no estudo do modelo de organização criminosa introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 12.850/13, em perspectiva com outras figuras delituosas de tipo associativo previstas no direito penal brasileiro. À luz dos princípios norteadores da teoria do garantismo penal, buscamos promover análise crítica de aspectos dogmáticos da organização criminosa, focalizada como cerne de discussão no cenário mais amplo da criminalidade de tipo associativo no Brasil.

O problema central que instiga a pesquisa realizada é identificado a partir da constatação de inúmeras figuras delituosas associativas atualmente previstas no direito penal brasileiro, entre as quais a organização criminosa se coloca em destacada posição, sobretudo porque está atrelada ao conjunto de peculiares mecanismos de investigação e obtenção de provas que denotam o tratamento especial conferido à criminalidade dita "organizada".

No contexto de variadas associações delituosas, nosso principal objetivo foi o de verificar se a organização criminosa tipificada de forma autônoma na Lei 12.850/13 atende ao princípio da legalidade estrita, conforme propugnado pela teoria garantista, e, conseqüentemente, se é possível delimitar seu âmbito de aplicação em face de outras figuras típicas associativas, mormente em relação à associação criminosa prevista no artigo 288, *caput*, do Código Penal.

O modelo penal garantista, orientado pelos princípios que decorrem da estrita legalidade como marco do direito penal liberal, tal como sustenta Ferrajoli [1989]/(2014), é tomado como referencial teórico porque fornece as bases necessárias para evidenciar diversos problemas relativos aos tipos penais associativos, máxime encontrados na figura da organização criminosa.

Cabe explicitar, de forma prévia, que as expressões "associação criminosa" e "organização criminosa" foram sempre utilizadas no trabalho tendo como única referência, respectivamente, as figuras típicas previstas no artigo 288, *caput*, do CP e no artigo 1º, §1º, da Lei 12.850/13. Para aludir aos crimes associativos como gênero, utilizamos os termos "associações delituosas", ou "associações delitivas", de que seriam espécies, por exemplo, a "associação para o tráfico ilícito de drogas", a "organização terrorista", a "organização criminosa" etc. Feitas tais observações, passemos ao conteúdo desenvolvido na pesquisa.

Inicialmente, esclarecemos as principais razões pelas quais se optou pela adoção do conceito jurídico-penal de organização criminosa enunciado pela Lei 12.850/13, ressaltando a sua utilidade em consideração às diversas alusões a tal associação delitiva em diplomas legais brasileiros, até então sem correspondente definição. Foram também indicadas respeitáveis posições doutrinárias que contestam a própria existência do fenômeno do crime organizado e criticam as tentativas de categorizá-lo em tipos penais.

Ademais, diferenciamos o uso das expressões "crime organizado" e "organização criminosa" e buscamos fixar a linha divisória entre a chamada "criminalidade de massa" e a "criminalidade organizada", cuja importância se reflete mais tarde no trabalho, quando se comparam as organizações criminosas com outras associações delituosas mais simples. É válido frisar a relevância de tal distinção, uma vez que ela se mostra potencialmente prejudicada diante dos termos vagos ou excessivamente amplos com que se estruturam os tipos penais associativos analisados em momento posterior, especialmente a figura da organização criminosa.

É importante que se tenha em vista o fato de o tema em questão abranger variados matizes, cuja compreensão é fundamental, ainda que jamais exaustiva, dada a sua complexidade, além das dificuldades de fixar quaisquer opiniões unívocas. Registram-se diversos estudos acerca da criminalidade organizada e os esforços para sistematizar suas características essenciais, não apenas no âmbito jurídico-penal. Por isso, averiguamos os principais aspectos que, desde a perspectiva criminológica, as organizações criminosas manifestam.

Por outro lado, com espeque no marco do direito penal da globalização e identificada como forma de macrocriminalidade com notórias conexões internacionais, a delinquência organizada é objeto de inúmeros tratados, acordos multilaterais, informes de diversas entidades e outros documentos internacionais que influíram diretamente sobre o modelo de criminalização recepcionado no Brasil. Assim, foi imprescindível avaliar a definição de grupo criminoso organizado enunciada pela Convenção de Palermo, cuja incidência no direito penal brasileiro já foi bastante debatida em nossos tribunais superiores, conforme também buscamos esclarecer.

Não deixamos de reconhecer a efetiva contribuição da incursão no direito penal comparado, como recurso para posteriormente investigarmos a configuração da organização criminosa no ordenamento jurídico brasileiro. Conhecer a experiência legislativa de outros

países é ainda mais importante quando se constata discursos simplórios de mera transposição de modelos penais estrangeiros, sem atenção às especificidades da legislação brasileira e da própria criminalidade existente no Brasil. Para o estudo comparado, elegemos figuras delituosas associativas tipificadas nos códigos penais da Itália, da Espanha e de Portugal, considerando o fato de a nossa tradição jurídica alinhar-se bastante com a desses países. Por ser claramente o arquétipo que inspira grande parte das pesquisas sobre o crime organizado, dedicamos especial atenção à "associação de tipo mafioso" da lei penal italiana.

Com esses aportes, adentramos na análise do crime organizado no direito penal brasileiro, relatando brevemente o histórico que antecedeu a edição da Lei 12.850/13. Ao tratar da revogada Lei 9.034/95, que se projetava sobre as "organizações criminosas" sem conceituá-las, enfatizamos a função democrática do princípio da estrita legalidade penal e da máxima taxatividade, como vetor de limitação do arbítrio no exercício do poder punitivo. Observamos também o entendimento perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em relação à aplicabilidade da Convenção de Palermo no direito interno, para fins de caracterização da figura da organização criminosa, ressaltando alguns julgados que se tornaram paradigmáticos nesse sentido. A Lei 12.694/12 também foi abordada, por ter sido o primeiro diploma legal a definir organização criminosa, ainda que exclusivamente para os seus próprios fins, em termos muito similares aos da Lei 12.850/13.

Em seguida, examinamos o crime de organização criminosa tal como previsto no artigo 2º da Lei 12.850/13, analisando criticamente a definição dessa figura delituosa e os elementos objetivos e subjetivos inerentes ao tipo penal associativo em apreço. Ao abordarmos o objeto de tutela penal desse delito, filiamos-nos à vertente doutrinária segundo a qual a paz pública não pode ser considerada como autêntico bem jurídico coletivo, identificando como verdadeiros objetos de proteção, em caráter antecipado, os bens jurídicos lesionados pelos crimes para os quais a associação delituosa se constitui (crimes-fim). Essa posição permitiu descortinar o problema relativo à legitimidade de antecipações da tutela penal, que se apresenta de forma constante nos tipos penais associativos.

Com esteio nos princípios da materialidade da ação e da lesividade, e em defesa do direito penal do fato, também ressaltamos a necessidade de que a associação delituosa realize atos capazes de demonstrar concretamente a sua aptidão para levar a cabo o projeto criminoso estabelecido, de maneira que a consumação do crime associativo não se satisfaça com a mera

reunião de pessoas para delinquir. Esse argumento, em nosso crivo, revelou-se ainda mais robusto no tocante à organização criminosa.

Além do concurso de crimes e de pessoas, incluindo breves apontamentos sobre o concurso externo ou eventual no delito de organização criminosa, indicamos as penas cominadas no artigo 2º da Lei 12.850/13, as causas especiais de aumento para essa figura típica, e enfatizamos a circunstância agravante prevista para os líderes de organizações criminosas, ainda quando não praticam pessoalmente atos de execução. Nesse sentido, perquirimos a possibilidade de aplicação da teoria do domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder, proposta por Roxin (2006), a fim de delimitar o campo de responsabilidade penal de seus dirigentes. Essa análise foi fundamental para o objetivo principal do trabalho, uma vez que a referida teoria baseia-se em parâmetros verificáveis em organizações criminosas, evidenciando aspectos de sua estrutura que teriam de ser levados em conta para diferenciá-las de outras simples associações delituosas, haja vista os termos pouco taxativos mediante os quais é descrita em lei a figura típica da organização criminosa.

Na última parte da pesquisa, confrontamos a organização criminosa com outras figuras delituosas associativas previstas no direito penal brasileiro, notadamente: a associação criminosa (artigo 288, *caput*, do Código Penal); a organização paramilitar, milícia privada, grupo ou esquadrão (artigo 288-A do Código Penal); a associação para a prática de genocídio (artigo 2º da Lei 2.889/56); a associação para o tráfico ilícito de drogas (artigo 35, *caput*, da Lei 11.343/06) e a organização terrorista (artigo 3º da Lei 13.260/16).

A partir da aludida comparação, verificamos problemas concentrados na falta de taxatividade dos termos que descrevem as condutas proibidas nesses tipos penais, resultando sobretudo em dificuldades de interpretação e decisão quanto à figura delituosa aplicável ao caso concreto, na medida em que a organização criminosa, tal como regulada pela Lei 12.850/13, colide com outras espécies associativas em diversas situações. Desse modo, foi confirmada a hipótese inicial de que os critérios legais atualmente definidores da organização criminosa, por si só, não são suficientes para delimitar inequivocamente sua esfera de incidência, a qual se confunde com a de outras figuras delituosas associativas, em prejuízo do princípio da legalidade estrita.

Em suma, abstendo-nos de qualquer pretensão de exaurir as múltiplas vertentes de abordagem deste tema tão repleto de nuances, são essas as linhas principais desenvolvidas na dissertação ora apresentada.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Muito se tem dito a respeito do crime organizado e da ação de organizações criminosas. Seja no meio jurídico, jornalístico ou no debate político acerca de medidas de segurança pública, o assunto suscita variadas indagações e ilações, por vezes prematuras e carentes de análise teórica mais profunda.

Eventos de notória repercussão midiática contribuem para que a discussão acerca das frequentemente intituladas "máfias" seja cada vez mais propagada no Brasil. De acordo o discurso panfletário que tem servido como pano de fundo para a abordagem do problema, variadas são as formas mediante as quais a dita "criminalidade organizada" parece se manifestar. Os maiores exemplos no Brasil, ainda hoje, talvez sejam os dois grandes grupos voltados para o narcotráfico, o "Primeiro Comando da Capital" (PCC) e o "Comando Vermelho" (CV), os quais são apontados há décadas por respeitáveis jornalistas,¹ sociólogos e cientistas políticos,² além de juristas,³ como autênticas e poderosas organizações criminosas.

Com efeito, as ações realizadas por esses grupos, com ostensivo recurso à violência, emprego de meios tecnológicos e notório poder de barganha perante as autoridades públicas, sobretudo após os ataques levados a cabo pelo PCC no Estado de São Paulo em maio de 2006, revelaram *modus operandi* bastante peculiar, centralizado em rígido núcleo de comando e internamente hierarquizado.

¹ Os trabalhos com maior destaque na área jornalística são de Carlos Amorim, agraciado na década de 1990 com o Prêmio Jabuti de melhor reportagem, pela obra "Comando Vermelho: a história do crime organizado" (AMORIM, 2011). Mais recentemente, o jornalista escreveu em um de seus livros: "As duas maiores organizações criminosas do país, o Comando Vermelho e o PCC, atuam juntas. [...] CV e PCC estão em franca expansão, mantendo elementos de ligação nos países vizinhos ao Brasil, onde são respeitados pelos 'barões das drogas'. Agora lançam suas estruturas para a África e a Europa." (AMORIM, 2010, p. 433).

² Confira-se a opinião de Mingardi (2007): "Os grupos originários da cadeia, como o PCC, estão, aos poucos, ganhando contornos de organizações criminosas tradicionais." (MINGARDI, 2007, p. 58). Ainda, merecem destaque os trabalhos publicados por sociólogos pesquisadores do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, a saber: Salla (2008); Adorno e Salla (2007).

³ Em sua tese de doutoramento, Ana Luiza Almeida Ferro sustenta: "se algum dia o Comando Vermelho foi meramente um produto 'da indústria policial e política do crime' – o que é discutível, embora possível –, a realidade *ita plane*, já se encarregou de arrancá-lo da 'ficção' e 'reinventar' essa organização. Não é possível hodiernamente negar ao Comando Vermelho a condição de organização criminosa, em virtude de seu porte, sua estrutura e suas características." (FERRO, 2009, p. 273). Ainda na década de 1990, Cervini escreveu: "*es indudable que el 'Comando Vermelho' y el 'Tercer Comando' son expresiones claras de coordinación de actividades y estrategia global, tanto dentro de la cárcel como afuera, ya que muchas actividades delictivas son planificadas y ordenadas desde los propios establecimientos carcelarios.*" (CERVINI; GOMES, 1997, p. 283). "É indubitável que o 'Comando Vermelho' e o 'Terceiro Comando' são expressões claras de coordenação de atividades e estratégia global, tanto dentro da prisão como fora, já que muitas atividades delitivas são planificadas e ordenadas dentro dos próprios estabelecimentos prisionais." (Tradução nossa). Citações do PCC e do Comando Vermelho como organizações criminosas também em Gomes (2013b, p. 28) e Silva (2015, p. 9-10).

Na atualidade, continua-se falando muito sobre esses dois grupos, à sombra dos quais teria se desenvolvido o crime organizado no país. De modo mais recente, destaca-se a chacina no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus, ocorrida entre os dias 1º e 2 de janeiro de 2017, culminando em mais de cinquenta violentos homicídios em tão curto período, como resultado das disputas pelo domínio de rotas do tráfico de drogas, entre o PCC e outro grupo apoiado pelo Comando Vermelho, a FDN - "Família do Norte". Nos dias seguintes, dezenas de outras mortes ocorreram nas Penitenciárias de Monte Cristo, em Roraima, e de Alcaçuz, no Rio Grande do Norte, também envolvendo integrantes do PCC (REBELIÕES..., 2017).

Em outro giro, roubam a cena contemporânea dos programas de televisão e ocupam as primeiras manchetes dos principais jornais brasileiros, e também de países estrangeiros, as notícias diárias a respeito da Operação "Lava Jato" e seus intermináveis desdobramentos. Sofisticados esquemas de pagamento de quantias a políticos de elevada estatura no Legislativo e no Executivo, com finalidades espúrias, têm sido desvelados com ênfase pelos veículos de comunicação, não raras vezes até mesmo com a divulgação prematura de informações ainda sigilosas, transmitindo-se a imagem de uma grande e organizada rede criminosa que teria se apoderado das principais instâncias de poder no Brasil.

A construção de todo esse cenário, difundido pela mídia de forma quase apocalíptica, seja pelas alardeadas ações violentas do PCC, do Comando Vermelho e outros grupos, seja pelas dimensões dadas aos crimes descobertos no bojo da Operação "Lava Jato", tem inegáveis impactos sobre o debate jurídico-penal que se instaura a respeito do tema.

No caso da "Lava Jato", por exemplo, dentre as várias ações penais em curso pelas práticas de corrupção, lavagem de dinheiro, fraude à licitação e outros delitos em tese cometidos por membros do alto escalão das maiores construtoras do país, dirigentes da Petrobras e políticos integrantes da cúpula de importantes partidos, tem sido recorrente a acusação pelo crime de formação (ou "pertinência", termo frequentemente utilizado nas denúncias e decisões já prolatadas pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR) de organização criminosa, em diversas situações inclusive com sentenças condenatórias já proferidas em primeira instância, ainda passíveis de revisão.⁴

⁴ Como exemplos, podem ser citadas: a condenção do ex-diretor de abastecimento da Petrobras Paulo Roberto Costa, em 22 de abril de 2015, como incurso no delito de organização criminosa, além do crime de lavagem de dinheiro, nos autos da ação penal nº 502621282.2014.4.04.7000/PR, julgada pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba; e a condenação de José Dirceu de Oliveira e Silva, Ministro-Chefe da Casa Civil do Brasil no primeiro mandato do governo de Luiz Inácio Lula da Silva, em 17 de maio de 2016, também como incurso no delito de

A ideia disseminada acerca da existência de um poder paralelo ao do Estado regularmente constituído, capaz de incutir o medo e causar a insegurança generalizada da população (no caso do PCC, Comando Vermelho e facções assemelhadas), assim como da corrupção endêmica alastrada pelos Poderes da República, em favor de interesses privados e ilícitos (Operação "Lava Jato"), repercute sobre a política criminal voltada para a questão, com possibilidades de enrijecimento da legislação penal⁵ e imposição crescente de medidas que interferem diretamente sobre direitos e garantias individuais.

Peremptoriamente, adverte-se que o legislador penal brasileiro optou por conferir tratamento singular às organizações criminosas, reconhecidas como entidades autônomas, distintas das demais figuras delituosas de modelo associativo já previstas no ordenamento jurídico-penal. Nesse sentido, estabelecer os parâmetros de tal distinção é um dos principais objetivos do trabalho. Esta análise deve necessariamente ser realizada segundo princípios garantistas, os quais não de orientar quaisquer propostas de "estratégias de contraste"⁶ à criminalidade dita organizada, respeitando-se pressupostos básicos do Estado Democrático de Direito na busca pela eficiência almejada na persecução penal.⁷

Reitera-se a imprescindibilidade de se determinar com precisão os contornos dogmáticos da figura delituosa assim intitulada organização criminosa. A sua inadequada compreensão se deve, em boa parte, à influência do supramencionado discurso midiático construído em torno do crime organizado. Ao contrário do que rotineiramente se propaga em tons alarmantes, exemplos paradigmáticos como o do PCC e do Comando Vermelho, ou mesmo da Operação "Lava Jato", não podem ser generalizados a ponto de se banalizar a própria definição de organização criminosa. Conforme se pretende demonstrar, nem toda

organização criminosa, além dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, nos autos da ação penal nº 504524184.2015.4.04.7000/PR, julgada pelo mesmo juízo federal. A 13ª Vara Federal na cidade de Curitiba, no Estado do Paraná, é atualmente bastante conhecida por reunir a maior parte dos inquéritos e processos em trâmite na denominada Operação "Lava Jato".

⁵ Nesse aspecto, confira-se a recente proposta de inclusão do delito de corrupção de altos valores no rol de crimes hediondos da Lei nº 8.072/90, como uma das dez medidas contra a corrupção apresentadas pelo Ministério Público Federal, que originaram o Projeto de Lei de Iniciativa Popular nº 4850/2016, muito lembrado em razão das inúmeras vicissitudes pelas quais já passou na Câmara de Deputados. Também merece registro o Projeto de Lei 6665/2016, apresentado em 12 de dezembro de 2016, tendo como um de seus pontos a inclusão da corrupção entre os crimes hediondos.

⁶ É o termo que Sales (2005) prefere utilizar para a abordagem do problema, contrapondo-se ao caráter simbólico e emergencial de expressões como "luta" ou "combate" ao crime organizado. Mingardi (2007) também critica o emprego da expressão *guerra*: "usar esse termo lembra muito a famosa 'guerra ao tráfico' perdida pelos últimos presidentes americanos. Quando o Estado combate uma guerra, existe um inimigo identificável, com liderança clara. As organizações criminosas são muito mais complexas que isso." (MINGARDI, 2007, p. 51).

⁷ Para Fernandes (2009, p. 228), a repressão ao crime organizado deve estar situada no necessário equilíbrio entre eficiência e garantismo, conciliando-se o direito à segurança com o direito à liberdade.

atividade delituosa coletiva que provoca o estarrecimento da sociedade pela extensão e magnitude dos atos praticados pode ser considerada como forma de crime organizado.

Por outro lado, o inapropriado entendimento do assunto também se relaciona com aquilo que se convencionou chamar de "mito da máfia", o qual "está presente em nossas mentes, em nosso cotidiano, em nossa realidade, em nossos melhores e piores pesadelos" (FERRO, 2009, p. 264). A generalização do protótipo mundialmente difundido das *máfias*,⁸ ao qual a mídia, o cinema e a literatura ofereceram significativo aporte⁹ e um "sinistro *glamour*" (DICKIE, 2005, p. 27), é responsável por uma visão simplória e estereotipada das organizações criminosas, porquanto desconhece toda sua complexidade. Registra-se na Itália o efeito "mágico" da palavra *máfia* (SALES, 2005, p. 134), frequentemente por trás de eventos de autoria desconhecida.

No contexto de supervalorização da máfia como modelo aplicável a toda organização criminosa, Zaffaroni (1996) destaca o denominado "paradigma mafioso", segundo o qual se

⁸ É oportuna a observação de Castro: "*cuando se habla de delito organizado, inmediatamente se piensa en el narcotráfico y se asocia a la imagen de la Maffia italiana, hasta el punto que Maffia y delito organizado parecieran sinónimos en el habla común.*" (CASTRO, 2003, p. 309). "Quando se fala de delito organizado, imediatamente se pensa no narcotráfico e se associa à imagem da Máfia italiana, até o ponto em que Máfia e delito organizado parecessem sinônimos na fala comum". (Tradução nossa).

⁹ Nesse sentido, confira-se a análise de Bermejo Marcos: "*Una parte importante de los conocimientos que la mayoría de la gente tiene sobre el crimen organizado se sustenta en representaciones sociales cimentadas por dos grandes vías de conocimiento: los medios de comunicación y el denominado "género negro" de la literatura y el cine. Los medios de comunicación nos transmiten generalmente noticias sobre exitosas operaciones policiales, detenciones, decomisos grandes cantidades de droga... también sentencias condenatorias. Por su parte, la literatura y el cine policíacos generan, con frecuencia, una imagen idealizada o épica de estos peligrosos criminales, hasta el punto de que en Japón los Yakuza producen muchas películas que los ensalzan*" (BERMEJO MARCOS, 2009). "Uma parte importante dos conhecimentos que a maioria das pessoas tem sobre o crime organizado se sustenta em representações sociais cimentadas por duas grandes vias de conhecimento: os meios de comunicação e o denominado "gênero negro" da literatura e do cinema. Os meios de comunicação nos transmitem geralmente notícias sobre exitosas operações policiais, detenções, apreensões de grandes quantidades de droga... também sentenças condenatórias. De sua parte, a literatura e o cinema policialescos geram, com frequência, uma imagem idealizada ou épica desses perigosos criminosos, até o ponto em que, no Japão, os Yakuza produzem muitos filmes que os engrandecem". (Tradução nossa). A aludida imagem idealizada do crime organizado é muito bem exemplificada pelo personagem "Dom Vito Corleone", do romance *The Godfather* ("O padrinho", mas traduzido no Brasil como "O Poderoso Chefão"), de Mario Puzo. O livro narra a saga da fictícia família Corleone (remete à cidade siciliana de mesmo nome), a qual comandava o crime organizado na cidade de Nova York, no pós Segunda Guerra, ao lado de outros quatro clãs de origem italiana, juntos representando na literatura as cinco famílias que, na vida real, chefiavam a máfia estadunidense. Mais tarde, em 1972, a sanguinária história foi levada às grandes telas pelo diretor Francis Ford Coppola. Também o cinema oferece espetacularosa versão da vida de Alphonsus Gabriel Capone, o famoso "Al Capone", em "Os Intocáveis" (*The Untouchables*, 1987), dirigido por Brian de Palma. A lista cinematográfica é longa, incluindo ainda outras célebres películas cujo roteiro, em geral, remete à *Cosa Nostra* "americana", estabelecida em cidades como Nova York e Chicago: o clássico em preto e branco "Alma no Lodo" (*Little Caesar*, 1931), dirigido por Mervyn LeRoy; "Os Bons Companheiros" (*Goodfellas*, 1990) e "Cassino" (*Casino*, 1996), ambos do aclamado diretor Martin Scorsese; "O Império do Crime" (*Mobsters*, 1991), dirigido por Michael Karbelnikoff; dentre vários outros filmes.

atribuiu verdadeiro sentido conspiratório à criminalidade organizada, especialmente difundido nos Estados Unidos da América, transmitindo-se a ideia duvidosa de uma grande organização mafiosa em nível nacional, secreta e altamente sofisticada, com amplo poder de fascínio sobre a população (ZAFFARONI, 1996, p. 48).

Conforme será esclarecido, o arquétipo da máfia reflete os traços sociológicos de fenômeno característico de certas regiões da Itália, cujos principais contornos foram reproduzidos no código penal daquele país, com diversas críticas formuladas pela própria doutrina italiana. Assim sendo, não se pode pretender a transposição de tal modelo para outros países como o Brasil "sem grave distorção conceitual ou deformação do objeto de estudo"¹⁰ (SANTOS, 2003, p. 220).

Dessa forma, a adequada abordagem do tema deve ter como base primordial a identificação das razões pelas quais se define organização criminosa na legislação penal, os fins a que se destina tal definição¹¹ e a utilidade e importância do conceito formatado, considerando-se a previsão de tipo penal específico inserido na Lei 12.850/13, bem como a existência de outras figuras delituosas de modelo associativo no direito penal brasileiro.

2.1 Por que definir organização criminosa? Utilidade e importância do conceito jurídico-penal

As razões para se buscar a definição de organização criminosa podem parecer óbvias ao crivo de um observador incauto. É possível alegar, evidentemente, a impossibilidade de se conhecer os planos e o *modus operandi* adotado na prática dos delitos cometidos pela organização sem que se determine, de forma prévia, o próprio significado desse grupo. Além disso, parece claro que qualquer distinção entre crime organizado e organização criminosa depende precisamente do conceito atribuído a esta.

¹⁰ Ada Pellegrini Grinover já externava essa advertência na década de 1990, quando analisou as medidas integrantes do sistema desenhado contra o crime organizado na Itália: "Muito cuidado há de tomar-se com o transplante dessas medidas para sistemas diversos, destinados a regular a vida de outros grupos sociais, com suas peculiaridades e idiosincrasias." (GRINOVER, 1995, p. 86).

¹¹ Sobre a relevância de tal vertente teleológica, Batista assevera: "Conhecer as finalidades do direito penal, que é conhecer os objetivos da criminalização de determinadas condutas praticadas por determinadas pessoas, e os objetivos das penas e outras medidas jurídicas de reação ao crime, não é tarefa que ultrapasse a área do jurista, como às vezes se insinua" (BATISTA, 2007, p. 23).

Entretanto, os motivos pelos quais referida definição se revela necessária vão além das primeiras conclusões passíveis de serem inferidas do estudo em apreço. Na verdade, a *ratio* do conceito de organização criminosa deve ser compreendida à luz dos princípios basilares do direito penal liberal, os quais orientam a adequada compreensão do objeto investigado. E como se adota no presente trabalho referencial teórico calcado no garantismo penal, a pergunta formulada acima somente encontra resposta no horizonte dos pressupostos básicos da teoria garantista, sobretudo com alicerce no princípio da legalidade estrita, conforme sustentado por Ferrajoli [1989]/(2014).

Atualmente, não apenas se alude às organizações criminosas em diplomas legais do direito interno, como também há previsão de tipo penal incriminador para essa figura associativa, cuja definição foi estampada no artigo 1º, §1º, da Lei 12.850/13.

Paralelamente, verificam-se ainda no direito penal brasileiro pelo menos outras cinco figuras delituosas de modelo associativo, com correlatos tipos penais incriminadores, a saber: a associação criminosa tipificada no art. 288, *caput*, do CP, com atual redação dada pela Lei 12.850/13; as organizações paramilitares e milícias particulares, com previsão no art. 288-A do Código Penal; a associação para o tráfico ilícito de entorpecentes, de que trata o art. 35, *caput*, da Lei 11.343/06; a associação para a prática de genocídio, tipificada no art. 2º da Lei 2.889/56; e a organização terrorista, prevista no art. 3º da recente Lei 13.260/16.

Considerando tal pluralidade de tipos penais de modelo associativo, delimitar os aspectos dogmáticos da definição de organização criminosa prevista na Lei 12.850/13 é tarefa indispensável para a necessária distinção entre essa figura delituosa central no ordenamento jurídico-penal brasileiro e as demais formas de associações delitivas nele abarcadas.

Sem maiores dificuldades, é possível verificar que o tratamento legal das organizações criminosas no Brasil historicamente apresenta inúmeras lacunas, com reflexos em decisões judiciais. A dificuldade primária verificada na abordagem do tema diz respeito à conceituação dessa espécie de associação delitiva, desafio também enfrentado em outros países e contextos jurídicos.¹²

A Lei 12.850/13 se propõe a sanar deficiências que por muito tempo perduraram na legislação pátria a respeito do tema, notadamente quanto à revogada Lei 9.034/95. Desde o referido diploma normativo já se previa a possibilidade de utilização de meios operacionais e

¹² Reportamos ao quarto capítulo do presente trabalho.

de obtenção de provas especialmente voltados à criminalidade dita organizada, sem, contudo, qualquer definição clara e taxativa de organização criminosa no texto legal.

Além disso, antes de sua atual redação, a Lei 9.613/98 incluía no rol de delitos antecedentes à lavagem de dinheiro o "crime praticado por organização criminosa", suscitando inúmeras e dissonantes interpretações pretorianas acerca de tal dispositivo, porquanto inexistente no ordenamento jurídico pátrio, àquela época, a conduta tipificada de formação de organização criminosa.

Outras disposições legais valiam-se da propalada figura das organizações criminosas para ensejar medidas de cunho penal e processual mais gravosas às pessoas tidas como membros dos grupos assim caracterizados, a despeito da mais absoluta falta de previsão legal do seu conceito! Exemplos emblemáticos são os do regime disciplinar diferenciado (artigo 52, §2º, da Lei 7.210/84) e da autorização para quebra de sigilo financeiro em qualquer fase do inquérito ou processo judicial (artigo 1º, §4º, IX, da Lei Complementar 105/01).

Em tal cenário, a previsão do conceito jurídico-penal de organização criminosa afigura-se como verdadeira exigência dos reclamos do princípio da legalidade. Especialmente nos dias de hoje, em que a sociedade é acometida por inúmeras questões que demandam respostas do Estado (corrupção estatal generalizada, delinquência econômico-financeira em níveis altamente sofisticados, barbáries em penitenciárias sob a forma de ataques supostamente ordenados por líderes de organizações criminosas, atentados atribuídos a grupos terroristas etc.), mais do que nunca se verifica a necessidade de perene reafirmação do marco de legalidade constitucional ao qual legislador e operadores do direito precisam de se vincular com "intransigente fidelidade" (BARATTA, 1999, p. 213).

O princípio em questão é o vetor que deve nortear a definição de organização criminosa, em razão do qual se explicam os esforços de se determiná-la em lei do ordenamento pátrio. A atual previsão legal do referido conceito não elimina, todavia, a necessidade de análise detida e percuciente dos elementos que o compõem, examinando-se seu grau de (in)determinação, à luz da teoria garantista e em relação às demais figuras delituosas de tipo associativo. Como é cediço, o direito penal é orientado pela legalidade estrita, exigindo-se clareza e taxatividade dos termos mediante os quais os tipos penais são veiculados, o que constitui verdadeira garantia dos indivíduos contra eventuais arbítrios na interpretação e aplicação das leis penais.

Se por um lado busca-se a conformação da matéria com as exigências do princípio da legalidade, é certo que a previsão em lei do conceito de organização criminosa, além da tipificação de condutas relacionadas, também corresponde a outra finalidade precípua, e possivelmente paradoxal, qual seja, a de permitir a desembaraçada utilização de meios especiais de investigação e obtenção de provas dos crimes praticados pelo grupo criminoso,¹³ listados no rol de incisos do artigo 3º da Lei 12.850/13.¹⁴

A definição oferece os parâmetros mínimos para que se possa admitir, por exemplo, a quebra de sigilo fiscal e bancário, a infiltração de agentes policiais nas atividades ilícitas praticadas pela organização criminosa, a autorização para o flagrante prorrogado (ação controlada) ou para a celebração de acordos de colaboração premiada com pessoas envolvidas na organização, visando ao desmantelamento da estrutura criminosa, em que pese à questionável compatibilidade do uso indiscriminado de tais medidas com a própria legalidade constitucional, por acarretarem sérias restrições a direitos e garantias individuais, em um cenário de propagada emergência da famigerada *luta* contra a criminalidade organizada.¹⁵

As razões declinadas, portanto, são aquelas que lastrearam a adoção do *conceito* de organização criminosa na legislação penal brasileira (não aludimos às razões de política criminal que possivelmente justificam a *incriminação autônoma* do delito de organização

¹³ Sales aduz o seguinte apontamento crítico: "É possível que a busca e/ou elaboração de um modelo para a criminalização da 'organização criminosa', nesse momento histórico, ocorra por motivos de funcionalidade: permitir a criação de um sistema de obtenção de provas que facilite a persecução desses fatos, *e.g.*, a infiltração de agentes policiais, o estabelecimento de regras para induzir a 'colaboração' (ou impunidade?) premiada e as interceptações, enfim, o *duplo binário crime comum-crime organizado*" (SALES, 2005, p. 245).

¹⁴ "Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada; II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III - ação controlada; IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal." (BRASIL, 2013).

¹⁵ Muito embora o estudo de tais mecanismos de investigação e obtenção de provas não seja objeto do presente trabalho, registram-se no Brasil as críticas doutrinárias à sua utilização, sobretudo no tocante ao recurso à colaboração premiada, com clara inspiração no fenômeno do *pentitismo* italiano, durante o "maxiprocesso" contra a *Cosa Nostra* na década de 1980. Nesse sentido, confira-se em Santos (2003, p. 224); Sales (2005, p. 235); El Hireche (2005, p. 115); Bitencourt (2014, p. 116-117). Entre os autores italianos, Moccia conclui a respeito da colaboração premiada: "*questo tipo di normativa è espressivo di una logica contrattuale tra Stato ed individuo in materia penale che, non a caso, è estranea alla tradizione dello stato di diritto per la sua intrinseca incompatibilità con i valori di cui questo si sostanzia, ed in particolare con il diritto penale del fatto.*" (MOCCIA, 1999, p. 170-171). "Este tipo de normativa expressa uma lógica contratual entre o Estado e o indivíduo em matéria penal que, não surpreendentemente, é estranha à tradição do estado de direito pela sua intrínseca incompatibilidade com os valores nos quais este se consubstancia, e, em particular, com o direito penal do fato." (Tradução nossa).

criminosa), evidenciando a utilidade e importância dessa definição, e do seu estudo dogmático, inclusive para fins de contraste em relação às demais figuras delituosas de modelo associativo presentes no ordenamento jurídico nacional.

Cumprido ressaltar, por outro lado, o posicionamento sustentado por autorizados autores, no sentido de se questionar a natureza (criminológica, sociológica ou dogmática) da definição de organização criminosa ou mesmo a sua real utilidade, tendo em vista a duvidosa existência daquilo que se convencionou chamar de "delinquência organizada", ao menos como categoria autônoma de criminalidade passível de ser dissociada das já indigitadas quadrilhas ou bandos. Nesse panorama, as "dúvidas, as incertezas, as indefinições a respeito do que seria a 'criminalidade organizada' são decorrência de sua inexistência" (EL HIRECHE, 2005, p. 56).

Sob esse ponto de vista, a expressão "crime organizado" não passaria de um espectro vago e pouco, ou nada, revelador de uma forma concreta de delinquência associativa, não sendo diversa daquela já ordinariamente conhecida. Aponta-se também a falta de elementos empíricos para se afirmar que a intitulada "organização criminosa" seja efetivamente distinta da associação comum de pessoas reunidas para a prática de crimes, não se justificando, por conseguinte, a existência de tipo penal autônomo.

Na perspectiva ainda mais radical de Zaffaroni, não seria razoável nem mesmo estabelecer definição para organização criminosa, porquanto se trata de uma "categorização frustrada". A crítica do autor parte de visão predominantemente empresarial do crime organizado, tido como produto de uma "indisciplina do mercado", isto é, um contexto de desorganização no qual atividades lícitas se confundem inevitavelmente com empreitadas ilícitas. A falibilidade da tentativa de se categorizar o crime organizado residiria, portanto, na pretensão descabida de se acomodar a dinâmica do mercado (e, conseqüentemente, o próprio desenvolvimento da delinquência considerada como "organizada") em um conceito criminológico (ZAFFARONI, 1996).

Submersa em um mercado no qual as atividades empresariais nem sempre são lícitas, a suposta categoria da "criminalidade organizada" seria uma noção difusa e simplesmente frustrada, útil apenas como instrumento de dominação e marginalização de grupos étnicos imigrantes em países como os Estados Unidos da América, onde, segundo Zaffaroni (1996), se forjou uma versão conspiratória do crime organizado. A sua transposição para o campo do

direito e do processo penal seria responsável por legitimar práticas autoritárias, as quais, em última análise, implicariam a supressão de direitos e garantias individuais. Nesse sentido:

o crime organizado seria o conjunto de atividades ilícitas que operam no mercado, disciplinando-o quando as atividades legais ou o estado não o fazem. Em termos mais preciosos, sua função econômica seria a de abranger as áreas de capitalismo selvagem que carecem de um mercado disciplinado. [...] Em síntese, tem-se a sensação, ao menos do ângulo econômico, de que o crime organizado é um fenômeno de mercado desorganizado ou não disciplinado, que se abre à disciplina produzida pela atividade empresarial lícita ou menos lícita. É óbvio que estas aberturas ou furos na disciplina do mercado são muito diferentes, instáveis e variáveis, pois como todo mercado é dinâmico, existem espaços que se obstruem e outros que se abrem. Daí que a conceitualização resulte impossível e as tentativas se vejam frustradas e que, ademais, os espaços mesmos não possam suprimir-se, porque implicaria parar a dinâmica do mercado, ou seja, fazê-lo desaparecer. Sem dúvida existem máfia e bandos, há atividades lícitas e ilícitas, mas não há um conceito que possa abranger todo o conjunto de atividades ilícitas que podem aproveitar a indisciplina do mercado e que, no geral, aparecem mescladas ou confundidas de forma indissolúvel com atividades lícitas. Logo a caracterização que se vem tentando não pode se coroar, pois constitui a pretensão de prender em um conceito criminológico a dinâmica do mercado. A empresa resulta tanto mais inalcançável quando se pretende buscar uma categoria que se transfira à lei penal. Por tudo isso, há um conjunto de atividades e fenômenos econômicos, dentre os quais alguns são incontestavelmente criminais, mas não há uma categoria capaz de abrangê-los no campo criminológico e menos ainda no legal. [...] O conceito fracassado em criminologia foi levado à legislação para permitir medidas penais e processuais penais extraordinárias e incompatíveis com as garantias liberais. (ZAFFARONI, 1996, p. 53-55 e 58).

Com efeito, quando se discorre sobre a atuação do crime organizado na atualidade, tem-se referenciado frequentemente ao fato de as organizações criminosas estarem envolvidas no mercado, atuando à semelhança de modelos de gestão empresarial e praticando atos ilícitos que muitas vezes se mesclam a atividades lícitas. Nesse ponto, revela-se fundamental a distinção entre criminalidade de empresa e empresa ilícita, com características de organização criminosa¹⁶ (ESTELLITA, 2009, p. 26).

Entretanto, a ideia de que as organizações criminosas existem simplesmente como produto da desregulação do mercado consubstancia visão estritamente econômico-empresarial do crime organizado, deixando de lado a necessária apreciação de outras características e motivações da delinquência organizada, cuja complexidade não se resume à dinâmica do mercado e de seus setores carentes de disciplina. Sob esse prisma:

¹⁶ Reportamos ao item 7.1.1 do presente trabalho.

Eugenio Zaffaroni, conquanto enxergue o “crime organizado” como uma categorização frustrada, ou seja, como uma tentativa de categorização que se finda em uma noção difusa, por entender que representa uma pretensão desmedida abarcar a inteira dinâmica do mercado (*locus* natural de desenvolvimento deste tipo de criminalidade) em um conceito criminológico, o que levaria à impossibilidade de conceituação do fenômeno – posicionamento que julgamos equivocado –, assim como encare o crime organizado, de forma algo reducionista, como um fenômeno de mercado desorganizado ou não disciplinado, isto é, como consequência de uma “indisciplina do mercado”, de um momento de desorganização, em que um conjunto de atividades ilícitas se apresenta indissociavelmente misturado ou confundido com atividades lícitas, parte, para suas conclusões, de duas características atribuídas a essa modalidade delitiva, inegavelmente interligadas: a estrutura empresarial e o mercado ilícito. (FERRO, 2009, p. 388).

Orbitam ao redor do problema muitos outros aspectos merecedores de investigação mais aprofundada, tais como a corrupção e os nexos entre o crime organizado e o poder político, os quais transcendem o viés reducionista das atividades empresariais lícitas e ilícitas em que estariam compreendidas as organizações criminosas, sendo este motivo suficiente para que discordemos da visão do crime organizado como uma categorização frustrada. Pontua-se, todavia, que a excessiva dramatização veiculada pela imprensa,¹⁷ divulgadora do crime organizado como onipotente e infalível, possivelmente contribui para a negação de sua existência por parte de alguns pesquisadores (MINGARDI, 1998, p. 33).

Por sua vez, Cirino dos Santos (2002) sustenta que a resposta penal ao que se chama de crime organizado só serve para reforçar o discurso simbólico e repressivo das políticas criminais autoritárias e excluir ou reduzir os debates sobre o modelo econômico neoliberal reinante nas sociedades contemporâneas. Para o autor, “do ponto de vista jurídico-penal prático, o conceito de crime organizado é desnecessário, porque não designaria nada que já não estivesse contido no conceito de *bando* ou *quadrilha*” (SANTOS, 2002, p. 217). À semelhança de Zaffaroni, Cirino dos Santos atribui o fenômeno da criminalidade organizada à dinâmica do mercado, no qual o lícito e o ilícito seriam indissociáveis:

Na verdade, os fenômenos atribuídos ao crime organizado seriam explicáveis pela própria dinâmica do *mercado*, através da constante criação de novas áreas de produção, circulação e consumo ainda não disciplinadas pela lei (por exemplo, os jogos eletrônicos, o mercado da droga etc.), ocupadas imediatamente por múltiplas

¹⁷ Reproduzimos o lúcido comentário de José Paulo Baltazar Junior, a respeito da relação entre a mídia e as teses que buscam desconstruir o discurso de existência do crime organizado: “a superexposição do tema na mídia e sua utilização em campanhas e discursos políticos e dos argumentos no discurso político não cria os delitos cometidos pelas organizações criminosas, podendo ter o efeito de aumentá-los ou conferir-lhes uma dimensão exagerada.” (BALTAZAR JUNIOR, 2008, p. 10).

empresas do mercado, cujo espectro de atividades seria constituído por ações legais e ações ilegais que, no limite, são insuscetíveis de separação entre si. (SANTOS, 2003, p. 217).

As mesmas observações feitas a respeito do posicionamento de Zaffaroni são válidas para as ideias apresentadas por Cirino dos Santos. O crime organizado não pode ser reduzido à dinâmica do mercado *desorganizado*, sob pena de se ignorar a sua complexidade. Em outro giro, equiparar quadrilhas e bandos, atualmente sob a nomenclatura de *associações criminosas*, às organizações criminosas implicaria ignorar a diferença que deve ser estabelecida entre criminalidade de massa e criminalidade organizada, sendo esta muito mais grave que aquela.

As consequências de tal tratamento indistinto seriam similares ao quadro verificado na vigência da Lei 9.034/95, correndo-se o risco de aplicação de instrumentos investigatórios e probatórios mais restritivos das liberdades individuais a todo e qualquer tipo de agrupamento criminoso. Nessa hipótese, realmente seria constatável o uso de discurso político-criminal autoritário, lastreado em pretensa garantia da lei e da ordem e respostas penais desproporcionais, razão pela qual acreditamos necessário o estudo da organização criminosa considerando outras destacadas figuras delituosas associativas.

Também em perspectiva crítica, Sales (2005) ressalta o caráter difuso da noção de organização criminosa no Brasil e o uso aleatório da expressão, muitas vezes sob influência de modelos estrangeiros que não se aplicam à realidade brasileira, englobando fatos nem sempre similares e que, fatalmente, não serviriam como subsídios para atestar, do ponto de vista sociológico e empírico, a existência do crime organizado no país. Em sua arguta observação:

Poucos são os estudos que revelam as características do fenômeno no contexto social brasileiro, denunciando a falta de subsídios para afirmar que a 'criminalidade organizada' e todas as normas jurídicas que integram uma verdadeira *fiction* produzidas pela *perspectiva emergencial antimáfia*, que sempre inspirou as normas sobre o tema no Parlamento italiano (agentes policiais infiltrados, delações, prêmios, regimes carcerários *duros*), não podem ser 'transportados' *tout court*, para a nossa legislação penal [...] cientificamente não sabemos se, entre nós, *realmente existe a criminalidade organizada* nos moldes em que esta é identificada em outros países do mundo - em especial aqueles que tomamos como modelos - e quais são as suas reais características (SALES, 2005, p. 136 e 138).

Além da alegada insuficiência de substrato empírico para se afirmar a presença de organizações criminosas no Brasil,¹⁸ a autora alerta para os riscos da transposição de conceitos calcados em dados sociológicos, sobretudo importados, para os tipos penais, caracterizados assim por excessivas descrições e exacerbado detalhamento quanto aos meios e modos de realização do delito (SALES, 2005, p. 238).

Esse quadro revelaria "se não a falência, pelo menos a insuficiência dos 'modelos' até agora adotados para descrever o fenômeno" (SALES, 2005, p. 143), mesmo em países onde se comprovou a existência de forma autêntica e peculiar de criminalidade associativa *organizada*, a exemplo da associação de tipo mafioso do ordenamento italiano. Ainda assim, insiste-se no retroalimentado discurso da "luta" ou "guerra" contra o crime organizado.¹⁹ Em suma: "deve-se reconhecer que as fórmulas legais (de derivação sociológica) e criminológicas até agora encontradas não conseguiram atingir a meta colocada: prevenir e reprimir essa forma de criminalidade que parece estar em expansão." (SALES, 2005, p. 144).

Não se pode desconsiderar as conclusões acerca da insuficiência dos modelos legislativos centrados em definições de cunho meramente sociológico, especialmente quando estas se revelem muito vagas. É forçoso concluir que conceitos demasiadamente descritivos plasmados em tipos penais apresentam o risco concreto de variadas e dissonantes interpretações, em prejuízo da necessária certeza e taxatividade que devem ser depreendidas das normas penais.

¹⁸ Com a mesma abordagem, Beatriz Rizzo Castanheira escreveu em 1998: "No Brasil, os estudos sobre a existência e real dimensão das organizações criminosas são ainda muito incipientes e carentes de dados." (CASTANHEIRA, 1998, p. 107). Entretanto, nos anos mais recentes, podem ser destacadas importantes pesquisas sociológicas, sobretudo no que concerne às raízes da peculiar emergência de organizações criminosas no país: "A origem no interior das prisões é sem dúvida uma característica fundamental do fenômeno no Brasil e que a distingue das formas mais comuns de emergência desses grupos no mundo." (SALLA, 2008, p. 373).

¹⁹ Alinhando-se ao posicionamento sustentado por Sales, confira-se: "*Al respecto de esta 'lucha' o 'guerra' no habría que agregar mucho más de lo que anticipamos ya hace varios años, quizá tan solo decir que se sigue persiguiendo un fantasma, tanto por la ausencia de investigación criminológica sobre el fenómeno, como porque la caracterización jurídica de dicha criminalidad sigue dependiendo de connotaciones que la acercan, cada vez más, a la criminalidad común. Lo anterior, por supuesto, no quiere decir que no existan formas de aparición de ciertos tipos de criminalidad que sean compatibles con algunos de los escenarios descritos en la literatura especializada sobre el tema.*" (SÁNCHEZ, 2012, p. 95). "A respeito desta 'luta' ou 'guerra' não haveria que agregar muito mais do que antecipamos já faz vários anos, talvez tão só dizer que se segue perseguindo um fantasma, tanto pela ausência de pesquisa criminológica sobre o fenômeno, como porque a caracterização jurídica de dita criminalidade segue dependendo de conotações que a aproximam, cada vez mais, da criminalidade comum. O anterior, evidentemente, não quer dizer que não existam formas de aparição de certos tipos de criminalidade que sejam compatíveis com alguns dos cenários descritos na literatura especializada sobre o tema". (Tradução nossa). Da afirmação discordamos em parte, uma vez que existem muitos estudos sobre os aspectos criminológicos da delinquência organizada, conforme tratamos no próximo capítulo.

Por outro lado, ainda mais contundente é a crítica ao uso de dados empíricos importados do tecido social de outros países e a crença cega em seu transplante para a legislação penal pátria, sem qualquer análise mais aprofundada de tema tão complexo, em face de nosso próprio sistema penal e de suas peculiaridades, exigindo compreensão distinta e escolhas de política criminal igualmente diversas. Assim, "*cualquier aproximación conceptual deberá estar vinculada directamente a la especialidad del fenómeno en cuestión, en el contexto del sistema penal*"²⁰ (CERVINI; GOMES, 1997, p. 242).

Ainda por esse viés, salienta-se a contínua mutabilidade do fenômeno em questão, inserido no contexto atual de globalização econômica, financeira, tecnológica etc. Por isso mesmo "é complexo e mutante, e segue na sua estruturação e direcionamento as tendências dos mercados nacionais e internacionais" (CASTANHEIRA, 1998, p. 106). Sob tal ponto de vista, o critério dogmático para a conceituação de organização criminosa seria mais adequado à segurança jurídica do que definições legais largamente articuladas com base em elementos sociológicos, de maior variabilidade.

Parece-nos, contudo, que a crítica não reduz a relevância do estudo de viés criminológico sobre tema de tamanha complexidade, podendo-se dele extrair ao menos importantes conclusões acerca das formas de autêntica manifestação da intitulada "criminalidade organizada", desde que empiricamente verificáveis. Deve-se evitar, por certo, "simplesmente misturar conceitos criminológicos e dogmáticos, sem pretender idealmente defini-los" (SILVEIRA, 2013), o que apenas ampliaria as dificuldades de compreensão.

Apesar de enfatizar a carência de estudos científicos para se comprovar a existência do crime organizado no Brasil, Sales ressalta já em 2005 (portanto, antes da descoberta dos fatos que culminaram no julgamento pelo STF da ação penal nº 470/MG, o "mensalão", e dos acontecimentos atualmente em evidência na Operação "Lava Jato") a possível vinculação entre a delinquência organizada e a chamada "criminalidade dourada", ou criminalidade do "colarinho branco" (SALES, 2005, p. 153), sendo esse o enfoque a ser atribuído para o problema, na hipótese de constatação do fenômeno a partir de substrato fornecido pelo contexto social.

A afirmação adquire todo sentido e relevância prática hodiernamente, diante das diversas denúncias e algumas condenações, ainda pendentes de trânsito em julgado, a respeito

²⁰ "Qualquer aproximação conceitual deverá estar vinculada diretamente à especialidade do fenômeno em questão, no contexto do sistema penal". (Tradução nossa).

de vultosas quantias com que políticos teriam sido corrompidos para favorecerem empreiteiras e construtoras do país em procedimentos de licitação e outros interesses escusos, envolvendo grandes sociedades empresárias como a Petrobras. Sob esse ângulo, é válido indagar se o verdadeiro cerne da criminalidade organizada estaria relacionado à criminalidade econômica, consolidando-se o fenômeno como parte de nossa realidade concreta e contemporânea, com a cautela, todavia, de se estabelecer a devida fronteira entre a simples delinquência empresarial e aquela capaz de se configurar como *organizada*.

O conjunto dessas razões acentua ainda mais a necessidade de se debruçar sobre o estudo da criminalidade de tipo associativo no Brasil e, partindo da figura da organização criminosa, identificar, pelo prisma dogmático, as diferenças entre as espécies de associações delituosas com previsão típica, o que por si só justifica a importância da definição de organização criminosa adotada na Lei 12.850/13 e da sua adequada compreensão.

2.2. Crime organizado e organização criminosa

A complexidade do tema ora analisado reflete-se no modo como sociólogos, criminólogos e juristas têm enfrentado o desafio de entender o fenômeno do crime organizado, estabelecendo diretrizes para a sua apropriada caracterização. Nesse sentido, coloca-se em pauta a diferença passível de ser estabelecida entre crime organizado e organização criminosa, cuja relevância atesta-se inclusive para efeitos de tipificação da conduta correlata.

De modo geral, pode-se dizer que *crime organizado* é o conjunto dos ilícitos penais praticados pela *organização criminosa*, de acordo com as circunstâncias legais que a definem²¹. Sob essa perspectiva, não se trata de delito específico com o *nomen juris* de "crime organizado". Aliás, o que se tipifica no artigo 2º da Lei 12.850/13 é a conduta associativa de promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa, e não de praticar crime organizado. Por essa razão, majoritariamente, a doutrina afirma que se está diante do *crime de*

²¹ Além da posição com a qual nos filiamos, partindo da noção de organização criminosa para identificar o crime organizado como aquele praticado pelo grupo, outras duas vertentes doutrinárias e legislativas acerca do conceito de crime organizado podem ser apontadas, de acordo com Fernandes (1995): a primeira considera a definição de crime organizado a partir de seus aspectos cruciais, sem determinação de tipos penais; a segunda se baseia em rol específico de delitos, com acréscimo de outros, considerados *crimes organizados*, assim como ocorre com os crimes hediondos previstos na Lei 8.072/90 (FERNANDES, 1995, p. 3).

participação em organização criminosa (SILVA, 2015, p. 27), ou simplesmente *crime de organização criminosa* (FERRO; PEREIRA; GAZZOLA, 2014, p. 48; BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 46; PRADO, 2016, p. 559).²²

Essa posição corrobora-se inclusive pela opção legislativa de considerar não apenas os crimes, mas também as contravenções penais de caráter transnacional praticadas pela organização criminosa, segundo o conceito a esta atribuído no artigo 1º, §1º, da Lei 12.850/13. Assim, como o termo "*crime organizado*" não abrange, de forma técnica, todas as infrações penais que uma organização criminosa possa vir a praticar, tal expressão deve ser compreendida no sentido exposto anteriormente, ou seja, como a resultante das atividades penalmente ilícitas realizadas pelo grupo. Nesse contexto, Regis Prado assevera:

o crime organizado, entendido como a conduta praticada por indivíduos que se associam de forma organizada (o que remeteria ao conceito de organização criminosa) para a prática de atividades ilícitas não dá lugar a uma estrutura criminosa. Nota-se, portanto, que criminalidade organizada, organização criminosa e crime organizado são expressões interligadas (PRADO, 2016, p. 553).

Por conseguinte, "não existe crime organizado sem organização criminosa" (FERRO, 2009, p. 322), de maneira que aquele deve ser compreendido como produto das ações por esta realizadas. Pela mesma razão, não nos parece razoável classificar certas condutas criminosas como organizadas sem que se verifique o seu cometimento no contexto de uma estrutura coordenada e composta por certo número de pessoas reunidas com propósitos delitivos de forma estável e permanente. Trata-se, pois, de espécie de criminalidade de modelo eminentemente associativo.

Sendo assim, a conceituação de organização criminosa, como núcleo do próprio fenômeno analisado, é primordial. Esta é a abordagem adotada por Cervini e Gomes: "denomina-se crime organizado (numa primeira aproximação) o praticado por organização

²² Em outro viés, Masson e Marçal (2016, p. 33) tratam o delito previsto no artigo 2º, *caput*, da Lei 12.850/13 como "crime organizado por natureza", distinguindo-o do "crime organizado por extensão", relativo às infrações penais praticadas pela organização criminosa. Em todo caso, conforme Regis Prado (2016) adverte, não se deve confundir o "crime da organização" com o "crime de organização". A primeira expressão se liga aos crimes praticados pelo grupo. Já o *crime ou delito de organização criminosa* é aquele previsto no artigo 2º, *caput*, da Lei 12.850/13, mediante a tipificação de conduta associativa, e que "parece ser o mais adequado para designar a associação de um grupo de pessoas, de forma organizada, e com todos os demais elementos que caracterizam a organização, e a distinguem da quadrilha ou bando ou, ainda, o mero concurso de agentes, com o fim de praticar crimes." (PRADO, 2016, p. 557).

criminosa. A preocupação central, portanto, deve consistir em buscar o substrato conceitual desta, não daquele, que é fruto da atividade organizada.” (CERVINI; GOMES, 1997, p. 92).

A falta de consenso acerca do tema deve, todavia, ser reconhecida. No plano doutrinário, os estudiosos das organizações criminosas tentam delinear os contornos das características mais frequentemente observadas em tais grupos delitivos. Entretanto, a diversidade de opiniões alija possibilidades concretas de se alcançar a univocidade conceitual. Com esse espreque: "A organização ou associação criminosa não apresenta definição ou conceituação pacífica, universal, comum a todas as legislações, tampouco é de fácil apreensão" (PRADO, 2016, p. 552).

No plano jurídico-normativo, as divergências não poderiam ser maiores. O conceito de grupo criminoso organizado estabelecido na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) não é uniformemente aplicado pelos 147 países signatários do documento, o qual “contém os postulados básicos, as diretrizes fundamentais que inspiram e orientam a elaboração de leis e a formulação de políticas de prevenção e repressão ao crime organizado” (GOMES, 2009, p. 25). Nos Estados Unidos da América, por exemplo, onde cada estado da federação tem competência para legislar em matéria penal, há várias disposições legais sobre o conceito de organização criminosa.²³

Em parte, o desacordo quanto à padronização do tratamento conceitual dado às organizações criminosas se deve ao fato de que cada definição tende a refletir casos concretos, realidades políticas, econômicas, sociais, históricas e geográficas peculiares de cada grupo específico. Por esse motivo, fala-se em diversas organizações criminosas mundiais, tais como as máfias italianas, sendo as principais a "Camorra" da região da Campânia, a "Cosa Nostra" siciliana e a calabresa "N'Drangheta", as tríades chinesas, a *Yakuza* no Japão, as máfias russas, turcas e os carteis de drogas na América Latina.²⁴ Vejamos:

²³ Os Estados Unidos ratificaram a Convenção de Palermo, mas apresentaram reservas. A principal delas refere-se ao próprio sistema federativo daquele país: “*The United States of America reserves the right to assume obligations under the Convention in a manner consistent with its fundamental principles of federalism, pursuant to which both federal and state criminal laws must be considered in relation to the conduct addressed in the Convention.*” (UNITED NATIONS, 2000). “Os Estados Unidos da América reservam o direito de assumir obrigações decorrentes da Convenção de uma maneira consistente com seus princípios fundamentais do federalismo, segundo o qual ambas as legislações criminais, federal e estadual, devem ser consideradas em relação à conduta tratada na Convenção.” (Tradução nossa). No âmbito da legislação federal sobre controle do crime organizado, destaca-se o “*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations (RICO) Act*”.

²⁴ Pellegrini e Costa Jr. (1999) escreveram trabalho muito esclarecedor sobre essas organizações (principalmente as italianas), suas estruturas, lideranças e ramos de atividades ilícitas. Para maior detalhamento, confira-se também o estudo realizado por Ferro (2009), em sede de doutorado.

*el crimen organizado en Italia, y en un principio también en Estados Unidos, será asimilado al modelo de la mafia siciliana, en Colombia a los cárteles de la droga, en Rusia a las denominadas 'mafias rusas', surgidas tras el derrumbe de la Unión Soviética, etc.*²⁵ (IBÁÑEZ; FRAMIS, 2010, p. 20).

Os espaços territoriais, assim como o próprio contexto de cada época, ofertam circunstâncias mais ou menos favoráveis ao incremento da criminalidade organizada, traduzindo-se também no modo como as definições são esboçadas:

A verdade é que as definições são escritas sempre em razão das necessidades próprias. É por isso que observaremos distintas definições dentro dos EUA, onde a realidade da criminalidade varia entre os espaços territoriais, e varia principal e velozmente com o decurso do tempo. As organizações criminosas fincam base naquela porção territorial onde encontram circunstâncias favoráveis, por características próprias, à evolução desta ou daquela forma de criminalidade, e então passam a operar. É dizer: cada país e cada região suporta realidade criminológica diversa, porque acolhe distintas realidades sociais, políticas e econômicas. (MENDRONI, 2009, p. 19).

Sustenta-se também que a criminalidade organizada encontra-se em constante mutação, à semelhança da dinâmica do mundo globalizado contemporâneo, no qual está compreendida.²⁶ Esse aspecto relacionado ao “poder variante” das organizações criminosas impediria a formulação de um conceito engessado, restrito a um rol taxativo de infrações penais (MENDRONI, 2009, p. 18). Assim:

O conceito de *organização criminosa* é complexo e controverso, tal como a própria atividade do crime nesse cenário. Não se pretende obter uma definição tão abrangente quanto pacífica, mas um horizonte a perseguir, com bases seguras para identificar a atuação da delinquência estruturada, que visa ao combate de bens jurídicos fundamentais para o Estado Democrático de Direito. (NUCCI, 2013, p. 13).

²⁵ “O crime organizado na Itália, e em princípio também nos Estados Unidos, será assimilado ao modelo da máfia siciliana, na Colômbia aos cartéis da droga, na Rússia às denominadas ‘máfias russas’, surgidas após a derrubada da União Soviética etc.” (Tradução nossa).

²⁶ Nesse sentido, “*organised crime does not take place in a vacuum but in an ever changing environment. It is a dynamics process adapting to new opportunities for crime, to resources and skills available to potential criminals as well as to law enforcement and other control efforts. It may take different forms in different societies.*” (COUNCIL OF EUROPE, 2005, p. 19). “O crime organizado não se acha em um vácuo, mas em um ambiente em constante mudança. É um processo dinâmico adaptando-se a novas oportunidades para o crime, a novas fontes e habilidades disponíveis aos potenciais criminosos, assim como ao reforço da lei e outros esforços de controle. Pode assumir diferentes formas em diferentes sociedades.” (Tradução nossa).

A despeito da mutabilidade inerente à sociedade contemporânea, que implica a ampla e variada gama de expedientes ilícitos ao alcance das organizações criminosas, não se pode, à luz dos princípios garantistas, abandonar a busca pela abordagem mais taxativa possível da definição de organização criminosa. A complexidade que envolve esse conceito não deve ser entendida como eventual chancela ao uso de termos vagos, imprecisos ou excessivamente amplos, plasmados em condutas tipificadas para reprimir o crime organizado, muitas vezes sem o sólido substrato empírico imprescindível para se justificar a tipificação do crime de organização criminosa como figura delituosa distinta da mera associação criminosa.

Especialmente no que concerne à definição de organização criminosa adotada no ordenamento jurídico-penal, é imperativa a mais absoluta congruência com o princípio da legalidade, em sua integral formulação, sobretudo quanto à taxatividade. Ainda que não se preveja rol exaustivo de infrações penais que caracterizariam a organização criminosa, é necessário manter-se firme a convicção de que nem todo e qualquer ilícito penal praticado em grupo é suficiente para indicar a existência de uma organização criminosa. Nesse caso, a conduta delituosa coletiva poderá se inserir no âmbito de outro tipo associativo, mais comumente como manifestação da "criminalidade de massa", ou mesmo como simples forma de concurso de pessoas, mas certamente não deverá ser identificada como *organizada*.

2.3. Criminalidade de massa e criminalidade organizada: a epidemia do discurso do medo no cenário de expansão penal

A devida compreensão das organizações criminosas e, em consequência, a apropriada delimitação de seu conceito, é frequentemente obstaculizada pela equivocada identificação entre *criminalidade organizada e criminalidade de massa*, as quais "têm em suas condições de surgimento pouco em comum e exigem estratégias diferentes para sua prevenção e repressão" (HASSEMER, 2007, p. 141). De acordo com Hassemer, é imperioso diferenciá-las, até mesmo como forma de "mitigar a pressão de recrudescimento que incide sobre o combate à criminalidade organizada" (HASSEMER, 2007, p. 141).

Nesse sentido, a *criminalidade de massa* relaciona-se às infrações penais mais recorrentes no cotidiano da população, noticiadas diariamente pela mídia e em geral praticadas em concurso eventual de pessoas (artigo 29 do CP) ou por meio de grupos estáveis

e permanentes voltados à prática de delitos, identificados pela legislação penal em vigor como "associações criminosas" (artigo 288, *caput*, do CP). Trata-se da criminalidade tradicional, sobretudo patrimonial, a qual engloba roubos, furtos de automóveis, estelionatos, sequestros-relâmpago, invasões a condomínios residenciais, "arrastões", homicídios etc. Seria, portanto, o produto da violência urbana, que lamentavelmente assola as grandes cidades brasileiras e compõe um quadro, em realidade, bastante desordenado e desconexo.

Por sua vez, a *criminalidade organizada* pressupõe *modus operandi*²⁷ específico, coordenado, sistemático e frequentemente estruturado em cadeias similares às de sociedades empresárias. Sob esse viés, constituiria forma de criminalidade contemporânea, notadamente relacionada com a delinquência econômico-financeira, atuando em setores ilícitos com significativa margem de lucro, uma vez que a obtenção de vantagem econômica seria seu principal objetivo. Nessa perspectiva:

A criminalidade organizada constitui antes de tudo (é este, como disse já, o seu ponto de partida) um *fenómeno* social, económico, político, cultural, fruto da sociedade contemporânea; de tal modo significativo na vida dos povos e das pessoas que não pôde deixar de apelar para a sua consideração pelo direito. Em consequência, é um fenómeno - neste aspecto, análogo a tantos outros: a criminalidade terrorista, a criminalidade política, a criminalidade económico-financeira... - que clama pela sua relevância jurídico-penal a múltiplos e decisivos propósitos. (FIGUEIREDO DIAS, 2008, p. 14).

As infrações penais cometidas no contexto da *criminalidade de massa* não podem ser reputadas como parte do crime organizado,²⁸ pois, em sua grande maioria, carecem de planejamento e método racional de divisão de tarefas, características tidas como intrínsecas às organizações criminosas. Consequentemente, as ações típicas da intitulada *criminalidade de massa* quase sempre constituem eventos isolados, com efeitos instantâneos, mas sem repercussões em larga escala²⁹, podendo-se associá-las ao que se identifica como

²⁷ É relevante observar: "lo que convierte el crimen organizado en una categoría delictiva diferenciada no son las infracciones que propicia, sino el modo en que las promueve" (IBÁÑEZ; FRAMIS, 2010, p. 261). "O que converte o crime organizado em uma categoria delictiva diferenciada não são as infrações que propicia, mas sim o modo mediante o qual as promove". (Tradução nossa).

²⁸ Com esse espeque, "é mais do que necessário traçar a fronteira entre as organizações criminosas e a criminalidade de massa, sob pena de alastrar-se todo o abominável novo instrumental investigatório." (CASTANHEIRA, 1998, p. 105-106).

²⁹ Antagonicamente, as proporções da delinquência organizada são muito mais extensas: "sin duda una de las características que distinguen a la criminalidad organizada es la naturaleza de los daños y perjuicios que causa, cuyo impacto se distribuye y extiende socialmente en mayor medida que el de otras formas de delincuencia." (IBÁÑEZ; FRAMIS, 2010, p. 29). "Sem dúvida, uma das características que distinguem a

microcriminalidade. De expressão com carga muito mais sugestiva que semântica (FOFFANI, 2001, p. 55), a *criminalidade organizada*, em oposição, seria espécie de *macrocriminalidade*, a qual:

se contrapõe àquela [microcriminalidade], máxime sob considerações de tamanho, intensidade e natureza, dela fazendo um agregado bastante diferenciado da antiga. Ao passo que esta se externava em atos isolados, fruto o mais das vezes de impulso súbito do agente, a macrocriminalidade se apresenta sob formas empresariais, produto da organização e da cooperação dos criminosos, que copiam por assim dizer os métodos dos empresários, à diferença dos criminosos de ímpeto, ou improvisados, que agiam como artesãos. (SILVA, 1980, p. 10).

Em definitivo, a *criminalidade de massa*, em nada confundível com a macrocriminalidade aqui representada pela delinquência organizada, corresponderia às atuações de quadrilhas e bandos, ou mesmo de simples grupos de pessoas reunidas sem qualquer estabilidade ou permanência, em situação de concurso eventual de agentes, com o intuito de cometer infrações capazes de incutir na população espécie de “medo coletivo difuso” (BITENCOURT, 2012, p. 431), justamente por se fazerem mais presentes em seu cotidiano do que as ações resultantes das atividades de crime organizado. Destaca-se ainda:

O sentimento de segurança da população e seu crescente medo do crime são influenciados mais pela criminalidade de massa (arrombamento de residências e de carros, assaltos nas ruas, violência entre jovens e contra estrangeiros) e muito menos pela criminalidade organizada que representa mais um fenômeno obscuro e a (*sic*) qual quase não tangencia a experiência cotidiana (HASSEMER, 2007, p. 142).

Segundo Bitencourt (2012, p. 431), "*criminalidade organizada*, por sua vez, genericamente falando, deve apresentar um potencial de ameaça e de perigo gigantescos, além de poder produzir consequências imprevisíveis e incontroláveis”, distinguindo-se da *criminalidade de massa* mesmo quando esta se afigure mais perigosa que o normal, planejada, astuciosa ou dissimulada (BITENCOURT, 2012, p. 431).

Como fruto da sociedade contemporânea (FIGUEIREDO DIAS, 2008), a criminalidade organizada circunscreve-se no marco do mundo globalizado. Tal como hoje a conhecemos, trata-se de fenômeno recente, associado à dinâmica do próprio capitalismo (ZAFFARONI, 1996, p. 46), especialmente em sua configuração posterior à Guerra Fria e à

criminalidade organizada é a natureza dos danos e prejuízos que causa, cujo impacto se distribui e estende socialmente em maior medida que o de outras formas de delinquência.” (Tradução nossa).

consequente emergência de uma nova ordem econômica global. O reflexo paradigmático desse novo cenário sobre o direito penal é explicado por Silva Sánchez (2001):

*El paradigma del Derecho penal de la globalización es el delito económico organizado tanto en su modalidad empresarial convencional, como en las modalidades de la llamada macrocriminalidad: terrorismo, narcotráfico o criminalidad organizada (tráfico de armas, mujeres o niños).*³⁰ (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 99).

Segundo o professor espanhol, essa delinquência globalizada dá lugar a novas modalidades de delitos clássicos e propicia a aparição de novas formas delitivas. Nesse contexto, destaca-se a “criminalidade dos poderosos”, centrada em aspectos até então apartados da ideia de delinquência como evento marginal: organização, transnacionalidade e poder econômico (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 86). No mesmo sentido é a análise de Callegari (2008):

A expansão internacional da atividade econômica e a abertura ou globalização dos mercados são acompanhados da correlativa expansão ou globalização da criminalidade, que frequentemente apresenta um caráter transnacional, podendo-se afirmar que a criminalidade organizada é a da globalização (CALLEGARI, 2008, p. 13-14).

O objetivo prático do "direito penal da globalização" seria o de propiciar respostas padronizadas, ou no mínimo harmônicas, à criminalidade transnacional (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 88). No tocante à delinquência organizada, essa diretriz se afigura muito evidente quando se analisa a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, mais conhecida como Convenção de Palermo,³¹ a qual estabelece mecanismos de cooperação internacional para o combate ao crime organizado, tais como a entrega vigiada.

Conforme Silva Sánchez assevera:

la exigencia de dar respuesta a la globalización y su delincuencia se concibe, en general, en términos punitivistas, esto es, de evitación de hipotéticas lagunas, así como de rearme jurídico-penal frente a modelos de delincuencia que crean una

³⁰ "O paradigma do Direito penal da globalização é o delito econômico organizado, tanto em sua modalidade empresarial, como nas modalidades da chamada macrocriminalidade: terrorismo, narcotráfico ou criminalidade organizada (tráfico de armas, mulheres ou crianças)". (Tradução nossa).

³¹ Remetemos ao estudo realizado no capítulo seguinte.

*fuerte sensación de inseguridad no sólo a los individuos, sino también —y de modo muy especial— a los propios Estados.*³² (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 83) .

Nesse cenário, constata-se verdadeira tendência mundial ao expansionismo penal e à formulação de respostas cada vez mais punitivistas e simbólicas ao problema da criminalidade, preferindo-se claramente políticas de *prevenção normativa* às medidas de *prevenção técnica*,³³ como se a lei tivesse o condão de dissipar a mencionada sensação de insegurança generalizada por meio da estipulação de novos tipos penais, aumento de penas e previsão de mecanismos processuais mitigadores de liberdades individuais, sobretudo a privacidade e a intimidade. E esse movimento de "reação jurídico-penal" tem como um de seus grandes capitães o mote da luta contra a "poderosa criminalidade organizada". Salienta-se a crítica de Bitencourt (2012):

tradicionalmente as autoridades governamentais adotam uma *política de exacerbação* e ampliação dos meios de combate à criminalidade, como solução de todos os problemas sociais, políticos e econômicos que afligem a sociedade. Nossos governantes utilizam o *Direito Penal* como panaceia de todos os males (direito penal simbólico); [...] Enfim, todo esse estardalhaço na mídia e nos meios políticos serve apenas como 'discurso legitimador' do *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 da inocência, do devido processo legal etc. (BITENCOURT, 2012, p. 428 e 432).

Em princípio, as medidas decorrentes dessa política notadamente flexibilizadora de princípios constitucionais são direcionadas a combater os "*crimes of the powerful*", isto é, a criminalidade dos poderosos, sobre a qual se volta diretamente o direito penal da globalização, em uma tendência claramente subversora do garantismo. Para Canotilho (2009), "o discurso 'anti-garantístico' insinua, como é bom de ver, que a 'Constituição dos direitos' e o

³² "A exigência de dar resposta à globalização e sua delinquência se concebe, em geral, em termos punitivos, isto é, de se evitar hipotéticas lacunas, assim como de rearme jurídico-penal frente a modelos de delinquência que criam uma forte sensação de insegurança não só aos indivíduos, como também – e de modo muito especial – aos próprios Estados" (tradução nossa).

³³ Hassemer esclarece a diferença entre *prevenção normativa* e *prevenção técnica*: "Realizamos o combate da criminalidade organizada, até o momento, quase que exclusivamente sobre o critério da prevenção normativa: sobre o desmonte dos direitos fundamentais do cidadão e a ampliação da autorização da intervenção estatal. Existe também uma prevenção técnica, a qual impõe ao crime organizado obstáculos fáticos, organizacionais ou econômicos e o que desonera, de qualquer modo, a prevenção normativa e, parcialmente, pode substituí-la; ela exige utopia e não é de obtenção fácil, como os simples recrudescimentos das leis. [...] No Estado de Direito, o sentido da prevenção técnica é de substituir o quanto possível a prevenção normativa. [...] A política de segurança interna deve, também, estar preparada para a revogação dos recrudescimentos legais, não somente, como era até o momento, para a sua multiplicação." (HASSEMER, 2007, p. 142-143).

'direito penal da liberdade' devem ser lidos ao contrário. O repto atinge o seu paroxismo nos tempos mais recentes em campos minados de 'inimizades' e de prevenção." (CANOTILHO, 2009, p. 21).

Sem embargo, conforme Silva Sánchez adverte com veemência, grande parte da criminalidade “*continúa manifestándose como ‘criminalidad de los marginados’ (lower class crime), de modo que se corre el riesgo de tomar la parte (menor, pero muy difundida por los medios de comunicación) por el todo.*”³⁴ (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 57). As consequências de tal perversidade antigarantista, conforme o autor ressalta, têm incidência sobre todo o direito penal, inclusive sobre os “*crimes of the powerless*”, ou seja, os crimes cometidos por quem não detém o poder. Assim, considerando que é a *criminalidade de massa*, comum ou "de rua" aquela que mais perturba o cotidiano da população, é possível que lhe seja conferido, em tal movimento de expansão penal, o mesmo tratamento dispensado à *criminalidade organizada*, o qual em si não é imune a diversos questionamentos.

Para Cirino dos Santos, “a experiência mostra que a *respuesta penal* contra o crime organizado se situa no plano *simbólico*, como espécie de satisfação retórica à opinião pública mediante estigmatização oficial do crime organizado” (SANTOS, 2003, p. 222). A título de exemplo, pode-se citar o famigerado debate sobre as ações do *black bloc*, tido como organização criminoso, ou mesmo terrorista, durante as manifestações populares de junho de 2013 e no período anterior à realização da Copa do Mundo da FIFA no Brasil.

O quadro descrito de crescente recrudescimento penal em face da sensação de insegurança propagada pela criminalidade contemporânea e globalizada pode ser também delimitado no contexto da chamada *sociedade pós-industrial*, ou *sociedade do risco*, na qual certos fatores como o rápido desenvolvimento das cidades, correntes migratórias, os avanços tecnológicos, o rompimento de fronteiras e o fluxo versátil de ativos financeiros alimentaram sentimentos de insegurança e propiciaram o aparecimento de novos riscos (CALLEGARI, 2008, p.11). De acordo com a tese de Beck [1986]/(1998):

Al contrario que los riesgos empresariales y profesionales del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, estos riesgos ya no se limitan a lugares y grupos, sino que contienen una tendencia a la globalización que abarca la producción y la reproducción y no respeta las fronteras de los Estados nacionales, con lo cual surgen unas amenazas globales que en este sentido son supranacionales y no

³⁴ "Continua manifestando-se como 'criminalidade dos marginalizados' (*lower class crime*), de modo que se corre o risco de tomar a parte (menor, mas muito difundida pelos meios de comunicação) pelo todo". (Tradução nossa).

*específicas de una clase y poseen una dinámica social y política nueva*³⁵ (BECK, 1998, p. 19).

Nesta sociedade permeada por novos riscos, entres os quais facilmente se identificam no plano sócio-político o crime organizado e o terrorismo³⁶, é marcante a pauta axiológica calcada na insegurança e no medo proporcionado por tais ameaças. Se a sociedade de classes podia ser definida sob o signo da miséria, a sociedade do risco se encontra sob o signo do medo (BECK, 1998, p. 55-56). No centro da percepção social se irmanam a violência, o risco e a ameaça (HASSEMER, 2003, p. 50).

Como já evidenciado, o medo e a sensação de insegurança provocados por esses novos riscos têm repercutido na seara jurídico-penal na forma de medidas de política criminal restritivas de direitos, de cunho altamente simbólico e populista³⁷ (como sói ocorrer, à guisa de exemplo, quando se discute sobre a previsão de crimes hediondos), alinhadas às campanhas de "lei e ordem"³⁸ e "tolerância zero",³⁹ no mais amplo cenário de repressão, por

³⁵ "Ao contrário dos riscos empresariais e profissionais do século XIX e da primeira metade do século XX, estes riscos já não se limitam a lugares e grupos, mas sim contêm uma tendência à globalização que abarca a produção e a reprodução e não respeita as fronteiras dos Estados nacionais, com o que surgem umas ameaças globais que neste sentido são supranacionais, e não específicas de uma classe, e possuem uma dinâmica social e política nova". (Tradução nossa).

³⁶ Dialogando com a ideia de "sociedade de riscos", Silva Sánchez (2001) assevera: "*es innegable por lo demás la vinculación del progreso técnico y el desarrollo de las formas de criminalidad organizada, que operan a nivel internacional, y constituyen claramente uno de los nuevos riesgos para los individuos (y los Estados).*" (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 28). "É inegável a vinculação do progresso técnico e o desenvolvimento das formas de criminalidade organizada, que operam em nível internacional, e constituem claramente um dos novos riscos para os indivíduos (e os Estados)." (Tradução nossa).

³⁷ Os efeitos do medo sobre o "arsenal normativo" na seara penal são declinados por Sales, em importantíssima reflexão: "o fenômeno criminal, como protagonista do medo, como ameaça constante aos indivíduos, e não como uma *expressão concreta da inadimplência do Estado para com a sociedade civil*, o aparato judiciário e de execução penal, produz um 'arsenal normativo' que já não mais enrijece, mas brutaliza o sistema penal, reduzindo-o a *mero instrumento repressivo*. O Estado vem assumindo papel altamente interventivo no processo penal e na execução das penas, promulgando leis sem que exista um projeto político-criminal adequado às nossas reais necessidades. Disso resulta o inegável *déficit* para as garantias constitucionais em tema de liberdade individual. Esta tem sido, com efeito, a real *consequência de um discurso político jurídico-penal populista*, que tanto *serve para cobrir o déficit do Estado*, também, para com o *cidadão delinquente*." (SALES, 2005, p. 145).

³⁸ As propostas político-normativas de "lei e ordem" (*law and order*) estão em voga nos Estados Unidos da América desde a década de 1980 e se sustentam na "hipersensibilidade de alarmes sociais específicos." (CALLEGARI, 2008, p. 11). Destaca-se a sua inserção estratégica em campanhas eleitorais, como forma de apaziguar a sensação de insegurança da população em troca de votos, em um discurso "politiqueiro" e populista alimentado em grande parte pelas mídias de massa, consubstanciando verdadeiro uso comercial e político do medo: "a garantia da 'lei e ordem', cada vez mais confinada à promessa de proteção pessoal, se tornou um grande ponto de venda, talvez o maior, tanto nos manifestos políticos quanto nas campanhas eleitorais - ao mesmo tempo em que as ameaças à segurança pessoal foram promovidas à posição de grande trunfo, talvez o maior, na guerra de audiência dos veículos de comunicação de massa, aumentando ainda mais o sucesso dos usos comerciais e políticos do medo." (BAUMAN, 2008, p. 188). Baratta [1982]/(2004) também discorre sobre os processos de indução de alarme social, por meio das campanhas de "lei e ordem", convenientemente manipulados por forças políticas: "*En la opinión pública se realizan, en fin, a través del efecto de los mass*

meio do direito, às ameaças representadas por certos grupos ou indivíduos específicos. Aliás, vivencia-se nos dias de hoje a "dramatização da violência e da ameaça" (HASSEMER, 2003, p. 66).

Pelas lentes da sociologia, impende destacar a análise de Bauman (2008) sobre a relação entre o medo que inspira a modernidade e a postura defensiva, quando não beligerante, assumida diante das ameaças, muitas vezes apenas presumidas, de grandes males contra a existência humana, o que se concretiza no campo jurídico pela adoção de medidas de endurecimento penal, retroalimentadas pelo próprio medo capaz de se impulsionar e se autointensificar:

Podemos dizer que a variedade moderna de insegurança é marcada pelo medo principalmente da maleficência *humana* e dos malfetores *humanos*. É desencadeada pela suspeita de motivos malévolos da parte de certos homens e mulheres específicos, ou mesmo grupos ou categorias específicas de homens e mulheres. [...] Tendo assolado o mundo dos humanos, o medo se torna capaz de se impulsionar e se intensificar por si mesmo. Adquire um ímpeto e uma lógica de desenvolvimento próprios, precisando de poucos cuidados e quase nenhum estímulo adicional para se difundir e crescer - irrefreavelmente. [...] O medo nos estimula a assumir uma ação defensiva, e isso confere proximidade, tangibilidade e credibilidade às ameaças, genuínas ou supostas, de que ele presumivelmente emana. É nossa reação à ansiedade que reclassifica a premonição sombria como realidade cotidiana, dando ao espectro um corpo de carne e osso. (BAUMAN, 2008, p. 171-173).

Há um gravame ainda maior: nem mesmo se logra reduzir a sensação de insegurança contra a qual se colocam tais normativas repressivas. Ao revés, fomenta-se continuamente o discurso do medo, em verdadeiro clima de epidemia, razão pela qual é pertinente e instigante a indagação enfrentada por Chauí: afinal, "como explicar que o direito funcione como aparato policial repressivo, cause medo, em vez de nos livrar do medo?" (CHAUÍ, 1989). Dessa forma, permanecemos chafurdados no ciclo do medo: "Entre os mecanismos que afirmam

*media y la imagen de la criminalidad que transmiten, procesos de inducción de la alarma social, que en ciertos momentos de crisis del sistema de poder son manipulados directamente por las fuerzas políticas interesadas, en el curso de las llamadas campañas de 'ley y orden'" (BARATTA, 2004, p. 218). "Na opinião pública se realizam, enfim, através do efeito dos *mass media* e a imagem da criminalidade que transmitem, processos de indução de alarme social, que em certos momentos de crise do sistema de poder são manipulados diretamente pelas forças políticas interessadas, no curso das chamadas campanhas de 'lei e ordem'" (Tradução nossa).*

³⁹ Sobre a expressão, Illescas observa de modo infalível: "*Con la excusa de la ubicua y fenomenal seguridad casi todo puede ser prohibido y castigado. En el extremo de este control desmedido, bajo el reiterado eslogan 'tolerancia cero', se produce un permanente endurecimiento de los sistemas penales, ya sean sanciones económicas o penas de prisión, que cada vez alcanzan a más personas, sin que esta tendencia parezca tener un final.*" (ILLESCAS, 2009, p. 15). "Com a excusa da ubíqua e fenomenal segurança, quase tudo pode ser proibido e castigado. No extremo deste controle desmedido, sob o reiterado slogan 'tolerância zero', se produz um permanente endurecimento dos sistemas penais, sejam sanções econômicas ou penas de prisão, que cada vez alcançam mais pessoas, sem que esta tendência pareça ter um final." (Tradução nossa).

seguir o sonho do moto-perpétuo, a autorreprodução do enredo do medo e das ações por ele inspiradas parecem ter um lugar de honra" (BAUMAN, 2008, p. 173). No mesmo raciocínio:

O discurso do medo destinado a produzir obediência, ou em outros casos a estabelecer uma cortina de fumaça ante erros ou desacertos dos poderes públicos em outros âmbitos de sua gestão, quando nem a liberdade nem a segurança, como a paz autêntica, são possíveis desde o medo. O medo, afastado de sua atividade primária, não gera senão ânsia de segurança. (CALLEGARI, 2008, p. 12).

Dito isso, verifica-se que a ideia de “medo coletivo difuso”,⁴⁰ fomentada pela dramatização da violência e da ameaça, à qual Hassemer (2003) se refere, relaciona-se à sensação de insegurança apontada por Silva Sánchez (2001) como um dos fatores determinantes do rearme jurídico-penal frente a certos modelos de delinquência. Nesse sentido, conforme ambos os autores, a criminalidade presente no cotidiano do cidadão individual não é a organizada, mas sim a criminalidade de massa, frequentemente “de rua” (*callejera*), representada por assaltos, sequestros, furtos, roubos e “arrastões”, por exemplo.

De acordo com Hassemer, essa forma de delinquência massificada afeta diretamente a população, gerando a aludida sensação de insegurança, muito mais que a distante “criminalidade organizada” (HASSEMER, 2007, p. 142). O medo experimentado pelo cidadão individual, intensificado pela cobertura dos meios de comunicação, reflete-se em políticas simbólicas de endurecimento do poder punitivo estatal. Na conclusiva lição de Silva Sánchez, “*la superposición del interés individual en combatir la criminalidad callejera masificada unido al interés estatal en combatir la criminalidad organizada establecen el perfecto caldo de cultivo de la expansión.*”⁴¹ (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 83).

Tendo em vista a prenunciada expansão do rigor penal não apenas em direção à *criminalidade organizada*, mas também para a *criminalidade de massa*, resulta plenamente

⁴⁰ “O medo coletivo difuso, decorrente da criminalidade de massa, permite a manipulação e o uso de uma *política criminal populista*, com o objetivo de obter meios e instrumentos de combate à criminalidade, restringindo, quando não ignorando, as garantias de liberdades individuais e os princípios constitucionais fundamentais, sem apresentar resultados satisfatórios” (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 22). Também nesta perspectiva: “O medo coletivo parece gerar a aceitação de um sistema no qual as vantagens globais superem as desvantagens individuais, independentemente de que essas desvantagens recaiam sobre alguém em concreto e, em razão disso, o prejudiquem. Entretanto, há uma névoa sobre a idéia que esconde a obviedade de que esse alguém pode ser, inclusive, quem é simpático ao sistema. A grande mentira é que só e somente com essas medidas, é possível se garantir a vida em paz.” (PACHECO, 2011, p. 72).

⁴¹ “A superposição do interesse individual em combater a criminalidade de rua massificada unido ao interesse estatal em combater a criminalidade organizada estabelece o perfeito caldo de cultivo da expansão”. (Tradução nossa).

incompatível com o garantismo e os princípios constitucionais reitores do Estado de Direito apaziguar a “sensação de desproteção” diretamente sentida pela população, majoritariamente causada pela delinquência massificada ou "de rua", utilizando-se meios específicos para o enfrentamento de outra forma de criminalidade de maior danosidade social. É lúcido observar: “Muito dificilmente a maioria das quadrilhas ou bandos, tal como os conhecemos tradicionalmente, chega a se aproximar de um crime organizado (em sentido estrito). Aquelas são expressões da criminalidade de massa, este é qualitativamente diverso.” (CERVINI; GOMES, 1997, p. 75).

Nesses termos, é gravíssima qualquer equivalência que se faça entre *criminalidade de massa* e *criminalidade organizada*, sobretudo pela atual tendência de recrudescimento da política penal orientada à conclamada "luta" ou "guerra" contra o crime organizado, com inegáveis implicações às garantias constitucionais.⁴² Conferir à criminalidade comum praticada de forma associada o mesmo tratamento que se tem proposto para as organizações criminosas representa perigosa vulneração ao princípio da proporcionalidade e "*implicará, tarde o temprano, más peligros para la esfera de libertades de los ciudadanos*"⁴³ (SÁNCHEZ, 2012, p. 97).

⁴² Sobre esse aspecto e a inclusão da criminalidade comum no cenário da delinquência organizada, confira-se: "*Es sintomática en el derecho penal y en el ámbito político la tendencia orientada hacia el recrudescimiento de la lucha contra el crimen organizado. Los caracteres de este combate provienen tanto de los angustiantes escenarios del terrorismo pero también de la exacerbada visión de la criminalidad común, que al igual que otros fenómenos sociales, participa de las características de ser organizada, transnacional y de impacto multinacional.*" (SÁNCHEZ, 2012, p. 94). "É sintomática no direito penal e no âmbito político a tendência orientada em direção ao recrudescimento da luta contra o crime organizado. Os caracteres deste combate provêm tanto dos angustiantes cenários do terrorismo quanto da exacerbada visão da criminalidade comum, que assim como outros fenômenos sociais, participa das características de ser organizada, transnacional e de impacto multinacional". (Tradução nossa).

⁴³ "Implicará, tarde ou cedo, mais perigos para a esfera de liberdades dos cidadãos". (Tradução nossa).

3 ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS RELATIVOS ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

O principal objetivo do presente trabalho é delimitar com precisão o alcance da norma penal que tipifica o delito de formação de organização criminosa no direito penal brasileiro, esclarecendo-se os contornos dogmáticos dessa figura delituosa, como meio indispensável para que se a confronte com as demais espécies de associações delitivas tipificadas no ordenamento jurídico pátrio. Essa tarefa, contudo, não seria possível sem o claro entendimento do próprio conceito de organização criminosa adotado pelo legislador, passando a figurar como núcleo da criminalidade de tipo associativo.

Seja entre criminólogos ou penalistas, seja nas leis de cada país e documentos internacionais,⁴⁴ muitas são as dificuldades encontradas para se estabelecer a definição unívoca de organização criminosa, da qual decorreria também o conceito de crime organizado. Há variados motivos que explicam a complexidade em torno do assunto, como as diferenças entre os contextos sociais, históricos, culturais e econômicos de cada país, a mutabilidade da própria criminalidade organizada, sua capacidade de infiltração no mercado, mimetização com atividades lícitas e adaptação às contingências do mundo contemporâneo globalizado, além dos diversos objetivos que orientam a política criminal adotada.

Diante disso, considerações acerca dos aspectos criminológicos das organizações criminosas são de grande relevância para a compreensão mínima de seu funcionamento, o que não deve necessariamente implicar a automática inclusão de tais características em normas penais, sejam elas meramente explicativas ou incriminadoras. Como já abordado no capítulo anterior, tipos penais de derivação sociológica e criminológica tendem a ser mais descritivos, por vezes com excessivo detalhamento e, conseqüentemente, maior margem de discricionariedade em sua interpretação e aplicação, em prejuízo da taxatividade.

Independentemente da opção pelo conceito legal de viés mais dogmático ou sociológico de organização criminosa, não se pode deixar de reconhecer que os aportes oferecidos pela criminologia ao estudo do crime organizado são dignos de nota, por sua importância para a visão interdisciplinar⁴⁵ do fenômeno, de forma a complementar a análise

⁴⁴ Nesse sentido, confirmam-se as questões abordadas no próximo capítulo.

⁴⁵ Salienta-se a observação de Zaffaroni et al. (2011) acerca da interdisciplinaridade construtiva entre o saber jurídico-penal e demais saberes tangentes ou secantes (jurídicos ou não jurídicos, como é o caso da

dos aspectos dogmáticos do delito de formação de organização criminosa, não se olvidando que "o saber criminológico e o saber jurídico-penal se comunicam permanentemente" (BATISTA, 2007, p. 29). O elevado valor interpretativo das considerações criminológicas é uma das principais razões pelas quais o estudo do direito penal não deve ser apartado da criminologia, muitas vezes imprescindível para se conhecer o conteúdo de normas penais (ORDEIG, 1999, p. 34-35).

Ainda na década de 1980, Frank Hagan revisou boa parte dos estudos já existentes sobre o tema e constatou que, entre diversos criminólogos selecionados, havia consenso sobre alguns pontos, podendo-se então esboçar o modelo conceitual de "crime organizado", a partir de definição criminológica na qual se destaca "*an organization which (a) uses force or threats of force, (b) profits from providing illicit services which are in public demand, and (c) assures immunity of operation through corruption.*"⁴⁶ (HAGAN, 1983, p. 52-53).

Tendo em conta a inserção das organizações criminosas no processo de globalização e inovação tecnológica, Cervini e Gomes concluem que:

*El crimen organizado posee una estructura coordinada, estrategia global de proyección transnacional, ingentes medios, influencias, posibilidad de acceder a networks ilícitos caracterizados por acentuada especialización profesional, alta tecnología y otras características que ubican a sus integrantes en inmejorable posición para usufructuar o prevalecerse de las debilidades estructurales de nuestros sistemas penales, a través de un manejo casi arbitrario de las diferentes variables de poder en su momento apuntadas, que se traduce en una virtual impunidad de sus actos.*⁴⁷ (CERVINI; GOMES, 1997, p. 348).

Na visão de Alberto Silva Franco (1994), o crime organizado possui "textura diversa", contemplando os seguintes aspectos:

criminologia): "Quando na construção de seu horizonte de projeção o saber penal entra em contato com outros, é correto referir-se a *saberes tangentes*, e quando se superpõe a outros, *saberes secantes*. Esses contatos e superposições não são meros pedidos de auxílio a outras disciplinas, mas sim verdadeiras hipóteses interdisciplinares de trabalho, das quais nenhum saber pode prescindir, sob pena de cair no autismo ou no preconceito." (ZAFFARONI et al., 2011, p. 271).

⁴⁶ "Uma organização que (a) usa força [violência] ou ameaças de força, (b) lucros do fornecimento de serviços ilícitos que estão em demanda pública, e (c) assegura imunidade de operação através da corrupção." (Tradução nossa).

⁴⁷ "O crime organizado possui uma estrutura coordenada, estratégia global de projeção transnacional, recursos vultosos, influências, possibilidade de acesso a redes ilícitas caracterizadas por acentuada especialização profissional, alta tecnologia e outras características que colocam seus integrantes em posição irretocável para usufruir ou prevalecer-se das debilidades estruturais de nossos sistemas penais, através do manejo quase arbitrário das diferentes variáveis de poder em seu momento sinalizadas, que se traduz em uma virtual impunidad de seus atos." (Tradução nossa).

caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão, compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinquentiais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou flagilizar os Poderes do próprio Estado (FRANCO, 1994).

Segundo Mingardi (1998), em uma concepção tradicional, organização criminosa seria:

Grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas e o controle pela força de determinada porção do território. (MINGARDI, 1998, p. 82-83).

Conforme será abordado no capítulo seguinte, essa descrição compatibiliza-se melhor com associações criminosas de tipo mafioso, haja vista os traços marcantes da hierarquia⁴⁸, intimidação pela violência, o clientelismo, a imposição da lei do silêncio (*omertà*) e o controle territorial. Mingardi ainda observa a existência de um segundo modelo de organização criminosa, cujo aspecto mais relevante é a transposição de métodos empresariais para as atividades delitivas, apartado de elementos como a honra e a lealdade (MINGARDI, 1998, p.

⁴⁸ Nas associações de tipo mafioso – a *Cosa Nostra* siciliana, por excelência – é bastante perceptível a estrutura piramidal, em cuja base se encontram os soldados da organização, seus *uomini d'onore* (homens de honra), sob as ordens de quem ocupa o topo da pirâmide, os *capi famiglie* (chefes de famílias), que chefiam os trabalhos da organização em determinados espaços territoriais. A *famiglia* é a célula-base da *Cosa Nostra*. Em Palermo, a capital da Sicília, foi constituída a "Comissão", ou "Cúpula Provincial", a qual nomeia um representante para a "Comissão Regional", composta também pelos responsáveis por todas as províncias dominadas pela *Cosa Nostra*; trata-se do verdadeiro núcleo de poder, decisão e comando da organização. O detalhamento dessa estrutura é oferecido por Falcone e Padovani [1991]/(2012, p. 115-116). O modelo hierárquico da máfia italiana é descrito com clareza por Aniyar de Castro: "*El modelo de la Maffia hace suponer una estructura piramidal: pocas personas, si no sólo una, en la cúpula, que es decisional; y escalones que, a medida que descenden, tienen mayor cantidad de personas encargadas selectivamente de tareas que se van engranando, hasta las de ejecución, más directas*" (CASTRO, 2003, p. 311). "O modelo da Máfia faz supor uma estrutura piramidal: poucas pessoas, se não só uma, na cúpula, que é decisional; e degraus que, à medida que descendem, têm maior quantidade de pessoas encarregadas seletivamente de tarefas que se vão engranando, até as de execução, mais diretas". (Tradução nossa).

88). Esse segundo formato estaria, portanto, relacionado às manifestações da delinquência organizada no mundo empresarial e financeiro, no contexto da chamada *criminalidade dourada ou do colarinho branco*, a exemplo do que se tem identificado no âmbito da Operação "Lava Jato".

De acordo com Cervini e Gomes (1997), uma proposta de definição de organização criminosa deveria incluir as seguintes características, dentre as quais pelo menos três teriam de ser verificadas em concreto:

I - hierarquia estrutural; II - planejamento empresarial; III - uso de meios tecnológicos avançados; IV - recrutamento de pessoas; V - divisão funcional das atividades; VI - conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público; VII - oferta de prestações sociais; VIII - divisão territorial das atividades ilícitas; IX - alto poder de intimidação; X - alta capacitação para a prática de fraude; XI - conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa (CERVINI; GOMES, 1997, p. 99-100).

Baltazar Junior (2008) elencou características essenciais e secundárias, as quais contribuiriam para a formulação do conceito de organização criminosa. No primeiro grupo, identificam-se a pluralidade de agentes, estabilidade ou permanência, finalidade de lucro, divisão de trabalho e estrutura ou planejamento empresarial. Por outro lado, dentre as características não essenciais, podem ser listadas: hierarquia; disciplina; conexão com o Estado, ramificada em corrupção e clientelismo; violência; entrelaçamento ou relações de rede com outras organizações; flexibilidade e mobilidade dos agentes criminosos; mercado ilícito ou exploração ilícita de mercados lícitos; monopólio ou cartel de determinados setores do mercado; controle territorial; utilização de sofisticados recursos tecnológicos; transnacionalidade ou internacionalidade; embaraço do curso processual e compartimentalização, a partir da criação de uma cadeia de comando (BALTAZAR JUNIOR, 2008).

Privilegiando explicitamente o critério sociológico e criminológico para a conceituação das organizações criminosas, inclusive para a escolha de determinado modelo legislativo, Ferro destaca inúmeros elementos, a saber:

a organização criminosa pode ser conceituada como a associação estável de três ou mais pessoas, de caráter permanente, com estrutura empresarial, padrão hierárquico e divisão de tarefas, que, valendo-se de instrumentos e recursos tecnológicos sofisticados, sob o signo de valores compartilhados por uma parcela social, objetiva a perpetração de infrações penais, geralmente de elevada lesividade social, com

grande capacidade de cometimento de fraude difusa, pelo escopo prioritário de lucro e poder a ele relacionado, mediante a utilização de meios intimidatórios, como violência e ameaças, e, sobretudo, o estabelecimento de conexão estrutural ou funcional com o Poder Público ou com algum(ns) de seus agentes, especialmente via corrupção - para assegurar a impunidade, pela neutralização da ação dos órgãos de controle social e persecução penal -, o fornecimento de bens e serviços ilícitos e a infiltração na economia legal, por intermédio do uso de empresas legítimas, sendo ainda caracterizada pela territorialidade, formação de uma rede de conexões com outras associações ilícitas, instituições e setores comunitários e tendência à expansão e à transnacionalidade, eventualmente ofertando prestações sociais a comunidades negligenciadas pelo Estado. E crime organizado é a espécie de macrocriminalidade perpetrada pela organização criminosa. (FERRO, 2009, p. 499).

Aniyar de Castro (2003) identifica traços significativos do fenômeno criminal em comento e observa que o crime organizado está cercado de ambiguidades intensamente relacionadas com aspectos políticos, tais como contingências eleitorais e a pressão do clamor público. Dessa forma, é também bastante político o fato de que o crime organizado "*suele tener un costo financiero importante, una influencia sobre la economía de un país, o una incidencia particular en los niveles de violencia y corrupción*"⁴⁹ (CASTRO, 2003, p. 310).

Barbosa (2008) identifica aspectos como a preparação, execução e consumação de delitos de forma estruturada e hierárquica e avalia o peculiar impacto econômico, político e social produzido pela criminalidade organizada nos países atingidos, devido a seus fins e meios empregados, destacando-se seu caráter dinâmico, global e transnacional, cujos efeitos superam as fronteiras dos Estados (BARBOSA, 2008, p. 67-68).

Ibáñez e Framis sugerem definição que concentra as características mais frequentemente observadas nas diversas abordagens sobre o conceito de organização criminosa e reflete nítida preocupação de se reservar a categoria do crime organizado a formas superiores de associações delitivas (IBÁÑEZ; FRAMIS, 2010, p. 21). Nesse sentido, os autores não subestimam a estrutura empresarial das organizações criminosas, muitas vezes imiscuída em setores lícitos do mercado, mas também observam a complexidade da delinquência organizada e sua íntima relação com a corrupção do poder público e o recurso à violência como forma de intimidação. Desse modo, formulam o seguinte conceito:

organización creada con el propósito expreso de obtener y acumular beneficios económicos a través de su implicación continuada en actividades predominantemente ilícitas y que asegure su supervivencia, funcionamiento y

⁴⁹ "Costuma ter um custo financeiro importante, uma influência sobre a economia de um país, ou uma incidência particular nos níveis de violência e corrupção". (Tradução nossa).

*protección mediante el recurso a la violencia y la corrupción o la confusión con empresas legales.*⁵⁰ (IBÁÑEZ; FRAMIS, 2010, p. 21).

Outro aspecto de consideração obrigatória é o tipo de estrutura assumida pela organização criminosa, que nem sempre seria constituída de forma piramidal e hierárquica, embora seja esse seu arquétipo clássico.⁵¹ Segundo pesquisas divulgadas por organismos internacionais, a grade de tipologias verificadas revelou-se bem mais complexa do que seria possível supor, indicando modelos intrincados e variados de constituição das associações delituosas tidas como organizadas. De acordo com relatório de 2001 do Conselho da Europa, ao menos três tipos de estrutura podem ser observadas dentre grupos criminosos organizados: hierárquica, horizontal e rede de indivíduos ou células. Nesse sentido:

*The information provided by member States on the structures of organised criminal groups reflects differences not only in the actual structures of the groups but also in the understanding of the phenomenon and the paradigm predominating in different countries. Descriptions range from complex and permanent hierarchical groups to less permanent, horizontally organised networks or project groups. Three approaches can be distinguished, according to which organised criminal groups are structured hierarchically, horizontally or as a network of individuals or cells*⁵² (COUNCIL OF EUROPE, 2002, p. 76).

Em 2002, a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio de seu escritório especializado em drogas e crime (UNODC), publicou informe baseado em pesquisa realizada com quarenta associações delitivas, em dezesseis países, na qual foram identificadas cinco tipologias de grupos criminosos organizados, segundo os critérios das Nações Unidas: hierarquia padrão, isto é, estrutura centralizada e piramidal, com fortes sistemas internos de disciplina, sendo a mais comum; hierarquia regional, com fortes linhas de disciplina e controle internos, mas com relativa autonomia regional; hierarquia em cacho, compreendendo

⁵⁰ "Organização criada com o propósito de obter e acumular benefícios econômicos através de sua implicação continuada em atividades predominantemente ilícitas e que assegurem sua supervivência, funcionamento e proteção mediante o recurso à violência e à corrupção ou à confusão com empresas legais." (Tradução nossa).

⁵¹ Desde já, contudo, manifestamos nossa posição no sentido de que a hierarquia, ainda que menos rígida, deve ser identificada como elemento essencial na estrutura associativa diferenciada de organizações criminosas, conforme abordaremos no último capítulo.

⁵² "A informação oferecida pelos Estados membros sobre a estrutura de grupos criminosos organizados reflete diferenças não apenas nas estruturas reais dos grupos, mas também na compreensão do fenômeno e o paradigma predominante em diferentes países. As descrições vão de grupos hierárquicos complexos e permanentes até redes ou projetos de grupos horizontalmente organizados, menos permanentes. Três abordagens podem ser distinguidas, de acordo com quais grupos criminosos organizados são hierarquicamente estruturados, horizontalmente ou como uma rede de indivíduos ou células". (Tradução nossa).

grupos que estabelecem sistema de controle e coordenação mais ou menos forte, em torno de variadas atividades; estrutura ao redor de um núcleo, ou seja, grupo relativamente coeso, com número limitado de componentes e, em alguns casos, circundado por redes de indivíduos envolvidos em atividades criminosas; e rede criminosa, consubstanciada por uma rede de indivíduos mais fluida, com pequeno número de pessoas, sem muito contato entre si (UNODC, 2002, p. 34).

Essa variedade reforça a complexidade do objeto de estudo, demonstra, paralelamente, a sua inserção no debate atual sobre a criminalidade nas sociedades contemporâneas, e evidencia a impossibilidade de se formularem respostas simples às indagações sobre a própria caracterização das organizações criminosas, seja do ponto de vista criminológico, seja quanto à sua configuração em termos dogmáticos e de política criminal.

Em síntese, há verdadeira miríade de elementos apontados como característicos das organizações criminosas, atestando a existência de profuso debate sobre o tema no campo criminológico. Dentre eles, destacam-se a hierarquia, a disciplina, o domínio territorial, relações com outros grupos criminosos, transnacionalidade das ações praticadas, pluralidade de agentes, continuidade etc. Cumpre, enfim, analisar alguns desses aspectos de maneira mais detida, em razão de sua presença marcante e quase unânime nas diversas propostas de conceituação e caracterização das organizações criminosas. São eles: divisão de tarefas; objetivo de auferir vantagem econômico-material e estruturas empresariais; conexões entre o crime organizado e o Estado; violência e ameaças; e o uso de tecnologia associado à internacionalização do crime organizado.

3.1 Divisão de tarefas

A divisão de tarefas é uma característica que reflete a própria ideia de planificação, ínsita, em maior ou menor grau, à natureza de qualquer associação delituosa. Segundo nosso ponto de vista, portanto, não é exclusiva das organizações criminosas, embora nestas seja mais evidente. Implica o estabelecimento de funções e papéis bem delimitados, com o objetivo de se atingir o máximo de eficácia nas múltiplas empreitadas delitivas nas quais um grupo pode estar envolvido. Dentre os aspectos que analisaremos a seguir, é o único incluído na definição legal de organização criminosa da Lei 12.850/13.

Sustenta-se que a divisão de tarefas deve servir para distinguir as organizações criminosas de qualquer outro grupo delitivo *desorganizado*,⁵³ conferindo ordem e racionalidade à conduta de seus integrantes, os quais “não se reuniram aleatoriamente e possuem afinidades e interesses ilícitos em comum.” (GOMES, 2009, p. 168). A respeito da diferença entre organizações criminosas e "quadrilhas ou bandos" ("associações criminosas", conforme a nova redação do artigo 288, *caput*, do CP), no tocante à estrutura organizacional, vinculada à divisão de tarefas, Mendroni exemplifica:

Uma quadrilha que reúna quatro ou cinco componentes estabelece que terá como móvel principal a prática de assalto a bancos. Combinam a agência vítima, armam-se, preparam precariamente o plano e executam. Já uma verdadeira organização criminosa com a mesma finalidade teria o cuidado de estudar o esquema de vigilância da agência bancária, perceber os dias de maior movimentação financeira, tentar arrebanhar algum funcionário para atuar como co-autor (sic) – que trará dados mais concretos de locais, segredos de cofres etc., planejar a exata atividade de cada integrante, procurar forma de evitar o sinal de alarme etc. (MENDRONI, 2009, p. 49).

Desse modo, verificam-se atribuições bem definidas, dentro das quais cada membro deve observar as obrigações que lhe são impostas, de acordo com as suas habilidades e recursos, visando sempre ao melhor aproveitamento das atividades do grupo. Nesse sentido, não muito se diferem as organizações criminosas das organizações legais, lícitas (IBÁÑEZ; FRAMIS, 2010, p. 269). A atuação “concertada”, conforme dispõe a Convenção de Palermo,⁵⁴ mediante a distribuição de tarefas entre os membros, é determinada por dois fatores principais: a natureza dos negócios nos quais a associação delitiva esteja envolvida e o tipo de estrutura assumida pelo grupo (IBÁÑEZ; FRAMIS, 2010, p. 269).

Com relação ao primeiro, cabe destacar que a multiplicidade de atividades possivelmente rentáveis ao crime organizado,⁵⁵ tais como o tráfico ilícito de entorpecentes, o tráfico de pessoas e de armas, as diversas formas de extorsão e a própria “lavagem” de dinheiro, exige o envolvimento de várias pessoas ao longo da cadeia delitiva, o que inclusive confere mais visibilidade a essa organização, fazendo-se necessária a distribuição de tarefas

⁵³ Não estamos plenamente de acordo com essa ideia, conforme ainda explicaremos no item 7.1.

⁵⁴ Remetemos ao item 4.1 deste trabalho.

⁵⁵ "*Le manifestazioni della criminalità organizzata si caratterizzano anche per la pluralità dei settori di incidenza.*" (PISANI, 1998, p. 703). "As manifestações da criminalidade organizada se caracterizam também pela pluralidade dos setores de incidência." (Tradução nossa).

entre os agentes criminosos de modo sistemático e racional, atendendo-se às qualificações de cada membro agregado ao grupo. Nesse sentido:

Algunos negocios ilícitos requieren un amplio abanico de funciones propias. En el caso del tráfico de drogas, por ejemplo, van desde el cultivo o la síntesis en laboratorios hasta la venta callejera y en establecimientos de ocio. La venta de vehículos o cualquier otro objeto robado involucra como mínimo a ladrones, falsificadores y vendedores. El tráfico de personas para su explotación sexual o laboral requiere personal capacitado para captar víctimas en los países de origen, trasladarlas y forzarlas a prostituirse o trabajar en condiciones indignas en el país de destino. La extorsión requiere extorsionadores; el blanqueo de dinero, profesionales de las finanzas; las estafas por internet, expertos informáticos; la falsificación de documentos, falsificadores, etc.⁵⁶ (IBÁÑEZ; FRAMIS, 2010, p. 269).

Por outro lado, a estrutura assumida pelo grupo também repercute no modo como se opera a divisão de tarefas entre seus integrantes.⁵⁷ Uma associação mais descentralizada não tem a mesma repartição de funções de uma organização hierarquicamente dirigida. Destarte, “a divisão de tarefas decorre da noção de hierarquia que vige nas organizações criminosas, em uma estrutura compartimentada, nas quais cada um só sabe aquilo necessariamente indispensável para o exercício de suas funções dentro do elo criminoso que os une.” (GOMES, 2009, p. 167). O resultado final dessa distribuição de papéis dependerá, sobretudo, das especificidades de cada organização criminosa.

⁵⁶ “Alguns negócios ilícitos requerem um amplo leque de funções próprias. No caso do tráfico de drogas, por exemplo, vão desde o cultivo ou a síntese em laboratórios até a venda nas ruas e em estabelecimentos de lazer. A venda de veículos ou qualquer outro objeto roubado envolve, no mínimo, ladrões, falsificadores e vendedores. O tráfico de pessoas para sua exploração sexual ou laboral requer pessoal capacitado para captar vítimas em outros países de origem, transportá-las e forçá-las a se prostituírem ou trabalharem em condições indignas no país de destino. A extorsão requer pessoas hábeis a extorquir; a lavagem de dinheiro, profissionais das finanças; os golpes pela internet, especialistas em informática; a falsificação de documentos, falsificadores etc”. (Tradução nossa).

⁵⁷ Na opinião de Eduardo Araujo da Silva, "a divisão de tarefas nesses grupos segue a estrutura empresarial, pois na sua base há um elevado número de 'soldados', responsáveis pelas mais variadas atividades, os quais são gerenciados regionalmente por integrantes de média importância que, por sua vez, são comandados e financiados por um *boss*, que não raras vezes se utiliza de sofisticados meios tecnológicos para integrar todos os seus membros." (SILVA, 2015, p. 15).

3.2 Objetivo de auferir vantagem econômico-material e estruturas empresariais: interface com a "criminalidade dourada"

A estrutura de organizações criminosas de acordo com as práticas e objetivos similares aos de sociedades empresárias tem sido constantemente apontada como uma das características essenciais das associações delituosas em apreço.⁵⁸ Nesse sentido, pelo prisma criminológico, o planejamento de atividades segundo modelos de empresa seria um traço de grande relevo, até mesmo pela necessidade de se considerar o crime organizado como forma mais sofisticada de delinquência. Essa afirmação não implica, é bom salientar, a automática correlação entre sociedades empresárias no interior das quais sejam ocasionalmente praticados determinados delitos e autênticas organizações criminosas.⁵⁹

De qualquer forma, com maior ou menor intensidade, métodos típicos de empresa podem ser observados nas organizações criminosas, tais como o cálculo de custo e benefício das atividades desenvolvidas, a previsão de despesas e estimativa de receitas, balanços financeiros, folhas de pagamento, busca pelo domínio do mercado, além de técnicas específicas de recrutamento de novos membros e recompensas. A diferença em relação aos negócios legítimos reside na natureza ilícita dos fins e dos meios utilizados pelo crime organizado. Assim, Callegari (2008) constata: "As organizações criminais transformaram um mercado de ingressos ilegais organizados de forma artesanal em um mercado ilícito empresarial gerenciado internacionalmente" (CALLEGARI, 2008, p. 13).

Nessa perspectiva, é válida a observação de que o crime organizado se relaciona muito mais com uma forma de atividade empreendedora, vocacionada ao lucro obtido em princípio por meio de negócios ilícitos, do que com conspirações étnicas com frequência atribuídas a grupos marginalizados, principalmente imigrantes, sobretudo no discurso tradicional acerca da criminalidade organizada nos EUA.⁶⁰

⁵⁸ Já no início da década de 1980, Juary Silva pontuava que o "crime organizado não é apenas aquele assim denominado nos EUA, senão também qualquer estrutura sistematizada apta à prática lucrativa de ilícitos penais, à imagem de qualquer empreendimento que reúna pessoas e capitais, sob uma direção única, para a consecução de objetivos preestabelecidos." (SILVA, 1980, p. 101).

⁵⁹ A distinção é relevantíssima e será esclarecida no item 7.1.1 de nossa exposição.

⁶⁰ Seja no século XX, com a chegada de imigrantes italianos que teriam instalado no país a *máfia*, e consequentemente o próprio fenômeno do crime organizado, seja no presente, em que o megapresidente Donald Trump se elege Presidente do país com a promessa de barrar a entrada de pessoas muçulmanas e construir um muro na fronteira com o México, os Estados Unidos da América permanecem ostentando o discurso de que a violência e as ameaças que geram insegurança na população estadunidense são elementos externos à nação, não

*Organized crime is an evolving entity taking different forms than originally perceived. [...] Organized crime families follow a hierarchy and seek both profit and power. They strive for monopolistic control of illegal markets and limit competition through bribery or the threat or use of violence. They have a restricted membership based on either kinship or skill. They attempt to keep their structure and operations secret. They are similar to legitimate business in that they provide services (illegal) to meet public demand with the ultimate goal of wealth and power. As [Jay] Albanese maintains, organized crime has less to do with ethnic conspiracies than with entrepreneurial activity.*⁶¹ (VITO; MAAHS, 2012, p. 401).

Para Cervini e Gomes (1997, p. 95), o planejamento empresarial não se resume a um simples programa delinquencial, de resto comum às associações criminosas tipificadas no artigo 288, *caput*, do Código Penal Brasileiro. Além disso, os autores ressaltam:

Não é preciso que o crime organizado derive de atividades empresariais formais. Ele pode girar em torno de empresas constituídas formalmente ou não. Havendo, no entanto, planejamento de tipo empresarial (custo das atividades necessárias, forma de recrutamento de pessoal, forma de pagamento do pessoal, programação do fluxo de ‘mercadorias’, de caixa e de pessoal, planejamento dos itinerários etc.), é evidente que podemos afirmar com maior facilidade a existência de uma organização criminosa. (CERVINI; GOMES, 1997, p. 95).

A estrutura empresarial das organizações criminosas atende à sua finalidade precípua, consistente na obtenção de vantagem econômico-material.⁶² A busca pelo lucro é uma característica predominante no crime organizado e está intrinsecamente vinculada ao agir empresarial descrito anteriormente. Como exemplo, a ‘Ndrangheta, associação mafiosa da

por acaso atribuídos a indivíduos vindos de países menos desenvolvidos, ou com ascendência latina ou árabe, rotineiramente acusados de pertencer a gangues, organizações criminosas e até grupos terroristas.

⁶¹ "O crime organizado é uma entidade em evolução tomando diferentes formas daquelas originalmente percebidas. [...] As famílias do crime organizado seguem uma hierarquia e buscam lucro e poder. Elas lutam pelo controle monopolístico de mercados ilegais e limitam a concorrência por meio de suborno ou a ameaça ou uso da violência. Têm um conjunto de membros restrito, baseado em parentesco ou habilidade. Tentam manter sua estrutura e operações secretas. Elas são semelhantes a negócios legítimos, no sentido em que oferecem serviços (ilegais) para atender à demanda pública, com a finalidade última de riqueza e poder. Como [Jay] Albanese sustenta, o crime organizado tem menos a ver com conspirações étnicas do que com atividade empreendedora." (Tradução nossa).

⁶² A aludida finalidade fora identificada em 1976 pela força-tarefa estadunidense para o crime organizado: “*The primary goals of organized crime, whether through enterprises such as illegal gambling or legitimate businesses such as construction, are the making money and the maximization of profit.*”(NATIONAL ADVISORY COMMITTEE, 1976, p. 23). “Os objetivos primários do crime organizado, seja através de empreendimentos como apostas ilegais ou negócios legítimos, tais como a construção, são a obtenção de dinheiro e a maximização do lucro.” (Tradução nossa). A própria Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), ao estabelecer o conceito de organização criminosa, destaca como imprescindível a intenção de obter, direta ou indiretamente, benefício econômico ou material. Sobre esse aspecto: “A Convenção de Palermo pressupõe que os lucros auferidos pelo crime organizado não só autofinanciam a organização, como também permitem sua expansão, mediante corrupção, lavagem de dinheiro e obstrução à justiça” (GOMES, 2009, p. 171).

região da Calábria, obteve no ano de 2013 rendimentos superiores aos do Deutsche Bank e do McDonald's juntos, algo em torno a 3,5% do produto interno bruto da Itália, totalizando cerca de cinquenta e três bilhões de euros (‘NDRANGHETA...', 2014). Desse modo:

*Es imposible comprender el crimen organizado y el funcionamiento de las organizaciones criminales sin tener en cuenta que su principal finalidad es la búsqueda de beneficios. Dicha finalidad es determinante a la hora de distribuir tareas y recursos (materiales y humanos) y tomar decisiones respecto de acciones futuras. [...] la creación de organizaciones criminales y la integración en otras ya existentes están orientadas a maximizar las oportunidades de enriquecimiento por medios ilegales y aumentar con creces los beneficios que se obtienen mediante cualquier otra opción delictiva.*⁶³ (IBÁÑEZ; FRAMIS, 2010, p. 24).

Ao indicar a mudança de enfoque da própria dogmática penal contemporânea, cujo núcleo se desloca do indivíduo para estruturas de modelo empresarial, Callegari identifica a obtenção de vantagens econômicas como meta primordial das organizações criminosas:

uma das características do Direito Penal moderno é a evolução de uma criminalidade associada ao indivíduo isolado até uma criminalidade desenvolvida por estruturas de modelo empresarial. Dentro desta evolução, a criminalidade organizada se dirige fundamentalmente à obtenção de importantes benefícios econômicos (CALLEGARI, 2008, p. 13).

Para a consecução do aludido objetivo de maximização das oportunidades de enriquecimento, os grupos criminosos organizados se valem, em princípio, de atividades ilegais por meio das quais obtêm lucro elevado e imediato. É nesse ponto em que, para ampliar seus ganhos e assegurar a ocultação dos benefícios econômicos de origem criminosa, a atividade ilegal se mistura com setores empresariais lícitos, dos quais a organização também passa a auferir lucro, caracterizando-se o "branqueamento" de capitais ou "lavagem" de dinheiro,⁶⁴ "fator absolutamente necessário a qualquer organização criminosa, que, de uma

⁶³ “É impossível compreender o crime organizado e o funcionamento das organizações criminosas sem ter em conta que sua principal finalidade é a busca de benefícios. Dita finalidade é determinante ao se distribuírem as tarefas e os recursos (materiais e humanos) e tomar decisões a respeito de ações futuras. [...] a criação de organizações criminosas e a integração em outras já existentes estão orientadas a maximizar as oportunidades de enriquecimento por meios ilegais e aumentar com vantagem os benefícios que se obtêm mediante qualquer outra opção delictiva.” (Tradução nossa).

⁶⁴ Na literatura espanhola, é recorrente o uso do termo *blanqueamiento* como designativo do crime de "lavagem" de capitais, entre nós tipificado na Lei 9.613/98. “La infiltración del crimen organizado en la economía legal responde ante todo a la necesidad de camuflar los enormes beneficios obtenidos por vía ilegal, es decir, a la necesidad de blanquear el dinero sucio.” (IBÁÑEZ; FRAMIS, 2010, p. 25). “A infiltração do crime organizado na economia legal responde, antes de tudo, à necessidade de camuflar os enormes benefícios obtidos por via

forma ou de outra precisa processar os ganhos ilícitos revestindo-lhes de aparência lícita.” (MENDRONI, 2009, p. 25).

Em percuciente análise sobre a questão, Manuel Valente (2009) também destaca o lucro como objetivo imediato do crime organizado, mas não isolado, visto que as organizações criminosas, ao se empoderarem monetariamente, também ambicionam o poder econômico, social e político como objetivos mediatos, em uma cadeia que se retroalimenta, sendo capaz inclusive de alcançar o controle dos poderes legislativo e judiciário. Segundo o autor, "através desse controlo manateiam todo o tecido produtivo industrial e não industrial, podendo, assim, obter um maior lucro económico-financeiro lícito e ilícito, sendo que este será branqueado para ser introduzido no fluxo legal do mesmo sector." (VALENTE, 2009, p. 160).

A confusão com negócios legais, com predomínio das atividades ilícitas, é mais uma característica presente na dinâmica do crime organizado, na qual tem lugar de honra a "lavagem" de dinheiro. Juntamente com outros aspectos como o clientelismo e a corrupção, a camuflagem dos recursos ilicitamente obtidos possibilita às organizações criminosas alcançar novas oportunidades delitivas e conquistar outros mercados.⁶⁵ Costuma-se falar até mesmo na denominada *economia mafiosa*, constituída pelas relações entre as atividades criminosas e os ramos produtivos formalmente legais, financiados em grande parte pelo enorme lucro oriundo

ilegal, isto é, à necessidade de branquear o dinheiro sujo.” (Tradução nossa). Na Itália se fala comumente em *riciclaggio di denaro sporco* ("reciclagem de dinheiro sujo").

⁶⁵ Ao menos quatro razões poderiam ser apontadas como fatores de atração das organizações criminosas por empreendimentos legais: (1) são negócios que oferecem potencial de lucro considerável; (2) propiciam fontes legais de emprego e renda justificável; (3) funcionam como disfarce para atividades ilícitas e oferecem saídas para distribuição de bens delas derivados; (4) conferem aos criminosos *status* social e respeitabilidade, associados ao sucesso comercial (NATIONAL ADVISORY COMMITTEE, 1976, p. 89). Na Rússia, o imbricado envolvimento de organizações criminosas em negócios lícitos, ou mesmo em instituições do Estado, se associa à expressão “ladrões legais”, conforme registrado no documentário “*Thieves by law*”. A partir da dissolução da União Soviética, o crime organizado russo alçou posições muito elevadas. Seus membros desempenham atividades regulares em empresas legítimas e atuam para o governo, o que os faz se identificarem como institucionalmente organizados. Na opinião de alguns deles, já nem haveria mais crime organizado na Rússia, pois todos os antigos criminosos que ainda se encontram no país se converteram em homens de negócio, chefes do sistema bancário, políticos etc (THIEVES..., 2010). A par dos acordos com setores lícitos da economia, ou mesmo com instituições legítimas, "a denominada 'criminalidade organizada' encontrou na Rússia terreno fértil para seus 'negócios', notadamente o tráfico de drogas, o tráfico de armas, os crimes no âmbito econômico e, em menor medida, os crimes contra o patrimônio" (SALES, 2005, p. 230-231). Ainda no âmbito do leste europeu pós-Guerra Fria, Forgione observa o lugar de destaque da Romênia como território de trânsito para as atividades do crime organizado transnacional: "Após anos de isolamento da ditadura comunista, agora os aeroportos e os portos do Mar Negro tornaram-se lugares 'abertos' até demais, verdadeiras zonas francas para o tráfico e as atividades mafiosas que se projetam na direção do Oriente. Por ali passam tanto a chamada 'rota do Mar Negro', que traz para a Europa a heroína vinda da Turquia e o ópio do Paquistão, do Afeganistão e do Azerbaijão, quanto algumas rotas do tráfico de seres humanos, provenientes do Leste e do Oriente Médio." (FORGIONE, 2011, p. 33).

dos negócios ilícitos (VIGNA; DELL'OSSO; LAUDATI, 1998, p. 7). Adicionando-se à equação a tendência à internacionalização do crime organizado, tem-se como resultado "*una emergente propensione ad imporsi nelle forme dell'impresa criminale multinazionale*"⁶⁶ (PISANI, 1998, p. 703).

Nesse contexto, é notório o destaque para os aspectos que conectam a criminalidade organizada à delinquência no âmbito econômico e político, em que as condutas delituosas são criminologicamente classificadas como "*crimes of the powerful*" (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 83), isto é, os "crimes dos poderosos". Trata-se da também intitulada "criminalidade dourada", a delinquência da globalização, cuja magnitude de efeitos seria capaz de desestabilizar mercados, corromper funcionários públicos e governantes (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 87). Sob esse prisma, as atividades de organizações criminosas estariam imbricadas com o abuso de poder político, econômico e especialização profissional (CERVINI; GOMES, 1997, p. 237-238).

A globalização econômica e financeira é o grande fator que instiga a criminalidade organizada a se revestir de contornos empresariais, aproximando-se do modelo de "*white collar crime*",⁶⁷ com a perspectiva de lucros ainda maiores, buscando atualmente se infiltrar também em setores da economia lícita, campo propício para a "lavagem" de ativos financeiros oriundos de atividades criminosas. É nesse sentido que Savona (2000) pondera:

*Criminalità organizzata e criminalità economica tendono progressivamente a sovrapporsi. La criminalità economica è cresciuta di maniera sempre più sofisticata ed organizzata, in conseguenza della maggiore complessità dei mercati economici nell'ambiente globale attuale, mentre i gruppi tradizionali di criminalità organizzata si sono diversificati, agiungendo alle loro attività i reati economici più lucrativi e meno rischiosi.*⁶⁸ (SAVONA, 2000, p. 316).

⁶⁶ "Uma emergente propensão para se impor nas formas de empresa criminosa multinacional". (Tradução nossa). No mesmo sentido, Pezzino (1999, p. 110-111) registra as relações entre crime organizado e "empresas criminosas", considerando as zonas de ilegalidade no mundo dos negócios, finanças e transações econômicas.

⁶⁷ Sobre a "criminalidade do colarinho branco", confira-se a obra clássica de Sutherland [1949]/(2015), na qual o autor analisa a delinquência no mundo empresarial a partir de casos estadunidenses. Para Sutherland, "crimes do colarinho branco não são apenas deliberados, mas também organizados. A organização pode ser formal ou informal." (SUTHERLAND, 2015, p. 336).

⁶⁸ "Criminalidade organizada e criminalidade econômica tendem progressivamente a sobrepôr-se. A criminalidade econômica cresceu de maneira sempre mais sofisticada e organizada, em consequência da maior complexidade dos mercados econômicos no ambiente global atual, enquanto os grupos tradicionais de criminalidade organizada se diversificaram, acrescentando às suas atividades os crimes econômicos mais lucrativos e menos arriscados." (Tradução nossa).

O efeito pernicioso da "criminalidade dos poderosos" se faz sentir sobretudo na esfera de direitos econômicos e sociais, conforme Freitas (2014, p. 133) sustenta. O autor identifica como "particularmente disfuncional" a criminalidade econômica organizada, com potencial para colocar em risco a proteção de direitos humanos, haja vista que "os lucros ilegais, sobre os quais não incidem tributos, são reinvestidos em negócios legais, acarretando toda sorte de prejuízo ao bem-estar da população" (FREITAS, 2014, p. 133).

Em trabalho publicado há mais de vinte anos, Reale Júnior (1996) definiu precisamente os mecanismos de operação da criminalidade dourada e organizada no Brasil, salientando seus principais vértices, onde estão posicionados grandes empresários, construtoras, agentes políticos, enfim, aqueles que detêm poder econômico e/ou político e dele não apenas fazem uso, mas principalmente abusam. Por sua notória lucidez, o texto não poderia ser mais atual:

Merece, a nosso ver, destaque a criminalidade dourada corruptora, ou seja, a praticada por empresas detentoras de poder econômico e político que, em geral mancomunada com agentes oficiais, atingem a Administração Pública, por exemplo, cartelizando a participação em processos licitatórios, ou uniformizando preços e elevando-os injustificadamente na prestação de serviços ao Estado. *O financiamento de campanhas eleitorais por meio de grandes conglomerados ou empreiteiras, com retorno de seu investimento em benefícios governamentais futuros, colocam em co-autoria empresários e servidores públicos e agentes políticos [...]* A criminalidade dourada praticada por meio de empresas realiza-se tendo por base elevada estrutura organizacional, dotada de hierarquia, em processo centralizado de decisões com ação descentralizada, usando de seu forte poder econômico e político, corrompendo agentes oficiais, recorrendo a profissionais especializados e meios tecnológicos, dificultando a descoberta de prova dos atos ilícitos, valendo-se também, da ausência de repúdio de suas ousadias no meio social, no qual gozam de prestígio. (REALE JÚNIOR, 1996, p. 189; destacamos em itálico).

Em nosso juízo, o único indício de mudança em relação ao cenário descrito por Reale Júnior diz respeito à indulgência da sociedade para com os "poderosos do colarinho branco". É interessante observar que esse é justamente um dos pontos cruciais abordados no campo da sociologia por Salla (2008). O autor denuncia o viés altamente seletivo da criminalidade organizada no Brasil, tradicionalmente associada às camadas da população economicamente menos favorecidas e a condutas ilícitas que, salvo raras exceções, caracterizam manifestações de criminalidade de massa. "É igualmente curioso que os cenários e atores relacionados ao que se denomina crime organizado sejam prisões, favelas, bairros miseráveis, no caso do tráfico de drogas, ou bairros decadentes e camelôs no caso de contrabando." (SALLA, 2008,

p. 370). Por outro lado, a "criminalidade dourada", especializada em fraudes fiscais e outros delitos econômicos, restaria imune do "peso político (e em consequência repressivo) sobre o crime organizado/criminalidade organizada" (SALLA, 2008, p. 371).

Nesse sentido, parece-nos que a delatada "cultura indulgente" em relação aos "crimes dos poderosos" encontra-se em processo de transformação neste momento, com todas as investigações e processos em curso na Operação "Lava Jato" (apesar de eventuais e fundamentadas críticas quanto aos procedimentos muitas vezes adotados), envolvendo políticos de alto escalão e empresários detentores de grandes fortunas. O caso do "mensalão" (Ação Penal nº 470/MG, julgada pelo STF) foi o prelúdio de mudança daquele inaceitável viés seletivo.⁶⁹

3.3 Conexões entre Estado e crime organizado

Para assegurar o desenvolvimento de suas atividades e a continuidade de seus lucros, mantendo-se além dos alvos de investigação dos órgãos policiais e do Ministério Público, as organizações criminosas necessitam de apoio do poder estatal para ocultar sua estrutura. Esta relação, por mais paradoxal que pareça, é apontada pelos estudiosos do crime organizado como simbiótica. Mingardi estabelece como hipótese central a ideia de que "o Crime Organizado não pode existir em larga escala se não tiver algum tipo de *acordo*, ou *conluio*, com setores do Estado Nacional." (MINGARDI, 1998, p. 18).

Nesse sentido, o nexos entre o poder público e as organizações criminosas seria imprescindível à própria sobrevivência destas. Na medida em que ampliam seus negócios, avolumando a quantidade de recursos ilícitos à sua disposição, tais grupos deixam de passar despercebidos pelas instituições de controle do Estado, tornando-se mais fácil, em determinados casos, identificar uma organização criminosa do que um delinquente comum (MINGARDI, 1998, p. 66). Nesse ponto, algum tipo de conexão com o aparelho estatal torna-

⁶⁹ No mesmo sentido, confira-se a opinião de Carvalho (2016, p. 236-237). Em síntese apertada, o caso do "mensalão" envolveu esquema de financiamento político ilegal, por meio do uso de dinheiro público, conduzido por um núcleo de integrantes da cúpula do Partido dos Trabalhadores, a fim de corromper parlamentares e garantir apoio no Congresso Nacional ao Presidente da República eleito em 2002. Apurou-se que as atividades ilícitas ocorreram entre os anos de 2003 e 2005, envolvendo o Banco Rural, políticos e empresários, acusados de formação de quadrilha (redação anterior do art. 288, CP) para a prática recorrente de inúmeras fraudes, peculato, lavagem de dinheiro, corrupção, além de outros crimes contra o sistema financeiro nacional e contra a administração pública.

se inevitável: “As organizações criminosas que atingem um certo grau de desenvolvimento já não conseguem sobreviver sem o auxílio de agentes públicos.” (MENDRONI, 2009, p. 37).

Essa aproximação é engendrada com base em duas práticas: o clientelismo e a corrupção (BALTAZAR JUNIOR, 2008, p. 42). No tocante à primeira, muito relacionada ao controle territorial bastante característico em alguns grupos, seria possível identificar a presença de organizações criminosas em áreas onde o Estado já não mais irradia seu poder, mostrando sinais de falência.⁷⁰ Nesse contexto, vige a relação de "patrono-cliente" (MINGARDI, 1995, p. 67) entre o crime organizado e a população local, carente de prestações sociais não ofertadas pelo poder público, e entre o crime organizado e o Estado, na medida em que aquele depende do apoio de determinados setores deste para encobrir seus lucros crescentes e provenientes de atividades ilícitas. Por sua vez, os agentes públicos também se beneficiam, angariando influência sobre a população (por exemplo, para fins eleitorais), por meio da organização criminosa dominante no local.

A atuação de organizações criminosas nos espaços não preenchidos por prestações positivas do poder público gera a difundida noção de “Estado paralelo”.⁷¹ Nessa perspectiva:

É forma de atuação clara nos dias de hoje aquela da organização criminosa que substitui o Estado em qualquer de suas funções inerentes, porque não funcionam ou funcionam mal. A ausência ou má prestação de um serviço público acarreta a criação de um ‘Estado paralelo’ que passa a executar e controlar aqueles serviços.

⁷⁰ Ao tratar da emergência da criminalidade transnacional após o fim da Guerra Fria, Jean-Germain Gros enuncia a definição de “Estado falido”: “*Failed states are those whose power grids have experienced sustained and massive breakdown, or political brownout, wherein state authorities are no longer able to project power either at the centre or at the periphery, and are subsequently, if temporarily, replaced by non-state generators of social power. [...] The connection between the failed state and crime in the post-Cold War world is simply this: the failed state, for reasons that will be explored immediately, is a magnet for criminal elements both inside and outside its borders. In other words, the failed state is both a perpetrator and a victim of international crime.*” (GROS, 2003, p. 64). “Estados falidos são aqueles cujas ramificações de poder experimentaram continuado e massivo colapso, ou ‘apagão’ político, nos quais as autoridades estatais não são mais aptas a projetar poder, seja para o centro ou para a periferia, e são subsequentemente, às vezes de modo temporário, substituídas por geradores não estatais de poder social. [...] A conexão entre Estado falido e crime no mundo pós Guerra Fria é simplesmente esta: o Estado falido, por razões que serão exploradas imediatamente, é um ímã para elementos criminosos de dentro e fora de suas fronteiras. Em outras palavras, o Estado falido é tanto perpetrador como vítima do crime internacional.” (Tradução nossa).

⁷¹ Sobre os “poderes paralelos” do crime organizado: “Entre diversos e múltiplos conceitos jurídicos, econômicos e político-sociais, há um consenso. A existência do crime organizado é uma demonstração de um poder paralelo não legitimado pelo povo, que ocupa lacunas deixadas pelas deficiências do Estado Democrático de Direito e demonstra a falência do modelo estatal de repressão à macro-criminalidade. [...] Com o Estado enfraquecido e debilitado pelas ações do crime organizado, as necessidades da população não são providas, pois deixa de haver resposta estatal à demanda social.” (GOMES, 2009, p. 3). E ainda: “para ganhar a simpatia da comunidade onde atuam e facilitar o recrutamento de seus integrantes, essas organizações realizam ampla oferta de prestações sociais, aproveitando-se da omissão do aparelho do Estado, criando na prática um verdadeiro Estado paralelo.” (SILVA, 2015, p. 15).

Essa atividade demanda certo grau de organização, embora ilegal, que contenha um comando próprio, gerência ou administração e execução – as peças-chaves de qualquer administração, pública ou privada, legal ou criminosa. Assim, a organização infiltra-se nas veias estatais e passa a estabelecer com o Estado uma disputa, como se fosse concorrência em um negócio, mas atuando ao arripio da lei e trazendo a reboque a prática de tantas quantas forem as infrações penais necessárias ao seu sucesso. (MENDRONI, 2009, p. 21).

Essa situação seria verificável, por exemplo, em comunidades urbanas marcadas pela presença de grupos ligados ao narcotráfico, os quais estabelecem sistema próprio de resolução de conflitos entre moradores e prestam favores a famílias não assistidas pelo Estado.⁷² "O crime organizado ocupa as lacunas de assistência social que o Estado vai deixando para trás, ao sabor da crise econômica ou da insensibilidade política." (AMORIM, 2011, p. 348). A contradição desse círculo vicioso é apontada por Carvalho (2016, p. 216): "As favelas, com menos recursos, ficam à mercê de quadrilhas organizadas que, por ironia, se encarregam da única segurança disponível." O quadro descrito implica verdadeira crise sistêmica, revestindo-se o crime organizado das feições de "patrono" completamente à margem da lei, o que contribui para o reforço do controle social exercido sobre determinado território e, principalmente, sobre os próprios integrantes da organização criminosa.⁷³

⁷² Ao analisar as relações entre poder e anomia, sendo esta compreendida não só como a ausência de normas, mas também como situação de conflito entre as normas oficiais, em si heterônomas, e as normas aceitas por determinado agrupamento social, Sabadell (2008) constata: "a anomia também pode se relacionar com a ausência do Estado que, ao não cuidar da efetivação dos direitos sociais, abandona parcelas da população à sua sorte. Isso propicia o aparecimento de grupos de poder, em geral relacionados com práticas delitivas, que ocupam o espaço deixado pelo Estado." (SABADELL, 2008, p. 99). No mesmo sentido, analisando a influência da máfia italiana sobre a juventude local, Luigi Ciotti (2010) observa: "A falta de políticas sociais, serviços, trabalho, iniciativas de promoção dos direitos e das oportunidades tem um enorme peso na aproximação dos jovens com a criminalidade. Muitos adolescentes tornam-se 'filhos' da máfia, porque a consideram sua 'mãe' que, na ausência de perspectivas, garante proteção, segurança, um pequeno ordenado. Possibilidades de vida, de outra maneira, inacessíveis. Há, enfim, por trás da força da criminalidade, um problema de justiça social. Tinha razão o prefeito Dalla Chiesa [general italiano eleito como prefeito da cidade de Palermo, em 1982, pouco antes de ser assassinado pela Cosa Nostra] quando disse que, para acabar com a chantagem dos criminosos sobre a sociedade, o Estado deve garantir aos cidadãos, como direitos, aquilo que a máfia lhes oferece como favores." (CIOTTI, 2010, p. 293). E também ao encontro desse pensamento, os comentários de Falcone [1991]/(2012) sobre a Cosa Nostra: "A Sicília fez do clientelismo uma regra de vida. Nesse cenário, é difícil alguém despontar pura e simplesmente por causa das qualidades profissionais. O que conta é ter amigo ou conhecimento para se ganhar um empurrãozinho. E a máfia, que representa o extremo dos valores sicilianos, acaba por fazer parecer um favor aquilo que é direito de todo cidadão." (FALCONE; PADOVANI, 2012, p. 149).

⁷³ Exemplo dessa situação seria o documento que se costuma divulgar como "Estatuto do PCC", no qual em tese estão previstos os mandamentos a serem estritamente seguidos pelos membros do referido grupo criminoso, como meio de se retribuir ao "comando" os favores prestados a seus integrantes, sob a bandeira de "luta contra as injustiças e opressões do sistema penitenciário". Com base em distorcida noção de lealdade, respeito, solidariedade, liberdade, justiça e paz, impõe-se: "Aquele que estiver em Liberdade "bem estruturado" mas esquecer de contribuir com os irmãos que estão na cadeia, serão (sic) condenados à morte sem perdão" (ESTATUTO DO PCC..., 2001). Amorim (2010, p. 450-452) também fornece detalhes acerca de manifesto atribuído ao PCC. Confira-se, ainda, notícia recente do jornal *Correio Braziliense*, sobre denúncia oferecida pelo

Nesse sentido, não está clara a distinção entre tal modelo de organização criminosa e as intituladas milícias e grupos de extermínio, os quais também atuam ao alvedrio de quaisquer garantias, apregoando suposta realização de justiça por meio de vingança privada, em verdadeira barbárie, da qual se tem como exemplo o famigerado "Esquadrão da Morte".⁷⁴ Costuma-se relacionar a ação de milícias a "uma verdadeira ocupação de território, uma espécie de Estado paralelo, com a finalidade de explorar as pessoas carentes." (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 283). Inclusive por razões de má técnica legislativa, é particularmente nebulosa a distinção, no campo jurídico-penal, entre as referidas associações delituosas e a figura da organização criminosa.⁷⁵

Na visão de Mingardi, “nada permite supor que a ideia de para-estado [sic] tenha qualquer sustentação na realidade, pelo menos no que se refere ao Crime Organizado.” (MINGARDI, 1998, p. 69). Nesse sentido, o autor desconstrói a concepção de “Estado paralelo”, demonstrando que, “através de delegação implícita, organizações criminosas exercem o papel que deveria ser das instituições estatais”, estabelecendo seu domínio sobre as chamadas *zonas liberadas* (MINGARDI, 1998, p. 69). A crítica do autor reforça o caráter simbiótico da relação entre poder público e criminalidade organizada:

Por causa destas regiões onde o Crime Organizado é mais visível do que o aparelho de estado, as chamadas zonas liberadas, criou-se uma teoria errônea, que dá ao Crime Organizado o status de um Estado Paralelo. Linhas paralelas, segundo qualquer dicionário, são aquelas que nunca se encontram. Caso o conceito fosse aplicável ao nosso objeto, significaria que Estado e Crime Organizado caminhariam lado a lado sem nunca verem seus caminhos se cruzarem. Para refutar isto basta notar o grande número de funcionários públicos de todos os escalões que são acusados de manterem relações com organizações criminosas. Em nenhum momento estas organizações puderam prescindir de um apoio de setores do Estado. (MINGARDI, 1998, p. 64-65).

Ministério Público de Roraima com trechos dos 18 artigos da versão atual do suposto estatuto da organização criminosa (ESTATUTO DO PCC..., 2017). O *slogan* do Comando Vermelho também expressa as ideias que norteiam o PCC: "Paz, justiça e liberdade!" Até hoje é esse o lema da organização criminosa mais perigosa do país" (AMORIM, 2011, p. 142).

⁷⁴ Trata-se de grupo de extermínio formado no período da ditadura militar, com o objetivo de "combater" a criminalidade a custo de mais violência e barbárie. Sobre o tema, Hélio Bicudo escreveu em "Meu depoimento sobre o Esquadrão da Morte" (BICUDO, 1976).

⁷⁵ Para maior detalhamento, confira-se o item 7.2 do presente trabalho.

Por outro lado, “a corrupção⁷⁶ é a contrapartida do clientelismo no que diz respeito ao conluio entre Crime Organizado e Estado.” (MINGARDI, 1998, p. 71). Ela exsurge como elemento essencial à manutenção da empresa criminosa, garantindo a sua continuidade.⁷⁷ Nesse sentido, em uma relação de identidade, Hassemer (2007) aduz que o único parâmetro qualitativo capaz de elevar a criminalidade organizada a um novo patamar de ameaça é exatamente o "alcance da criminalidade das instituições que, em sentido lato, são encarregadas do combate à criminalidade, não apenas o Ministério Público e a polícia, como também as autoridades responsáveis pelo controle e grêmios decisórios." (HASSEMER, 2007, p. 141). E o autor prossegue:

A característica da criminalidade é a paralisia do braço que deveria combatê-la. Com a corruptibilidade do aparelho estatal surgiria uma nova forma de criminalidade. Isso não significa que se deva aguardar com os antídotos até que o perigo tenha se realizado. Isso significa, porém que a ideia do fenômeno da criminalidade organizada deve se tornar mais estrita, mais precisa e mais exigente. (HASSEMER, 2007, p. 141).

É igualmente significativo o estudo realizado por Baratta (1999) sobre a criminalidade organizada na Itália, onde a "máfia" simplesmente vista como "fenômeno criminoso" constitui, na visão do autor, um modelo criminológico inadequado, que reduz a complexidade do problema (BARATTA, 1999, p. 104). A partir de uma perspectiva ontológica e relacional, Baratta (1999, p. 106) identifica a própria dependência funcional entre máfia e Estado, que os une de tal forma que qualquer estratégia de contraste à organização mafiosa implicaria necessariamente o exercício de autorreflexão pelo Estado, por meio do qual seja possível dimensionar a sua relação histórica e estrutural com a máfia (BARATTA, 1999, p. 105). Isso porque, sob o aludido viés ontológico, a máfia se define como "*un sistema di relazioni, del*

⁷⁶ Pode-se compreender como corrupção "*la relación que se establece entre una persona con poder decisorio estatal y otra que opera fuera de ese poder, en virtud de la cual se cambian ventajas, obteniendo ambas un incremento patrimonial, en función de un acto (u omisión) de la esfera de poder de la primera en beneficio de la segunda*". (ZAFFARONI, 1990 p. 371). "A relação que se estabelece entre uma pessoa com poder decisório estatal e outra que opera fora desse poder, em virtude da qual se trocam vantagens, obtendo ambas um incremento patrimonial, em função de um ato (ou omissão) da esfera de poder da primeira em benefício da segunda." (Tradução nossa).

⁷⁷ Em estudo recente dedicado à investigação do crescimento da 'Ndrangheta (inclusive econômico e financeiro), organização de tipo mafioso oriunda da Calábria e atualmente com ramificações globais, sobretudo em atividades de narcotráfico, Forgione pontifica: "a 'ndrangheta nunca teria a força que tem se não tivesse encontrado ao longo do caminho funcionários do Estado prontos a servir dois padrões, políticos corruptos, profissionais domesticados, magistrados complacentes, empresários sem ética." (FORGIONE, 2015, p. 15).

quale fanno parte, come entità, lo Stato e l'organizzazione mafiosa."⁷⁸ (BARATTA, 1999, p. 105). Nesses termos, pode-se pensar em verdadeira simbiose entre crime organizado e Estado, equação na qual a corrupção é fator essencial. Baratta ainda assevera: "*Lo Stato italiano è nato e si è sviluppato nella coabitazione con il potere mafioso. Questo Stato e questa società possono vincere la mafia solamente se diventano un altro Stato, un'altra società.*"⁷⁹ (BARATTA, 1999, p. 115).

A necessária dependência entre crime organizado e Estado é também lembrada por Tranfaglia (2010). Com base em resultados de pesquisas italianas e internacionais, o autor considera como estrutural, e não acidental, a relação entre máfia e política (TRANFAGLIA, 2010, p. 118). Nesse contexto, "*the mafia is not an alternative government; it exists by infiltrating the legal state and twisting it to its own purposes.*"⁸⁰ (DICKIE, 2005, p. 22). Pellegrini e Costa Jr. (1999) aduzem o sistema de favores recíprocos entre mafiosos e políticos: os primeiros oferecem apoio em campanhas eleitorais, em virtude de seu poder de influenciar o voto popular; já os segundos atuam de modo a favorecer os interesses da máfia, desde a captação de recursos públicos até a garantia da impunidade (PELLEGRINI; COSTA JR., 1999, p. 22).

O exemplo mais apontado de tal relação é o do senador Giulio Andreotti, falecido em 2013, sete vezes primeiro-ministro da Itália.⁸¹ Em 1999, foi absolvido por falta de provas da acusação de ter cometido o crime de participação em associação mafiosa. Em sede de apelação, o Tribunal de Palermo reconheceu em 2003 que o senador esteve à disposição da "Cosa Nostra" até o ano de 1980. No entanto, verificou-se a prescrição da pretensão punitiva, o que foi confirmado pelo Supremo Tribunal em 2004. Apesar disso, manteve-se a vitaliciedade de Andreotti no Senado italiano, sem qualquer procedimento por falta de decoro parlamentar.

Na mesma perspectiva, ao tratar da corrupção caracterizada por benefícios concedidos por meio de medidas "institucionais" destinadas a favorecer certos indivíduos ou corporações empresárias, Castro (2003, p. 315) identifica "uma peculiar forma de organização delitiva

⁷⁸ "Um sistema de relações, do qual fazem parte, como entidades, o Estado e a organização mafiosa." (Tradução nossa).

⁷⁹ "O Estado italiano nasceu e se desenvolveu na coabitación com o poder mafioso. Este Estado e esta sociedade podem vencer a máfia somente se tornarem-se um outro Estado, uma outra sociedade." (Tradução nossa).

⁸⁰ "A máfia não é um governo alternativo; ela existe se infiltrando no Estado legal e torcendo-o para os seus próprios propósitos." (Tradução nossa).

⁸¹ A vida de Giulio Andreotti foi retratada em 2008 no filme "*Il Divo*", do premiado cineasta italiano Paolo Sorrentino.

'Empresa-Estado'" exatamente nos "pactos de proteção" formados para privilegiar interesses privados em troca, por exemplo, de dinheiro investido no financiamento de campanhas eleitorais, questão de difícil controle que afeta inúmeros países, conforme a autora observa (CASTRO, 2003, p. 315). Em tempos de Operação "Lava Jato", o quadro descrito é infelizmente familiar para qualquer cidadão brasileiro que tenha acesso a jornais ou assista aos telenoticiários diariamente.

Ademais, é relevante refletir acerca do impacto das relações entre o Estado e o crime organizado sobre as próprias instituições democráticas. De acordo com Schilling (2001), na medida em que organizações criminosas se projetam diretamente sobre a política e a administração, descortinam-se "novas dimensões do crime organizado", as quais constituem "um substrato que ameaçaria profundamente o exercício da democracia e a possibilidade de um Estado de Direito, com seu exercício de poder necessariamente ligado à visibilidade e transparência." (SCHILLING, 2001, p. 406).

As articulações entre o crime organizado e os poderes do Estado é realmente capaz de abalar pilares fundamentais do sistema democrático, sobretudo a credibilidade dos governantes eleitos (logo, a própria governabilidade), a moralidade da Administração Pública, a eficiência dos serviços públicos e a importância do voto popular. Na visão de Luiz Flávio Gomes, a democracia e o próprio Estado de Direito seriam os bens jurídicos afetados pela "capacidade intimidativa e corruptiva do crime organizado" (GOMES, 2013b, p. 32). Assim:

Une-se a análise da corrupção com a do crime organizado, pois não há crime organizado sem corrupção, constatação que ocorre simultaneamente à percepção da corrupção como uma das formas do crime organizado, que questiona radicalmente os fundamentos das práticas de governo, abrindo fossos entre "o que é" e o que "deve ser" na gestão, minando a confiança na política. (SCHILLING, 2001, p. 408).

Em voto proferido no ano de 2016, quando o Plenário do STF decidiu pelo recebimento parcial de denúncia oferecida no Inquérito nº 3.983/DF,⁸² o Ministro Celso de Mello explicitou a íntima conexão entre poder público e crime organizado, consubstanciando o que, em sua visão, tem se revelado como verdadeira captura do Estado e das instituições governamentais por organização criminosa atuante no chamado "Petrolão" (esquema de desvios de recursos da Petrobras, conforme apurado nas investigações da multicitada

⁸² Eram investigados o ex-deputado federal Eduardo Cosentino Cunha e Solange Pereira de Almeida. No Inquérito 3.982/DF, julgado mais recentemente, em 07 de março de 2017, o Ministro Celso de Mello assentou as mesmas bases do voto acima aludido.

Operação "Lava Jato"), cujo projeto delitivo sustenta-se no cenário de corrupção endêmica, à semelhança do que se verificou no episódio do "mensalão" (ação penal nº 470/MG do STF):

o que parece resultar dos elementos de informação que vêm sendo coligidos ao longo de diversos procedimentos de investigação penal, todos instaurados no contexto da denominada “Operação Lava a Jato”, é que a *corrupção impregnou-se, profundamente, no tecido e na intimidade de algumas agremiações partidárias e das instituições estatais, contaminando o aparelho de Estado, transformando-se em método de ação governamental e caracterizando-se como conduta administrativa endêmica*, em claro (e preocupante) sinal de degradação da própria dignidade da atividade política, reduzida por esses agentes criminosos ao plano subalterno da delinquência institucional. O efeito imediato que resulta desses comportamentos alegadamente delituosos parece justificar o reconhecimento de que as práticas ilícitas perpetradas por referidos agentes tinham um só objetivo: viabilizar a captura das instituições governamentais por determinada organização criminosa, constituída para dominar os mecanismos de ação governamental, em detrimento do interesse público e em favor de pretensões inconfessáveis e lesivas aos valores ético-jurídicos que devem conformar, sempre, a atividade do Estado. Convenço-me, cada vez mais, Senhor Presidente, de que *os fatos delituosos objeto de investigação e de persecução penais no âmbito da “Operação Lava a Jato” nada mais constituem senão episódios criminosos que, anteriores, contemporâneos ou posteriores aos do denominado “Mensalão”, compõem um vasto e ousado painel revelador do assalto e da tentativa de captura do Estado e de suas instituições por uma organização criminosa, identificável, em ambos os contextos, por elementos que são comuns tanto ao “Petrolão” quanto ao “Mensalão”*. [...] as investigações promovidas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, não obstante fragmentadas em diversos inquéritos e procedimentos penais, têm por objeto uma *vasta organização criminosa, de projeção tentacular e dimensão nacional, estruturalmente ordenada em níveis hierárquicos próprios, que observa métodos homogêneos de atuação, integrada por múltiplos atores e protagonistas e que, operando por intermédio de vários núcleos especializados, com clara divisão de tarefas (núcleo político, núcleo empresarial, núcleo financeiro, núcleo operacional e núcleo técnico, entre outros), busca obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, notadamente no âmbito do Estado, mediante prática de infrações penais que abrangem amplo espectro de ilicitudes criminosas*, como aquelas que vão do cometimento de crimes contra a Administração Pública, o Sistema Financeiro Nacional, o Estatuto das Licitações e Contratações Administrativas até a perpetração do delito de lavagem de dinheiro ou de valores, sem prejuízo de outros gravíssimos ilícitos tipificados na legislação penal. (BRASIL, 2016b, p. 159-160 e 161-162; destacamos em itálico).

A corrupção afigura-se, pois, como meio de infiltração do crime organizado nas instituições estatais, sendo recurso preferível à violência. É concretizada por meio das mais diversas formas de suborno, nos mais variados escalões da administração pública: desde a corrupção de policiais até a compra de sentenças judiciais, fraudes em processos licitatórios, pagamentos de propina para fins de elisão fiscal, compra de votos de parlamentares (como se verificou no julgamento da ação penal nº 470 pelo STF) etc. Essas práticas “têm seu sustento em atividades mais ou menos difundidas, que variam nos diversos países, e no descrédito cada dia maior dos sistemas de justiça” (CERVINI; GOMES, 1997, p. 74).

Ao criticar a carga de juízos morais frequentemente presentes no estudo e na definição de corrupção, derivados de reações populares de aversão à política, Soares (2008) avalia a importância do “conceito de crime organizado” para se conferir outro tipo de tratamento ao problema da corrupção, menos moralizante e mais “padronizado, transparente, metodicamente aplicado, repetitivo e previsível, e, sobretudo, controlável – no âmbito do devido processo legal.” (SOARES, 2008, p. 409).

Para Soares (2008), a qualificação do caráter organizado de atividades delitivas depende de sua conexão com Estado, aspecto mais relevante do conceito de organização criminosa, diretamente relacionado à dificuldade de conter esse tipo de criminalidade. Nesse sentido, ao tratar-se a corrupção como manifestação do crime organizado, o qual não existe, portanto, “sem a captura clandestina de segmentos das instituições públicas por interesses privados” (SOARES, 2008, p. 410), destitui-se de importância o âmbito individual e despolitizante do problema, acentuando-se “a natureza eminentemente pública e universalista do Estado (o que implica o compromisso essencialmente republicano de seus servidores), refratária a apropriações privatizantes” (SOARES, 2008, p. 410). Assim, segundo o autor, estaria reforçada a necessidade de se enfrentar a questão dentro de um marco republicano, buscando-se, por meio da contraposição ao crime organizado, a primazia do interesse público, como forma de consolidação democrática e superação de nosso “atávico” patrimonialismo.⁸³

3.4 Violência e ameaças como meios de intimidação

Apesar de se tratar de expediente utilizado pela criminalidade organizada, a violência não está presente em todas as suas ações e, quando empregada, destina-se a finalidades específicas e estrategicamente delimitadas. Considerando a necessidade de se buscar o mínimo de visibilidade possível da organização, a violência tende a figurar como recurso

⁸³ Sobre o forte viés patrimonialista na história brasileira, Holanda [1936]/(2009) assevera que apenas “excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal.” (HOLANDA, 2009, p. 146). Essa tradição alcança a contemporaneidade e se relaciona intimamente com a chamada “captura do Estado” por grupos criminosos organizados, compreendendo a corrupção em grande escala, com capacidade para afetar a governabilidade do país (IBÁÑEZ; FRAMIS, 2010, p. 306).

subsidiário, aplicável, por exemplo, nos casos de fracasso das tentativas de corrupção. A esse respeito, é válido salientar:

Nos crimes de homicídios, deve-se ter em conta que as organizações criminosas procuram evitá-los, na medida em que causam clamor da opinião pública e colocam os órgãos de persecução em alerta máximo e intenso trabalho de esclarecimento e captura dos executores e mandantes. São preferíveis outros métodos que possam atingir a mesma finalidade pretendida, como ameaças, intimidações, corrupções etc., que inclusive deixam poucos vestígios e não causam clamores. (MENDRONI, 2009, p. 30).

Com efeito, a violência física ocupa o último nível dos métodos de que se valem as organizações criminosas, sendo antes preferíveis outras formas de intimidação, tais como ameaças simbólicas:

violência e crueldade não são nunca gratuitas, representam sempre uma atitude extrema, a última saída quando todas as outras formas de intimidação são ineficazes ou quando a gravidade da quebra de uma norma, uma infração, é tanta que só pode merecer a morte. (FALCONE; PADOVANI, 2012, p. 39).

Ibáñez e Framis (2010) identificam quatro modalidades básicas de violência vinculada ao crime organizado, com vítimas e objetivos diferentes: (I) violência disciplinar, empregada como meio de se manter a ordem e a coesão entre os membros da organização criminosa;⁸⁴ (II) violência intimidadora e coativa contra funcionários públicos e autoridades políticas, em geral quando essas vítimas revelam-se incorruptíveis; (III) violência empregada na realização de operações/negócios ilegais, tendo como principal exemplo o sistema de extorsão em troca de proteção; e, finalmente, (IV) a violência contra outras organizações criminosas, própria de situações de disputa por mercados e territórios de influência (IBÁÑEZ; FRAMIS, 2010, p. 285).

Analisando o funcionamento das organizações criminosas originadas no interior de prisões brasileiras, Salla (2008) observa o referido caráter disciplinar do recurso à violência:

⁸⁴ Quanto a esse aspecto, é válido trazer à baila algumas observações sobre a "Cosa Nostra", cujo regulamento interno se perfaz por normas verdadeiramente draconianas: "A violência interna na organização é a mais difícil de compreender. É realmente difícil pensar que de fato obedeça a uma lógica, que a máfia não tenha outro meio para restabelecer a ordem interna senão matar [...] A Cosa Nostra é uma sociedade, uma organização jurídica a seu modo. Para ser respeitado e aplicado, seu regulamento necessita de mecanismos efetivos de sanção. Na medida em que não há nem tribunais nem forças policiais no interior do Estado-máfia, é indispensável que qualquer dos seus 'cidadãos' saibam que o castigo é inevitável e que a sentença será executada imediatamente. Quem viola as regras pagará com a vida." (FALCONE; PADOVANI, 2012, p. 49).

"A violência física, imposta ou presumida, é um dos mais importantes recursos de opressão dos grupos criminosos organizados sobre os demais presos." (SALLA, 2008, p. 375). No tocante aos atos violentos contra outras organizações criminosas, são emblemáticas as chacinas ocorridas em penitenciárias das regiões norte e nordeste do país, em janeiro de 2017, o que também se relaciona com outros problemas de não menos complexidade, tais como a superlotação carcerária e as péssimas condições de encarceramento.⁸⁵

A forma de utilização da violência é um aspecto relevante para se distinguir grupos terroristas de organizações criminosas. Nos primeiros, a violência é empregada de forma ostensiva, como meio de atrair atenção e publicidade para os atos de terror praticados. Os atentados de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos da América, e as ações dos grupos ETA, no País Basco (Espanha), do IRA, na Irlanda, e os ataques mais recentes atribuídos ao "Estado Islâmico" são exemplos contundentes.

Por outro lado, caso recorram à violência, as organizações criminosas procurarão manter o anonimato e agirão de modo breve e discreto.⁸⁶ Quando atraem publicidade, não o fazem deliberadamente (IBÁÑEZ; FRAMIS, 2010, p. 323), conquanto a regra comporte exceções.⁸⁷ Um exemplo seriam os ataques do PCC em São Paulo no ano de 2006, ocasião na qual a violência foi estratégica e largamente utilizada, com o intuito bastante claro de

⁸⁵ As mazelas do sistema prisional brasileiro não são nada recentes. O cenário de horror da antiga Casa de Detenção de São Paulo (Carandiru), desativada em 2002, persiste na realidade atual da maioria das penitenciárias brasileiras e influi sobre o contexto de caos no qual facções criminosas se confrontam. Sobre sua experiência no "Carandiru", Varella (2012) descreve: "Nas celas dos DMS [doentes mentais] o ambiente era ainda mais desolador. Antes de abrir a primeira delas, o diretor de Segurança recomendou que eu me afastasse da porta para evitar que o bafo quente e azedo de seu interior impregnasse minha roupa, medida de pouca serventia, porque fiquei para sempre com a memória daquele odor ácido, úmido, espesso e pegajoso. Espremidos nos xadrezes, alguns presos falavam sozinhos, enquanto outros davam berros repetidos em intervalos regulares, choravam agachados nos cantos, andavam nus em pequenos círculos, vestiam frangalhos molhados de urina e dormiam no chão sob o efeito dos medicamentos psiquiátricos receitados sem critério. Nunca havia imaginado que a condição humana pudesse ser degradada a esse nível." (VARELLA, 2012, p. 64).

⁸⁶ Em sua exposição acerca das características e maneiras de atuação da máfia siciliana, Falcone e Padovani esclarecem sobre as formas e oportunidade do emprego da violência pela organização: "Ela sempre escolhe a forma mais rápida e menos arriscada. Esta é a sua única regra. Não há nenhuma preferência ou fetiche por uma técnica ou por outra. O melhor método continua sendo a *lupara bianca*, a morte pura e simples da vítima escolhida, sem deixar traços do cadáver e nenhum sangue. É uma realidade que deixa estupefato qualquer um que tenha visto um fiome sobre a máfia, no qual não economizam os rios de sangue. Repito, quando pode, a máfia prefere as operações discretas, que não chamam a atenção." (FALCONE; PADOVANI, 2012, p. 37).

⁸⁷ No mesmo sentido: "*organised crime groups rather conceal their activities to pursue criminal profits, while publicity and propaganda is an essential characteristic of terrorism. Nevertheless, organised crime groups may resort to open violence and terror tactics when threatened by public authorities.*" (COUNCIL OF EUROPE, 2005, p. 20). "Grupos criminosos organizados preferem ocultar suas atividades a fim de perseguir vantagens criminais, ao passo que publicidade e propaganda são características essenciais do terrorismo. Sem embargo, grupos criminosos organizados podem recorrer à violência aberta e a táticas de terror quando ameaçados por autoridades públicas." (Tradução nossa).

retaliação pela transferência de líderes do grupo para penitenciária mais afastada.⁸⁸ Outros casos notórios, nos quais a ação violenta é premeditadamente orquestrada como meio de intimidar a população e outros possíveis alvos, tratam dos homicídios de importantes autoridades públicas (*homicídios excelentes*), como os juízes italianos Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, mortos no ano de 1992 em explosões planejadas pela "Cosa Nostra", a máfia siciliana, o que já havia ocorrido anos antes com o também magistrado Rocco Chinnici.

3.5 Uso de tecnologia associado à transnacionalização do crime organizado

Os avanços tecnológicos⁸⁹ dos últimos anos, com inequívoco destaque para a internet,⁹⁰ têm favorecido continuamente o intercâmbio de dados, a ampliação do comércio

⁸⁸ Segundo informação veiculada no documentário “São Paulo sob ataque”, produzido pelo Discovery Channel Brasil, entre os dias 13 e 15 de maio de 2006 ocorreram 280 atentados comandados pelo PCC, 46 mortes entre policiais e agentes penitenciários, 82 ônibus foram queimados e 67 unidades penitenciárias chegaram a ser simultaneamente dominadas em todo o Estado de São Paulo, com elevado número de reféns. A ação foi coordenada do interior de presídios pela alta cúpula da facção criminosa, a qual se rebelou após a notícia de que membros do “comando” seriam transferidos da capital paulistana para a penitenciária de segurança máxima de Presidente Venceslau, às vésperas do dia das mães. Os eventos assumiram grandes proporções, repercutindo até mesmo em rebeliões em penitenciárias de outros estados, como o Mato Grosso do Sul. (SÃO PAULO..., 2009). “Era evidente que se tratava de um plano orquestrado por um comando central empenhado em desafiar as autoridades e amedrontar a sociedade.” (VARELLA, 2012, p. 21).

⁸⁹ Em 1997, podiam ser apontados “meios informáticos e de telecomunicação que nem mesmo o Estado possui. Aparelhos parabólicos de escuta telefônica a distância, circuitos internos e externos de televisão, aparatos de comunicação telefônica e radiofônica intercontinentais, câmeras fotográficas auxiliadas por raios *laser*, teleobjetivas, gravadores capazes de captar sons a grande distância, atravessando inclusive paredes, comunicação por micro-ondas ou satélites etc.” (CERVINI; GOMES, 1997, p. 95-96). Atualmente, destacam-se os sistemas e aplicativos de comunicação em tempo real, por meios dos mais diversos dispositivos eletrônicos portáteis, tais como *smartphones*, *tablets* e *notebooks* de última geração.

⁹⁰ Conforme Ibáñez e Framis, “*internet ha generado nuevas oportunidades de enriquecimiento ilícito en forma de estafas y fraudes, en los que no sólo intervienen delincuentes individuales, sino también grupos criminales.*” (IBÁÑEZ; FRAMIS, 2010, p. 236). A “internet tem gerado novas oportunidades de enriquecimento ilícito em forma de golpes e fraudes, nos quais intervêm não apenas delinquentes individuais, mas também grupos criminosos.” (Tradução nossa). Com esse espeque, tem-se afirmado que o *cybercrime* (crime informático) constitui uma das formas de comissão de delitos mais exploradas pela criminalidade organizada hodiernamente. Suas vantagens envolvem a dispensa do recurso à violência e à intimidação e a possibilidade de atuação em estruturas operativas cada vez mais informais: “*en el ámbito de la cibercriminalidad no se requiere un control efectivo del territorio, no es necesario emplear violencia ni intimidación y existe un menor nivel de contacto personal, por lo que no surgen relaciones basadas en la confianza, la fuerza o el reforzamiento de la disciplina, como en las agrupaciones criminales tradicionales. En resumen, las organizaciones tienden a ser más informales, a basarse menos en el principio de jerarquía y a adoptar modelos en red.*” (CABANA, 2013, p. 30-31). “No âmbito da *cyber* criminalidade não se requer um controle efetivo do território, não é necessário empregar violência nem intimidação e existe um menor nível de contato pessoal, razão pela qual não surgem relações baseadas na confiança, na força ou no reforço da disciplina, como em agrupamentos criminosos tradicionais. Em resumo, as organizações tendem a ser mais informais, a se basear menos no princípio da hierarquia e a adotar modelos em rede.” (Tradução nossa).

internacional e a realização de transações bancárias absolutamente independentes de fronteiras e limites geográficos. Por outro lado, as relações econômicas são cada vez mais fluidas no mundo globalizado e o dinheiro circula de modo literalmente invisível, o que contribui para a especulação financeira e a ocultação de bens e recursos muitas vezes oriundos de atividades ilícitas ("lavagem" ou "branqueamento" de capitais, tão em moda no universo financeiro ilegal).

Como era natural de se esperar, o crime organizado beneficiou-se, e continua se favorecendo, do progresso tecnológico, informático, bancário e dos meios de transporte e veículos de comunicação da modernidade. É válido colacionar a análise de Callegari sobre esse aspecto fundamental da atividade contemporânea das organizações criminosas:

Os avanços tecnológicos nos sistemas de comunicação, de transmissão de informação e de transporte foram fundamentais para determinadas atividades do crime organizado. De fato, com os meios, as estruturas e *know how* implicados, as organizações criminais transnacionais obtêm rápidos e ingentes benefícios sem precedentes, seja pelo elevado número de clientes, seja pelos escassos custos econômicos e penais a respeito daquelas atividades tradicionais (CALLEGARI, 2008, p. 13).

Nesse cenário, no qual são inúmeras as possibilidades de conexão entre grupos atuantes em diversos países, promove-se a integração de mercados ilícitos e o conseqüente incremento da delinquência organizada transnacional, que "*si avvale di tutte le opportunità offerte dalla globalizzazione dei mercati e dalle nuove tecnologie di comunicazione e di gestione dell'informazione.*"⁹¹ (SAVONA, 2000, p. 307). Diante dessa perspectiva, afirma-se que "*la naturaleza transnacional de sus operaciones criminales, que se originan en un país, cruzan varios y desembocan en outro, con infractores de distintas nacionalidades, dificultan el trabajo de los jueces, fiscales y policías, con jurisdicción nacional.*"⁹² (BERMEJO MARCOS, 2009).

No mesmo sentido, Marc Goodman (2011) aponta o despreparo das autoridades oficiais ante o avançado grau de colaboração criminosa além das fronteiras nacionais:

⁹¹ "Se vale de todas as oportunidades oferecidas pela globalização dos mercados e das novas tecnologias de comunicação e de gestão da informação." (Tradução nossa).

⁹² "A natureza transnacional de suas operações criminosas, que se originam em um país, cruzam vários e desembocam em outro, com infratores de distintas nacionalidades, dificulta o trabalho de juizes, promotores e policiais, com jurisdição nacional." (Tradução nossa).

*The Hong Kong-based triads and the Japanese Yakuza have joined forces to market synthetic drugs, and Colombia's cartels cooperate with Russian and Eastern European mafias to expand the reach of their products. Although "going global" has been an important way for businesses to extend market opportunities, the strategy delivers an additional benefit to organized crime: It can create legal obstacles for law enforcement officials, who often aren't as adept at cross-border collaboration as the criminals they're tracking.*⁹³ (GOODMAN, 2011).

Dessa forma, é inexorável reconhecer a inadequação dos aparatos tradicionais dos Estados, o que implicaria a "exigência de tutela transnacional", com inevitáveis repercussões sobre a própria soberania dos países que se tornam alvos do crime organizado. Segundo Pisani, *"alla criminalità sempre più organizzata sul piano transnazionale sarebbe necessario poter opporre, sullo stesso terreno, forze di contrasto e di contenimento che si possano dire adeguate, per efficienza, capacità di dislocazione ed agilità operativa."*⁹⁴ (PISANI, 1998, p. 704). Nesse contexto, Cabana ressalta a atenção cada vez maior conferida pela União Europeia às condutas delitivas relacionadas com o emprego de novas tecnologias, sobretudo nos campos da delinquência organizada e do terrorismo (CABANA, 2013, p. 30).

Cabe destacar a maior interação entre economias legal e ilegal, proporcionada pelo processo de globalização e o correlato fenômeno de "deslocalização" (ou "desterritorialização") das atividades e investimentos das organizações criminosas, cujo impacto é a expansão para além dos limites de seus territórios de origem, aliada a uma maior capacidade de mimetização (INGROIA, 2010, p. 268). Desse quadro advêm todos os específicos mecanismos de cooperação internacional em matéria de contraposição ao crime organizado previstos na Convenção de Palermo, tais como a entrega vigiada.

Ademais, o suporte oferecido pelas inovações tecnológicas tem contribuído para o aumento do poder competitivo das organizações criminosas, fazendo com que suas atividades cada vez mais se assemelhem às de empresas e negócios legítimos (GOODMAN, 2011). A sofisticada tecnologia do século XXI atua como elemento catalisador dos negócios do crime

⁹³ "As tríades com base em Hong Kong e a Yakuza japonesa uniram forças para o mercado de drogas sintéticas, e os cartéis da Colômbia cooperam com 'máfias' russas e do leste europeu para expandir o alcance de seus produtos. Embora 'globalizar-se' foi um importante caminho para os negócios estenderem as oportunidades de mercado, a estratégia oferece um benefício adicional ao crime organizado: ela pode criar obstáculos legais para o controle das autoridades oficiais, as quais frequentemente não são tão experientes com colaboração internacional [que atravessa fronteiras] quanto os criminosos que elas rastreiam." (Tradução nossa).

⁹⁴ "À criminalidade sempre mais organizada a nível transnacional, seria necessário poder opor, sobre o mesmo terreno, forças de contraste e de contenção que se possam dizer adequadas, para eficiência, capacidade de deslocamento e agilidade operacional." (Tradução nossa).

organizado, em escala global. É interessante perceber que, no início da década de 1980, Juary Silva já identificava essa tendência, atualmente concretizada:

Graças ao vertiginoso progresso dos meios de comunicação, o crime internacionaliza-se cada vez mais, seja pela transmissão de um país a outro do *know-how* criminoso, seja pelo estabelecimento de ramificações do crime organizado em outros países, num fenômeno que se poderia comparar à expansão das multinacionais. (SILVA, 1980, p. 106).

Gomes e Cervini também já prelecionaram:

Além dos já tradicionais traços característicos, talvez seja a ‘internacionalização’ (globalização) a marca mais saliente do crime organizado nas duas últimas décadas. Já não é correto apontar a conexão norte-americana-italiana (Máfia siciliana e a Cosa Nostra) como uma singular manifestação dessa modalidade criminoso. Inúmeras são as organizações criminais já mundialmente conhecidas. [...] São grupos que atuam universalmente, favorecidos hoje pela globalização da economia, comércio livre, desenvolvimento das telecomunicações, universalização financeira, colapso do sistema comunista, processo de unificação das nações (que provoca rompimento de fronteiras) etc. (CERVINI; GOMES, 1997, p. 76-77).

Indubitavelmente, a soma dessa característica com as demais já apontadas só pode conduzir à conclusiva lição de que as organizações criminosas não se inserem no contexto da criminalidade associativa ordinária, isto é, da delinquência comum praticada em grupo. Esta última não conta com tais elementos de sofisticação, internacionalização e inserção no mundo financeiro e político, pelos quais se definem as atividades de crime organizado.

4 AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS EM DOCUMENTOS INTERNACIONAIS E NO DIREITO PENAL COMPARADO

Antes de adentrarmos a análise do tratamento legal do crime organizado no Brasil, e tendo verificado anteriormente os principais aspectos criminológicos das organizações criminosas, é útil revisar algumas considerações extraídas de documentos internacionais e a abordagem conferida ao crime organizado em legislação estrangeira selecionada. O exame do tema no direito penal comparado contribui positivamente para a melhor compreensão do modelo adotado pelo legislador brasileiro para conceituar organização criminosa e tipificar as condutas relacionadas.

No âmbito europeu, dedica-se atenção especial ao tema da criminalidade organizada em diversos instrumentos internacionais, tais como o Tratado de Amsterdã, que modificou o Tratado da União Europeia em 1997, estabelecendo a política de cooperação policial e judiciária entre os países do bloco, de forma a incluir em matéria penal a adoção progressiva de medidas para estabelecer normas mínimas concernentes aos elementos constitutivos dos delitos e penas relativos ao crime organizado, ao terrorismo e ao tráfico ilícito de drogas (EUROPEAN PARLIAMENT, 1997, p. 18).

Além disso, destacam-se as pesquisas promovidas pelo Conselho da Europa, organização internacional que reúne quarenta e sete países membros e seis países observadores, dirigida à promoção e defesa dos direitos humanos, da democracia e do estado de direito naquele continente. Especificamente acerca do crime organizado, elaborou-se relatório no qual foram informados critérios obrigatórios e facultativos para a conceituação de organizações criminosas por parte dos países integrantes do Conselho (COUNCIL OF EUROPE, 2002).

Como critérios mandatórios, a referida organização internacional listou: (I) a colaboração de três ou mais pessoas; (II) atuação por período prolongado ou indefinido; (III) suspeita ou condenação pelo cometimento de graves delitos; (IV) o objetivo de obter lucro ou poder. Como critérios opcionais, foram arrolados: (V) divisão de tarefas ou funções para cada participante; (VI) uso de alguma forma de disciplina e controle internos; (VII) emprego de violência ou outros meios próprios para intimidação; (VIII) exercício de influência sobre a política, a mídia, a administração pública, a administração da justiça ou a economia, utilizando-se de corrupção ou outros meios; (IX) uso de estruturas comerciais ou de negócios;

(X) envolvimento com “lavagem” de dinheiro; (XI) atuação em nível internacional (COUNCIL OF EUROPE, 2002, p. 7-8).

Para se qualificar determinado grupo como organização criminosa, além dos quatro critérios obrigatórios, ao menos dois dos facultativos também teriam de ser verificados. Desse modo, pretendeu-se incluir no conceito de organização criminosa não apenas grupos criminosos tradicionais, como também entidades legais ou profissionais envolvidas em sérias formas de delinquência econômica e corporativa (COUNCIL OF EUROPE, 2002, p. 7-8). Embora não se tenha considerado a divisão de tarefas como critério obrigatório, essa característica vem sendo, de modo geral, incluída na maior parte das propostas de definição formuladas, conforme escrevemos no capítulo anterior.

Já a Polícia Internacional (Interpol) tem um conceito centrado no aspecto empresarial possivelmente assumido pelas organizações criminosas, com ênfase no propósito de obter vantagem pecuniária ilícita, englobando *"n'importe quelle entreprise ou groupement de personnes engagées dans une activité illégale continue et ayant pour but principal la réalisation de profits, indépendamment des frontières nationales"*⁹⁵ (PRADEL, 1998, p. 644). Quanto às possíveis atividades criminosas, incluem-se no programa delitivo o tráfico de seres humanos, bens ilícitos, armas e drogas, roubo armado, contrafação e lavagem de dinheiro (INTERPOL, 2017).

Em relação a convenções internacionais em matéria de delinquência organizada, merece comentários especiais a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, mais conhecida como Convenção de Palermo. Sua importância é inquestionável, visto que serve como modelo para o conceito e tipificação do crime de participação em organização criminosa na legislação penal de diversos países, além de claramente inspirar a abordagem do tema em outros documentos internacionais. Como exemplo notável, destaca-se a Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho da União Europeia, que prevê definição de organização criminosa praticamente idêntica em seus elementos ao conceito adotado na Convenção de Palermo. Além disso, a referida decisão também impõe

⁹⁵ "Qualquer empresa ou agrupamento de pessoas engajadas em uma atividade ilegal contínua e que tenham por objetivo principal a realização de lucros, independentemente das fronteiras nacionais". (Tradução nossa).

aos países da União a criminalização da participação em organização criminosa, de modo geral nos mesmos moldes estipulados na convenção das Nações Unidas.⁹⁶

4.1 A Convenção de Palermo e o conceito de grupo criminoso organizado

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também chamada de Convenção de Palermo, foi adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000, e entrou em vigor em 29 de setembro de 2003, com o objetivo de promover a cooperação entre os Estados membros da ONU para prevenir e reprimir a criminalidade organizada transnacional, conforme se extrai de seu artigo 1º. O Brasil é signatário da Convenção, a qual foi aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 231, e introduzida no ordenamento jurídico pátrio a partir da edição do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, "com força" de lei ordinária (ESTELLITA, 2009, p. 62). O país ainda aderiu aos três protocolos⁹⁷ da Convenção.

O referido instrumento normativo internacional prevê em seu artigo 2º, inaugurando uma série de outras definições, o conceito de *grupo criminoso organizado*:

Artigo 2.º Terminologia

Para efeitos da presente 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

⁹⁶ Acerca da similaridade entre as disposições dos dois documentos, confira-se: art. 1º da Decisão-Quadro 2008/841/JAI e art. 2º da Convenção de Palermo, os quais tratam da definição de organização criminosa e grupo criminoso organizado, respectivamente; art. 2º da Decisão-Quadro 2008/841/JAI e art. 5º da Convenção de Palermo, que dispõem sobre a criminalização da participação em organização criminosa/grupo criminoso organizado, de acordo com modelo alternativo ou cumulativo entre as duas opções previstas. A aludida decisão do Conselho da União Europeia ainda espelha a Convenção de Palermo na diretriz de responsabilização das pessoas jurídicas pela prática das infrações graves cometidas pela organização criminosa (art. 5º da Decisão-Quadro 2008/841/JAI e art. 10 da Convenção de Palermo). A Decisão-Quadro em referência (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2008) também materializa uma das dez prioridades do Programa de Haia (elaboração de conceito estratégico para criminalidade organizada), adotado no Conselho Europeu de 4 e 5 de novembro de 2004 para os cinco anos subsequentes.

⁹⁷ Protocolo relativo à prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças (Decreto nº 5.017/04); Protocolo relativo ao combate ao tráfico de migrantes por via terrestre, marítima e aérea (Decreto nº 5.016/04); e Protocolo contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, suas peças e componentes e munições (Decreto nº 5.941/06). Tais protocolos, assim como a própria Convenção de Palermo, determinam aos países signatários mandamentos de criminalização das condutas que buscam prevenir e reprimir. Nesse sentido, destaca-se no âmbito doméstico a recente aprovação da Lei nº 13.344/16, que dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas.

de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material (BRASIL, 2004).

De acordo com McClean (2007), a definição supratranscrita é produto de longa discussão e do embate entre diversos elementos oferecidos por diferentes delegações dos países envolvidos na elaboração da Convenção. Segundo o autor, houve discordância até mesmo com relação ao termo que deveria ser definido: "crime organizado", "atividade criminosa organizada" ou "grupo criminoso organizado" (MCCLEAN, 2007, p. 39). Frise-se que não foi utilizada no texto original do documento a expressão *criminal organization* (organização criminosa), mas sim *organized criminal group*, ou grupo criminoso organizado.

Pode-se afirmar, de modo geral, que a definição em referência congrega os critérios de quantidade de pessoas, duração no tempo, atuação concertada, gravidade dos fatos e finalidade de proveito material (CASTRO, 2003, p. 308). O primeiro elemento que ressaí do aludido conceito é o "grupo estruturado de três ou mais pessoas". Fixou-se, assim, o número mínimo de integrantes que devem compor a agremiação, nos termos da Convenção.⁹⁸ Quanto ao significado de *grupo estruturado*, é o próprio artigo 2º que o informa, em sua alínea c: "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" (BRASIL, 2004).

O caráter não fortuito da formação do grupo destina-se precipuamente à distinção entre organizações criminosas e a mera situação do concurso de pessoas. Assim, supõe-se a necessidade de acordo e certo grau de estabilidade (o que também se verifica em "existente há algum tempo"), a fim de que se realize o programa delitivo, podendo abranger apenas uma infração grave ou enunciada na Convenção. Neste ponto, cabe antecipar que o legislador brasileiro foi mais criterioso, ao prever sempre no plural a necessidade de a associação criminosa destinar-se à prática de *crimes* (art. 288, *caput*, do Código Penal) ou de *infrações penais*, no caso da organização criminosa (art. 1º, §1º, da Lei 12.850/13).

Ainda segundo o conceito de "grupo estruturado", não se exige a formal divisão de tarefas ou funções entre os membros (aspecto reproduzido no conceito de organização

⁹⁸ Por outro lado: "*In the common law tradition, [sic] two people may be guilty of conspiracy, but for the purposes of the Convention a larger group is needed.*" (MCCLEAN, 2007, p. 41). "Na tradição do *common law*, duas pessoas podem ser culpadas de conspiração, mas para os propósitos da Convenção um grupo maior é necessário." (Tradução nossa).

criminosa da Lei 12.850/13), nem tampouco a existência de estrutura elaborada ou continuidade em sua composição, o que sugere a intercambialidade ou fungibilidade dos integrantes da organização. Em uma interpretação ampla, admitem-se grupos de estrutura variada, seja ela hierárquica ou não, o que pode implicar acentuada extensão do termo.⁹⁹ Ademais, percebe-se que a redação do dispositivo foi inteiramente construída com expressões de negação, o que a torna alvo de críticas pelo prejuízo à taxatividade da definição. "*There is a sense in which this is a non-definition; or more accurately a definition which proceeds by excluding factors rather than including them.*"¹⁰⁰ (MCCLEAN, 2007, p. 43).

Também integra o conceito de grupo criminoso organizado a *atuação concertada* com o propósito de cometer *uma ou mais infrações graves ou enunciadas* na Convenção. Atuar concertadamente significa agir de forma ordenada, acordada e sintonizada com os demais membros da organização. Para McClean, a expressão nada mais indica que se trata de uma atividade de grupo, e não meros atos simultâneos de alguns membros agindo por sua própria conta (MCCLEAN, 2007, p. 41). Caso contrário, estaríamos diante do simples concurso de agentes ou até mesmo, não havendo liame subjetivo entre eles, da hipótese de autoria colateral.

Como já fora mencionado, a Convenção não exige mais de uma infração para a caracterização do grupo criminoso organizado. Essa orientação é passível de questionamentos,¹⁰¹ uma vez que se pode fundamentadamente argumentar que uma reunião

⁹⁹ Orlova e Moore esclarecem que os "*travaux préparatoires to the Palermo Convention indicate that the term 'structured group' must be used in a broad sense, so as to include 'both groups with hierarchical or other elaborate structure and non-hierarchical groups where the roles of the members of the group need not be formally defined.'*" *Such a contradictory definition is arguably a result of trying to accommodate divergent views of organized crime, which may include hierarchical as well as non-hierarchical groups. Such compromising allows for the term 'structured group' to refer to almost every kind of formation, thus rendering it practically meaningless.*" (ORLOVA; MOORE, 2005, p. 282-283). "Trabalhos preparatórios para a Convenção de Palermo indicam que o termo 'grupo estruturado' deve ser usado em um sentido amplo, a fim de incluir 'ambos grupos com estrutura hierárquica ou outra elaborada e grupos não hierárquicos nos quais os papéis dos membros do grupo não necessitam de serem formalmente definidos.' Tal contraditória definição é indiscutivelmente um resultado da tentativa de acomodar visões divergentes do crime organizado, que pode incluir grupos hierárquicos assim como não hierárquicos. Tal comprometimento permite que o termo 'grupo estruturado' se refira a quase todo tipo de formação, assim tornando-o praticamente sem significado." (Tradução nossa).

¹⁰⁰ "Há um sentido no qual esta é uma não definição; ou mais precisamente uma definição que procede excluindo fatores ao invés de inclui-los." (Tradução nossa).

¹⁰¹ Nesse sentido, "*is the commission of just one crime (unless the crime is ongoing), no matter how grave, enough to view an entity as part of organized crime? Many authors agree that what distinguishes organized criminal entities from other groups is systematic, ongoing criminal activity-criminal activity as a business.*" (ORLOVA; MOORE, 2005, p. 283). "A comissão de apenas um crime (a menos que o crime esteja em curso), não importa quão grave, é suficiente para visualizar uma entidade como parte do crime organizado? Muitos

de pessoas jamais configuraria um agrupamento criminoso, tal qual a organização criminosa, se não demonstrassem a intenção clara de concretizar determinado programa delitivo, o que necessariamente pressupõe mais de uma infração penal. Pode-se inclusive sustentar que mesmo diante do propósito de cometimento de *infrações*, seria ao menos necessária a real tentativa de algum desses atos para se verificar de fato a existência da organização criminosa, o que se revela muito mais consentâneo com a perspectiva do *direito penal do fato*.¹⁰² O próprio texto da Convenção de Palermo faz alusão a essa exigência, como uma das possíveis reservas da recomendação de criminalização da participação em grupo criminoso organizado (artigo 5º, item 1, alínea "a", i), a depender das prescrições do direito interno de cada Estado signatário da Convenção.

"Infração grave",¹⁰³ de acordo com as disposições do documento (artigo 2º, alínea b), é o "ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior" (BRASIL, 2004). Compreende-se, portanto, que deve ser cominada pena máxima à infração de *no mínimo* quatro anos. Pode-se entender que a Convenção "*al fijar este mínimo estaría dando una base firme de política criminal, al menos en cuanto a la pena a establecer para estos hechos*."¹⁰⁴ (SÁNCHEZ, 2012, p. 102).

Nos exatos termos de tal previsão, estariam excluídas desse conceito, no direito penal brasileiro, as contravenções penais. Contudo, adaptou-se a referida definição de infração grave na Lei 12.850/13, em seu artigo 1º, §1º, de modo que a organização criminosa deve ter

autores concordam que o que distingue entidades criminosas organizadas de outros grupos é a atividade criminosa continuada, sistemática - atividade criminosa como um negócio." (Tradução nossa).

¹⁰² Trataremos mais detidamente sobre o tema nos capítulos seguintes.

¹⁰³ A noção de infração grave é necessariamente orientada por critérios de escolha de política criminal, adaptados por cada país de modo a se lograr a melhor abordagem do conceito de organização criminosa. Nessa senda: "*La definición de 'delito grave' responde a un largo proceso de análisis y discusión que ha involucrado a expertos de diversos países, en la búsqueda de un concepto que permita englobar los diversos escenarios en que se manifiesta la así denominada criminalidad organizada*." (SÁNCHEZ, 2012, p. 101). "A definição de 'delito grave' responde a um longo processo de análise e discussão que tem envolvido especialistas de diversos países, na busca de um conceito que permita englobar os diversos cenários em que se manifesta a assim denominada criminalidade organizada." (Tradução nossa). Para Orlova e Moore, a "*categorization of offenses and their respective punishments vary greatly from country to country. Hence, reference to a four-year threshold has the potential of blurring the line between serious and other types of crimes, thus calling into question which offenses should be prosecuted as organized criminal activities*." (ORLOVA; MOORE, 2005, p. 284). A "categorização das infrações e suas respectivas penas varia muito de país para país. Consequentemente, a referência a um patamar de quatro anos tem o potencial de embaçar a linha entre crimes graves e de outros tipos, assim colocando em questão quais delitos deveriam ser processados como atividades criminosas organizadas." (Tradução nossa).

¹⁰⁴ "Ao fixar este mínimo estaria dando uma base firme de política criminal, ao menos no tocante à pena a se estabelecer para esses fatos". (Tradução nossa).

por objetivo a prática de infrações penais com pena máxima *superior* a quatro anos (diverge da Convenção de Palermo, pois exige mais que quatro anos) *ou* que sejam de caráter transnacional, podendo, nessa segunda hipótese, abarcar contravenções penais.

Ainda sobre o conceito adotado pelas Nações Unidas, o grupo criminoso organizado deve se orientar à prática de pelo menos uma infração grave, conforme definida acima, *ou* ao cometimento de alguma das infrações enunciadas na própria Convenção de Palermo, quais sejam: a participação em grupo criminoso organizado (artigo 5º); a "lavagem" do produto do crime (artigo 6º); a "corrupção" (artigo 8º); e a obstrução à justiça (artigo 23).¹⁰⁵ Quanto a essas condutas, recomenda-se expressamente aos Estados signatários a sua criminalização, segundo os moldes delineados nos dispositivos convencionais citados, independentemente da natureza transnacional do delito ou do envolvimento de um grupo criminoso organizado (UNODC, 2016, p. 1). Cabe ressaltar que o escopo fundamental da Convenção é justamente o de traçar medidas contra a lavagem de dinheiro e a corrupção, que revestem as ações do crime organizado transnacional, determinando orientações para o aperfeiçoamento da cooperação internacional, técnicas de investigação, assistência judiciária recíproca, confisco e apreensão de bens, entrega vigiada, além da extradição.

O último elemento que se agrega à definição de grupo criminoso organizado é a específica intenção de obter, direta ou indiretamente, *benefício econômico*¹⁰⁶ *ou outro benefício material*, refletindo as pesquisas criminológicas que identificam o lucro como objetivo precípua da criminalidade organizada. Conforme McClean esclarece, foi árdua a tarefa de se obter um consenso a respeito dos termos empregados na Convenção. Visando a encampar no conceito grupos terroristas,¹⁰⁷ a Turquia, ao lado da Argélia, Egito e Marrocos,

¹⁰⁵ A relação entre os crimes de participação em organização criminosa, lavagem de dinheiro e corrupção, em nosso juízo, não é meramente fortuita ou incidental. O fato de tais condutas constarem do programa de criminalização da Convenção de Palermo é uma evidência disso.

¹⁰⁶ O texto original da Convenção utiliza o termo *financial* (financeiro), traduzido no Decreto nº 5.015/04 como *econômico*.

¹⁰⁷ Verifica-se a tendência contemporânea de se distinguir na seara jurídico-penal as organizações criminosas das organizações terroristas, com base exatamente na finalidade específica de cada grupo (SILVA, 2015, p. 5). Enquanto as organizações criminosas buscam primordialmente a obtenção de lucro, vantagem econômica ou material, as organizações terroristas teriam em primeiro plano motivações político-ideológicas, o que não as impede de auferir algum benefício econômico para o financiamento de suas atividades. No tocante ao conceito de grupo criminoso organizado adotado na Convenção de Palermo, foi expressamente consignado em informe publicado pelas Nações Unidas para orientar a elaboração legislativa dos Estados membros: "*esta definición no abarca a los grupos terroristas y los grupos insurgentes, mientras sus objetivos no estén relacionados con un beneficio económico o de orden material. Sin embargo, la definición puede abarcar a esos grupos si, por ejemplo, una organización terrorista vende drogas a fin de recaudar dinero para financiar sus actividades.*" (UNODC, 2014, p. 8). "Esta definição não abarca grupos terroristas e grupos insurgentes, enquanto seus

defendeu a inclusão de crimes cometidos com o intuito de obter benefício moral, o que as delegações de outros países concluíram ser muito ambíguo (MCCLEAN, 2007, p. 40).

De qualquer forma, a expressão ao fim reproduzida no texto não deixa de ser controversa, na medida em que "outro benefício material" amplia a natureza da vantagem que caracteriza o fim especial de agir da organização criminosa. De acordo com as recomendações dos trabalhos preparatórios da Convenção, a expressão em apreço deve ser realmente considerada de maneira ampla, abrangendo, por exemplo, crimes cuja motivação predominante seja a de gratificação sexual (MCCLEAN, 2007, p. 40), o que ultrapassa a finalidade de auferir vantagem econômica. Orlova e Moore advertem sobre os riscos de tal alcance interpretativo:

*While the reference to "financial benefits" is an attempt to capture the profit-oriented, enterprising nature of organized crime, the inclusion of the term "other material benefits" is rather questionable. This term has the potential of being interpreted very broadly to include non-economically motivated crimes such as environmental or politically-motivated offenses.*¹⁰⁸ (ORLOVA; MOORE, 2005, p. 283).

Apesar de constituir o principal instrumento normativo internacional a servir como referência para a contraposição à criminalidade organizada transnacional, e de conter importantes disposições cogentes a serem implementadas, ao menos em seus parâmetros mínimos,¹⁰⁹ por cada país signatário, com as reservas de seu direito interno (aliás, essa ressalva é mencionada em diversos pontos do tratado¹¹⁰), a Convenção de Palermo é alvo de outras críticas, além daquelas anteriormente indicadas.

objetivos não estejam relacionados com um benefício econômico ou de ordem material. Sem embargo, a definição pode abarcar esses grupos se, por exemplo, uma organização terrorista vende drogas a fim de arrecadar dinheiro para financiar suas atividades." (Tradução nossa).

¹⁰⁸ "Enquanto a referência a 'benefícios financeiros' é uma tentativa de captar a natureza lucrativa e empreendedora do crime organizado, a inclusão do termo 'outros benefícios materiais' é bastante questionável. Esse termo tem o potencial de ser interpretado muito amplamente para incluir crimes não motivados economicamente, tais como delitos ambientais ou politicamente motivados." (Tradução nossa).

¹⁰⁹ Estellita salienta o caráter programático da Convenção de Palermo, cujas disposições devem ser aplicadas pelos Estados signatários na medida em que se coadunem com a legislação doméstica, não possuindo, na visão da autora, aplicação direta sobre o direito interno: "os instrumentos internacionais de repressão e prevenção da prática de crimes estabelecem pautas programáticas com *standards* mínimos sobre a base dos quais cada Estado Parte deverá estabelecer sua legislação nacional, não gozando, contudo, de aplicabilidade direta no direito interno, nem sendo esta, é bom repisar, a sua vocação." (ESTELLITA, 2009, p. 79).

¹¹⁰ Art. 5º, item 1, alínea "a", *i* (criminalização da participação em grupo criminoso organizado); art. 6º, item 1, alínea "b" (criminalização da lavagem de dinheiro); art. 9º, item 1 (medidas contra a corrupção); art. 10, item 1 (responsabilidade das pessoas jurídicas); art. 12, item 1 (confisco e apreensão), dentre vários outros dispositivos subsequentes.

Argumenta-se que seu conceito de "grupo criminoso organizado" é demasiadamente amplo e genérico, violando o princípio da taxatividade (GOMES, 2009b). Sob esse prisma, "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." (ESTELLITA, 2009, p. 86). Por outro lado, a definição proposta seria ao mesmo tempo não inclusiva, na medida em que não abrange elementos relacionados com frequência às organizações criminosas em debates legais e acadêmicos, mormente o potencial recurso à violência e à corrupção,¹¹¹ "*which are arguably some of the most commonly utilized methods by organized criminal entities*"¹¹² (ORLOVA; MOORE, 2005, p. 284). No mesmo sentido:

*Diversos expertos consideraron, con razón, que la definición propuesta por Naciones Unidas excluía elementos que siempre se habían considerado fundamentales o habituales en el crimen organizado, sobre todo su relación con la violencia y la corrupción. Otros autores mostraron su desacuerdo por haber incluido la precisión numérica de un mínimo de tres personas, y señalaron, también con razón, que dicho criterio podía traicionar la pretensión original de reservar el concepto de 'crimen organizado' exclusivamente a casos de delincuencia grupal con un elevado impacto social. [...] la definición de Naciones Unidas no ha logrado resolver las dudas sobre dónde fijar el límite entre lo que convendría considerar un grupo de crimen organizado y otras formas de asociación delictiva de menor entidad.*¹¹³ (IBÁÑEZ; FRAMIS, 2010, p. 21).

Na opinião de Castro, é possível deprender do conjunto de técnicas e procedimentos previstos para a investigação e processo dos crimes enunciados na Convenção, tais como a entrega vigiada e o uso de tecnologia, que o narcotráfico impregna os objetivos do tratado, como uma das formas mais típicas de crime organizado (CASTRO, 2003, p. 308). De acordo com a autora, "*la definición no parece, en cambio, totalmente adecuada para otros delitos*

¹¹¹ Em sentido contrário, Paula Andrea Ramírez Barbosa sustenta: "*La convención reconoce implícitamente que la delincuencia organizada se alimenta de la protección interna, basada en el secreto, y la protección externa, basada en el trípode de violencia, corrupción y obstrucción a la justicia.*" (BARBOSA, 2008, p. 69). "A convenção reconhece implicitamente que a delinquência organizada se alimenta da proteção interna, baseada no segredo, e a proteção externa, baseada no tripé de violência, corrupção e obstrução à justiça." (Tradução nossa).

¹¹² "Os quais são indiscutivelmente alguns dos métodos mais comumente utilizados por entidades criminosas organizadas." (Tradução nossa).

¹¹³ "Diversos especialistas consideraram, com razão, que a definição proposta pelas Nações Unidas excluía elementos que sempre haviam sido considerados fundamentais ou habituais no crime organizado, sobretudo sua relação com a violência e a corrupção. Outros autores mostraram seu desacordo por se ter incluído a precisão numérica do mínimo de três pessoas, e sinalizaram, também com razão, que dito critério podia trair a pretensão original de reservar o conceito de 'crime organizado' exclusivamente para casos de delinquência grupal com um elevado impacto social. [...] a definição das Nações Unidas não logrou resolver as dúvidas sobre onde fixar o limite entre o que conviria considerar-se como grupo criminoso organizado e outras formas de associação delictiva de menor entidade." (Tradução nossa).

organizados de carácter transnacional, como el tráfico de inmigrantes, la trata de blancas y el comercio sexual con menores, que son hoy hechos de mucha gravedad y extensión."¹¹⁴ (CASTRO, 2003, p. 309).

Em suma, boa parte das críticas relatadas pode ser resumida na afirmação de Keith Morrill, negociador chefe canadense da Convenção de Palermo, no sentido de que definir crime organizado na Convenção era de fato um assunto secundário, servindo o documento muito mais como uma caixa de ferramentas para viabilizar o funcionamento de diversas provisões de cooperação (ORLOVA; MOORE, 2005, p. 285).

4.2 Legislação penal estrangeira

Trataremos a seguir, sem qualquer pretensão de exaurir a abordagem do tema, das opções adotadas na legislação penal da Itália, da Espanha e de Portugal para tipificar a conduta de formação de associação e/ou organização criminosa, considerando a influência da tradição romano-germânica sobre o enfoque conceitual de tais figuras delituosas no direito penal brasileiro. Ressaltamos, de plano, as dificuldades inerentes ao estudo de direito comparado e as naturais limitações decorrentes das peculiaridades de cada ordenamento jurídico, relacionadas com as características próprias de outra sociedade, cultura, política e economia, com seus reflexos sobre os tipos penais adotados em cada país. A advertência de Pradel continua válida: "*Les divers droits sont loin encore de marcher d'un même pas*",¹¹⁵ apesar da tendência à harmonização no que diz respeito ao crime organizado (PRADEL, 1998, p. 671).

O intrincado emaranhado de normas em matéria de criminalidade organizada, muitas vezes previstas em legislação esparsa, é outro fator que nos compele a restringir a análise comparada à definição e tipificação da formação de associação/organização criminosa,¹¹⁶ não sendo objeto de investigação, portanto, demais disposições legais concernentes aos delitos

¹¹⁴ "A definição não parece, no entanto, totalmente adequada para outros delitos organizados de caráter transnacional, como o tráfico de imigrantes, o tráfico de mulheres e o comércio sexual com menores, que hoje são fatos de muita gravidade e extensão." (Tradução nossa). Não obstante o referido comentário, cumpre frisar que as condutas criminosas exemplificadas fazem parte do catálogo de infrações sobre as quais versam os protocolos da Convenção de Palermo.

¹¹⁵ "Os diversos sistemas jurídicos estão ainda distantes de caminhar em um mesmo passo." (Tradução nossa).

¹¹⁶ Compreende, portanto, a comparação ao nível da regra de direito, neste caso específico, do tipo penal de associação e/ou organização criminosa, utilizando-se método informativo/descritivo (ANCEL, 1980, p. 120).

relacionados ao tipo básico, nem tampouco questões afetas aos aspectos investigatórios e processuais previstos para o crime organizado, que integram um sistema completo de mecanismos especialmente disciplinados para esse tipologia criminosa.

Cabe ressaltar, finalmente, que a identificação das escolhas político-criminais estrangeiras para a abordagem jurídico-penal das organizações criminosas, espelhando também as suas deficiências, é de grande relevância para a desconstrução do mito que inspira o legislador pátrio a importar modelos prontos e especificamente delineados para a contraposição à criminalidade própria de países com diferentes contextos socioculturais, políticos e econômicos.

De qualquer modo, não se pode empreender tal análise sem ter em conta o paradoxal conflito existente entre as orientações de padronização em nível internacional¹¹⁷ das estratégias penais e processuais penais voltadas para o crime organizado, principalmente aquelas dispostas na Convenção de Palermo, e, de outro lado, a necessidade lógica de que tais estratégias reflitam as peculiaridades do país para o qual são projetadas e, sobretudo, estejam em conformidade com os valores constitucionais erigidos em cada sistema jurídico.¹¹⁸

¹¹⁷ Na esteira desse entendimento, "*ha de tenerse presente la tendencia a homogeneizar la respuesta penal en este punto, no solo a nivel europeo, en el que se propone la creación de un tipo común europeo relativo a la participación en una organización criminal, sino mundial, en el que la firma de la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada [...] ha supuesto un importante punto de inflexión*" (CABANA, 2013, p. 14-15). "Há de se ter presente a tendência a homogeneizar a resposta penal neste ponto, não só a nível europeu, no qual se propõe a criação de um tipo comum europeu relativo à participação em uma organização criminosa, como também mundial, no qual a assinatura da Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade transnacional organizada [...] supôs um importante ponto de inflexão" (tradução nossa). O contraponto da referida tendência homogeneizante é salientado por Silva Sánchez: "*ni la asimilación, ni la armonización legislativas garantizan en ningún caso la homogeneidad de las respuestas, aparte de plantear dificultades de índole constitucional.*" (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 89). "Nem a assimilação, nem a harmonização legislativas garantem em nenhum caso a homogeneidade das respostas, além de suscitar dificuldades de índole constitucional." (Tradução nossa). Na doutrina penal brasileira, Jesus (2000) também registra a tendência internacional uniformizadora em relação ao que se deve considerar como crime organizado.

¹¹⁸ Sobre o ponto, é relevante a crítica de Cavaliere às decisões-quadro do Conselho da União Europeia, que muitas vezes "impõem orientações fortemente expansivas ao direito penal, inserindo-se plenamente no *trend* internacional do direito penal da neutralização da periculosidade subjetiva" (CAVALIERE, 2012, p. 67), e por isso mesmo de cunho ostensivamente antigarantista. O autor confronta as diretivas do direito penal europeu à luz dos pilares da Constituição italiana (o que também se aplicaria a qualquer outro país fundado sobre o sistema democrático), a fim de evidenciar a problemática da imposição da criminalização de condutas associativas, a exemplo da supracitada decisão-quadro 2008/841/JAI, com o "risco de erosão dos princípios, e especialmente daqueles não explicitamente afirmados na Constituição, como a taxatividade e a lesividade. [...] No conflito entre a obrigação de interpretação conforme a decisão quadro, que obriga a estender o conceito de associação àquelas sem uma estrutura particular, e aquela de interpretar constitucionalmente conforme a taxatividade, que imporá ao menos a exigência de uma organização idônea, é provável que prevaleça, na praxe jurisprudencial, a primeira" (CAVALIERE, 2012, p. 73).

4.2.1 A associação de tipo mafioso do Código Penal Italiano

Quando se fala em organizações criminosas, em qualquer parte do mundo, é inevitável a alusão à famigerada *máfia italiana*, da qual a *Cosa Nostra* siciliana se tornou a representante por excelência.¹¹⁹ O tema já foi vastamente estudado no direito penal italiano, em razão da figura delituosa da "associação de tipo mafioso", autonomamente tipificada no Código Penal da Itália¹²⁰ (art. 416 *bis*), destacando-se da tradicional "associação para delinquir" (art. 416).

Introduzido pela Lei n. 646/1982, também conhecida como *Legge Rognoni-La Torre*, o artigo 416 *bis* do Código Penal Italiano tem em sua raiz mais de uma razão justificadora. De acordo com Fiandaca e Musco:

*Da un lato, l'art. 416 bis intende anche 'simbolicamente' evidenziare il particolare disvalore della criminalità mafiosa, quale fenomeno socialmente dannoso a diversi livelli. Dall'altro lato, la configurazione di una fattispecie incriminatrice ad hoc tende all'obiettivo pratico di rimediare alla spesso lamentata inadeguatezza della tradizionale fattispecie dell'associazione per delinquere (art. 416) a reprimere la fenomenologia criminosa di stampo mafioso.*¹²¹ (FIANDACA; MUSCO, 2002, p. 470).

No mesmo sentido, Sales também ressalta os repetidos insucessos judiciários relacionados à inadequação do artigo 416 do Código Penal Italiano para reprimir a criminalidade mafiosa:

a mencionada lei [n. 646/1982] foi promulgada após um período em que a máfia adotou, mais uma vez, a estratégia dos *omicidi eccellenti* na Sicília, que culminou com os assassinatos de Mattarella, Terranova, La Torre e do general Dalla Chiesa e sua esposa, este último acontecido em 2.9.1982, fatos que geraram a indignação da sociedade civil italiana em face da impunidade dos *fatti di criminalità mafiosa*. (SALES, 2005, p. 176-177).

¹¹⁹ Nesse sentido: "*Il principale modello di organizzazione mafiosa è quello siciliano, diffusosi anche negli Stati Uniti*" (PEZZINO, 1999, p. 9). "O principal modelo de organização mafiosa é aquele siciliano, difundido também nos Estados Unidos" (tradução nossa). Em "*Cose di Cosa Nostra*", Giovanni Falcone analisa os diversos aspectos da *Cosa Nostra* siciliana, tais como o simbolismo de suas práticas, o emprego da violência, as relações internas e com o poder político, e a intrincada oposição entre o Estado legítimo e o que o autor denomina de "estado-máfia". (FALCONE; PADOVANI, 2012).

¹²⁰ Sobre o crime de associação de tipo mafioso no código penal peninsular, confira-se o aprofundado estudo da doutrina italiana acerca de tal figura delituosa realizado por Sales (2005, p. 175-194).

¹²¹ "De um lado, o art. 416 *bis* pretende também 'simbolicamente' evidenciar o particular desvalor da criminalidade mafiosa, como fenômeno socialmente danoso em diversos níveis. De outro lado, a configuração de um tipo penal incriminador *ad hoc* atende o objetivo prático de remediar a frequentemente lamentada inadequação do tradicional tipo penal da associação para delinquir (art. 416), no sentido de reprimir a fenomenologia criminosa de caráter mafioso." (Tradução nossa).

Com mais de trinta anos de vigência, o artigo 416 *bis* do *codice penale* teve sua redação modificada diversas vezes, principalmente quanto às penas cominadas e ao *nomen juris*, alterado em 2008 de "*associazione di tipo mafioso*" para "*associazioni di tipo mafioso anche straniere*". O texto atual prevê:

Associazioni di tipo mafioso anche straniere
Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da dieci a quindici anni.
Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da dodici a diciotto anni.
L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali.
Se l'associazione è armata si applica la pena della reclusione da dodici a venti anni nei casi previsti dal primo comma e da quindici a ventisei anni nei casi previsti dal secondo comma.
L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della finalità dell'associazione, di armi o materie esplosive, anche se occultate o tenute in luogo di deposito.
Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà.
Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego.
Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla 'ndrangheta e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso.¹²² (ITALIA, 1930).

¹²² "Associações de tipo mafioso ainda que estrangeiras

Qualquer um que faz parte de uma associação de tipo mafioso formada por três ou mais pessoas é punido com reclusão de dez a quinze anos.

Aqueles que promovem, dirigem ou organizam a associação são punidos, só por esse fato, com reclusão de doze a dezoito anos.

A associação é de tipo mafioso quando aqueles que dela fazem parte se valem da força de intimidação do vínculo associativo e da condição de sujeição e de *omertà* que dela deriva para cometer delitos, para adquirir de modo direto ou indireto a gestão ou, de qualquer outro modo, o controle de atividades econômicas, de concessões, de autorizações, empreitadas e serviços públicos, ou para realizar proveitos ou vantagens injustas para si ou para outros, ou para o fim de impedir ou obstaculizar o livre exercício do voto ou de conseguir votos para si ou para outros em ocasião de consultas eleitorais.

Se a associação é armada, aplica-se a pena de reclusão de doze a vinte anos nos casos previstos no primeiro *comma* e de quinze a vinte e seis anos nos casos previstos no segundo *comma*.

A associação é considerada armada quando os participantes têm a disponibilidade, para a obtenção das finalidades da associação, de armas ou materiais explosivos, mesmo se ocultadas ou tidas em depósito.

Nota-se de plano o caráter eminentemente sociológico da definição de *associazione di tipo mafioso* formulada pelo legislador italiano. Por isso, o estudo do tipo penal deve ser precedido de algumas considerações acerca do próprio termo *máfia*. Os elementos objetivos previstos no terceiro *comma* do artigo 416 *bis* constituem o denominado "método mafioso", o qual se refere diretamente à *Cosa Nostra*, associação mafiosa oriunda da região da Sicília que serviu como paradigma para o tipo penal analisado, cuja aplicação se estende a outras organizações criminosas também caracterizadas pelo método mafioso e atuando com os mesmos objetivos identificados na norma penal, tais como a *Camorra*¹²³ e a *'Ndrangheta*.¹²⁴

Com lastro nas pesquisas históricas e sociológicas já desenvolvidas sobre o tema, Lupo [1996]/(2002) afirma que, de acordo com a acepção predominante, *máfia* se refere à criminalidade regional siciliana, *camorra* corresponde à criminalidade regional napolitana e, de modo mais recente e por simetria, o termo *'ndrangheta* foi introduzido pela mídia para designar a criminalidade típica da região da Calábria (LUPO, 2002, p. 13).

Não por acaso o *nomen juris* da figura delituosa do art. 416 *bis* é *associazioni di tipo mafioso anche straniere*, e não simplesmente *associazione mafiosa*. Sua aplicação não é restrita à *Cosa Nostra*. Desse modo, estão subsumidas no tipo penal quaisquer associações que reúnam as finalidades e os elementos característicos do método mafioso, ainda que estrangeiras, de acordo com a previsão do último *comma*. "Segundo os estudiosos italianos, a denominada *legge La Torre* não teve como *ratio* considerar a macro-organização mafiosa, mas todas as microassociações mafiosas." (SALES, 2005, p. 184).

Se as atividades econômicas que os associados pretendem assumir ou manter o controle são financiadas, no todo ou em parte, com o preço, o produto ou o proveito de delitos, as penas estabelecidas nos *commi* precedentes são aumentadas de um terço até a metade.

Em relação ao condenado, é sempre obrigatório o confisco das coisas que serviram ou foram destinadas a cometer o crime e das coisas que dele são o preço, o produto, o proveito ou que desses constituam o emprego.

As disposições do presente artigo se aplicam também à *camorra*, à *'ndrangheta* e as outras associações de qualquer outro modo localmente denominadas, ainda que estrangeiras, que, se valendo da força intimidadora do vínculo associativo, perseguem escopos correspondentes àqueles das associações de tipo mafioso." (Tradução nossa).

¹²³ "A palavra *camorra* indica mormente sistemas de controle ilegítimo dos mercados, dos leilões públicos, dos contratos, do voto, e, às vezes, as fontes referem-se aos ambientes urbanos, deixando os rurais para a 'máfia'." (LUPO, 2002, p. 15).

¹²⁴ Sobre as origens e história da *'Ndrangheta*, suas relações com o poder político e atuais ramificações em diversos países, confira-se a obra recente de Francesco Forgione: "a cabeça, o coração, a inteligência orgânica da *'ndrangheta* vivem na Calábria, alimentam-se da sua história, encontram seu sustento numa cultura antiga que se reproduz e regenera nas dobras dos processos de globalização, mas não se identifica nem se confunde com eles." (FORGIONE, 2015, p. 14).

Além disso, Lupo esclarece que *máfia* é um termo polissêmico, "que se refere a fatos diferentes segundo os contextos, as circunstâncias, as intenções e o interesse de quem o usa" (LUPO, 2002, p. 12), comportando até mesmo uma dimensão positiva.¹²⁵ Ainda segundo o autor:

o termo assume acepções bem mais amplas, distantes até do campo da criminalidade organizada. Ele pode referir-se à influência de *lobbies*, associações secretas, aparelhos estatais desviados; serve para indicar uma estreita relação entre política, negócios e criminalidade, uma difusa ilegalidade ou corrupção, um mau hábito feito de favoritismos, clientelismo, fraudes eleitorais, incapacidade de aplicar as leis de maneira imparcial. (LUPO, 2002, p. 13).

Nesse contexto, Paolo Pezzino perfilha o mesmo entendimento de Lupo, ressaltando as especificidades do termo *máfia*, nem sempre verificáveis em todas as formas de crime organizado:

*il termine mafia indica alcune caratteristiche che non sono proprie di tutte le forme di crimine organizzato: le mafie non solo si limitano a gestire il proprio segmento di mercato illegale e a sviluppare l'organizzazione di quel tanto che è funzionale a tale scopo, ma tendono a realizzare un controllo su un determinato territorio; oppure, quando ciò non avvenga, sono così potenti da esercitare comunque una pressione nei confronti dei poteri legali, che si traduce spesso in un'opera di corruzione su vasta scala.*¹²⁶ (PEZZINO, 1999, p. 8).

Lupo segue indicando os diferentes usos da palavra *máfia*, inclusive nos Estados Unidos da América, onde se forjou uma teoria da conspiração alienígena (*alien conspiracy*), a fim de estigmatizar os imigrantes italianos tidos como a escória da sua sociedade de origem, acusados de reproduzir em território americano doença, ignorância, superstição e a criminalidade temida, exótica e misteriosa.¹²⁷ Esse é um dos meios pelos quais se exprime o

¹²⁵ A palavra *máfia* seria um termo da "velha" Sicília, comumente utilizado nos bairros populares de Palermo, mesmo antes de 1860, como sinônimo de beleza e excelência. Desse modo, *mafiusu* seria um homem de coragem. A versão feminina, *mafiusedda*, corresponderia a uma moça bela e orgulhosa. Após 1860, o termo teria perdido esse significado positivo, assumindo outro pouco claro e negativo, relacionado ao banditismo e à malandragem (PITRÈ apud LUPO, 2002, p. 19).

¹²⁶ "O termo *máfia* indica algumas características que não são próprias de todas as formas de crime organizado: as *máfias* não só se limitam a gerir o próprio segmento de mercado ilegal e a desenvolver a organização tornando-a funcional a tal objetivo, mas tendem a realizar um controle sobre um determinado território; do contrário, quando isso não acontece, são muito potentes de exercitar, de qualquer modo, uma pressão em relação aos poderes legais, que se traduz com frequência em uma ação de corrupção em vasta escala." (Tradução nossa).

¹²⁷ Zaffaroni identifica com precisão cirúrgica o mencionado discurso conspiratório naquilo que nomeia como *paradigma mafioso*: "em criminologia ninguém duvida da existência da *máfia* ou de *máfias* nos Estados Unidos, mas sim do que se pode chamar legitimamente de o paradigma mafioso na abordagem do crime organizado, ou seja: a) da afirmação de que essas organizações têm uma estrutura tão sofisticada, centralizada, hierarquizada, nacional etc. quer dizer, tão fortemente conspiratória, que seja compatível compará-las à bolchevique ou à

temor pelo diferente e o etnocentrismo da América "WASP" - *White, Anglo-Saxon, Protestant* (LUPO, 2002, p. 17). O autor também elucida as linhas interpretativas que identificam a máfia como:

espelho da sociedade tradicional, com atenção aos fatores políticos, econômicos ou - com maior frequência - socioculturais; como empresa ou tipo de indústria criminosas; como organização secreta mais ou menos centralizada; como ordenamento jurídico paralelo ao do Estado, ou como *anti-Estado*. (LUPO, 2002, p. 21).

Por outro lado, Hobsbawm (1976) divisou três sentidos para a palavra *máfia*. O primeiro (grafado com letra inicial minúscula – “*m*”) representaria uma atitude perante o Estado e suas leis, espécie de código de comportamento que sempre tende a se desenvolver em sociedades desprovidas de ordem pública efetiva ou nas quais os cidadãos consideram as autoridades total ou parcialmente hostis. Nesse caso, o *mafioso* não reconhece outras obrigações além daquelas decorrentes de seu código de honra ou *omertà*. A segunda acepção refere-se a um modelo de patronato, próximo de estruturas feudais, especialmente no interior da Sicília, onde relações desse tipo vigoraram oficialmente até o século XIX. Esse segundo sentido pressupõe a existência de uma rede de influência, na qual os indivíduos acabam se colocando sob a proteção da figura central do “patrono”, “padrinho”, ou “mafioso” (magnata privado ou chefe), sendo esta forma de poder a prevalecente naquele núcleo social. Finalmente, em seu terceiro e mais usual sentido, muito próximo à segunda acepção, *Máfia* seria o controle da vida da comunidade por um sistema secreto, ou não reconhecido oficialmente, de grupos locais (*famiglie*), com domínio territorial (HOBSBAWM, 1976, p. 92-93).

Essa terceira acepção do termo reproduz a imagem da "*vecchia mafia*", baseada nas relações entre famílias e de *clans*, como na época em que foi introduzido o art. 416-*bis* no

nacional socialista; b) que respondam a fenômenos externos à sociedade norte-americana e, fundamentalmente, a determinantes culturais ou biológicas de grupos imigrados; e c) que se possa transferir o modelo de máfia com essas características a toda criminalidade vinculada ao mercado ilegal de bens ou serviços.” (ZAFFARONI, 1996, p. 50-51). Embora sejam amplamente conhecidos os inúmeros casos de homicídios, estafas e negócios ilegais atribuídos à máfia estadunidense, a qual se desenvolveu a largos passos após a decretação da "lei seca" (*Volstead Act*, vigente a partir de 1920 e revogada em 1933, pela qual se proibia a comercialização de bebidas alcólicas), em cidades como Nova York e Chicago, a crítica de Zaffaroni, nesse aspecto, é muito razoável, especialmente quando se tem em vista o apelo midiático e cinematográfico em torno dos feitos mafiosos, além da cristalização da ideia falaciosa de um “império único do crime organizado” (FERRO, 2009, p. 272). No mesmo sentido, confira-se a crítica de Juarez Cirino dos Santos ao discurso americano sobre *organized crime*, seu viés conspiratório, mitológico e legitimador da repressão a minorias étnicas nos EUA (SANTOS, 2003, p. 215-217). Ainda sobre a ideia de "conspiração estrangeira" e seu inerente etiquetamento, menciona-se trabalho de Lola Aniyar de Castro (CASTRO, 2003, p. 313).

código penal italiano" (SALES, 2005, p. 177). No entanto, tal modelo tradicional de criminalidade mafiosa não serviria mais como paradigma, uma vez que uma máfia moderna teria emergido a partir da flexibilidade e eficiência da intitulada "criminalidade organizada", capaz de renovar e inovar sua estrutura¹²⁸ (SALES, 2005, p. 177).

Independentemente do ângulo em que se o considere, fato é que o termo "máfia" passou a ser indistintamente utilizado como designativo de qualquer organização criminosa,¹²⁹ inclusive pela doutrina penal brasileira, favorecendo a "sobrevivência e mesmo fortalecimento do mito da Cosa Nostra, além de, em consequência, representar um sério obstáculo à melhor compreensão do fenômeno do crime organizado e de sua célula *mater* – a organização criminosa" (FERRO, 2009, p. 271). Afinal, "se tudo é máfia, nada é máfia" (LUPO, 2002, p. 14).

Conforme a explicação de Pezzino, a palavra máfia começou a se difundir na segunda metade do século XIX, logo após a Unificação Italiana, em 1861. Em todas as partes do mundo, o termo se tornou sinônimo de criminalidade organizada. Entretanto, os dois conceitos não coincidem plenamente, embora sejam muitos os pontos de contato (PEZZINO, 1999, p. 8).

Tal como descrita no Código Penal Italiano, a associação de tipo mafioso possui características muito particulares, consistentes em seus aspectos organizacionais e meios de imposição da disciplina interna, além da configuração de seus objetivos, diretamente relacionados com o cenário de desenvolvimento dessa forma de criminalidade na sociedade italiana, sobretudo meridional. Por isso, "*la mafia non esaurisce tuttavia il concetto di*

¹²⁸ Nesse contexto, Lupo pontifica: "A Máfia é uma organização que congrega criminosos numa estrutura antiga e consolidada, unida pelo ritual de juramento, capaz de sobreviver, de renovar-se e reforçar-se por mais de um século." (LUPO, 2002, p. 411). A despeito da habitual contraposição entre velha e nova máfia, Lupo adverte para a necessidade de se compreender as complexas interações existentes, no passado e no presente, entre esses dois modelos, sob pena de se acolher uma visão ingênua e altamente redutora de modernização, "que relega ao mundo tradicional a cultura, a clientela, a família de sangue, colocando no mundo presente a organização 'impessoal'" (LUPO, 2002, p. 45). Também é relevante o diagnóstico de Falcone: "A máfia se caracteriza pela sua rapidez em adaptar valores arcaicos às exigências do presente, pela sua habilidade em se mesclar com a sociedade civil, pelo uso da intimidação e da violência, pela quantidade e estatura criminal de seus adeptos, pela sua capacidade de ser sempre diferente e sempre ser igual a si mesma." (FALCONE; PADOVANI, 2012, p. 118).

¹²⁹ Costuma-se falar em *máfia russa, máfia japonesa, máfia colombiana, máfia dos postos de gasolina, máfia de medicamentos*, dentre outras várias etiquetas.

*criminalità organizzata, pur esprimendone certamente una modalità rilevantissima*¹³⁰ (INSOLERA, 1996, p. 37).

Sobre a impossibilidade e consequências negativas da generalização do modelo mafioso para quaisquer espécies de organizações criminosas, impende destacar:

transformar a Máfia de espécie em gênero de organização criminosa estimula, ainda que involuntariamente, o preconceito, a generalização indevida e o desconhecimento ou o abafamento das eventuais peculiaridades da Máfia e das demais organizações criminosas, que as distinguem entre si e as tornam o que são, pelo que são [...] A afirmação da Máfia como gênero significa também favorecer a interpretação de um império único do crime organizado, de uma conspiração internacional, de uma massa criminosa de contornos pouco definidos, dificultando a formulação de um conceito representativo, que reúna elementos de todas as assim consideradas organizações criminosas, e não a predominância dos caracteres de 'tipo mafioso', bem como obstaculizando o uso de instrumentos político-criminais diferenciados, locais, regionais ou nacionais, nos casos em que estes se façam necessários. (FERRO, 2009, p. 271-272).¹³¹

De qualquer forma, em sua atual disposição, o crime de associação de tipo mafioso está inserido no Livro Segundo (*Dei delitti in particolare*), Título V (*Dei delitti contro l'ordine pubblico*) do Código Penal Italiano, imediatamente após o crime de *associazione per delinquere* (art. 416), este último correspondente ao delito de associação criminosa no direito penal brasileiro (art. 288, *caput*, CP).

Considerando a sua posição no *codice penale*, argumenta-se que, do ponto de vista exegetico-sistemático, assim como no crime de associação para delinquir, o bem jurídico tutelado no delito de associação de tipo mafioso é a ordem pública,¹³² a qual restaria

¹³⁰ "A máfia não exaure, todavia, o conceito de criminalidade organizada, embora certamente exprima uma modalidade relevantíssima" (tradução nossa).

¹³¹ Sob o mesmo prisma da relação gênero/espécie, Maierovitch salienta: "a expressão *crime organizado* deve ser usada como gênero e comporta divisão diante da existência de associações delinquentiais comuns e especiais. Essas últimas distinguem-se por possuir matrizes diversas, em organizações de modelo mafioso." (MAIEROVITCH, 2010, p. 12). Na mesma toada, Mendroni observa: "embora alguns tenham assumido a definição de 'máfia' como gênero de 'organização criminosa', elas são de fato apenas uma espécie." (MENDRONI, 2014, p. 8).

¹³² Registra-se a crítica de Sergio Moccia à identificação da ordem pública ideal como bem jurídico tutelado, derivada da grave e perigosa confusão entre a *ratio* do tipo penal e o bem que ele visa proteger: "*la confusione tra bene e ratio in tema di ordine pubblico comporta rischi particolarmente gravi per la libertà individuale. La difesa del bene-ratio ordine pubblico ideale porta alla criminalizzazione di condotte che sicuramente sono contrarie all'ordine pubblico come ratio, ma che sono certamente lontanissime dall'effettiva lesione del bene che la condotta mira in realtà ad aggredire.*" (MOCCIA, 1999, p. 156). "A confusão entre bem e *ratio* em matéria de ordem pública implica riscos particularmente graves para a liberdade individual. A defesa do bem-*ratio* ordem pública ideal conduz à criminalização de condutas que seguramente são contrárias à ordem pública como *ratio*, mas que certamente estão muito distantes da efetiva lesão do bem que a conduta visa em realidade agredir." (Tradução nossa). A crítica também se aplica, *mutatis mutandis*, à discussão sobre a paz pública como

perturbada pela mera existência da associação e o inevitável alarme que esta suscita na população, independentemente dos delitos que sejam cometidos (ANTOLISEI, 2000, p. 233). Por ordem pública em sentido material, entende-se "o pacífico e ordenado desenvolvimento da vida social e da convivência entre os indivíduos, identificados no sentimento de tranquilidade e segurança da coletividade" (SALES, 2005, p. 180).

Sustenta-se que o crime ofenderia a liberdade dos associados, no tocante à sua faculdade de autodeterminação, poder de livre escolha e decisão, e a liberdade moral dos cidadãos não integrantes do grupo, considerando as consequências externas do método mafioso, sobretudo o temor difuso verificado em toda a comunidade na qual tais associações atuam (SALES, 2005, p. 181).

Por outro lado, e em especial atenção à última parte do terceiro *comma* do art. 416 *bis*, assevera-se que o delito teria natureza pluriofensiva. As condutas de adquirir o controle de atividade econômica, de impedir ou obstaculizar o livre exercício do voto, por meio do método mafioso, configurariam hipóteses nas quais o objeto de tutela da norma penal seria a ordem econômica ou a ordem democrática. Em tal perspectiva de variados interesses protegidos, "*l'associazione di tipo mafioso lascia trasparire un'attitudine plurioffensiva: essa infatti è capace di minacciare, oltre ai beni dell'ordine democratico e dell'ordine pubblico, anche le condizioni che assicurano la libertà di mercati e di iniziativa economica.*"¹³³ (FIANDACA; MUSCO, 2002, p. 470).

Embora o sujeito ativo possa ser qualquer pessoa, requer-se o número mínimo de três agentes para a configuração da associação de tipo mafioso, admitido o cômputo de inimputáveis. A composição do grupo se perfaz com sua estrutura organizativa estável, assentada no vínculo associativo especialmente qualificado pela força de intimidação que caracteriza o método mafioso. O sujeito passivo imediato é a coletividade e, de forma secundária, o Estado (SALES, 2005, p. 183).

objeto de tutela nos crimes de organização e associação criminosa no direito penal brasileiro, conforme abordamos nos capítulos seguintes. Segundo o autor italiano, a ordem pública, "*quanto meno nella sua accezione ideale, non può essere ridotto ad oggetto di tutela. Visto come tale, esso si rivela un concetto inafferrabile, perchè fortemente condizionato storicamente, ed i suoi limiti sfuggono ad una chiara delimitazione.*" (MOCCIA, 1999, p. 155). A ordem pública, "pelo menos na sua acepção ideal, não pode ser reduzida a objeto de tutela. Vista como tal, ela se revela um conceito inapreensível, porque fortemente condicionado historicamente, e seus limites escapam de uma clara delimitação." (Tradução nossa).

¹³³ "A associação de tipo mafioso deixa transparecer uma atitude pluriofensiva: ela de fato é capaz de ameaçar, além dos bens da ordem democrática e da ordem pública, também as condições que asseguram a liberdade de mercado e de iniciativa econômica." (Tradução nossa).

O tipo objetivo do delito previsto no artigo 416 *bis* se firma sobre três parâmetros estruturais que definem a sua forma de comissão, isto é, o método mafioso, cuja presença é imprescindível para diferenciar esta figura delituosa da mera associação para delinquir (art. 416 do *codice penale*). "*In mancanza, può essere configurabile l'associazione per delinquere.*"¹³⁴ (ALEO, 1997, p. 197). Esses caracteres distintivos são: (I) a força de intimidação do vínculo associativo, da qual derivam a condição de (II) sujeição e de (III) *omertà*. Com efeito, "*qui sta il cuore dell'apparato strutturale di un'associazione mafiosa, il corredo, in un certo sentido, dei suoi 'attrezzi da lavoro' e quindi il cemento della sua struttura organizzativa.*"¹³⁵ (SPAGNOLO, 1989, p. 1732).

A fórmula adotada pelo legislador italiano mescla elementos históricos e sociológicos que tornam no mínimo ambígua a interpretação do núcleo do tipo penal. Em primeiro lugar, questiona-se se a força de intimidação do vínculo associativo deve ser direcionada aos próprios integrantes da associação ou a indivíduos que não pertençam ao grupo. Em outras palavras, cumpre identificar o alvo da condição de sujeição que decorre especialmente do poder intimidador do vínculo associativo mafioso.

De acordo com Spagnolo, além da condição externa de sujeição, a expressão utilizada pelo legislador também implica forma de sujeição interna, cuja gênese remonta a um fenômeno histórico de subcultura, segundo a qual se verifica, em contexto mafioso ou camorristico, o estado de sucumbência e vassalagem do associado menos autorizado em relação àquele mais autorizado e ao próprio grupo (SPAGNOLO, 1989, p. 1734). De fato, com base nas afirmações de colaboradores da justiça, ou arrependidos (*pentiti*), são conhecidos os códigos de conduta e disciplina existentes em associações de tipo mafioso, com rígidas e violentas sanções internas, mormente nos casos de quebra da sua "lei do silêncio" (*omertà*).¹³⁶

Por outro lado, conforme Sales esclarece, "autorizado segmento da doutrina [destacando-se a posição de Mario Valiante] sustenta que a situação de sujeição caracteriza

¹³⁴ "Na falta (das três características), pode ser configurável a associação para delinquir." (Tradução nossa).

¹³⁵ "Aqui está o coração do aparato estrutural de uma associação mafiosa, o estojo, em um certo sentido, das suas 'ferramentas de trabalho' e, portanto, o cimento da sua estrutura organizativa." (Tradução nossa).

¹³⁶ Sobre o regulamento interno da *Cosa Nostra*, as regras impostas aos seus *homens de honra*, e os métodos violentos empregados, tais como a *lupara bianca*, confira-se em Falcone e Padovani (2012, p. 33-49). Vale também destacar: "*Men of honour prefer not to say anything to anyone who does not already know what they are talking about; they communicate in codes*" (DICKIE, 2005, p. 25). "Homens de honra preferem não falar qualquer coisa para qualquer um que já não saiba sobre o que eles estão falando; eles se comunicam em códigos" (tradução nossa).

todos os tipos de consórcio criminoso" (SALES, 2005, p. 186), de maneira que o poder intimidador seria realmente dirigido para a consecução dos objetivos exteriores do grupo, atingindo pessoas que não integram a associação. Um bom exemplo a favor desse posicionamento é a atividade de extorsão,¹³⁷ um dos principais crimes inseridos no programa delitivo de associações de tipo mafioso, obviamente com alvos externos.

Fiandaca e Musco reconhecem a existência de uma interpretação mista ou intermediária.¹³⁸ Todavia, considerando a vertente "interna" da condição de sujeição, advertem sobre o risco de se compreender equivocadamente o que de fato une os associados:

*Secondo un'interpretazione che va diffondendosi nella prassi applicativa, l'assoggettamento avrebbe una valenza non solo esterna (rivolta cioè ai soggetti estranei all'associazione mafiosa), ma anche 'interna' che si manifesterebbe sotto forma di timore e sottomissione di ciascun associato mafioso nei confronti dei capi dell'associazione. Un simile assunto rischia di fraintendere la realtà del fenomeno: a ben vedere, il cemento che lega tra loro gli associati, più che dal timore e dalla soggezione, è costituito dalla comune adesione ad una specifica subcultura e agli scopi associativi.*¹³⁹ (FIANDACA; MUSCO, 2002, p. 472).

Além disso, integra o método mafioso a *omertà*, também derivada da força intimidadora do vínculo associativo, assim como a condição de sujeição (*assoggettamento*). Por esse motivo, entende-se que se trata de dois aspectos inseparáveis (SPAGNOLO, 1989, p. 1733), de algum modo "duas faces da mesma moeda" (FIANDACA; MUSCO, 2002, p. 472). Em geral, a doutrina penal italiana entende que a *omertà* significa a recusa generalizada a colaborar com a justiça e os órgãos do Estado encarregados de investigar ou julgar. Deve implicar absoluta e incondicionada resistência a cooperar com as autoridades públicas, o que

¹³⁷ Dá-se o nome de *pizzo* à quantia extorquida pelas associações mafiosas de comerciantes e empresários, a pretexto de proteção (FORGIONE, 2011, p. 22); propina imposta a qualquer pessoa que desenvolva atividade econômica lícita (SCARPINO, 1994, p. 91).

¹³⁸ Spagnolo sinaliza nesse sentido: "*È determinante, quindi, per una corretta interpretazione dell'art. 416 bis c.p., cogliere e riconoscere tutte le manifestazioni di assoggettamento mafioso che possono utilmente entrare nel quadro probatorio sia che manifestino all'interno che all'esterno dell'associazione.*" (SPAGNOLO, 1989, p. 1734). "É determinante, portanto, para uma correta interpretação do art. 416 do Código Penal, compreender e reconhecer todas as manifestações de sujeição mafiosa que podem utilmente ingressar no quadro probatório, tanto aquelas voltadas para o interior quanto para o exterior da associação." (Tradução nossa).

¹³⁹ "Segundo uma interpretação que vai se difundindo na prática, a sujeição teria um valor não só externo (ou seja, voltada para os sujeitos estranhos à associação mafiosa), mas também 'interno', que se manifestaria sob a forma de temor e submissão de cada associado mafioso em relação aos chefes da associação. Uma semelhante suposição tem como risco a má compreensão da realidade do fenômeno: em verdade, o cimento que une os seus associados, mais que o temor e a sujeição, é constituído pela comum adesão a uma específica subcultura e aos escopos associativos." (Tradução nossa).

pode ocorrer de forma passiva, mantendo-se obediência ao pacto de silêncio, ou ativa, por exemplo, valendo-se de testemunhos falsos ou reticentes.¹⁴⁰

De acordo com o artigo 416 *bis* do *codice penale*, o método mafioso é empregado para a consecução de alguma(s) das finalidades previstas no terceiro *comma* do referido dispositivo legal. Verifica-se que o legislador italiano optou por modelo mais abrangente que o da associação para delinquir (art. 416), abarcando não apenas a finalidade genérica de cometer crimes como também outros objetivos que se relacionam, sobretudo, com o viés empreendedor das organizações mafiosas, as quais visam ao enriquecimento não só mediante a prática de atos estritamente criminosos, mas ainda por meio do emprego de "dinheiro sujo" em atividades econômicas lícitas, imersão em setores da Administração Pública, além da influência exercida sobre o sistema político, de forma a interferir no livre exercício do voto (FIANDACA; MUSCO, 2002, p. 473).

Esses fins são (I) a prática de delitos, "ontologicamente arraigada à associação mafiosa e imanente ao seu aparato estrutural" (SPAGNOLO, 1989, p. 1735); (II) a aquisição da gestão, de modo direto ou indireto, ou, de qualquer outro modo, do controle de atividades econômicas, concessões, autorizações, empreitadas e serviços públicos; (III) a realização de proveitos ou vantagens injustas para si ou para outrem; e (IV) o impedimento ou imposição de obstáculo ao livre exercício do voto ou a obtenção de votos, para si ou para outrem, em ocasião de consultas eleitorais, o que remete ao crime previsto no artigo 416 *ter* - "acordo eleitoral político-mafioso".

Tais diversas finalidades são apenas alternativas, de modo que apenas uma já é suficiente para a caracterização do fato típico, assim como a presença de várias importa um único crime. Frisa-se que "a intimidação é forma de realização do delito, e por isso não se identifica com os fins ou projeto delituoso da associação." (SALES, 2005, p. 187).

¹⁴⁰ Sobre a caracterização da *omertà* no plano jurídico: Fiandaca e Musco (2002, p. 472); Spagnolo (1989, p. 1734-1735). Quanto à etimologia da palavra e sua relação com os termos *umiltà* (humildade) e "*omineità*" (hombridade), reportamos a Scarpino (1994, p. 30). Na perspectiva criminológica, confira-se: "*está implícito en el modelo de la Maffia, el secreto y la fidelidad o código de honor entre sus miembros. Esto, que en la Maffia original y, en realidad, única, se denominó 'omertà', le confiere un carácter que no se encontrará nunca más en otra clase de organizaciones: el vínculo cultural, el origen histórico, y el compromiso con los intereses comunes de una sociedad que no está necesariamente dentro de la misma, aunque la Maffia puede contar con ella, su encubrimiento y simpatía.*" (CASTRO, 2003, p. 311-312). "Estão implícitos no modelo da máfia o segredo e a fidelidade ou código de honra entre seus membros. Isto, que na máfia original e, em realidade, única, se denominou *omertà*, lhe confere uma característica que não se encontrará nunca mais em outra espécie de organizações: o vínculo cultural, a origem histórica e o compromisso com os interesses comuns de uma sociedade que não está necessariamente dentro da mesma, embora a Máfia possa contar com ela, seu encobrimento e simpatia." (Tradução nossa).

Em relação àquele que integra, isto é, faz parte da associação, o delito se consuma com a efetiva demonstração de atos contundentes de ingresso no grupo, ainda que isso não implique a prática de crimes. Não é suficiente à existência do delito o simples acordo (ANTOLISEI, 2000, p. 242). "É necessário que o agente pratique atos idôneos e inequívocos para entrar na associação." (SALES, 2005, p. 189). Uma vez constituída, a organização é marcada pelo vínculo de duração estável, de modo que o crime é permanente, porquanto sua consumação se protraí no tempo enquanto não ocorra a sua dissolução ou abandono pelo sujeito ativo (ANTOLISEI, 2000, p. 243).

Cumprе mencionar as divergências quanto à necessidade, para a consumação do delito em voga, do emprego efetivo do método mafioso, consubstanciado principalmente no uso da força de intimidação. Fiandaca e Musco alertam no sentido de que, do ponto de vista da técnica legislativa de tipificação, a fórmula "*si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo*" não se revela de todo apropriada, suscitando, conseqüentemente, dúvidas interpretativas¹⁴¹ (FIANDACA; MUSCO, 2002, p. 471).

De acordo com Spagnolo, são três as vertentes doutrinárias a respeito da estrutura do tipo penal em apreço (SPAGNOLO, 1989, p. 1732-1736). A primeira sustenta que o recurso à força intimidadora é o elemento central desta *fattispecie* associativa e constitui o único dado a ser verificado pelo juiz. Nessa perspectiva, não seria necessariamente requerida a prova da existência de estrutura estável organizativa.

Em sentido diametralmente oposto, a segunda corrente doutrinária entende que não seria requerido o efetivo recurso ao método mafioso, uma vez que se trata de delito meramente associativo, já consumado a partir da constituição de uma associação com o escopo de utilizar o método em questão. Nessa óptica, o crime do artigo 416 *bis* seria especial em relação à *associazione per delinquere* (art. 416) apenas devido à particularidade do programa criminoso, devendo o juiz se ater unicamente aos elementos típicos do artigo 416, quais sejam, o número mínimo de três pessoas, o acordo criminoso estável e organizado e o programa delituoso caracterizado pela simples intenção de criar e exercitar a força intimidadora para a realização dos fins indicados no tipo.

Por outro lado, a terceira vertente, com a qual Spagnolo se identifica, sustenta que o delito de associação de tipo mafioso teria estrutura mista ou complexa.¹⁴² Isso porque, além

¹⁴¹ No mesmo sentido é a opinião de Moccia (1999, p. 162).

¹⁴² Aleo (1999, p. 198-199) também adere a esse posicionamento.

da comprovação dos elementos típicos associativos, seria necessária para a consumação do crime o emprego efetivo, por parte dos associados, do método mafioso, de tal sorte que "*l'associazione di tipo mafioso, prevista dall'art. 416 bis c.p., sia un'associazione per delinquere che non si propone soltanto di avvalersi, ma che si avvale oggettivamente del metodo mafioso.*"¹⁴³ (SPAGNOLO, 1989, p. 1734). Essa seria, de acordo com Fiandaca e Musco, a opinião dominante na doutrina italiana (FIANDACA; MUSCO, 2002, p. 471).

Assim sendo, uma associação criminosa só pode ser classificada como associação de tipo mafioso se os seus associados houverem, no mínimo, iniciado a realização do programa criminoso planejado, ou seja, se ao menos tiverem adquirido e *utilizado* a força de intimidação que a norma penal requer para a consecução das finalidades elencadas no tipo. Situação contrária caracterizará, no máximo, a figura da simples associação para delinquir (art. 416). Essa interpretação, muito mais coerente com a perspectiva garantista do "direito penal do fato", justifica-se inclusive em razão do uso do verbo *avvalersi* (valer-se) no presente do modo indicativo (*si avvalgono*), e não de outras formas como "*si propongono di avvalersi*" (se propõem a se valer) ou "*allo scopo di avvalersi*" (ao fim de se valer), não deixando espaço para o exercício apenas potencial da força de intimidatória (SPAGNOLO, 1989, p. 1736).

Com a premissa de que a associação de tipo mafioso é sempre, por definição, resultante da evolução e transformação da comum associação para delinquir (art. 416), Aleo também identifica o uso da força de intimidação não só como elemento qualificador, mas como próprio pressuposto da atividade delituosa da associação de tipo mafioso (ALEO, 1999, p. 197), afirmando que não resta configurado o crime do artigo 416 *bis* quando os associados apenas intencionem (*intendano*), ou seja, se proponham (*si propongano di*) a realizar a atividade delituosa com as características do método mafioso (ALEO, 1999, p. 199-200).

Para Fiandaca e Musco, a interpretação mais correspondente à vontade do legislador seria aquela que exclui a necessidade de concretos atos intimidadores, oscilando entre a abordagem sociológica e a ignominiosa vertente dos "tipos de autor", calcada em conceitos como o "estilo de vida" e a "fama criminosa" da associação, com base em precedentes ou futuros atos de violência por parte dos associados. Essa orientação implica o risco de se acentuar ainda mais a indeterminação do tipo penal examinado (FIANDACA; MUSCO, 2002, p. 471-472).

¹⁴³ "A associação de tipo mafioso, prevista no art. 416 *bis* do código penal, seja uma associação para delinquir que não se propõe apenas a se valer, mas que se vale objetivamente do método mafioso." (Tradução nossa).

Moccia também se posiciona de forma aguerrida contra essa interpretação, afirmando que não lhe parece que o legislador italiano tenha obtido sucesso se a sua intenção realmente foi a de punir os componentes da associação com base na mera "fama criminoso". De acordo com o autor, o "valer-se da força de intimidação" pressupõe um agir que impediria a punição do mero ato associativo, ao contrário da *mens legis*, o que salva a norma de problemas de constitucionalidade, inclusive em relação aos fins da associação. Ainda que algumas das finalidades previstas no artigo 416 *bis* sejam lícitas, os meios necessariamente empregados para a sua consecução implicam a perpetração de atos intimidadores, tornando ilícita a realização daqueles fins¹⁴⁴ (MOCCIA, 1999, p. 162).

O elemento subjetivo do tipo penal em análise é o dolo, que abrange a vontade de fazer parte, promover, dirigir ou organizar a associação, com a consciência de todos os seus objetivos, dentre aqueles incluídos no terceiro *comma* do art. 416 *bis*, e das características que compõem o método mafioso. Sales esclarece que a doutrina italiana majoritária não exige elemento subjetivo especial (ao menos não o menciona), visto que as finalidades elencadas são inerentes à vontade coletiva da associação (SALES, 2005, p. 189).

Sobressaem as penas elevadas previstas no artigo 416 *bis*. Salienta-se que desde a sua inserção no *codice penale*, em 1982, o dispositivo foi reformado diversas vezes em relação às reprimendas impostas, notando-se sempre o seu acréscimo. Assim como veremos no Código Penal da Espanha, e também no de Portugal (com exceção da conduta de "promover"), o legislador italiano optou por criar um tipo qualificado para os dirigentes, promotores ou organizadores da associação. Neste caso, as condutas são punidas com reclusão de doze a dezoito anos. Para aqueles que simplesmente fazem parte da associação, a pena imposta é de reclusão de dez a quinze anos.

Também é previsto tipo penal qualificado para a hipótese de associação armada, aplicando-se pena de reclusão de doze a vinte anos se os agentes apenas fizerem parte do grupo e reclusão de quinze a vinte e seis anos em se tratando de promotores, dirigentes ou

¹⁴⁴ No mesmo sentido, confira-se a explicação de Spagnolo: "*Il programma dell'associazione di tipo mafioso, di agire utilizzando lo stato di assoggettamento, è sempre illecito. La 'neutralità' del fine non esclude la illiceità dal fatto [...] la forza di intimidazione di cui si avvale l'affiliato, forza di intimidazione che ha generato assoggettamento e omertà, non è nata dal nulla, ma discende da una serie di precedenti comportamenti intimidatori finalizzati a crearla*" (SPAGNOLO, 1989, p. 1740). "O programa da associação de tipo mafioso, de agir utilizando a condição de sujeição, é sempre ilícito. A neutralidade do fim não exclui a ilicitude do fato [...] a força de intimidação da qual se vale o afiliado, força de intimidação que gerou a sujeição e *omertà*, não nasce do nada, mas descende de uma série de precedentes comportamentos intimidadores com o fim de criá-la." (Tradução nossa).

organizadores da associação de tipo mafioso. Ademais, prevê-se causa de aumento quando as atividades econômicas que os associados pretendem assumir ou manter o controle sejam financiadas com o preço, o produto ou proveito de delitos.

Além das penas privativas de liberdade, é sempre obrigatório o confisco dos instrumentos que serviram ou foram destinados ao cometimento do crime, assim como do preço, produto ou proveito decorrentes do delito. De acordo com Fiandaca e Musco, a previsão corresponde a uma pena acessória (FIANDACA; MUSCO, 2002, p. 475). O art. 417 também determina, em caso de condenação por associação de tipo mafioso, a aplicação de medida de segurança, a qual deve consistir em liberdade vigiada, em conformidade com o art. 215 do *codice penale*, uma vez que a lei não estabelece medida específica a ser imposta.

Como visto, o tipo penal previsto no art. 416 *bis* do Código Penal Italiano, longe de ser imune a críticas, apresenta inúmeros aspectos de duvidosa interpretação, a que responde, em grande parte, o fato de o legislador ter empregado elementos de cunho histórico e sociológico na definição de associação de tipo mafioso. A dubiedade começa com o próprio termo *máfia*, o qual comporta inúmeros significados, conforme explicamos anteriormente.

Verifica-se, ainda, que o artigo apresenta termos bastante amplos, o que resulta em várias ambiguidades e expressões com mais de um sentido, prejudicando a taxatividade que o tipo penal deve possuir. "*Si tratta di una norma redatta con imprecisione, eccessivamente descrittiva, con una chiara propensione casistica: un vero e proprio crogiuolo in cui si fondono elementi normativi, elementi naturalistici, rinvii sociologici*"¹⁴⁵ (MOCCIA, 1999, p. 161).

Nesse sentido, poderia ser discutida até mesmo a aplicação extensiva da norma incriminadora a quaisquer outras associações que reúnam as características do método mafioso, de acordo com a previsão do último *comma*. Ainda que se condicione a referida aplicação à presença de todos os elementos típicos da associação mafiosa, restam algumas reservas acerca da plausibilidade dos limites de tal extensão do tipo penal (FIANDACA; MUSCO, 2002, p. 474), em face do princípio da vedação da analogia *in malam partem*.

Por outro lado, conforme Aleo observa, a associação de tipo mafioso configurada no artigo 416 *bis* corresponde "*ad una dimensione determinata, storicamente ed anche*

¹⁴⁵ "Trata-se de uma norma redigida com imprecisão, excessivamente descritiva, com uma clara propensão casuística: um verdadeiro e próprio forno no qual se fundem elementos normativos, elementos naturalísticos, referências sociológicas" (tradução nossa).

geograficamente, di criminalità organizzata, di particolarissima pericolosità."¹⁴⁶ (ALEO, 1997, p. 209). Por essa razão, é preciso muita cautela ao se tomar esta figura delituosa do Código Penal Italiano como modelo, seja porque padece de problemas de indeterminação em vários pontos,¹⁴⁷ seja porque é orientada para uma forma bastante específica de criminalidade,¹⁴⁸ localmente condicionada por fatores ambientais e históricos, tais como o término tardio do feudalismo nas regiões meridionais mais afastadas na Itália (Sicília e Calábria), em que pese à mudança legislativa no último *comma*,¹⁴⁹ para incluir no âmbito de aplicação do tipo até mesmo grupos estrangeiros.

Finalmente, impende acentuar o excesso verificado nas penas cominadas. Para que se tenha uma clara dimensão, impõe-se no delito de extorsão (art. 629), tido como crime recorrente no programa das associações mafiosas, a pena de reclusão de cinco a dez anos e multa de mil a quatro mil euros. Por outro lado, a menor pena prevista no artigo 416 *bis* é de dez a quinze anos de reclusão. Se comparadas com as disposições do código penal espanhol e do código penal português, e também com a lei brasileira nº 12.850/13, as penas do artigo 416 *bis* são flagrantemente discrepantes.

Essa nítida tendência de recrudescimento penal explica-se no contexto de emergência que, em geral, tem caracterizado a legislação italiana no âmbito da criminalidade organizada, atingindo seu ápice com o "código antimáfia"¹⁵⁰ em vigor. A crítica direta formulada por Moccia resume esse cenário, no qual o uso simbólico do direito penal tem realmente suplantado garantias formais e substanciais que caracterizam o estado social de direito, em prol de questionável eficiência no "combate" à figura mítica da associação de tipo mafioso (MOCCIA, 1999, p. 154):

¹⁴⁶ "A uma dimensão determinada, historicamente e também geograficamente, de criminalidade organizada de particularíssima periculosidade." (Tradução nossa).

¹⁴⁷ Como registrado por Antolisei, "*studi svolti hanno dimostrato la difficoltà estrema di formule capaci di definire con esattezza il fenomeno.*" (ANTOLISEI, 2000, p. 242). "Estudos realizados demonstraram a dificuldade extrema de fórmulas capazes de definir com exatidão o fenômeno." (Tradução nossa).

¹⁴⁸ Cervini e Luiz Flávio Gomes destacam as especificidades das organizações mafiosas com o intuito de evidenciar a impossibilidade de se identificá-las com toda e qualquer forma de crime organizado. "Há, de outra parte, uma subespécie de organização criminosa que possui peculiaridades próprias: segue o denominado 'método mafioso', isto é além de reunir as características gerais das organizações criminosas, faz constante apelo à intimidação e à violência, forja o clima de medo (*omertà*), o silêncio, adota regras internas extremamente rígidas, códigos de honra etc. Todas essas marcantes características do crime organizado de 'tipo mafioso' permitem uma nítida distinção com o crime organizado em geral." (CERVINI; GOMES, 1997, p. 76).

¹⁴⁹ Trata-se, em nossa opinião, da forma encontrada pelo legislador italiano para revisar o tipo penal, conformando-o às diretrizes europeias e da própria ONU, no sentido de se conferir maior atenção ao caráter transnacional de muitas organizações criminosas.

¹⁵⁰ Decreto legislativo n. 159, de 6 de setembro de 2011. Com 120 artigos, especifica medidas de prevenção e disposições em matéria de documentação antimáfia.

La legislazione penale contro la criminalità organizzata rappresenta una tipica espressione di normativa emergenziale, con tutti i difetti che connotano questo tipo de provvedimenti: approssimazione, caoticità, rigorismo repressivo, simbolicità, caduta in termini di garanzie. [...] Com'è noto, questo tipo di normazione rappresenta l'esatto contrario di una tecnica legislativa ispirata a criteri di politica criminale efficiente e razionale. [...] In realtà, affidare al solo diritto penale il problema della criminalità organizzata, significa non voler riconoscere la complessità del fenomeno, riducendolo ad una questione di solo ordine pubblico.¹⁵¹ (MOCCIA, 1999, p. 151).

De todo modo, por sua importância para o estudo criminológico e também dogmático das figuras delituosas associativas, além da sua notória prevalência ao longo de décadas, o artigo 416 *bis* do código penal italiano continuará a ocupar espaço garantido nas discussões sobre o tema da criminalidade de tipo associativo.

4.2.2 Organização criminosa no Código Penal Espanhol

O Código Penal da Espanha foi substancialmente reformado nos anos de 2010 e 2015, introduzindo-se os tipos penais de organização e grupo criminoso, definidos nos termos dispostos nos artigos 570 *bis* e 570 *ter*, respectivamente. O único conceito mais próximo de organização criminosa até então existente no direito positivo espanhol era aquele previsto na lei processual penal do país (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*), em seu artigo 282 *bis*, item 4, válido apenas para os efeitos desse dispositivo legal, que trata da infiltração de agentes policiais em atividades delitivas.¹⁵² Salienta-se que o termo empregado na *Ley de Enjuiciamiento Criminal* é "delinquência organizada", e não "organização criminosa".

Segunda Cabana, até a reforma de 2010 a doutrina espanhola guiava-se pelo conceito de organização criminosa elaborado por García-Pablos de Molina, pressupondo uma estrutura

¹⁵¹ "A legislação penal contra a criminalidade organizada representa uma típica expressão de normativa emergencial, com todos os defeitos que caracterizam este tipo de providências: imprecisão, caos, rigorismo, simbolismo, redução em termos de garantias. [...] Como se sabe, esse tipo de norma representa o exato contrário de uma técnica legislativa inspirada por critérios de política-criminal eficiente e racional. [...] Em realidade, confiar somente ao direito penal o problema da criminalidade organizada significa não querer reconhecer a complexidade do fenômeno, reduzindo-o a uma questão de apenas ordem pública." (Tradução nossa).

¹⁵² A definição prevista na *Ley de Enjuiciamiento Criminal* contempla rol exaustivo de delitos que caracterizariam a delinquência organizada, como um catálogo de infrações penais *numerus clausus*. Segundo Patrícia Faraldo Cabana, essa enumeração não é adequada à realidade criminológica nem à legislação atualmente em vigor (CABANA, 2013, p. 16), uma vez que o artigo 570 *bis* do Código Penal não estipula qualquer exigência quanto à natureza dos delitos visados pela organização.

hierarquizada, com divisão de tarefas e projeção além da realização de alguns atos delitivos concretos, sendo suficiente o número mínimo de integrantes de duas ou três pessoas (CABANA, 2013, p. 15).

Em linhas gerais, verifica-se de plano o elevado grau de imprecisão do conceito de organização criminosa adotado no Código Penal e as inerentes dificuldades de sua aplicação, mormente em face dos vários outros tipos associativos existentes na legislação penal espanhola, incluindo-se aqueles já previstos antes da reforma de 2010. Destacam-se as "associações ilícitas", as quais englobam também organizações de caráter paramilitar e associações voltadas para a prática de crimes de ódio, racismo e discriminação (art. 515), "organizações delitivas" para a realização de tráfico ilegal de drogas e substâncias psicotrópicas (art. 369 *bis*), "organizações criminosas" (art. 570 *bis*), "grupos criminosos" (art. 570 *ter*), "organizações ou grupos terroristas" (art. 572).

Impressiona a disposição caótica observada nos tipos penais que incriminam condutas associativas na Espanha, cuja semelhança com o cenário legislativo brasileiro não passa despercebida. Ao menos todas as supracitadas figuras delituosas estão reunidas em um mesmo *codex* no direito positivo espanhol, contrastando com a pulverização de tipos em leis penais extravagantes brasileiras.

O delito de organização criminosa está inserido no capítulo VI (*De las organizaciones y grupos criminales*), título XXII (*Delitos contra el orden público*), do Livro II do Código Penal Espanhol. Portanto, assim como no direito penal italiano, configurou-se como ofensa à ordem pública.¹⁵³ Também integram esse título os crimes de terrorismo e organização terrorista (artigos 573 e 572, respectivamente). De acordo com a íntegra do artigo 570 *bis*:

Artículo 570 bis.

¹⁵³ Sobre a noção de ordem pública, consta da exposição de motivos da Ley Orgánica 5/2010, a qual reformou o Código Penal Espanhol introduzindo o tipo penal em comento: "*La seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y las libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, constituyen de este modo objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones. La reacción penal frente a su existencia se sitúa, por tanto, en el núcleo mismo del concepto de orden público, entendido éste en la acepción que corresponde a un Estado de Derecho, es decir, como núcleo esencial de preservación de los referidos principios, derechos y libertades constitucionales.*" (ESPANHA, 2010). "A segurança jurídica, a vigência efetiva do princípio da legalidade, os direitos e as liberdades dos cidadãos, enfim, a qualidade da democracia, constituem deste modo objetivos diretos da ação destrutiva destas organizações. A reação penal frente à sua existência se situa, portanto, no próprio núcleo do conceito de ordem pública, entendido este na aceção que corresponde a um Estado de Direito, isto é, como núcleo essencial de preservação dos referidos princípios, direitos e liberdades constitucionais." (Tradução nossa).

1. *Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquélla tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.*

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.

2. *Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización:*

a) esté formada por un elevado número de personas.

b) disponga de armas o instrumentos peligrosos.

c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.

Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.

3. *Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.*¹⁵⁴ (ESPANHA, 2016).

Assim, compreende-se como organização criminosa a "*agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos*"¹⁵⁵

¹⁵⁴ "Artigo 570 bis.

1. Aqueles que promoverem, constituírem, organizarem, coordenarem ou dirigirem uma organização criminosa serão punidos com a pena de prisão de quatro a oito anos se aquela tiver por finalidade ou objeto a comissão de delitos graves, e com a pena de prisão de três a seis anos nos demais casos; e aqueles que participarem ativamente na organização, formarem parte dela ou cooperarem economicamente ou de qualquer outro modo com a mesma serão punidos com as penas de prisão de dois a cinco anos se tiver como fim a comissão de delitos graves, e com a pena de prisão de um a três anos nos demais casos.

Para os efeitos deste Código, se entende por organização criminosa o agrupamento formado por mais de duas pessoas com caráter estável ou por tempo indefinido, que de maneira concertada e coordenada se repartam diversas tarefas ou funções com o fim de cometer delitos.

2. As penas previstas no número anterior serão impostas em sua metade superior quando a organização: a) esteja formada por um elevado número de pessoas; b) disponha de armas ou instrumentos perigosos; c) disponha de meios tecnológicos avançados de comunicação ou transporte que por suas características resultem especialmente aptos para facilitar a execução dos delitos ou a impunidade dos responsáveis.

Se concorrerem duas ou mais de ditas circunstâncias serão impostas as penas superiores em grau.

3. Serão impostas em sua metade superior as penas respectivamente previstas neste artigo se os delitos forem contra a vida ou a integridade das pessoas, a liberdade, a liberdade e a indenidade sexuais ou o tráfico de seres humanos." (Tradução nossa).

¹⁵⁵ "Agrupamento formado por mais de duas pessoas com caráter estável ou por tempo indefinido, que de maneira concertada e coordenada se repartam diversas tarefas ou funções com o fim de cometer delitos." (Tradução nossa). Há de se observar que a definição foi alterada na última reforma do código, pela *Ley Orgánica* 1/2015. A redação original incluía, além do fim de cometer *delitos*, a perpetração reiterada de *faltas*, isto é, infrações penais menos graves, cujo catálogo foi suprimido do Código Penal no ano de 2015.

(ESPANHA, 2016). Como requisitos podem ser apontados o mínimo de três integrantes, reproduzindo-se o critério quantitativo da Convenção de Palermo, o caráter estável ou por tempo indefinido, a atuação concertada e coordenada, divisão de tarefas ou funções e a finalidade específica de cometer delitos. Apesar da ausência dos elementos sociológicos que permeiam o modelo italiano, constata-se a indeterminação do aludido conceito sob diversos ângulos.

O caráter estável sugere o mínimo de permanência da organização, mas a expressão "ou por tempo indefinido" torna bastante vaga a interpretação do tipo, na medida em que seria possível sustentar até mesmo a existência de organizações criminosas com caráter transitório. Nesse sentido, ressalta-se que o Código Penal Espanhol prevê outros delitos cujo tipo é agravado pelo pertencimento ou direção de organização criminosa, nos quais se alude expressamente à possibilidade de a organização ou associação ter caráter transitório (v.g., art. 162; art. 177 *bis*, item 6; art. 188, item 3, "f"; art. 189, item 2, "f"; art. 262, item 2; art. 271, "c"; art. 276, "c"; e art. 386, item 4).

A situação é no mínimo embaraçosa, na medida em que a admissão da figura de associações ou organizações criminosas desprovidas de estabilidade e permanência¹⁵⁶ dissolve por completo o instituto do concurso eventual de pessoas, conduzindo à questionável hipótese de constituição de uma associação ilícita para a prática de um único delito, embora não de organização criminosa, já que o tipo do art. 570 *bis* exige o fim de cometer *delitos*. Nesse sentido, salienta-se que a figura delituosa das "associações ilícitas" (art. 515 do Código Penal Espanhol) tem por objeto a prática de "algum delito", podendo assim se verificar com o simples propósito de cometimento, ainda que não efetivo, de um único crime. Do ponto de vista garantista, tal modelo de tipificação é extremamente duvidoso.

Por outro lado, os demais elementos do conceito de organização criminosa do artigo 570 *bis* acentuam a sua excessiva amplitude. Isso porque qualquer entidade criminosa possui

¹⁵⁶ Neste ponto, discordamos da opinião de Patrícia Faraldo Cabana, segundo a qual é possível e necessário modular a característica da estabilidade ou permanência nos tipos agravados pelo envolvimento de associação ou organização criminosa de caráter transitório. Para a autora, "*hay que tener en cuenta que también se castiga la integración en organizaciones o asociaciones transitorias, esto es, aquellas que no tienen vocación de permanencia en el tiempo, lo que obliga a una cierta relativización de esta característica. Así, no se debe entender estabilidad como duración indefinida, aunque incluya esta posibilidad, sino como capacidad de mantenerse en el tiempo mientras dure la voluntad de los asociados.*" (CABANA, 2013, p. 24). "É preciso ter em conta que também se castiga a integração em organizações ou associações transitórias, isto é, aquelas que não têm vocação de permanência no tempo, o que obriga a uma certa relativização dessa característica. Assim, não se deve entender estabilidade como duração indefinida, embora inclua esta possibilidade, mas sim como capacidade de se manter no tempo enquanto dure a vontade dos associados." (Tradução nossa).

o mínimo de coordenação e divisão de tarefas, sendo a atuação concertada um pressuposto da própria reunião de pessoas, as quais celebram entre si um acordo para a realização de determinado projeto delitivo.

Ademais, a mera finalidade de cometer crimes é muito vaga, podendo abarcar delitos graves ou não e, conseqüentemente, ter como alvo tanto a criminalidade comum como aquela considerada organizada. O próprio tipo prevê uma figura simples para os delitos comuns e outra qualificada para os delitos graves. Não se exige qualquer intuito específico de obtenção de lucro ou outro benefício de ordem material, sendo a definição ainda mais ampla que o conceito de organização criminosa utilizado na Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia 2008/841/JAI, a qual confessadamente subsidiou a criação de novas figuras delitivas pelo legislador espanhol (CABANA, 2013, p. 18).

Sobretudo, "*las diferencias entre las organizaciones y grupos criminales entre sí, así como con otras figuras afines son sutiles y difíciles de precisar.*"¹⁵⁷ (MUÑOZ CONDE, 2013). O número mínimo de membros e a finalidade de cometer delitos se repetem na definição de grupo criminoso do artigo 570 *ter*,¹⁵⁸ cuja distinção pretende-se estabelecer na ausência de alguma ou algumas das características da organização criminosa.

Embora o conceito legal de grupo criminoso não preveja a necessidade de coordenada divisão de tarefas ou funções, e prescindida do caráter estável ou por tempo indefinido, na prática tais aspectos não são suficientes para a diferenciação segura em relação às organizações criminosas, visto que qualquer agrupamento delitivo possui tais elementos em alguma medida. Caso contrário, em nosso juízo, a hipótese tratada seria de mero concurso de pessoas, não sendo sequer cogitável a sua incriminação autônoma.

Ainda mais nebulosa é a distinção entre a organização criminosa do artigo 570 *bis* e a associação ilícita do artigo 515, 1º, ou seja, aquela que tenha por objeto cometer algum delito, ou que promova a sua comissão uma vez constituída.¹⁵⁹ De acordo com a justificativa

¹⁵⁷ "As diferenças entre as organizações e grupos criminosos entre si, assim como com outras figuras afins são sutis e difíceis de precisar." (Tradução nossa).

¹⁵⁸ "A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos." (ESPANHA, 2016). "Para os efeitos deste Código se entende por grupo criminoso a união de mais de duas pessoas que, sem reunir alguma ou algumas das características da organização criminosa definida no artigo anterior, tenha por finalidade ou por objeto a perpetração concertada de delitos." (Tradução nossa).

¹⁵⁹ Conforme demonstramos nos capítulos seguintes, esse cenário se repete quando buscamos a distinção entre organização criminosa e associação criminosa no direito penal brasileiro.

apresentada na exposição de motivos da *Ley Orgánica 5/2010*, que introduziu no Código Penal o tipo de organização criminosa, "*El devenir de los pronunciamientos jurisprudenciales ha demostrado la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales*"¹⁶⁰ (ESPANHA, 2010).

Contudo, sendo tão ampla a definição típica de associação ilícita (ou associação para delinquir), não se vislumbram diferenças significativas em relação à organização criminosa.¹⁶¹ Por conseguinte, é forçoso reconhecer a coincidência, em boa medida, entre as duas figuras delituosas (CABANA, 2013, p. 18). Na mesma perspectiva, Muñoz Conde assevera:

*sobre todo, lo que carece de sentido es que se siga manteniendo el delito de asociación ilícita junto con el de organización criminal, porque, como ya decíamos en el capítulo XXXV respecto a las asociaciones ilícitas, éstas también requieren, además de la finalidad de cometer algún delito (cfr. art. 515,1º Cp), una cierta organización y que el acuerdo entre sus miembros sea duradero. [...] manteniendo el delito de asociación ilícita, [o legislador de 2010] ha sacado de éste las organizaciones terroristas y ha tipificado autónomamente como delitos contra el orden público estas otras organizaciones y grupos criminales, que difícilmente se pueden diferenciar de las asociaciones ilícitas.*¹⁶² (MUÑOZ CONDE, 2013).

Quanto às formas de comissão do delito previsto no artigo 570 *bis*, verifica-se que o legislador espanhol conferiu maior desvalor às condutas de promover, constituir, organizar, coordenar e dirigir organização criminosa, as quais são apenadas com a prisão de quatro a oito anos, se o objetivo for a prática de delitos graves, e prisão de três a seis anos nos demais casos. Por outro lado, considera-se menos reprovável a conduta de quem participar ativamente na organização, integrá-la ou cooperar economicamente ou de qualquer outro modo com a

¹⁶⁰ "A evolução dos pronunciamentos jurisprudenciais demonstrou a incapacidade do atual delito de associação ilícita para responder adequadamente a diferentes hipóteses de agrupamentos ou organizações criminosas." (Tradução nossa). Essa tem sido a justificativa corrente para a tipificação autônoma do crime de organização criminosa em muitos ordenamentos.

¹⁶¹ Patricia Faraldo Cabana analisa detidamente as razões pelas quais não é possível distinguir associação ilícita de organização criminosa no Código Penal Espanhol, concluindo serem elas sinônimas, sob pena de se ampliar ainda mais a figura da associação ilícita, para também abarcar casos de simples coautoria ou participação, indo inclusive de encontro com a interpretação mais restritiva observada na jurisprudência espanhola (CABANA, 2013, p. 37-40).

¹⁶² "Sobretudo, o que carece de sentido é que se mantenha o delito de associação ilícita junto com o de organização criminosa, porque, como já dizíamos no capítulo XXXV a respeito das associações ilícitas, estas também requerem, além da finalidade de cometer algum delito (cfr. art. 515, 1º Cp), uma certa organização e que o acordo entre seus membros seja duradouro. [...] mantendo o delito de associação ilícita [o legislador de 2010] retirou deste as organizações terroristas e tipificou autonomamente como delitos contra a ordem pública estas outras organizações e grupos criminosos, que difícilmente podem se diferenciar das associações ilícitas." (Tradução nossa).

mesma. Nestes casos, a pena cominada é de prisão de dois a cinco anos se a organização tiver como fim o cometimento de delitos graves, e prisão de um a três anos nas demais hipóteses.

Além de tais sanções, impõe-se aos responsáveis a pena de inabilitação para o exercício de todas as atividades econômicas ou negócios jurídicos relacionados com a atuação da organização criminosa, por um tempo superior entre seis e vinte anos ao de duração da pena privativa de liberdade (art. 570 *quáter*, item 2). Destaca-se o intervalo notadamente extenso entre o mínimo e máximo da referida inabilitação.

Apesar da divisão do tipo penal entre condutas de maior e menor gravidade, persiste certa desproporção, porquanto "*no es lo mismo promover la creación de una organización criminal que dirigir una ya constituida; como tampoco es igual participar activamente que formar parte, de manera pasiva, de una organización*"¹⁶³ (MUÑOZ CONDE, 2013). Aliás, o que permitiria distinguir a participação ativa da conduta de integrar passivamente a organização criminosa? O tipo não informa a carga semântica de todos os seus elementos objetivos, transferindo ao aplicador a tarefa de complementar o seu sentido, além do que normalmente se espera da atividade interpretativa, mitigando o princípio da taxatividade.

O elemento subjetivo do crime é necessariamente o dolo, que abrange não apenas a finalidade de cometer delitos, como também a gravidade das infrações penais, visto que a lei comina penas diversas para delitos graves e comuns. Como salienta Muñoz Conde, essa circunstância pode acarretar problemas probatórios dificilmente solucionáveis (MUÑOZ CONDE, 2013).

São ainda previstas circunstâncias agravantes relacionadas à estrutura da organização criminosa, mais uma vez com termos de significados excessivamente abrangentes: *a)* o elevado número de membros; *b)* a disposição de armas ou instrumentos perigosos; *c)* a disposição de meios tecnológicos avançados de comunicação ou transporte que por suas características resultem especialmente aptos para facilitar a execução dos delitos ou a impunidade de seus agentes. Além disso, a pena se agrava na hipótese de os delitos aos quais a organização se destina forem contra a vida ou a integridade das pessoas, a liberdade, a indenidade e a liberdade sexuais ou o tráfico de seres humanos.

A colaboração ativa e espontânea para a obtenção de provas que possibilitem a identificação ou captura de outros membros da organização, além do impedimento de sua

¹⁶³ "Não é o mesmo promover a criação de uma organização criminosa que dirigir uma já constituída; como tampouco participar ativamente equivale a integrar, de maneira passiva, uma organização". (Tradução nossa).

atuação e da prática de algum delito, foi prevista como causa de diminuição de pena no próprio Código Penal, no artigo 570 *quáter*, item 4, válido tanto para as organizações criminosas quanto para os grupos criminosos.

4.2.3 Código Penal Português e a figura da associação criminosa

O legislador português elegeu o tratamento unitário da figura de "associação criminosa",¹⁶⁴ a qual é juridicamente equiparada a "grupo" e "organização", todas tratadas indistintamente no artigo 299 do Código Penal lusitano, como crime contra a paz pública, inserido em seu Capítulo V ("Dos crimes contra a ordem e a tranquilidade públicas"), seção II ("Dos crimes contra a paz pública"):

Artigo 299.º Associação Criminosa

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

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

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

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

5 - Para os efeitos do presente artigo, considera-se que existe grupo, organização ou associação quando esteja em causa um conjunto de, pelo menos, três pessoas, actuando concertadamente durante um certo período de tempo. (PORTUGAL, 2007).

Verifica-se, inicialmente, que o *nomen juris* da figura delituosa em questão é "associação criminosa". Nesse sentido, percebe-se a influência de tal nomenclatura na nova redação dada ao artigo 288, *caput*, do Código Penal Brasileiro pela Lei 12.850/13. No entanto, a primeira diferença notável entre as legislações portuguesa e brasileira é que nesta optou-se pela tipificação autônoma do crime de organização criminosa em lei penal extravagante, mantendo-se a tradicional figura da quadrilha ou bando no corpo do Código Penal, embora

¹⁶⁴ Neste ponto, aproxima-se do modelo alemão, que não prevê tipo penal autônomo de organização criminosa, sendo esta subsumida na figura típica do §129 do StGB (formação de associações criminosas).

com as mudanças introduzidas pela Lei 12.850/13, especialmente no tocante ao novo *nomen juris*.

O parágrafo 1º do citado artigo 299 do Código Penal Português indica como verbos-núcleo do tipo *promover* ou *fundar*. Neste aspecto, diferencia-se radicalmente da fórmula adotada no artigo 288, *caput*, do Código Penal Brasileiro, que trata do simples "associar" para o fim de cometer crimes. Por outro lado, assemelha-se mais ao tipo penal de organização criminosa previsto na Lei 12.850/13, que também traz as modalidades de "promover" e "constituir", equivalente a "fundar". A ação de fundar seria anterior à de promover, visto que não se pode dar promoção a algo que não tenha sido previamente constituído.

Sob essa óptica, entende-se ter o legislador português se afastado da figura da mera confabulação, uma vez que se exigiria a efetiva constituição do grupo, associação ou organização criminosa para a consumação do delito, afirmando-se a insuficiência do mero acordo de se associar. Nesse sentido, "trata-se, em regra, de um crime de mera atividade, com a ressalva da modalidade de 'fundação da associação criminosa', em que se trata de um crime de resultado." (ALBUQUERQUE, 2017). Questão tormentosa é saber se a efetiva constituição da associação criminosa pode dispensar o cometimento de pelo menos um crime.¹⁶⁵

O delito em apreço é doloso. Pode-se sustentar a inexistência de elemento subjetivo especial, caso se entenda, de acordo com a literalidade do dispositivo, que a finalidade de praticar um ou mais crimes é parte da vontade coletiva da associação, e não da vontade individual de cada integrante. Neste ponto, a norma portuguesa também se distingue da figura do artigo 288, *caput*, do Código Penal Brasileiro, na qual se requer dos agentes, além do dolo de associação, o fim específico de cometer pelo menos dois delitos. Excluem-se, em ambas as legislações, a figura das contravenções penais e "contraordenações" (no caso do direito português).

De acordo com o parágrafo 5º do mesmo artigo 299, com redação dada pela Lei portuguesa 59/2007, a configuração de um grupo, organização ou associação criminosa exige a atuação concertada de pelo menos três pessoas durante certo período do tempo, elementos que também estão presentes no conceito de "grupo criminoso organizado" estampado na Convenção de Palermo.

¹⁶⁵ Para Gonçalves, estabelecida a organização segundo os termos que o autor identifica como necessários, "o crime de associação estará consumado, podendo portanto não vir sequer a ser praticado qualquer crime que estava no escopo da associação." (GONÇALVES, 2002, p. 884). Sob o ponto de vista garantista, esse entendimento é passível de críticas, conforme pontuamos nos capítulos seguintes.

Percebe-se que o legislador português optou pelo modelo de definição estritamente dogmático, sem qualquer remissão a características sociológicas de grupos específicos. Tampouco se delimitou qualquer categoria de delitos que caracterizariam a associação criminosa. Embora não seja absolutamente fechada, a expressão "durante certo período de tempo" é menos vaga que "por tempo indefinido", adotada no Código Penal Espanhol. Depreende-se do conceito a necessidade de certo grau de organização e estabilidade associativa, diferenciando-se do simples concurso de pessoas ou participação criminosa,¹⁶⁶ o que reforça a tese de que o legislador português não acolheu a mera confabulação delitiva.

O tipo também comporta outras modalidades equiparadas às figuras do parágrafo 1º. No parágrafo 2º, recebem a mesma pena (prisão de um a cinco anos) dos fundadores ou promotores aqueles que apoiarem ou fizerem parte do grupo, organização ou associação criminosa. O apoio compreende o auxílio material de armas, munições, instrumentos do crime, guarda e locais para reuniões, bem como todo tipo de auxílio, inclusive moral, para recrutar e angariar novos membros, englobando, portanto, a cumplicidade e a instigação. Nesse sentido: "As condutas típicas de "apoiantes" e de "angariadores" sobrepõem-se, respetivamente, às de cúmplice e de instigador, pelo que não é admissível a participação (instigação ou cumplicidade) no crime de associação criminosa." (ALBUQUERQUE, 2017).

Ainda segundo Albuquerque (2007), a situação de disponibilidade daqueles que fazem parte da associação, isto é, de quem é membro, significa subordinação à vontade do grupo, o que indica a "especial perigosidade do membro"; por outro lado, quem meramente apoia a organização não se sujeita à vontade coletiva; logo não está à mercê da entidade criminosa (ALBUQUERQUE, 2017).

O parágrafo 3º prevê forma qualificada da conduta do parágrafo 1º, cominando-se pena mais grave (prisão de dois a oito anos) para quem chefiar ou dirigir o grupo, organização ou associação criminosa. Neste ponto, diverge o Código Penal Português da solução adotada pelo legislador brasileiro para apenar com maior gravidade a conduta do "homem de trás",

¹⁶⁶ Figueiredo Dias relata a evolução da jurisprudência portuguesa no tocante ao tipo penal de associação criminosa, inicialmente aplicado com muito menos rigor quanto à verificação de seus elementos constitutivos: "Nos primeiros anos de vigência do Código Penal de 1982, com efeito, aquela jurisprudência não terá sido suficientemente exigente quer em tema de verificação dos elementos constitutivos típicos da *associação*, quer, ainda menos, na consideração autónoma da distinção entre *associação* e mera *participação criminosa*. [...] Pode todavia afirmar-se que esta errónea jurisprudência se encontra hoje ultrapassada e foi substituída por uma orientação dominante mais consciente da especificidade típica do crime de associação criminosa e do fim de protecção da norma que o prevê" (FIGUEIREDO DIAS, 2008, p. 18).

ainda que este não pratique pessoalmente atos de execução. Isso porque a Lei 12.850/13 não estipula nova cominação de pena para a conduta dos chefes ou dirigentes da organização criminosa, mas apenas circunstância agravante (art. 2º, §3º, da Lei 12.850/13).

A figura do agente colaborador ou delator da associação foi prevista no próprio artigo 299 do Código Penal Português, em seu parágrafo 4º, como hipótese de atenuação ou isenção da pena, condicionada à possibilidade de a autoridade, ciente da existência da organização, poder evitar a prática de crimes. Na lição de Albuquerque:

Trata-se de uma verdadeira causa pessoal de exclusão da pena, fundada na consideração das necessidades de prevenção da criminalidade organizada. Se o perigo representado pela associação se mantiver, apesar do esforço sério e voluntário do agente arrependido, ele pode beneficiar de uma atenuação especial da pena. (ALBUQUERQUE, 2017).

É perfeitamente possível o concurso entre o crime previsto no artigo 299 e aqueles praticados pela associação. Apesar de o Código Penal Português de 1986 não ser expresso nesse sentido, ao contrário de sua versão original, deve manter-se essa orientação, "por ser esse o entendimento que resulta dos comandos da Parte Geral sobre concurso de infracções" (GONÇALVES, 2002, p. 883).

Salienta-se, enfim, que o crime de associação criminosa previsto no artigo 299 do Código Penal Português também confronta outras figuras delituosas associativas no ordenamento jurídico lusitano, no qual, à semelhança do direito penal brasileiro, também são tipificadas autonomamente a associação para o tráfico ilícito de entorpecentes (art. 28 do Decreto-lei 15/1993) e a organização terrorista (art. 2º da Lei 52/2003).

5 O CRIME ORGANIZADO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Conforme já brevemente mencionado nas considerações iniciais deste trabalho, a Lei 12.850, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal, em vigência desde outubro de 2013, veio a lume com a clara intenção de suprir as inegáveis deficiências da Lei 9.034/95, as quais eram motivo de verdadeiro constrangimento, porquanto notadamente desvirtuadas dos princípios e garantias mínimas que regem o direito penal e processual penal.

Tais problemáticos aspectos da legislação anteriormente em vigor sobre o crime organizado, a seguir identificados, acarretaram consideráveis dificuldades de interpretação e aplicação dos dispositivos nela previstos, com graves distorções, confusão terminológica e notória ausência de sintonia entre as normas internacionais que versam sobre o tema, adotadas pelo Brasil por meio da ratificação da Convenção de Palermo, e o direito interno.

Tendo a questão sido alvo de debates nos Tribunais Superiores, de acordo com o exposto abaixo, apenas se vislumbrou alguma clareza a respeito do cerne do próprio conceito de organização criminosa após a edição da Lei 12.694/12. Diante desse cenário, a compreensão do histórico que antecede a Lei 12.850/13 revela-se essencial para o entendimento da atual configuração das organizações criminosas no direito penal brasileiro.

5.1 A Lei 9.034/95: subversão do princípio da legalidade penal

Para atender aos reclamos pela previsão de medidas legais para o combate e a repressão ao crime organizado, fenômeno à época identificado pela exploração de jogos de azar, tráfico de drogas, armas e pessoas, sequestros, roubo de cargas, assaltos a bancos, dentre outras condutas, foi editada em 1995 a Lei 9.034, que vigorou no país por quase vinte anos. Pode-se dizer, dessa forma, que o fenômeno da criminalidade organizada começou de fato a ser desenhado na legislação pátria a partir do diploma legal em apreço. Desde então, o termo

"organização criminosa" passou a figurar em outras leis, tais como a Lei 11.343/06 (artigo 33, §4º)¹⁶⁷ e a Lei Complementar 105/01 (artigo 1º, §4º, inciso IX)¹⁶⁸.

Apesar de prever expressamente em sua ementa a disposição sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por *organizações criminosas*, a Lei 9.034/95 não se dirigia apenas à criminalidade organizada, mas encampava também a criminalidade comum, conforme se extrai de seu artigo 1º, com redação dada pela Lei 10.217/01: "Art. 1º 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." (BRASIL, 1995).

Peremptoriamente, constata-se o tratamento indiscriminado conferido a diversas figuras delituosas associativas, alcançando-se até mesmo a cláusula genérica de aplicação dos mecanismos previstos na lei em referência a *associações criminosas de qualquer tipo*. Como se depreende de forma cristalina do texto legal,¹⁶⁹ não se preocupou o legislador quanto à necessária diferenciação entre criminalidade organizada e criminalidade de massa, na qual se enquadrariam as ações de quadrilhas ou bandos - exemplo mais evidente de crime *desorganizado*. Nessa perspectiva:

como registrado no indigitado art. 1º, [a Lei 9.034] tratava de forma equivalente configurações associativas ilícitas de diferentes graus de periculosidade, desde as velhas quadrilhas até as organizações criminosas, sendo certo que, se estas evoluíram daquelas, não é menos verdade que pouco ainda resta em comum entre as duas, como a característica básica da estabilidade e permanência na associação. (FERRO; PEREIRA; GAZZOLA, 2014, p. 33).

¹⁶⁷ "Art. 33 [...] § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa." (BRASIL, 2006).

¹⁶⁸ "Art.1º [...] § 4º A quebra de sigilo [das operações de instituições financeiras] 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." (BRASIL, 2001).

¹⁶⁹ Em sua redação original, o dispositivo em comento era ainda pior, pois de fato identificava as organizações criminosas anunciadas na ementa da lei com quadrilhas ou bandos. Confira-se: "Art. 1º Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando." (BRASIL, 1995). Também para Luiz Luisi, é evidente que o artigo transcrito "implica na redução do crime organizado ao bando ou quadrilha. A rigor não há a formulação de um tipo penal que expresse as novas dimensões do crime organizado." (LUISI, 2003, p. 193). No entanto, "não parece que a figura típica do art. 288 do CP - quadrilha ou bando - possa suprir a falta de conceito e tornar-se sinônimo de organização criminosa." (CASTANHEIRA, 1998, p. 111). *Mutatis mutandis*, é essa a posição defendida por Gamil El Hireche: "em uma análise ainda superficial e absolutamente sumária da Lei, perceber-se-ia que foram equiparadas - quando jamais poderiam ser - as três expressões (perfilha-se o entendimento de que bando e quadrilha são sinônimos): quadrilhas, bandos, associações ou organizações criminosas de qualquer tipo. Mas uma tal atitude não poderia ser tomada." (EL HIRECHE, 2005, p. 69).

Dessa forma, é possível afirmar que desde seu primeiro dispositivo a Lei 9.034/95 já implicava vulneração ao princípio da proporcionalidade, na medida em que se optou por abranger sob o mesmo manto distintas formas de criminalidade, destinando-lhe o mesmo aparato de instrumentos investigatórios e processuais, previstos no rol de seu artigo 2º,¹⁷⁰ de cunho notadamente mais severo e restritivo de liberdades que o convencional. Medidas como a coleta de provas por meio de captação e interceptação ambiental poderiam ser indistintamente aplicadas a qualquer grupo criminoso, fosse ele *organizado* ou não, o que tornava difusa a própria noção de organização criminosa como distinta e peculiar entidade.¹⁷¹

Isto é: em si mesma, a Lei 9.034/95 já ensejava espécie de regime de *exceção*, uma vez que autorizava certas providências investigatórias normalmente não aplicáveis, por afetarem a esfera de direitos e garantias individuais em regra invioláveis. Não bastasse isso, ainda estendia o uso de tais mecanismos a quaisquer associações delituosas, em flagrante descompasso com o princípio da proporcionalidade. "Abarca, assim, submetendo a regime mais rigoroso único, fatos de gravidade diversa, diante da intensidade do dano" (SALES, 2005, p. 147).

Por outro lado, o sistema de repressão ao crime organizado projetado na Lei 9.034/95 ainda apresentava diversos outros graves problemas. Embora consignasse a possibilidade de recurso a procedimentos especiais de investigação (art. 2º), a lei não dispunha acerca de parâmetros concretos para o seu emprego, restando praticamente esvaziados mecanismos como a ação controlada e a infiltração de agentes, de utilização incerta e desconhecido grau de eficácia.

¹⁷⁰ "Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: I - (Vetado). II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações; III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais. IV - a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial. V - infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração." (BRASIL, 1995).

¹⁷¹ Nesse sentido, Felipe Martins Pinto analisa: "a Lei 9.034/95, publicitariamente prevê em sua ementa dispor 'sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas' e, na verdade regula os delitos supostamente praticados por quadrilha, bando, organizações ou associações criminosas de qualquer tipo e, em outras palavras, a organização prevista na ementa como critério para excepcionar as agressivas medidas de instrução se arrefece quando no artigo 1º prevê as hipóteses em que se aplica." (PINTO, 2016, p. 73).

Ademais, ao viabilizar o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais (art. 2º, inc. III), a Lei 9.034/95 conferia também aos magistrados amplos poderes investigatórios e instrutórios, sendo-lhes possibilitado até mesmo realizar diligência pessoal relacionada com a quebra de sigilo dos referidos dados (art. 3º), consubstanciando previsão normativa de claro teor inquisitorial, cuja inconstitucionalidade¹⁷² só foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal em 2004, no julgamento da ADI 1.570-2. Sobre o retrocesso representado pela norma aludida, destaca-se:

A oportunidade instrutória aberta pela Lei 9.034/95 resgata reminiscências do sistema processual inquisitório e traz à vida o correlato modelo de juiz acusador, cuja atuação instrutória se prestava a angariar elementos que corroborassem a sua concepção prévia e pessoal, para assim, alicerçar juridicamente a sua decisão. (PINTO, 2016, p. 77).

Não seria essa, entretanto, a pior das deformidades da Lei 9.034/95, dentre tantas outras evadas de inconstitucionalidade: vedação de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 7º); impossibilidade de o réu apelar em liberdade (art. 9º); e início de cumprimento de pena em regime fechado (art. 10). Além de equiparar organizações criminosas às quadrilhas, bandos e associações criminosas de *qualquer tipo*, conferindo-lhes o mesmo excepcional tratamento para investigação e obtenção de provas, o referido diploma legal não estampava qualquer definição de organização criminosa.

Urge ressaltar que tampouco outra lei de nosso ordenamento informava o conceito de organização criminosa. Conforme a análise de Pitombo, "a ordenação jurídica brasileira contém diversas disposições que regulam as investigações de uma figura delitiva, sem definição legal, muito embora dela se fale a todo momento." (PITOMBO, 2009, p. 108). Desse modo, criou-se figura jurídica de definição não apenas vaga, como também completamente inexistente no arcabouço legal do país, a despeito de a Lei 9.034/95 se propor justamente a disciplinar os meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

Essa lacuna absolutamente inaceitável era ainda maior, haja vista a dúvida instaurada, na doutrina e nos tribunais, a respeito da eventual tipificação do crime de organização criminosa. Conquanto a Lei 9.034/95 não veiculasse de forma inequívoca, e de acordo com a

¹⁷² Na doutrina processual, Grinover (1995, p. 77) sempre denunciou essa flagrante inconstitucionalidade, que minava o modelo de processo penal acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988.

devida técnica legislativa em matéria penal, nenhum tipo incriminador, fazia-se alusão no artigo 9º aos "*crimes previstos nesta lei*".¹⁷³ Quais delitos seriam esses? Crime de quadrilha ou bando? Crime de organização criminosa ou associação criminosa de qualquer outro tipo, sem expressa previsão típica no ordenamento?

Não havia respostas claras diante do silêncio do legislador. De modo pernicioso, a ausência de delimitação conceitual, combinada com a citada previsão do artigo 9º, apenas concorria para a banalização das organizações criminosas, as quais passavam então a também serem tidas como bandos ou quadrilhas, visto que apenas estas se encontravam devidamente tipificadas no artigo 288, *caput*, do Código Penal. Solapando qualquer nível de almejada segurança jurídica, o resultado não poderia ser mais desconcertante e constrangedor, como explica Sales:

Evidentemente, a definição legal de quadrilha ou bando é muito ampla: pode suprir, *também*, os casos de 'criminalidade organizada' e bem demonstra o *desconcerto* do legislador e, pior ainda, o *constrangimento* dos intérpretes, na tentativa de encontrar uma definição em grau de exprimir com necessária e imprescindível taxatividade o fenômeno, impedindo que mencionada lei, *cujas operatividade endurece* o sistema, não se aplique *a todos os casos de quadrilha ou bando*. (SALES, 2005, p. 146).

Na verdade, no contexto da Lei 9.034/95, hoje revogada, jamais seria possível admitir que estivesse tipificado o crime de organização criminosa, pois nem mesmo dispôs a lei sobre a pena cominada para essa conduta, a qual permanecia sem a menor descrição típica. A questão, contudo, alçou voo até os Tribunais Superiores, sobretudo devido a outro dispositivo previsto na Lei 9.613/98, que por muito tempo mencionou o "*crime praticado por organização criminosa*" como um dos delitos antecedentes à "lavagem" de dinheiro.

Scarance Fernanades explica que são três as linhas doutrinárias e legislativas delineadas com relação ao conceito de crime organizado¹⁷⁴ (FERNANDES, 1995). Conforme o autor esclarece, a Lei 9.034/95 não se filiou a qualquer dessas vertentes, optando o legislador por incluir inadvertidamente na mesma categoria organizações criminosas, quadrilhas e bandos, a despeito da menor ofensa social que estes últimos representam:

A lei seguiu um caminho próprio. Não definiu a organização criminosa, desprezando a linha inicial do projeto. Não definiu, através de seus elementos essenciais, o crime

¹⁷³ "Art. 9º O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei." (BRASIL, 1995).

¹⁷⁴ Reportamos ao conteúdo da nota de nº 21.

organizado. Não elencou condutas que constituiriam crimes organizados. Preferiu deixar em aberto os tipos penais configuradores de crime organizado, mas, ao mesmo tempo, admitiu que qualquer delito pudesse se caracterizar como tal, bastando de decorresse de ações de bando ou quadrilha. (FERNANDES, 1995, p. 3).

Em suma, a inexistência de conceito legal de organização criminosa acentuou ainda mais a equivocada identificação entre essa espécie associativa e as quadrilhas ou bandos, o que se refletiu inclusive em julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, conforme veremos a seguir. Em um retrato de completa irracionalidade, a Lei 9.034/95 consubstanciava patente violação ao princípio da taxatividade¹⁷⁵ e, conseqüentemente, à própria legalidade penal.

Como é cediço, o princípio da legalidade tem alcance constitucional e se desdobra em postulados ou corolários lógicos: a reserva legal, relativa às fontes das normas penais incriminadoras; a irretroatividade, concernente à validade das disposições penais no tempo; e a *determinação taxativa* quanto aos termos mediante os quais as normas penais são enunciadas¹⁷⁶ (LUIZI, 2003, p. 17; PALAZZO, 1989, p. 43).

Nesse quadro, a "máxima taxatividade legal e interpretativa" (ZAFFARONI et al., 2011, p. 206) assume papel de destacada proeminência no âmbito da "função de garantia da lei penal"¹⁷⁷ (ASSIS TOLEDO, 1994, p. 22), pois realiza o escopo do princípio da legalidade, qual seja, a limitação do poder punitivo estatal sobre a esfera das liberdades do indivíduo, ao impedir o uso de expressões vagas, ambíguas, indeterminadas, obscuras ou incertas na formulação dos respectivos tipos penais.

Conforme a lição de Luisi, "o principal fundamento do postulado da determinação taxativa é de índole política. A exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre

¹⁷⁵ Com o mesmo enfoque: "esta Lei [9.034/95] representa outra construção casuística, sem respeito ao princípio da taxatividade." (NUCCI, 2010, p. 282).

¹⁷⁶ Em outra perspectiva sobre o mesmo conteúdo do princípio em comento, Francisco de Assis Toledo ensina que o princípio da legalidade ou da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) desdobra-se em quatro corolários, a saber (ASSIS TOLEDO, 1994, p. 22): *lex praevia* (proibição de leis retroativas que incriminem novas condutas ou agravem a pena), *lex scripta* (proibição do uso do direito consuetudinário como fundamento ou modo de agravar penas, valendo para esses fins apenas a lei escrita), *lex stricta* (proibição do uso da analogia *in malam partem*) e *lex certa* (proibição de normas penais indeterminadas). No mesmo sentido, pelo prisma de garantia individual, Nilo Batista também destaca os quatro aludidos corolários, os quais identifica como funções do princípio da legalidade (BATISTA, 2007, p. 68-83). Apesar da diversa classificação e interpretação do mandamento da reserva legal, os corolários em apreço encontram correspondência com os princípios da irretroatividade (*lex praevia*), da reserva legal (*lex scripta e stricta*) e da taxatividade-determinação (*lex certa*), versando assim sobre idêntica matéria.

¹⁷⁷ Cumpre mencionar com Batista (2007, p. 68) que além de cumprir função de garantia, por excluir as penas ilegais, o princípio da legalidade também se caracteriza pela função constitutiva, na medida em que constitui a pena legal.

do propósito de proteger o cidadão do arbítrio judiciário" (LUISI, 2003, p. 25). Essa também é a argumentação sustentada por Fiandaca e Musco (1989, p. 70), além de Mantovani (1992, p. 98), que salienta o fundamento político-garantista da taxatividade em sua gênese e *ratio* histórica. Palazzo destaca o forte sentido político do referenciado princípio, que se dirige a "regular a relação entre legislador e poder judiciário na produção da *regula iuris* do caso concreto" (PALAZZO, 2012, p. 487).

Por essa razão, o não atendimento do princípio da legalidade, em sua vertente da taxatividade, implica grave ruptura democrática, pois sujeita os indivíduos a interpretações arbitrárias das leis penais, gerando-se ampla margem de discricionariedade e variabilidade subjetiva por parte de quem se encarrega de aplicá-las e, conseqüentemente, vulnerando-se o próprio princípio da separação dos poderes.¹⁷⁸ Sob esse aspecto, "é evidente que, quanto menor a confiança no judiciário, mais forte será a aspiração por formulações taxativas da lei penal, e vice-versa." (PALAZZO, 2012, p. 487).

Uma vez que os termos excessivamente imprecisos ou pouco claros do tipo penal acarretam a necessidade de que se preencha de sentido tal dispositivo legal, muito além do que se poderia esperar da natural atividade interpretativa da norma, é inevitável reconhecer que o aplicador do direito invade, em alguma extensão, o campo semântico no qual deveria ter atuado o legislador. A perda que advém desse cenário para os cidadãos é imediatamente sentida pelo abandono da segurança jurídica e previsibilidade quanto ao modo como serão aplicadas as leis penais e a interpretação que se dará a elas.

Segundo Palazzo, o princípio da taxatividade ainda comporta um "sentido individualista-personalista" (PALAZZO, 2012, p. 487). O autor ressalta a concepção prevalentemente garantidora do princípio diante do arbítrio judiciário e a sua verdadeira importância em termos até mesmo civilizatórios e antropológicos, uma vez que se reconhece no indivíduo a sua capacidade inerente de autodeterminação diante da lei, cujos contornos exatos ele deve poder conhecer e compreender, a fim de mensurar as conseqüências de suas ações e deliberar sobre sua conduta, considerando a prescrição legal:

na medida em que funciona como garantia diante do poder punitivo-judiciário, incumbido de assegurar a *específica eticidade do direito*, constituída da *certeza jurídica*, e de operar, qual pressuposto objetivo de cognoscibilidade da norma, uma 'valorização' e 'responsabilidade' do homem, de sua estrutura espiritualística, [...] não

¹⁷⁸ Também nesse sentido, confira-se a posição de Castanheira (1998, p. 114).

mais em termos de rigorosa delimitação do poder punitivo no tocante ao indivíduo, porém de reconhecimento, no homem, de uma capacidade que lhe é própria, inerente, e de uma responsabilidade de auto-determinar-se em face da vontade estatal. (PALAZZO, 1989, p. 50).

Tavares também destaca o lugar ocupado pelo princípio da legalidade, em sua vertente da taxatividade, na função político-criminal do tipo:

o princípio da legalidade, inserido no art. 5º, XXXIX, da Constituição da República, pelo qual se exige uma exata descrição da conduta criminosa, tem por escopo evitar possa o direito penal transformar-se em instrumento arbitrário, orientado pela conduta de vida ou pelo ânimo [...] a exata descrição dos elementos que compõem a conduta criminosa serve, primeiramente, ao propósito de sua materialização, quer dizer, sua condição espaço-temporal; depois, como instrumento de comunicação entre o Estado e os cidadãos, pelo qual se assinalam as zonas do proibido e do permitido; por fim de regulação sistemática. (TAVARES, 2003, p. 173).

Se o destinatário da norma não é capaz de compreender o seu sentido e os alcances do tipo penal que a expressa,¹⁷⁹ sendo privado, portanto, do devido exercício do direito subjetivo público, decorrente do texto constitucional, de conhecer o crime (BATISTA, 2007, p. 80), deve-se proclamar a falha do legislador em observar o princípio da determinação taxativa, servindo claramente como exemplo dessa situação o artigo 1º da revogada Lei 9.034/95. Ao tratar de medidas excepcionais e restritivas de direitos e garantias individuais, restou prejudicado o princípio da legalidade penal, porquanto a lei não consubstanciava a noção clara, precisa, determinada e taxativa do que seria organização criminosa, equivocadamente identificada com a figura da quadrilha ou bando.

A exigência de determinação taxativa dos tipos penais circunscreve-se no âmbito do princípio da *legalidade estrita*, que especificamente caracteriza o sistema cognitivo garantista e se difere do princípio da mera legalidade (FERRAJOLI, 2014, p. 93). A expressão *de estrita legalidade* é utilizada "para designar a reserva absoluta de lei, que é uma norma dirigida ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais" (FERRAJOLI, 2014, p. 39).

¹⁷⁹ Não é demais frisar: "Para que a lei penal possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano, necessita ser facilmente acessível a todos, não só aos juristas." (ASSIS TOLEDO, 1994, p. 29). Em caso contrário, "a função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos." (BATISTA, 2007, p. 78),

O princípio em questão é posicionado no epicentro da teoria garantista, uma vez que a legalidade estrita implica todas as demais garantias substantivas e processuais que compõem o sistema (FERRAJOLI, 2014, p. 94), tais como a materialidade da ação, a lesividade do resultado, a culpabilidade, a presunção da inocência, o contraditório, dentre outras. Além disso, ao tratar da semântica da linguagem legal, que condiciona a verificabilidade jurídica dos termos mediante os quais a lei penal é enunciada, Ferrajoli assevera:

O pressuposto necessário da *verificabilidade* e da *falseabilidade jurídica* é que as definições legais que estabelecem as conotações das figuras abstratas de delito e, mais em geral, dos conceitos penais sejam suficientemente precisas como para permitir, no âmbito da aplicação da lei, a *denotação jurídica* (ou qualificação, classificação ou subsunção judicial) de fatos empíricos exatamente determinados. A técnica normativa, que nos ordenamentos modernos assegura este pressuposto, é a expressa pelo *princípio da legalidade estrita* ou de *taxatividade penal* (FERRAJOLI, 2014, p. 117).

Exatamente por não se conformar à legalidade estrita, a Lei 9.034/95 exprime uma noção muito vaga de crime organizado e organização criminosa, dificultando sobremaneira a sua verificabilidade e aplicação do próprio diploma legal, quadro esse agravado ainda pelos patententes vícios de inconstitucionalidade inquinados em diversos de seus dispositivos, conforme dito acima. Como resultado da esquizofrenia legislativa,¹⁸⁰ não menos caóticas eram as divergências jurisprudenciais sobre o tratamento legal do crime organizado no país.

5.2 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

Ante a falta de definição de organização criminosa prevista em lei, a confusão conceitual entre quadrilhas, bandos e organizações criminosas terminou por alcançar os Tribunais Superiores, onde se discutiu em diversas oportunidades acerca da possível aplicabilidade do conceito informado pela Convenção de Palermo, de modo a suprir a lacuna

¹⁸⁰ A contribuição crítica de Schmidt coloca em ênfase a crise de técnica legislativa no Brasil, a qual, em última análise, soterra os pressupostos garantistas do Estado de Direito: "podemos notar que o 'moderno' Direito Penal brasileiro está estabelecido num modelo penal de legalidade atenuada, onde a elasticidade e a indeterminação das figuras delitivas fazem com que o sistema de definição da desviação penalmente relevante fundamente-se numa epistemologia antiguarantista, de sancionamento *quia peccatum*, e não *quia prohibitum*." (SCHMIDT, 2001, p. 248). Como demonstramos nos capítulos seguintes, esse quadro reproduz verdadeiras deformidades plasmadas em tipos penais lacônicos, excessivamente vagos ou polissêmicos, e por isso mesmo esvaziados de sentido, o que se reverbera com evidência nas figuras delituosas associativas previstas em nosso direito positivo, como é o caso da famigerada "milícia privada" (art. 288-A, CP).

legislativa interna.¹⁸¹ Impende mencionar que, em sua Resolução nº 3 de 2006, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) havia recomendado a especialização de varas criminais para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas, adotando-se para isso o conceito de grupo criminoso organizado estabelecido na Convenção de Palermo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2006).

As divergências ganhavam tons ainda mais marcantes devido à antiga redação do artigo 1º da lei que trata dos delitos de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei 9.613/98), o qual previa exaustivamente os crimes antecedentes à "lavagem". No inciso VII do referido dispositivo, constava como uma dessas hipóteses taxativas o crime "praticado por organização criminosa". Note-se que a lei não cuidou do delito de "formação de organização criminosa", versando apenas sobre crimes praticados pelo grupo.

Desse modo, sustentava-se de um lado a tese de que não havia prejuízo à legalidade no fato de se considerar caracterizada a "lavagem" de dinheiro tendo por crime antecedente algum delito cometido por organização criminosa, de resto definida segundo os termos da Convenção de Palermo. Assim, a referência à expressão no inciso VII do artigo 1º da Lei 9.613/98 configuraria apenas norma penal em branco heteróloga, cuja complementação se fazia com base na aludida convenção internacional, introduzida no Brasil por meio de decreto legislativo. De outra parte, entendia-se que pela ausência de tipificação do crime de organização criminosa também seria atípica a "lavagem" de dinheiro que tivesse como conduta antecedente o delito praticado por organização criminosa, sob pena de violação do princípio da reserva legal.

No Supremo Tribunal Federal, a questão foi amplamente debatida durante o julgamento do *Habeas Corpus* (HC) n. 96.007/SP, referente a membros de uma igreja

¹⁸¹ Sobre esse ponto, Heloisa Estellita traça importante distinção entre lei ordinária e "instrumento com força de lei ordinária". Lembra a autora: "Tanto tal identificação não é admissível para fins de atendimento ao princípio da reserva legal penal que as medidas provisórias, que têm *força de lei*, são inadmissíveis em matéria penal para efeitos de comprimirem o direito à liberdade." (ESTELLITA, 2009, p. 75). Apesar de ter sido incorporada ao direito positivo nacional "com força" de lei ordinária (tratado internacional aprovado pelo Congresso Nacional), a Convenção de Palermo não pode ocupar a posição que só cabe a própria lei, assim entendida em sentido formal e material, como único instrumento normativo apto para a criação de tipos penais, recrudescimento de penas e estipulação de medidas mais gravosas no campo processual penal. Com esse espeque, Estellita ainda destaca algumas oportunidades nas quais o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre a submissão da Convenção de Palermo à ordem constitucional: HC 88.914; HC 92.598; HC 94.404 (ESTELLITA, 2009, p. 75-77). No que concerne à possibilidade de utilizar o conceito de grupo criminoso organizado das Nações Unidas como parâmetro para complementação de elemento normativo do tipo, Estellita é contundente no sentido de que a Convenção não oferece o mínimo de determinação e certeza exigido pelo princípio da legalidade penal (ESTELLITA, 2009, p. 88). Sobre a amplitude e as críticas ao conceito da Convenção de Palermo, reportamos ao capítulo anterior.

evangélica acusados pelo Ministério Público de São Paulo do cometimento do crime previsto no artigo 1º da Lei 9.613/98, à época em que o referido dispositivo legal ainda abrigava o rol de incisos com hipóteses de delitos antecedentes à "lavagem" de dinheiro, sendo um deles o crime "praticado por organização criminosa".¹⁸²

Na ocasião, por unanimidade entre os ministros da Primeira Turma do STF, considerou-se que havia violação ao princípio da reserva legal, devido à inexistência do tipo penal de organização criminosa no direito brasileiro. Por essa razão, a Corte consignou que o crime de quadrilha ou bando não deveria ser confundido com o de organização criminosa, até aquele momento não tipificado por lei em sentido formal e material. Com esses fundamentos, concedeu-se a ordem requerida no *writ*, nos termos do voto do Min. Rel. Marco Aurélio, neste julgado que se tornou um *leading case* (BRASIL, 2013b).

Por outro lado, em 2011, o Superior Tribunal de Justiça emitiu o informativo de número 0467, no qual reiterou a orientação prévia do CNJ. Por ocasião do julgamento do HC n. 138.058/RJ, a Sexta Turma do Tribunal acatou a validade do conceito da Convenção de Palermo em âmbito interno, para efeitos de caracterização do delito de “lavagem” de dinheiro, em razão da antiga redação da Lei 9.613/98, e denegou a ordem pleiteada. Novamente restou evidenciada a confusão entre quadrilhas e organizações criminosas, conforme se verifica pelo teor do informativo (BRASIL, 2011):

ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. DESCAMINHO. LAVAGEM. DINHEIRO.

Trata-se de paciente denunciada em decorrência de operação policial a qual investigava as atividades de sociedades empresárias pertencentes ao mesmo grupo empresarial, como incurso nos arts. 288 e 334 do CP c/c art. 1º, V e VII, da Lei n. 9.613/1998, em continuidade delitiva. Na impetração, busca-se o trancamento parcial da ação penal quanto à acusação de lavagem de dinheiro (art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998) e em relação à acusação por formação de quadrilha (art. 288 do CP). Alega haver inépcia da peça vestibular no que diz respeito ao crime previsto no art. 288 do CP, sustentando que não existe conceito legal da expressão “organização criminosa”. Para o Min. Relator, o trancamento da ação penal em *habeas corpus* é medida excepcional e a tese da impetração não merece prosperar. Explica que a expressão “organização criminosa” ficou estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro com o Dec. n. 5.015/2004, o qual promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo, que, no art. 2, a, definiu tal conceito), aprovado pelo Dec. Legislativo n. 231/2003. Segundo o Min. Relator, a definição jurídica de organização criminosa não se submete ao princípio da taxatividade como entende a impetração, pois o núcleo do tipo penal previsto na norma é “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes,

¹⁸² Todos os incisos do art. 1º da Lei 9.613/98 foram revogados pela Lei 12.683/12 (BRASIL, 1998).

direta ou indiretamente, de crime", sendo a expressão "organização criminosa" um complemento normativo do tipo, tratando-se, no caso, de uma norma penal em branco heteróloga ou em sentido estrito, que independe de complementação por meio de lei formal. Assevera que entender o contrário, de acordo com a tese defendida pelos impetrantes, seria não admitir a existência de normas penais em branco em nosso ordenamento jurídico, situação que implicaria o completo esvaziamento de inúmeros tipos penais. Também destaca que a Recomendação n. 3/2006 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) propõe a adoção do conceito de "crime organizado" estabelecido na Convenção de Palermo, bem como a jurisprudência do STF e do STJ não diverge desse entendimento. Por fim, ressalta que não procedem as alegações de inépcia da inicial, pois a denúncia aponta fatos que, em tese, configuram o crime de formação de quadrilha para prática de crimes de lavagem de dinheiro e contra a Administração Pública, bem como que somente o detalhamento das provas na instrução criminal esclarecerá se houve e qual foi a participação da paciente nos delitos imputados pelo Parquet. Diante do exposto, a Turma denegou a ordem. Precedentes citados do STF: RHC 102.046-SP, DJe 10/11/2010; HC 100.637-BA, DJe 24/6/2010; HC 91.516-PI, DJe 4/12/2008; do STJ: APn 460-RO, DJ 25/6/2007; HC 77.771-SP, DJe 22/9/2009; HC 63.716-SP, DJ 17/12/2007; HC 89.696-SP, DJe 23/8/2010; HC 89.472-PR, DJe 3/8/2009, e HC 102.292-SP, DJe 22/9/2008. (Destacamos em itálico).

Mutatis mutandis, esse foi o mesmo entendimento adotado no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 29126/MS, julgado pelo STJ em 18 de dezembro de 2012. Apenas em decisão mais recente, no Recurso em *Habeas Corpus* n. 38674/SP, a Sexta Turma passou a reconhecer a impossibilidade de se utilizar o conceito da Convenção de Palermo para fins de responsabilização por "lavagem" de dinheiro, nos termos da antiga redação da Lei 9.613/98, pois o crime antecedente praticado por organização criminosa seria manifestamente atípico, conforme a ementa (BRASIL, 2014):

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. FALSIDADE IDEOLÓGICA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. DESCRIÇÃO SUFICIENTE DOS FATOS. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. NÃO OCORRÊNCIA. LAVAGEM DE DINHEIRO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - OCULTAÇÃO DE BENS. FATOS ANTERIORES AS LEIS N.º 12.683/12 E N.º 12.850/13. ATIPICIDADE. RECONHECIMENTO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. MANIFESTAÇÃO DO *PARQUET*. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não há como reconhecer a inépcia da denúncia se a descrição da pretensa conduta delituosa relativa ao crime de falsidade ideológica foi feita de forma suficiente ao exercício do direito de defesa, com a narrativa de todas as circunstâncias relevantes, permitindo a leitura da peça acusatória a compreensão da acusação, com base no artigo 41 do Código de Processo Penal.

2. A alegação de falta de justa causa não relevada, *primo oculi*, demanda inexoravelmente revolvimento de matéria fático-probatória, não condizente com a via angusta do *writ*, devendo, pois, ser avaliada pelo Juízo *a quo* por ocasião da

prolação da sentença, após a devida e regular instrução criminal, sob o crivo do contraditório.

3. Por fatos praticados nos idos de 2006, os *recorrentes foram denunciados como incurso no artigo 1.º, inciso VII, da Lei n.º 9.613/98, com redação primeva ao disposto nas Leis n.º 12.683/12 e n.º 12.850/13.*

4. *Não obstante anterior entendimento desta Sexta Turma, torna-se inviável a responsabilização criminal, visto a atipicidade da conduta narrada na exordial acusatória, pois, à época dos fatos, carente a descrição normativa do que seria compreendido por organização criminosa, considerado crime antecedente à lavagem de dinheiro. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.*

5. Diante do expurgo do crime de lavagem de capitais, de se possibilitar o oferecimento da suspensão condicional do processo pelo *Parquet*, mostrando-se indevida a imiscuição desta Corte, no presente momento processual, em ato ministerial.

6. Recurso parcialmente provido a fim de se trancar, em relação aos recorrentes, o Processo n.º 302.01.2011.000081-1/000000-000, Controle n.º17/2011, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jaú/SP, somente no tocante ao delito previsto no artigo 1º, inciso VII, da Lei n.º 9.613/98. (Destacamos em itálico).

Com essa decisão, restou superado o prévio entendimento da Sexta Turma do STJ, ajustando-se em sintonia com a tese já acolhida no STF. A mudança de posicionamento jurisprudencial relaciona-se, de algum modo, com a edição da Lei 12.850/13, o diploma legal que finalmente previu a definição de organização criminosa atrelada ao tipo penal específico para esse delito, algo até então inédito no ordenamento brasileiro.

Vale destacar que, no julgamento da ação penal nº 470/MG, o intitulado processo do "mensalão", o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado no sentido de considerar como atípico o "crime praticado por organização criminosa", porquanto ainda não existente a Lei 12.850/13 à época dos fatos apreciados na referida ação penal, sendo inaplicável para esse fim a Convenção de Palermo, muito embora o Ministério Público Federal tivesse descrito o grupo de políticos e empresários envolvidos como sofisticada *organização criminosa*, dividida em três núcleos específicos: político, operacional e financeiro (BRASIL, 2013c).

5.3 O conceito de organização criminosa da Lei 12.694/12

A Lei Federal nº 12.694 dispõe sobre o processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de delitos cometidos por organizações criminosas. Em vigência desde outubro do ano de 2012, o referido diploma normativo foi a primeira manifestação do legislador brasileiro acerca do conceito de organização criminosa. Até então, como visto

anteriormente, os tribunais baseavam-se na definição prevista na Convenção de Palermo, à míngua de posicionamento do Congresso Nacional.

O principal objetivo da Lei 12.694/12 era disciplinar a possibilidade de formação do colegiado de três magistrados em sede de primeira instância para a realização de qualquer ato processual, especialmente aqueles listados no rol de incisos do artigo 1º,¹⁸³ em razão de o processo ou procedimento versar sobre crimes praticados por organizações criminosas. Intencionava-se garantir mais segurança aos juízes atuantes em casos envolvendo violentas facções, sobretudo após o homicídio brutal da juíza de direito Patrícia Acioli no ano anterior ao da edição da lei.¹⁸⁴

Para viabilizar a formação de tal colegiado, o legislador viu-se obrigado a também especificar o conteúdo do termo *organização criminosa*, uma vez que a Lei 9.034/95 foi omissa quanto a esse ponto fundamental. Assim, definiu-se pela primeira vez em ato normativo interno o conceito de organização criminosa, válido, contudo, apenas para os fins da própria Lei 12.694/12, conforme explicitamente consignado em seu artigo 2º:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) 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 crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional. (BRASIL, 2012).

Apesar de eventuais críticas feitas à Lei 12.694/12, sobretudo quanto a possível violação do princípio do juiz natural e à suposta adoção da figura dos "juízes sem rosto",¹⁸⁵

¹⁸³ São estes: "I - decretação de prisão ou de medidas assecuratórias; II - concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão; III - sentença; IV - progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena; V - concessão de liberdade condicional; VI - transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima; e VII - inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado." (BRASIL, 2012).

¹⁸⁴ A juíza Patrícia Acioli era titular da 4ª Vara Criminal de São Gonçalo, Estado do Rio de Janeiro, e foi executada com 21 (vinte e um) tiros disparados contra o veículo no qual retornava para casa no dia 12 de agosto de 2011, em Niterói/RJ. O crime foi motivado pela atuação da magistrada contra policiais militares envolvidos em milícias e grupos de extermínio. Sobre as interseções entre os crimes de organização criminosa (art. 2º da Lei 12.850/13) e formação de milícia particular e grupos de extermínio (art. 288-A do CP), reportamos ao item 7.2.

¹⁸⁵ Diversamente, para Masson e Marçal, com quem estamos de acordo, "a Lei 12.694/12 não instituiu a figura do juiz sem rosto (adotada na Colômbia), vergastada na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ao contrário, ao criar o juízo colegiado de primeiro grau, a lei aproximou-se do sistema *Cour d'Assises* (em vigor na França e na Suíça, v.g.). Nesse sistema, diferentemente do que ocorre com o *juiz sem rosto*, o réu saberá exatamente quais os juízes comporão o colegiado, viabilizando, por exemplo, a arguição de suspeição e impedimento." (MASSON; MARÇAL, 2016, p. 26). Adotam a mesma opinião Alexandre Morais da Rosa e Ricardo Conolly, para os quais a Lei 12.694 não criou a figura do juiz anônimo, sendo constitucional o juízo colegiado (ROSA; CONOLLY, 2015). Ressalta-se que na ADI nº 4414, na qual se julgou a constitucionalidade

deve-se reconhecer que "o conceito tinha méritos inegáveis, além de seu pioneirismo, como a adoção do número mínimo de apenas três pessoas para a materialização da organização criminosa" (FERRO; PEREIRA; GAZZOLA, 2014, p. 37), espelhando o mesmo critério da Convenção de Palermo.

Além disso, como se pode perceber com evidência, a definição supratranscrita guarda imensa similaridade com o conceito de organização criminosa posteriormente adotado na Lei 12.850/13, com três sutis diferenças: de acordo com o diploma legal ulterior, a organização criminosa se compõe de no mínimo 4 (quatro) integrantes, que podem praticar não apenas crimes, mas também contravenções penais (a Lei 12.850/13 fala em *infrações penais*), exigindo-se que a pena máxima dessas infrações seja *superior* a quatro anos; isto é, não basta que seja igual a quatro anos, ao contrário do que diz a Lei 12.694/12.

Impende ressaltar que a Lei 12.694/12 não tipificou o crime de formação de organização criminosa, nem tampouco disciplinou os meios de prova e investigação previstos na Lei 9.034/95, o que ocorreu apenas mais tarde, com a Lei 12.850/13.¹⁸⁶ Desse modo, o conceito previsto na Lei 12.694/12 esgotava-se na própria finalidade desse diploma legal, repita-se, a formação de colegiado de juízes em primeiro grau para o julgamento de crimes cometidos por organizações criminosas. Frise-se que a lei em apreço não tratava de infrações penais em sentido amplo, não englobando, portanto, contravenções penais eventualmente praticadas pelos grupos definidos como organizações criminosas de acordo com os critérios legais estipulados.

Finalmente, observa-se que a Lei 12.850/13 não contempla dispositivo que revoga expressamente o conceito de organização criminosa previsto na Lei 12.694/12, ao contrário do que ocorreu em relação à Lei 9.034/95, expressa e integralmente revogada pelo diploma normativo de 2013 (art. 26 da Lei 12.850/13). Diante de duas definições com as diferenças acima apontadas, vislumbra-se aparente antinomia de normas. Entretanto, tal conflito se resolve de forma simples, considerando que, sendo ambas as leis especiais, prevalece a

de dispositivos da Lei 8.806/07 do Estado de Alagoas, o STF manteve a criação de Vara Criminal composta por cinco magistrados competentes para julgar ações praticadas por organizações criminosas.

¹⁸⁶ No mesmo sentido: "A Lei 12.694/12 não previu um crime, com a sua respectiva pena; ela forneceu um conceito de organização criminosa válido para o Direito Penal interno, contudo de aplicação restrita a determinadas situações processuais e administrativas, referindo-se a um formato de perpetração delitiva e não ao delito em si." (FERRO; PEREIRA; GAZZOLA, 2014, p. 37).

disposição daquela que é posterior, por regular inteiramente a matéria no que concerne à definição de organização criminosa.¹⁸⁷

Destarte, o conceito previsto na Lei 12.850/13 passa a valer para todas as possíveis situações previstas no ordenamento, inclusive para a formação do juízo colegiado disciplinado na Lei 12.694/12. Observa-se que os colegiados já instalados de acordo com a lei anterior não devem sofrer qualquer interferência, uma vez que se preservam os atos realizados sob a sua vigência (*tempus regit actum*).

Por outro lado, para os juízos colegiados formados após a entrada em vigor da Lei 12.850/13, a definição prevista na Lei 12.694/12 deve ser tida por tacitamente revogada, visto ser inaceitável, e contrário à lógica interna do sistema, que duas leis disponham sobre o mesmo conteúdo de forma diversa, afastando a necessária segurança jurídica, sobretudo no campo penal e em relação a tema de tamanha relevância e gravidade.¹⁸⁸ Quanto a seus demais dispositivos, a Lei 12.694/12 permanece normalmente vigente, por não estarem regulados pela Lei 12.850/13.

¹⁸⁷ Eis a prescrição do artigo 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: "Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior." (BRASIL, 1942).

¹⁸⁸ É esse o posicionamento doutrinário majoritário. Nesse sentido: Bitencourt e Busato (2014, p. 38-39); Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 39); Masson e Marçal (2016, p. 25); Nucci (2013, p. 22); Pacelli (2013). Rômulo de Andrade Moreira adota opinião diversa: "esta nova definição de organização criminosa difere, ainda que sutilmente, da primeira (prevista na Lei nº. 12.694/2012) em três aspectos, todos grifados por nós, o que nos leva a afirmar que hoje temos duas definições para organização criminosa" (MOREIRA, 2013). Gomes (2013b, p. 22) também entende que a definição da Lei 12.694/12 permanece válida para os efeitos desse diploma legal.

6 O DELITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NA LEI 12.850/13

A Lei 12.850/13 revogou integralmente a Lei 9.034/95, disciplinando a investigação criminal e o uso dos meios de obtenção de prova aos quais o diploma anterior já se referia. Ademais, o novo diploma legal, que contém normas processuais e penais, define organização criminosa e tipifica de forma autônoma o crime de promoção, constituição, financiamento e integração de organização criminosa, além de outros delitos correlatos à investigação e obtenção de prova.

Por outro lado, a Lei 12.850/13 promoveu alterações no tradicional crime de quadrilha ou bando previsto no artigo 288 do Código Penal, com modificações no tocante aos elementos objetivos do tipo e novo *nomen juris* do delito, atualmente intitulado "associação criminosa", conforme veremos no próximo capítulo. Dessa forma, adotou-se no Brasil modelo semelhante àquele já existente em países como a Itália e a Espanha, prevendo-se figura delituosa especial em relação à simples associação para o fim de cometer crimes. A singularidade brasileira reside no fato de que se optou por via legislativa extravagante, mantendo-se no Código Penal o delito de *associação criminosa* e, em lei especial, o de *organização criminosa*.

O quadro normativo em que se insere a figura típica introduzida pela Lei 12.850/13 é complexo. Em outras leis penais extravagantes são ainda criminalizadas diversas espécies de associações formadas para a prática de determinados crimes, tais como o tráfico ilícito de entorpecentes e o genocídio. Nesse contexto, o delito de organização criminosa ocupa posição central, até mesmo pela possibilidade de se estender a outras formas de criminalidade (*e.g.*, terrorismo, conforme a Lei 13.260/16) as medidas especiais previstas para a investigação e obtenção de prova dos crimes praticados no âmbito de organizações criminosas.

Assim, é fundamental a análise dos aspectos jurídico-penais do delito de organização criminosa, a fim de se verificar em seguida possíveis critérios que permitam a sua distinção das demais figuras delituosas associativas, em especial a associação criminosa (art. 288, *caput*, CP). Sobretudo, a definição de organização criminosa deve ser submetida ao crivo do princípio da legalidade estrita, de tal sorte que o maior ou menor grau de taxatividade do tipo penal adotado revela-se crucial para o escopo da mencionada distinção.

Sob os influxos da teoria do garantismo penal, impende destacar a necessidade de vinculação do tipo de organização criminosa ao princípio da legalidade, em sua dimensão não

meramente formal, mas também substancial. Assevera-se a insuficiência do princípio da mera legalidade, segundo o qual a lei é apenas *condicionante*, servindo tão só como referência para o reconhecimento dos pressupostos das condutas incriminadas e respectivas penas. Por sua incidência no campo da liberdade pessoal dos cidadãos, o direito penal deve se fundar também sobre a estrita legalidade, em razão da qual a lei passa a ser *condicionada*, impondo-se ao legislador o dever de formação válida de leis penais (FERRAJOLI, 2014, p. 350).

Por esse viés, o princípio da legalidade estrita configura-se no sistema garantista como norma da qual irradiam todas as garantias substanciais (materialidade da ação, lesividade do resultado e culpabilidade) e processuais (presunção de inocência, ônus da prova e direito de defesa) imprescindíveis à formação de leis válidas e materialmente legítimas, logo, essenciais à limitação do poder punitivo e à preservação dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2014, p. 349-350), no contexto do direito penal liberal consagrado no Estado Democrático de Direito.

À luz do garantismo penal, essas garantias, que compõem o quadro de axiomas do sistema proposto,¹⁸⁹ correspondem aos critérios básicos de racionalidade para a intervenção penal, sem as quais a legalidade estrita não pode se completar (FERRAJOLI, 2014, p. 350). No que concerne à previsão de tipos penais, deve-se perquirir, sobretudo, a sua conformidade aos princípios da materialidade da ação, da lesividade e da própria necessidade.

Peremptoriamente, sob o ângulo da necessidade, salienta-se que a criação do tipo penal autônomo de organização criminosa não é aceita de forma unânime, visto que, segundo se argumenta, o conteúdo de seu injusto não seria diverso daquele já verificado no delito de *associação criminosa*. No Código Penal Português, por exemplo, os grupos, organizações e associações criminosas são tratados de forma indistinta. Em alguma medida, essa posição se reflete nos questionamentos a respeito da própria utilidade de se conceituar "organização criminosa" ou "criminalidade organizada" como forma singular de delinquência associativa.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Ferrajoli (2014) elenca os dez axiomas que compõem o chamado sistema penal SG, garantista, cognitivo ou de legalidade estrita, de matriz filosófica claramente inspirada no pensamento iluminista dos séculos XVII e XVIII, os quais traduzem princípios garantistas com valor substancial nos modernos Estados Democráticos de Direito, por sua função precípua de condicionar ou vincular, deslegitimando o exercício absoluto do poder punitivo. Nesta ordem: princípio da retributividade; princípio da legalidade; princípio da necessidade; princípio da lesividade; princípio da materialidade; princípio da culpabilidade; princípio da jurisdiccionabilidade; princípio acusatório; princípio do ônus da prova e princípio do contraditório ou da defesa (FERRAJOLI, 2014, p. 90-91).

¹⁹⁰ Reportamos ao item 2.1 deste trabalho.

Para Figueiredo Dias (2008), a definição jurídico-penal de criminalidade organizada somente se revela necessária e conveniente como puro conceito-meio ou instrumental, na medida em que são previstas sanções específicas e, sobretudo, "consequências a nível processual penal, ligadas directamente ao alargamento dos limites de perseguição penal, *maxime* em matéria de métodos e procedimentos de investigação" (FIGUEIREDO DIAS, 2008, p. 21). Entretanto, para o autor, o conceito aludido deve antes de tudo atrelar-se ao crime de associação criminosa, "este sim, verdadeiro tipo-de-ilícito autónomo, dotado de um específico bem jurídico. Deste modo aparecerá clara a desnecessidade e a inconveniência da construção de um crime singular de *criminalidade organizada*" (FIGUEIREDO DIAS, 2008, p. 15).

Na doutrina penal brasileira, constata-se autorizadas opiniões também contrárias à tipificação autónoma do delito de organização criminosa, propondo-se soluções diversas, tais como: a criação de forma qualificada do crime previsto no art. 288, *caput*, do Código Penal, quando o grupo tiver por finalidade o cometimento de certos crimes, em geral relacionados à macrocriminalidade econômica;¹⁹¹ ou a extinção da própria figura delituosa prevista no art. 288 do Código Penal, de tal modo que, dogmaticamente, a organização criminosa seria apenas forma de concurso de pessoas qualificado pela reunião de certo número de sujeitos ativos, incluindo-se uma causa geral de aumento de pena no artigo 29 do Código Penal.¹⁹²

A opção escolhida pelo legislador pátrio, entretanto, não parece ser reversível, o que se deve, em nossa análise, a dois principais fatores: o primeiro diz respeito à assunção pelo Brasil da obrigação de criminalizar a participação em grupos criminosos organizados, decorrente da ratificação da Convenção de Palermo, conforme já explicamos anteriormente. No plano jurídico internacional, essa orientação seria justificável em virtude das necessidades de cooperação judicial em certos assuntos como o confisco de bens, bloqueio de contas

¹⁹¹ Essa é a proposta formulada por Sales (2005, p. 249-250).

¹⁹² Trata-se da tese defendida por Pitombo (2009) e corroborada por René Ariel Dotti: "as possibilidades infinitas de características, métodos e meios de ação das *associações de malfatores* tornam impossível a redação de um tipo penal fechado que sirva de modelo para cobrir todos os elementos constitutivos da máscara das *societas sceleris*. Esse projeto é inviável até mesmo com o recurso a um tipo penal aberto, porque a organização criminosa é um *meio* utilizado para assegurar o bom êxito da empreitada ilícita e a obtenção de dividendos financeiros, políticos ou de outra natureza. Demarcar em um modelo de *fattispecie astratta* os elementos configuradores da quadrilha ou bando seria o mesmo que (tentar) definir a infindável variedade de meio para a prática de um homicídio!" (DOTTI, 2009). Por oportuno, registra-se o posicionamento de Sergio Moccia na doutrina penal italiana, o qual propõe a criação de uma figura associativa de parte geral, consistente no concurso qualificado pela estabilidade da organização e do vínculo associativo, solução que, para o autor, teria o duplo mérito de respeitar integralmente os princípios da ofensividade e da materialidade (MOCCIA, 1999, p. 159-160).

bancárias no exterior e mesmo a extradição, sendo por vezes necessária a dupla incriminação. Como Callegari ressalta, "o fato básico na luta contra a criminalidade organizada (incluída a cooperação judicial e policial) é a harmonização das distintas legislações a partir da tipificação autônoma da associação criminal." (CALLEGARI, 2008, p. 18).

O segundo fator, de ordem interna, refere-se ao próprio sentido político da Lei 12.850/13 e dos instrumentos de investigação e meios de obtenção de prova nela previstos (art. 3º), aos quais deveria servir como pressuposto a existência de organização criminosa.¹⁹³ A atual utilização massiva do arsenal de medidas excepcionais dispostas no diploma legal em referência, sobretudo a colaboração premiada, cumpre uma das finalidades precípua da tipificação de organização criminosa, que é exatamente permitir tal alargamento em matéria de investigação e obtenção de prova. Assim, quer sejam ou não entendidas como adequadas desde o ponto de vista da legalidade constitucional, as consequências no campo processual penal do tratamento da organização criminosa como figura típica singular não podem ser desconsideradas, porquanto influenciam de forma decisiva a sua própria previsão como entidade delitiva autônoma.

6.1 Definição legal

Segundo o artigo 1º, §1º, da Lei 12.850/13:

Considera-se organização criminosa 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. (BRASIL, 2013).

A definição de organização criminosa em referência configura tipo penal explicativo, o qual subsidia a inteligência do tipo penal incriminador que a Lei 12.850/13 veicula em seu artigo 2º, a saber:

¹⁹³ Todavia, o que se verifica é oposto, ou seja, a utilização de tais mecanismos especiais para então se demonstrar a existência de organização criminosa. Esse indeclinável paradoxo é apontado por Bitencourt e Busato: "se as medidas excepcionais são destinadas à demonstração da existência do crime de organização criminosa, estas não podem ser empregadas para isso, justamente em face de que a existência de tais organizações é requisito para o seu emprego." (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 14).

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embarça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

§ 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.

§ 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.

§ 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):

I - se há participação de criança ou adolescente;

II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;

III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;

IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;

V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.

§ 5º Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual.

§ 6º A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.

§ 7º Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão. (BRASIL, 2013).

Como mencionado no capítulo anterior, o conceito exposto no supracitado artigo 1º, §1º, da Lei 12.850/13 é bastante similar àquele previsto na Lei 12.694/12,¹⁹⁴ dele se distinguindo em três importantes aspectos: o número mínimo de *quatro* agentes, e não três; a inclusão do gênero *infração penal*, ao invés de apenas crimes; e as penas máximas tão somente *superiores*, e não iguais, a quatro anos. Nesse sentido, verifica-se na Lei 12.850/13 certo afastamento do conceito de "grupo criminoso organizado" previsto na Convenção de Palermo, o que suscita a crítica de alguns autores.

Para Vladimir Aras (2015), em razão da exigência de quatro membros para configuração da organização criminosa e do fato de serem consideradas como graves apenas as infrações penais com pena máxima superior a quatro anos, a lei brasileira teria descumprido parcialmente o mandado de criminalização previsto no art. 5º, combinado com o

¹⁹⁴ Reportamos ao item 5.3, no qual abordamos a definição de organização criminosa da Lei 12.694/12.

art. 2º, da Convenção de Palermo, "o que reclama revisão legislativa do conceito inscrito no art. 1º da Lei 12.850/2013, para sua completa adequação convencional." (ARAS, 2015).

Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 39) também entendem como retrocesso as aludidas mudanças em relação ao conceito da Lei 12.694/12. Na visão de Nucci, "não há sentido em se limitar a configuração de uma organização criminosa, cuja atuação pode ser extremamente danosa à sociedade, à gravidade abstrata de infrações penais." (NUCCI, 2013, p. 16). Por outro lado, para Bitencourt e Busato, na opção pela exigência de pena máxima apenas *superior* a quatro anos "o legislador brasileiro reconhece o maior *desvalor da ação* em crimes praticados por organização criminosa ante a complexidade oferecida à sua repressão e persecução penal." (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 25).

Para Mendroni (2014, p. 7), o número mínimo de quatro integrantes seria essencial à organização criminosa por questões de operacionalização e do próprio preenchimento dos demais requisitos do tipo. Independentemente de tais opiniões, é fato que o quantitativo de agentes ou de pena cominada à infração não é suficiente, *per se*, para qualificar determinado grupo como organização criminosa.

Tendo em vista a inexistência de expressa previsão legal, não se configura a organização criminosa pelo simples somatório de penas máximas a fim de se atingir mais de quatro anos.¹⁹⁵ Portanto, deverão constar do programa do grupo a realização de infrações penais de caráter transnacional ou de infrações graves, assim compreendidas aquelas com pena máxima superior a quatro anos, *individualmente consideradas*. Parece-nos que tal exigência não obsta a formação de organização criminosa especializada na prática de certo tipo de infração penal (*e.g.*, tráfico de pessoas - art. 149-A do Código Penal), desde que se objetive cometê-la por indeterminado número de vezes e em ilimitadas ocasiões (inadmissível a configuração de organização criminosa para o cometimento de uma única infração penal ou apenas para determinados crimes, hipótese de mero concurso de pessoas), mediante o vínculo associativo estável e permanente aliado aos demais requisitos do conceito legal.

Embora nenhuma contravenção penal apresente pena máxima superior a quatro anos, é possível a existência de organização criminosa voltada para a prática dessa espécie de infração penal, desde que as contravenções¹⁹⁶ possuam caráter transnacional,¹⁹⁷ o que não

¹⁹⁵ Também nesse sentido a posição de Masson e Marçal (2016, p. 33).

¹⁹⁶ Dentre o catálogo de contravenções penais, costuma-se associar ao crime organizado no Brasil a tradicional prática da loteria denominada "jogo do bicho" (art. 58 do Decreto-lei n. 3.688/41). Maierovitch (2010b, p. 217-

dispensa, todavia, a verificação *in casu* dos demais elementos da definição de organização criminosa. O conceito de infração transnacional pode ser extraído do texto da Convenção de Palermo, que prevê no parágrafo 2º de seu artigo 3º:

Para efeitos do parágrafo 1 do presente Artigo, a infração será de caráter transnacional se:

- a) For cometida em mais de um Estado;
- b) For cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planeamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado;
- c) For cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou
- d) For cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado. (BRASIL, 2004).

Assim, independentemente da pena máxima cominada ou de se tratar de crime ou contravenção, restará configurada a organização criminosa se verificada a transnacionalidade da infração penal. Nesse caso, tendo ela sido cometida no território de outro país (hipóteses das alíneas "b", "c" e "d" *supra*), a competência jurisdicional poderá ser determinada em favor da lei brasileira de acordo com as regras previstas no artigo 7º do Código Penal.

Quanto às demais características do conceito legal de organização criminosa, podem ser vislumbrados requisitos de ordem estrutural, temporal e finalística (SILVA, 2015, p. 25-27). É necessário que a organização seja *estruturalmente ordenada* e caracterizada pela

224) discorre sobre a possível vinculação entre "bicheiros" (os exploradores e realizadores da loteria) fundadores da Liga das Escolas de Samba do Rio de Janeiro e membros italianos da *Cosa Nostra* radicados no Brasil. Confira-se também em Silva (2015, p. 9): "a prática contravençional do denominado 'jogo do bicho' (sorteio de prêmios a apostadores, mediante recolhimento de apostas), iniciada no limiar do século XX, é identificada como a primeira infração penal organizada no Brasil."

¹⁹⁷ O autor italiano Ernesto Savona conclui que a diferenciação entre a criminalidade transnacional e a nacional reside no fato de que a primeira implica a violação de leis penais de diversas jurisdições, enquanto a segunda se limita à violação da legislação penal de um único Estado (SAVONA, 2000, p. 308-309). Exemplos de delitos que poderiam ser inseridos no âmbito da criminalidade transnacional são a lavagem de "dinheiro sujo" (*riciclaggio di denaro sporco*), o tráfico ilícito de drogas e armas e crimes ambientais. Savona ainda evidencia a distinção entre "crime internacional" e "crime transnacional". "*Mentre la caratteristica del primo è quella di violare leggi e regolamenti internazionali, la peculiarità della criminalità transnazionale è quella di violare leggi e regolamenti penali di diverse giurisdizioni nazionali.*" (SAVONA, 2000, p. 309). "Enquanto a característica do primeiro é aquela de violar leis e regulamentos internacionais, a peculiaridade da criminalidade transnacional é aquela de violar leis e regulamentos penais de diversas jurisdições nacionais." (Tradução nossa). Em geral, a doutrina brasileira não tece muitas considerações acerca dessa característica. Mendroni, contudo, explica que a infração de caráter transnacional "se caracteriza pela sua natureza multifuncional de impacto além das fronteiras de um determinado País, atingindo ou gerando efeitos diretos ou indiretos em dois ou mais Países, como tráfico de drogas, lavagem de dinheiro etc. Crimes Internacionais, diferentemente, se configuram pela ofensa à humanidade (contra a paz - baseada em tratados internacionais), podendo ultrapassar ou não as fronteiras de um País, como por exemplo genocídio e terrorismo. Nestes, os agentes criminosos acreditam estar cumprindo 'missões' - geralmente de cunho religioso ou político. Naqueles, os transnacionais, os agentes criminosos visam majoritariamente dinheiro e poder." (MENDRONI, 2014, p. 17). Para a análise das ambiguidades em relação ao conceito de crime internacional, confira-se em Japiassú (2009, p. 13-17).

divisão de tarefas, ainda que informalmente. Esse elemento teria como alicerce externo à Lei 12.850/13 o conceito de *grupo estruturado* previsto na Convenção de Palermo.¹⁹⁸ Em relação ao modelo de estrutura adotada, a doutrina diverge sobre a necessidade de se verificar ou não a existência de hierarquia.¹⁹⁹ Como já mencionamos neste trabalho, tem sido apontada a diversificação estrutural das organizações criminosas, sobretudo no século atual, em que se caracterizam também pelo agrupamento em redes ou células, diferentemente da tradicional estrutura piramidal das associações de tipo mafioso.²⁰⁰

Acerca da divisão de tarefas, Valiante destaca sua importância ao explicar que cada associado "*deve accettare di assumere un ruolo suo proprio nell'associazione, che svolgerà al momento opportuno, secondo la volontà dell'associazione. [...] Nessun ruolo associativo è eventuale ma ognuno è essenziale, anche se non è sempre attuale.*"²⁰¹ (VALIANTE, 1995, p. 828).

Pelo viés da informalidade, estariam dispensadas, por exemplo, regras escritas ou "estatutos" de constituição formal da organização criminosa (MASSON; MARÇAL, 2016, p.

¹⁹⁸ Sobre a definição de grupo estruturado, reportamos ao item 4.1 deste trabalho.

¹⁹⁹ É forçoso reconhecer a dubiedade da expressão *estruturalmente ordenada*, da qual não se depreende, em nosso entendimento, quaisquer dados precisos acerca da forma de composição interna que a organização criminosa deve apresentar. Bitencourt e Busato sustentam que, "por exigência legal, para configurar uma *organização criminosa* (art. 2º), deve, necessariamente, ser estruturalmente ordenada, isto é, deve haver um *mínimo de organização hierárquica* estável e harmônica, com divisão de tarefas, ou seja, com distribuição de funções e obrigações organizativas, que é exatamente o que a caracteriza como *organização criminosa*." (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 32). É bastante razoável a advertência de Eduardo Araujo da Silva, especialmente no que concerne à perigosa confusão entre *criminalidade de massa* e *criminalidade organizada*: "há que se ter uma estrutura mínima para o funcionamento da organização, ainda que informal, com divisão de tarefas, que não pode se restringir a um bando desordenado, sem comando, com grupos que praticam crimes de forma coletiva (agressões entre 'gangs' rivais após um evento esportivo, por exemplo). É necessária, assim, a figura de um chefe ou líder (*boss* ou *capo*) que dirige a organização" (SILVA, 2015, p. 25). Ferro, Pereira e Gazzola também entendem necessário "um sistema hierárquico mesmo que básico, com líder(es) e liderados, que permita aos de nível mais baixo galgar posições superiores", inclusive em organizações de estrutura horizontal (FERRO; PEREIRA; GAZZOLA, 2014, p. 41). E ainda: "não se concebe uma *organização criminosa* se inexistir um escalonamento, permitindo ascensão no âmbito interna, com chefia e chefiados." (NUCCI, 2013, p. 15). Em sentido contrário: "exige-se, pois, uma estrutura minimamente ordenada, não sendo necessário, a nosso juízo, que o grupo possua um 'elevado grau de sofisticação' ou uma espécie de 'estrutura empresarial', com líderes e liderados." (MASSON; MARÇAL, 2016, p. 29). Luiz Flávio Gomes coloca-se em posição intermediária: "A hierarquia, caso existente, constitui um robusto indicativo de algo "organizado", mas nenhum item deve ser analisado isoladamente." (GOMES, 2013). Por sua vez, Vicente Greco Filho não afirma como categórica a necessidade de hierarquia: "a estrutura ordenada normalmente é hierarquizada, podendo a hierarquia ser também setorizada, de modo que dentro de cada ramo de atividade também pode existir um chefe e subordinados." (GRECO FILHO, 2014, p. 21).

²⁰⁰ Sobre os diversos tipos de estrutura das organizações criminosas, segundo o UNODC, e o elemento da divisão de tarefas, reportamos ao terceiro capítulo deste trabalho.

²⁰¹ "Deve aceitar assumir seu próprio papel na associação, que desenvolverá no momento oportuno, segundo a vontade da associação. [...] Nenhum papel associativo é eventual, mas cada um é essencial, ainda que não seja sempre atual." (Tradução nossa).

31). Entretanto, pensamos que tal característica não pode ser amplamente banalizada, sob pena de que simples associações criminosas ou mesmo grupos de pessoas atuando apenas com liame subjetivo, em concurso eventual de agentes, possam ser considerados como organizações criminosas. Em nosso juízo, são expressões como "ainda que informalmente", "estruturalmente ordenada" e "de qualquer natureza" que tornam a definição muito abrangente e, via de consequência, pouco taxativo o tipo penal de organização criminosa, dificultando a delimitação entre esta e as demais figuras delituosas associativas previstas no direito penal brasileiro, sobretudo aquela tipificada no art. 288, *caput*, CP (associação criminosa).²⁰²

No tocante ao requisito temporal, embora não tenha sido expressamente declarada a exigência de estabilidade e permanência do vínculo associativo (o que não implica perpetuidade), deve-se entender tais características como circunstâncias elementares implícitas que complementam a definição de organização criminosa (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 31-32), analogamente à forma como sempre foi interpretado o tipo penal do artigo 288, *caput*, do Código Penal, visto que, em hipótese contrária, não haveria como estabelecer qualquer distinção entre a figura delituosa associativa e o simples concurso eventual de pessoas. Melhor opção teria sido a menção explícita a esses elementos. Na previsão de conceitos necessários à inteligência de tipos penais incriminadores, o legislador não pode ser dúbio ou omissivo, fazendo-se imprescindível o respeito à estrita legalidade.

Ademais, o conceito de organização criminosa inclui requisito finalístico, consistente na intenção de obter, direta ou indiretamente, *vantagem de qualquer natureza*, por meio da prática de infrações penais com pena máxima superior a quatro anos ou de caráter transnacional. Embora não esteja expresso, trata-se evidentemente de vantagem ilícita, uma vez que obtida mediante atividade criminosa. A doutrina brasileira tem interpretado a expressão destacada de forma ampla, como a própria definição sugere, abrangendo benefícios não apenas financeiros e econômicos, mas efetivamente de qualquer natureza.²⁰³ Estariam incluídas, portanto, vantagens sexuais, de cunho moral, benefícios de ordem política,²⁰⁴ dentre outras inúmeras possibilidades.

²⁰² Convergindo com a nossa análise: "O uso dessas expressões, absolutamente genéricas e abertas, dificulta o correto entendimento do conceito e a sua aplicação prática." (MACIEL FILHO, 2014).

²⁰³ "Apesar da franca conotação econômica, não se descarta a obtenção de proveito ou ganho de natureza diversa" (MASSON; MARÇAL, 2016, p. 30). Também nesses termos, confira-se em Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 41). Ainda, semelhante posição de Bitencourt e Busato (2014, p. 34).

²⁰⁴ Nesse sentido, a "vantagem pode ser, até, de natureza política, ou seja, o acesso ao poder político legítimo e sua manutenção para a prática de crimes." (GRECO FILHO, 2014, p. 22).

Em nossa opinião, a Lei 12.850/13 desconsidera, neste aspecto, a maioria das pesquisas realizadas no campo criminológico, que indicam, talvez como um dos poucos pontos de consenso, a prática delituosa precipuamente orientada à obtenção de vantagem econômica, de natureza material, financeira, patrimonial, normalmente em vultosas proporções, o que acentua a sua maior gravidade.²⁰⁵ Por isso, a excessiva abrangência legal da modalidade de benefício passível de ser auferido pela organização criminosa confere menor importância à finalidade básica desse tipo de associação delitiva: obter e maximizar lucros.

Outras formas de vantagem só podem ser encaradas como de natureza mediata, servindo, em última análise, para a consecução dos fins patrimoniais e econômicos que inspiram a organização. Aliás, cabe salientar que a previsão da lei brasileira diverge inclusive do termo utilizado na Convenção de Palermo, em que pese à interpretação mais ampla, e por isso mesmo criticada, conferida à expressão "*financial or other material benefit*".²⁰⁶ Assim, privilegiou-se na Lei 12.850/13 termo pouco consistente e, em seu vasto espectro de alcance, claramente dissonante do princípio da legalidade estrita, eliminando-se um importante aspecto de distinção entre a organização criminosa e a simples associação criminosa.

Por fim, cumpre observar a aplicação extensiva da Lei 12.850/13 (logo, dos meios de obtenção de prova arrolados no artigo 3º), independentemente do aludido conceito de organização criminosa, às hipóteses descritas no §2º do artigo 1º, quais sejam: (i) infrações penais com previsão em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no Brasil, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no exterior, ou reciprocamente e (ii) organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos, isto é, conforme dispõe a atual Lei 13.260/16.²⁰⁷ Nesses casos, "ainda que as infrações penais não sejam praticadas por intermédio de organização criminosa - na acepção técnica do termo -, a Lei 12.850/2013 também se aplicará (extensivamente)" (MASSON; MARÇAL, 2016, p. 33-34).

²⁰⁵ Reportamos à análise dos aspectos criminológicos das organizações criminosas, no terceiro capítulo.

²⁰⁶ Remetemos ao estudo da Convenção de Palermo realizado no quarto capítulo deste trabalho.

²⁰⁷ A redação original do referido dispositivo foi alterada pela edição da Lei Antiterrorismo (Lei 13.260), em 2016. Em sua primeira versão, o artigo 1º, §2º, inciso II da Lei 12.850/13 enunciava: "às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional" (BRASIL, 2013).

6.2 Tipo objetivo

É precisamente no exame dos elementos objetivos do tipo penal de organização criminosa, conforme inserido no *caput* do artigo 2º da Lei 12.850/13, que se identificam algumas das questões mais problemáticas atinentes a essa figura delituosa associativa, de acordo com nossa análise.

6.2.1 Bem jurídico tutelado

Entende-se de forma majoritária que o objeto de tutela penal do delito de organização criminosa é a *paz pública*,²⁰⁸ assim como diversos autores já se posicionavam em relação ao crime de quadrilha, atual "associação criminosa" (art. 288, *caput*, CP). Nesse sentido, estariam protegidos o sentimento de tranquilidade e a percepção de segurança no meio social, essenciais à pacífica convivência civil, os quais restariam abalados pela existência da entidade criminosa organizada, com seus elementos definidores explicitados na Lei 12.850/13.

Por esse viés, segundo Regis Prado (2010), a paz pública representa a vertente subjetiva da ordem pública.²⁰⁹ O autor resgata a lição de Giuseppe Maggiore, para quem a ordem pública, em seu significado objetivo, "*denota la coexistencia armónica y pacífica de los ciudadanos bajo la soberanía del Estado y del derecho*"²¹⁰ (MAGGIORE, 1955, p. 441). Dessa forma, *paz pública* seria a expressão mais adequada para definir o objeto de tutela

²⁰⁸ Assim sustentam: Prado (2016, p. 560); Bitencourt e Busato (2014, p. 50); Nucci (2013, p. 22); Masson e Marçal (2016, p. 38); Mendroni (2014, p. 12); Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 48), os quais também incluem a segurança pública; Silva (2015, p. 28), que inclui ainda a segurança interna do Estado. Entendendo como crime pluriofensivo, confira-se a posição de Greco Filho (2014, p. 24): para o autor, além da paz pública são tutelados o Estado Democrático de Direito (porque a organização criminosa institui estrutura normativa paralela ao Estado), a administração da justiça e, ainda, os bens jurídicos dos crimes visados pela organização criminosa. Ainda, é válido colacionar a opinião de Luiz Flávio Gomes: "Os bens jurídicos protegidos no crime organizado não se limitam à paz ou à tranquilidade pública, senão a própria intangibilidade e preservação material das instituições." (GOMES, 2013).

²⁰⁹ No mesmo sentido era a lição de Hungria (1959), para quem a paz pública deve ser compreendida subjetivamente, isto é, como o "sentimento coletivo de paz que a ordem jurídica assegura". Assim, diante do crime associativo, "não se apresenta efetiva perturbação da *ordem pública* ou da *paz pública* no sentido material, mas apenas se cria a possibilidade de tal perturbação, decorrendo daí uma situação de alarma no seio da coletividade, isto é, a quebra do sentimento geral de tranquilidade, de sossego, de paz, que corresponde à confiança na continuidade normal da ordem jurídico-social." (HUNGRIA, 1959, p. 163).

²¹⁰ "Denota a coexistência harmônica e pacífica dos cidadãos sob a soberania do Estado e do direito" (tradução nossa).

penal, uma vez que a ordem pública, em sentido objetivo, é sempre atingida pela prática de qualquer delito, sendo o termo amplo e vago²¹¹ (PRADO, 2010, p. 180).

Conforme já explanado, os Códigos Penais da Itália e da Espanha valeram-se da expressão *ordem pública*, acentuando seu aspecto objetivo, para denominar os títulos nos quais se encontram inseridos, respectivamente, os delitos de associação de tipo mafioso (e também a associação para delinquir) e organização criminosa, o que não restou imune a críticas.²¹² Sobre o crime de *associazione per delinquere*, Antolisei destaca:

*La ratio di questa incriminazione è palese: l'esistenza di un'associazione per delinquere suscita inevitabilmente allarma nella popolazione e, quindi, di per sé sola, e cioè indipendentemente dai delitti che siano commessi, determina un perturbamento dell'ordine pubblico.*²¹³ (ANTOLISEI, 2000, p. 233).

Por outro lado, assim como nosso Código Penal, a lei penal portuguesa também utiliza o termo *paz pública*. Na doutrina lusitana, Figueiredo Dias (2008) parece concordar com Regis Prado no sentido de que a "ordem pública" realmente não é adequada como bem jurídico, haja vista sua noção ampla, indeterminada, "inevitavelmente vaga e dificilmente substantivável" (FIGUEIREDO DIAS, 2008, p. 18). Para o autor, a paz pública, como objeto de tutela autônomo, pode ser entendida "no preciso sentido das expectativas sociais de uma vida livre da especial perigosidade de organizações que tenham por escopo o cometimento de crimes." (FIGUEIREDO DIAS, 2008, p. 16).

Analisando o antigo crime de quadrilha ou bando, Sales (1997) também rechaça a ideia de ordem pública como objeto de tutela penal, embora identifique a paz pública como sua consequência, e focaliza a necessidade de coexistência social pacífica, incompatível com a presença de associações voltadas para práticas criminosas:

²¹¹ Na mesma perspectiva é a opinião de Bitencourt e Busato, segundo os quais "todo e qualquer crime sempre abala a *ordem pública*" (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 49). Por isso, o bem jurídico tutelado *in casu* "é a paz pública sob seu aspecto subjetivo, qual seja, a sensação coletiva de segurança e tranquilidade, garantida pela ordem jurídica" (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 50).

²¹² Nesse aspecto, remetemos à crítica de Moccia explicitada no item 4.2.1 deste trabalho, acerca da identificação da ordem pública ideal como bem jurídico nos crimes associativos. Sobre a distinção na doutrina italiana entre ordem pública em sentido material e ordem pública em sentido ideal e constitucional, confira-se em Sales (1997, p. 124-126).

²¹³ "A *ratio* desta incriminação é patente: a existência de uma associação para delinquir suscita inevitavelmente alarme na população e, portanto, por si só, e independentemente dos delitos que sejam cometidos, determina uma perturbação da ordem pública." (Tradução nossa).

Com efeito, impõe-se a necessidade de evitar a formação e a manutenção de associações com a finalidade de cometer crimes, porque estas últimas são inconciliáveis com o normal e ordenado desenvolvimento da vida social na coletividade. Deve-se, assim, excluir que a sanção penal, no presente caso, intervenha para a tutela da ordem pública, como ocorre no sistema penal italiano. (SALES, 1997, p. 127).

Para essa autorizada e majoritária parcela da doutrina que considera a paz pública como bem jurídico autônomo tutelado, o objetivo almejado com a incriminação de condutas associativas é a prevenção. "Esta é a ideia principal: prevenir a realização de crimes." (PRADO, 2010, p. 180). Existiria, portanto, uma "*ratio* político-criminal nesse tipo de ilícito: sua função preventiva no combate à criminalidade organizada, bem como o fim de evitar a perpetração de crimes incluídos no programa criminoso." (SALES, 1997, p. 127).

Cumprido examinar, por outro lado, a vertente doutrinária minoritária difundida especialmente na Alemanha,²¹⁴ que considera como bens jurídicos verdadeiramente protegidos nos delitos associativos aqueles correspondentes aos tipos que integram o programa criminoso da associação. No Brasil, Estellita e Greco (2011) já escreveram sobre o tema, demarcando como seu ponto de partida a ideia de que "a paz pública - e o mesmo pode-se dizer da ordem pública, da segurança interior, ou de quaisquer noções similares - não pode ser entendida como um bem jurídico coletivo capaz de justificar qualquer incriminação." (ESTELLITA; GRECO, 2011, p. 399).

Trata-se, na verdade, do debate acerca da própria legitimidade dos bens jurídicos coletivos.²¹⁵ Em trabalho anterior, ao analisar a possibilidade de um conceito político-criminal de bem jurídico, Greco já havia manifestado sua posição quanto ao caráter apenas *aparentemente coletivo* de certos bens jurídicos, "uma vez que eles não passam da soma de vários bens jurídicos individuais" (GRECO, 2004, p. 115). Para o autor, a característica elementar dos bens jurídicos autenticamente coletivos é a não-distributividade, ou seja, a sua indivisibilidade entre diversas pessoas (*e.g.*, meio ambiente, probidade da Administração

²¹⁴ Estellita e Greco (2011, p. 399) indicam os seguintes autores: Rudolphi, Bottke, Fürst, Hefendehl, Krüger, Langer-Stein, Ostendorf, Scheiff, Schroeder, Maurach e Maiwald.

²¹⁵ Analisando o histórico das construções teóricas sobre o bem jurídico, Beatriz Castanheira avalia que a "noção de bem jurídico continuou a abranger conceitos abstratos, não delimitáveis nem sequer palpáveis, como 'saúde pública', 'paz pública', 'condições funcionais do mercado de capitais', 'economia popular', dentre outras. Não se trata aqui de negar validade aos bens jurídicos universais ou supraindividuais [...] Entretanto, partindo-se de sua aceitação, o que não se pode permitir é que eles tenham enunciados em si mesmo vagos, porque dizem tudo e nada ao mesmo tempo. Em resumo, não servem como critérios de deslegitimação da intervenção penal" (CASTANHEIRA, 1998, p. 102).

Pública), o que não se verificaria, por exemplo, na *saúde pública*. Esse também é o entendimento perfilhado por Hefendehl (2004):

*Para la delimitación entre bienes jurídicos colectivos e individuales se utiliza el concepto adicional de 'no-distributividad'. Puede decirse que un bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible dividir este bien en partes y asignar una porción de éste a un individuo.*²¹⁶ (HEFENDEHL, 2004, p. 70).

Na opinião de Greco, que espelha as posições críticas de autores como Roxin, Schünemann, Hefendehl e Amelung, seria necessário desconstruir os "falsos" bens jurídicos coletivos, compreendendo os respectivos tipos penais como delitos de perigo abstrato²¹⁷ para bens jurídicos individuais (GRECO, 2004, p. 115), o que ofereceria muitas vantagens, como a interpretação restritiva do alcance de proibição dos tipos e a explicitação de penas notadamente desproporcionais (GRECO, 2004, p. 124-125).

Nessa perspectiva, a paz pública (e outras noções assemelhadas, como a ordem pública e a segurança pública) não poderia ser entendida como bem jurídico,²¹⁸ uma vez que não é afetada por si só, mas sempre atingida por comportamentos que também colocam em perigo, ao menos abstrato, outros bens geralmente de natureza individual, como a vida, a integridade física e a propriedade (ESTELLITA; GRECO, 2011, p. 400). Por isso:

um comportamento que afete os bens coletivos propostos pela opinião dominante não tem qualquer conteúdo de desvalor adicional em comparação a um comportamento que já afete os bens que acabamos de mencionar. A menção ao bem coletivo é, portanto, *redundante* do ponto de vista normativo. Ela nada acrescenta para a justificação da norma penal em questão. Como o bem jurídico coletivo ou supraindividual paz pública é redundante, os tipos de associações criminosas devem ser entendidos como protetores dos bens que poderão vir a ser lesionados pelos delitos fim da associação. (ESTELLITA; GRECO, 2011, p. 400).

²¹⁶ "Para a delimitação entre bens jurídicos coletivos e individuais se utiliza o conceito adicional de 'não-distributividade'. Pode-se dizer que um bem será coletivo quando seja conceitual, real e juridicamente impossível dividir este bem em partes e atribuir uma porção deste a um indivíduo." (Tradução nossa).

²¹⁷ A problemática dos crimes de perigo abstrato seria pertinente não mais à questão do bem jurídico, mas sim à própria "estrutura do delito", demandando também a formulação de critérios de distinção mais complexos entre os crimes de perigo abstrato legítimos e os ilegítimos (GRECO, 2004, p. 126).

²¹⁸ Em relação aos crimes associativos previstos no direito penal alemão (§129 e seguintes, StGB), Hefendehl (2004b) adota este entendimento: "*El bien jurídico protegido no es aquí, correctamente entendido, la seguridad pública o la paz pública, sino los bienes jurídicos protegidos respectivamente en la parte especial del Código Penal.*" (HEFENDEHL, 2004b, p. 66). "O bem jurídico protegido não é aqui, corretamente entendido, a segurança pública ou a paz pública, mas sim os bens jurídicos protegidos respectivamente na parte especial do Código Penal." (Tradução nossa).

Com base na interpretação que identifica a paz pública como pseudo bem jurídico coletivo, deve-se admitir, *a ben vedere*, que se opera nos crimes associativos espécie de antecipação da tutela penal, eminentemente caracterizada pela proteção antecipada dos bens jurídicos potencialmente passíveis de serem lesionados pelo cometimento dos delitos constantes do programa criminoso do grupo.²¹⁹ E é exatamente esse, sob nosso crivo, um dos pontos mais sensíveis quanto aos tipos penais de modelo associativo, colocando-se em destaque a indagação atinente à própria legitimidade das incriminações antecipadas (SILVEIRA, 2012, p. 656), na medida em que maximizam as possibilidades de violação dos primados da lesividade e da materialidade da ação. Ao examinar a questão de cariz jurídico-penal acerca de "quais bens, ou não bens, tutelam normativamente as leis penais", Ferrajoli constata: "temos assistido a uma crescente antecipação da tutela, mediante a configuração de delitos de perigo abstrato ou presumido, definidos pelo caráter altamente hipotético e até improvável do resultado lesivo e pela descrição aberta e não taxativa da ação" (FERRAJOLI, 2014, p. 436).²²⁰

Em viés crítico, Moccia esclarece a exigência de antecipação de tutela nos tipos penais associativos, produzindo o que denomina de "crimes de suspeito", com forte conotação simbólica (MOCCIA, 1999, p. 159):

Infatti, le fattispecie associative, ma un discorso in parte analogo vale anche per le fattispecie di istigazione, esprimono l'esigenza di approntare una tutela anticipata, a

²¹⁹ Contrária a essa posição, Sales assevera que "similar interpretação é temerária, pois pode conduzir a *praxis* penal a uma inadequada aplicação do dispositivo, enquanto permite supor a desnecessidade de efetiva concretização de atos de execução na quadrilha ou bando para a afirmação da tipicidade no crime em exame" (SALES, 1997, p. 128). Já Regis Prado, embora considere a paz pública como bem jurídico tutelado, avalia que, no crime de quadrilha ou bando (*mutatis mutandis*, aplica-se o comentário à organização criminosa), "o que se pune, em realidade, são atos preparatórios. Trata-se de exceção à regra do artigo 31 do Código Penal." (PRADO, 2010, p. 180). Também é essa a posição de Bitencourt e Busato (2014, p. 227). Ainda, é relevante a observação de Fiandaca e Musco sobre a *ratio* da *fattispecie* de *associazione per delinquere*, perfeitamente aplicável ao crime da Lei 12.850/13 ora examinado: "*la ratio della norma è individuabile in una esigenza accentuatamente preventiva, nel senso che incriminando l'associazione in se stessa il legislatore tende a rimuovere il pericolo che vengano commessi i reati oggetto del programma, così anticipandosi l'intervento diretto a prevenire la commissione dei singoli fatti criminosi.*" (FIANDACA; MUSCO, 2002, p. 464). "A *ratio* da norma é identificada em uma exigência acentuatamente preventiva, no sentido de que, incriminando a associação em si mesma, o legislador tende a eliminar o perigo de que venham a ser cometidos os crimes objeto do programa, assim antecipando-se a intervenção direta para prevenir a comissão dos fatos criminosos individuais." (Tradução nossa).

²²⁰ Também sob o ângulo garantista, Castanheira denuncia o caráter abstrato da paz pública e a inviabilidade de se sustentar a sua configuração como bem jurídico. Desse modo: "A 'paz pública' num Estado de direito não é um bem em si [...] e qualquer delito a ela referido não pode antecipar a tutela penal ao momento que antecede o agir, sem que com isso não se esteja também desrespeitando o princípio da materialidade da ação e vinculando ilícito com imoral." (CASTANHEIRA, 1998, p. 119).

*fron­te di possibi­li ag­gres­sio­ni da par­te di or­gani­smi plu­riso­gget­ti­vi, che, già solo per que­sto, pre­sen­ta­no carat­te­ris­ti­che di par­ti­co­lare ef­fi­ci­en­za cri­mi­na­le - in via di prin­ci­pio, ben su­pe­rio­ri a que­lle es­pres­se da ag­gre­ga­zio­ni mo­men­ta­neas e ca­su­ali o da una pro­gram­ma­zio­ne cri­mi­no­sa mo­no­so­gget­ti­va - ed alla cui azio­ne è, nor­mal­men­te, con­nes­so un ac­cen­tu­ato al­lar­me so­cia­le.*²²¹ (MOCCIA, 1999, p. 158-159).

Mesmo Figueiredo Dias, que declaradamente reprova a vertente alemã contrária à identificação da paz pública como bem jurídico autônomo nos crimes associativos (FIGUEIREDO DIAS, 2008, p. 18-19), reconhece que no delito de associação criminosa "trata-se de intervir num *estádio prévio*, através de uma dispensa *antecipada* de tutela, quando a segurança e a tranquilidade públicas não foram ainda violadas, mas se criou já um *especial perigo de perturbação* que só por si viola a paz pública" (FIGUEIREDO DIAS, 2008, p. 16). O autor admite a intervenção penal prévia, mas sustenta que o perigo criado já é suficiente para violar aquele que acredita ser o objeto de tutela do delito associativo: a paz pública.²²²

Por outro lado, sob os influxos doutrinários que não reconhecem a paz pública como bem jurídico autônomo, em que pese à respeitável doutrina dominante, acreditamos que a simples associação de pessoas para cometer crimes não *lesiona* bem jurídico algum. Ainda que se argumente que a Constituição Federal chancela apenas a formação de associações para fins lícitos, isso não resolve o problema, a menos que se considere o devido exercício do direito fundamental de associação como objeto de tutela penal, algo absolutamente impraticável.²²³ Na verdade, a conduta associativa no máximo *coloca em perigo* determinados bens jurídicos que podem vir a ser transgredidos pela prática dos crimes-fim. E é nesse sentido que se afirma que o objeto de tutela penal nos crimes associativos é o mesmo dos delitos que compõem o catálogo de atividades criminosas da organização.

²²¹ "De fato, os tipos associativos, mas um argumento em parte análogo vale também para os tipos de instigação, exprimem a exigência de predispor uma tutela antecipada, contra possíveis agressões por parte de organismos plurissubjetivos, que, já só por isto, apresentam características de particular eficiência criminosa - em princípio, muito superiores àquelas expressas por agregações momentâneas e casuais ou por uma programação criminosa unissubjetiva - e a cuja ação é normalmente conexo um acentuado alarme social." (Tradução nossa).

²²² Semelhante posicionamento parece ser adotado por Sales: "trata-se de intervir em momento precedente, quando a ordem pública ainda não tenha sido, ainda, efetivamente turbada, mas apresente uma situação de fato que se afigure como um perigo de turbamento daquela e, ao mesmo tempo, *per se*, viole a paz pública." (SALES, 1997, p. 127).

²²³ Na esteira desse entendimento, "o incorreto exercício de um direito *per se* nada lesiona e, portanto, carece de desvalor para justificar uma criminalização." (ESTELLITA; GRECO, 2011, p. 398). Meliá (2008, p. 34-35), por sua vez, embora considere correto afirmar que as organizações criminosas representam um abuso do direito de associação, pondera que isso não é suficiente para a definição do conteúdo do injusto da infração.

Se de fato houvesse algum bem jurídico violado pela mera formação de associação com o fim de praticar delitos, por que então se afirmaria a necessidade de dispensa antecipada de tutela? Onde há efetiva transgressão, a nosso ver, não se lida com proibição antecipada. Mais relevante seria envidar esforços no sentido de se limitar a aludida antecipação da tutela penal por meio de argumentos minimamente idôneos, que restrinjam a tipificação de condutas associativas aos casos nos quais a proibição seja razoavelmente motivada, sobretudo porque a "antecipação da tutela penal vista unicamente com propósitos de segurança mostrar-se-ia incompatível com uma concepção liberal de proteção a bens jurídicos." (SILVEIRA, 2012, p. 659). Nesta senda, "*nuestra tarea debe ser la de ponderar y seleccionar de entre las conductas sociales aquéllas que contengan una mayor relevancia en el juicio de desvalor a los bienes jurídicos protegidos.*"²²⁴ (HEFENDEHL, 2004, p. 71).

Parece-nos, enfim, que o maior aporte oferecido pela crítica à paz pública como autêntico bem jurídico coletivo consiste na oportunidade de desvelar a realidade normativa dos crimes associativos, buscando-se bases sólidas que justifiquem a antecipação da proibição. Não sendo possível encontrar razões que legitimem tal incriminação, é inevitável concluir ser ela contrária ao princípio da necessidade (e, por isso, da intervenção penal mínima), visto que nenhum desvalor adicional poderia ser constatado na conduta associativa além daquele já verificado nos crimes-fim, considerando que o bem jurídico (ou bens) colocado em perigo seria o mesmo.

Estellita e Greco (2011) indicam o critério que possivelmente legitima a proibição antecipada que a conduta típica associativa representa. Tendo em vista o perigo criado, dirigido não a um bem concreto, mas a todos os bens da mesma classe (o que na opinião dos autores explica o fato de o delito associativo não ser absorvido pelo crime-fim), a antecipação da tutela penal somente seria justificável na hipótese de esse perigo "ser superior até mesmo ao perigo já existente no fato de alguém atuar ao lado de outras pessoas" (ESTELLITA; GRECO, 2011, p. 402).²²⁵ A observação não poderia ser mais adequada para dar ênfase à necessidade de não se confundir o delito associativo com o mero concurso de pessoas, devendo aquele consubstanciar gravidade muito maior que este.

²²⁴ Nossa tarefa deve ser a de ponderar e selecionar dentre as condutas sociais aquelas que contenham maior relevância no juízo de desvalor aos bens jurídicos protegidos." (Tradução nossa).

²²⁵ No mesmo sentido, Hefendehl (2004b, p. 66) identifica a "justificativa político-criminal e constitucional" da criminalização das associações delituosas como resultante da especial situação de perigo.

Essa situação de especial perigo para os bens jurídicos passíveis de serem violados "só poderá consistir na própria *estrutura da organização*, em algo como uma tendência objetiva no sentido da prática de delitos. A associação criminosa tem, assim, de estar objetivamente orientada no sentido de que em seu bojo se cometam crimes." (ESTELLITA; GRECO, 2011, p. 402). Dessa forma, os autores identificam no caráter de *injusto de organização* a justificativa para a proibição antecipada por meio do tipo associativo. A orientação objetiva da organização no sentido de cometer delitos depende de uma especial estrutura interna,²²⁶ segundo a qual novos crimes podem ocorrer "quase que *automaticamente*, como manifestação de uma *vontade coletiva*, autônoma, que torna dispensáveis maiores esforços no sentido de encontrar executores dispostos a cometer os delitos em questão." (ESTELLITA; GRECO, 2011, p. 403).

O quadro da referida orientação objetiva para a prática de crimes retrata em importantes aspectos a estrutura de aparatos organizados de poder desvinculados do direito, conforme propugna Roxin (2006).²²⁷ O que importa mencionar por enquanto, para concluir a temática do bem jurídico no crime de organização criminosa, é que a ideia de uma estrutura objetivamente direcionada para a prática delitiva revela-se bastante razoável e, em nosso ponto de vista, satisfatória à fundamentação da proibição da conduta associativa.

O que no momento não nos parece ser evidente, contudo, é que esse argumento possa também justificar a tipificação autônoma do delito de organização criminosa, quando o ordenamento jurídico-penal, a exemplo do nosso, já preveja o crime de associação criminosa (art. 288, *caput*, CP), associação para delinquir (Código Penal Italiano), associação ilícita (Código Penal Espanhol) ou qualquer outro nome que se lhe atribua.²²⁸

²²⁶ De forma semelhante, em trabalho no qual analisa o injusto nos delitos de organização, Meliá conclui ser necessário "*delimitar claramente las características de las organizaciones que pueden ingresar en el ámbito típico: tal y como sucede en la praxis, no puede ser asociación criminal cualquier agrupación cuyo objeto sea la comisión de delitos. Para generar un potencial de amenaza que realmente pueda entenderse en términos de desafío del Estado, es necesario un determinado grado de fortaleza - de estructura interna - de la organización.*" (MELIÁ, 2008, p. 57). "Delimitar claramente as características das organizações que podem ingressar no âmbito típico: tal e como sucedem na praxe, não pode ser associação criminosa qualquer agrupamento cujo objeto seja a comissão de delitos. Para gerar um potencial de ameaça que realmente possa se entender em termos de desafio ao Estado, é necessário um determinado grau de fortaleza - de estrutura interna - da organização." (Tradução nossa).

²²⁷ Sobre os intitulados "aparatos organizados de poder", remetemos às considerações realizadas nos itens 6.5.1 e 7.1.1 do presente trabalho.

²²⁸ Confira-se o item 7.1, no qual são comparadas as figuras da organização criminosa e da associação criminosa no direito penal brasileiro.

6.2.2 *Sujeitos do delito*

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa natural, tratando-se de crime comum. Contudo, por ser também de natureza plurissubjetiva, é necessária a concorrência de ao menos 4 (quatro) agentes, em face do requisito mínimo de integrantes que caracterizam a organização criminosa, nos termos do conceito explicitado no art. 1º, §1º, da Lei 12.850/13. É válido registrar a lição de Sales: "a plurissubjetividade é legalmente prevista como forma ou modo de realização do tipo penal. Uma vez a este incorporada pela lei penal, integra o desvalor da ação e do fato tipificado, junto a outros dados técnicos" (SALES, 1997, p. 79).

O sujeito passivo é a coletividade, representada por número indeterminado de pessoas e o próprio Estado. Nos crimes praticados pela organização criminosa, evidentemente, o sujeito passivo poderá ser individualizado, a depender da espécie delitiva praticada. Nessa hipótese, todavia, como bem lembram Bitencourt e Busato, "será sujeito passivo de outro tipo penal e não deste, como, por exemplo, a vítima de um roubo praticado pela *organização criminosa*, de um homicídio etc." (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 53).

6.2.2.1 *A participação de inimputáveis*

A inclusão de inimputáveis no número mínimo de agentes necessários para a caracterização da organização criminosa é tema que suscita divergências. Na doutrina e jurisprudência majoritárias que se firmaram no tocante ao antigo crime de quadrilha ou bando sempre se admitiu a contagem de inimputáveis, e mesmo dos agentes não identificados, "desde que reste devidamente comprovada sua atuação no fato típico plurissubjetivo ou caracterizado pela pluralidade ativa" (SALES, 1997, p. 176).

Analisando o elemento da tipicidade nos tipos plurissubjetivos, Sales destaca o fato de não se exigir que todos os agentes sejam imputáveis, isto é, "que possuam 'capacidade de Direito Penal' para a configuração dos crimes plurissubjetivos ou caracterizados pela pluralidade ativa"²²⁹ (SALES, 1997, p. 175).

²²⁹ No mesmo sentido, em relação ao crime de associação para delinquir no código penal italiano, os seguintes autores: Antolisei (2000, p. 236); Fiandaca e Musco (2002, p. 465).

Hungria também sustentava a possibilidade de inclusão de inimputáveis para efeitos de contabilização do mínimo de associados na quadrilha ou bando, assim como de membros não identificados:

Para o reconhecimento do *quorum* mínimo de associados, podem ser computados mesmo os *irresponsáveis* ou *não puníveis*, desde que possam manifestar o *quantum satis* de entendimento e vontade para o acordo em torno do fim comum e sejam capazes de contribuição *pro parte virili* [...] A impossibilidade de identificação de algum dos componentes do número mínimo (dada a sua ocultação) não impede o reconhecimento do crime, desde que haja a certeza moral de sua existência. (HUNGRIA, 1959, p. 178-179).

Especificamente em relação ao tipo penal de organização criminosa da Lei 12.850/13, também se tem sustentado a possibilidade de inclusão de inimputáveis no número mínimo de quatro associados, sobretudo em razão da causa de aumento de pena estipulada no artigo 2º, §4º, inciso II, para a hipótese de participação de criança ou adolescente na organização.²³⁰

Entretanto, na opinião de Bitencourt e Busato (2014), para fins de se constatar o número em questão, consideram-se excluídos aqueles que atuarem como meros instrumentos, inclusive inimputáveis, por lhes faltar o ânimo associativo, consubstanciado na vontade consciente de integrar a organização criminosa de forma a contribuir para a realização dos fins desta (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 52). Acreditamos, contudo, que não devem ser generalizadas as situações nas quais o inimputável é utilizado como absoluto instrumento, vale dizer, desprovido de dolo.

Apesar de não se caracterizar a sua culpabilidade, assevera-se que a realização do injusto típico por inimputáveis não encontra óbice na sistemática penal. Como Sales ensina, "também os inimputáveis, segundo a nossa normativa, podem atuar dolosamente, posto que a realização do fato típico não requer a consciência, nem mesmo potencial, da ilicitude do fato" (SALES, 1997, p. 175), aferida apenas no plano da culpabilidade. Pensamos, enfim, que certo grau de discernimento mental seja necessário para o cômputo do agente inimputável²³¹ entre os membros da organização, com vistas a perfazer o mínimo de associados exigido pelo tipo penal, o que se refletirá de forma diversa em cada caso concreto.

²³⁰ São as posições de Masson e Marçal (2016, p. 39); Nucci (2013, p. 21); Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 48).

²³¹ Não é demais lembrar que "no Direito Penal brasileiro, sujeito ativo é a pessoa natural, imputável ou não." (SALES, 1997, p. 25).

6.2.2.2 A participação de agentes policiais infiltrados

A infiltração de agentes policiais em organizações criminosas já era prevista na Lei 9.034/95, mas nunca foi efetivamente disciplinada pelo revogado diploma legal, uma das razões pelas quais a lei nunca ostentou substancial aplicabilidade. O instituto investigatório foi abarcado pela Lei 12.850/13, que tratou de regular a sua utilização, conforme dispõem os artigos 10 a 14. A medida pode ser solicitada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, quando se constaterem indícios de infração penal a que se refere o artigo 1º da lei e não for possível a produção de prova por outros meios. Sua realização depende de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial.

Nesta oportunidade interessa-nos tão somente verificar se o agente infiltrado pode ser considerado no cômputo do mínimo de quatro associados para a configuração da organização criminosa.²³²

Diferentemente do inimputável, que pode agir com o dolo de se associar ao agrupamento criminoso para a realização das suas finalidades ilícitas, o agente infiltrado não se integra à organização motivado pelo fim especial de agir que caracteriza a *societas sceleris*, qual seja, o de se associar *para obter vantagem de qualquer natureza mediante a prática de infrações penais graves ou de caráter transnacional*. Antes de tudo, trata-se de um agente do Estado que se coloca no contexto da organização para o cumprimento da tarefa, excepcionalmente por meio da infiltração, de coletar provas das atividades criminosas do grupo e do envolvimento de cada membro.

Por isso, não é possível concluir que a participação do agente infiltrado sirva para o perfazimento do fato típico, em face da ausência do elemento subjetivo especial que o tipo requer. Desse modo, é inviável a sua inclusão no número mínimo de quatro associados.²³³ O raciocínio é válido inclusive quando esse agente seja compelido, por coação irresistível, a cometer algum crime constante do programa da organização criminosa, hipótese em que não é punido, desde que não pratique excessos (art. 13, parágrafo único, da Lei 12.850/13).

²³² Para a pormenorizada análise do instituto, recomendamos os trabalhos de Pacheco (2011) e Sousa (2015).

²³³ Na mesma perspectiva: Masson e Marçal (2016, p. 40); Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 49); Bitencourt e Busato (2014, p. 53).

6.2.3 Outros elementos constitutivos do fato

O tipo penal de organização criminosa previsto no *caput* do artigo 2º da Lei 12.850/13 é composto por quatro verbos-núcleo mediante os quais o delito pode ser cometido. *Promover* significa fomentar, propiciar o desenvolvimento, estimular.²³⁴ *Constituir* implica a ação de fundar, formar, criar - no plano de existência da organização criminosa, situa-se anteriormente à ação de promover²³⁵. *Financiar* pode ser entendido como o ato de custear, prestar auxílio material e subsídio econômico às atividades delitivas do grupo, caracterizando forma de promover a organização. *Integrar*, finalmente, significa fazer parte como associado, pertencer à organização criminosa.

Verifica-se, portanto, que se trata de tipo penal misto alternativo, de ação múltipla, isto é, basta a realização de apenas uma das condutas antes referidas para a caracterização do crime, ao passo que se o sujeito ativo incorrer em mais de um dos verbos típicos, cometerá, relativamente a esse tipo, uma única infração, pela qual irá responder em concurso com outras que venha a cometer no contexto do programa criminoso da organização.

Cumpra esclarecer que o tipo penal de organização criminosa se estrutura de forma diversa daquela normalmente constatada nos crimes associativos. Primeiramente porque não foi empregado o verbo *associar-se*, mas sim *integrar*, ao contrário do que fez o legislador nos tipos de associação criminosa (art. 288, *caput*, CP); associação para o tráfico ilícito de entorpecentes (art. 35, *caput*, da Lei 11.343/06) e associação para a prática de genocídio (art. 2º da Lei 2.889/1956).²³⁶

Em segundo lugar, previram-se como típicas outras condutas além do simples ato de fazer parte como membro. Desse modo, é necessário admitir que um *extraneus* poderá ser

²³⁴ Para Masson e Marçal (2016, p. 38), o verbo também implica *anunciar, propagandear*. Na opinião de Nucci (2013, p. 21), trata-se de forma verbal inadequada, por comportar duplo sentido, significando inclusive *gerar*, o que permite confundi-lo com o verbo *constituir*, também empregado no tipo. Bitencourt e Busato detalham ainda mais, compreendendo *promover* como "organizar, estruturar, viabilizar, criar condições, dar suporte, levar a efeito, enfim, tornar possível ou efetiva a existência e funcionamento da organização criminosa." (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 56).

²³⁵ "Em termos de técnica jurídica, por sequência lógica, teria sido mais adequado, aliás, que o legislador houvesse alocado *constituir* antes de *promover* na enumeração do tipo legal." (FERRO; PEREIRA; GAZZOLA, 2014, p. 50). Também adotamos aqui o entendimento de que *promover* não deve ser lido, neste tipo, como *gerar*. Em sentido diverso, registra-se a posição de Greco Filho (2014, p. 24).

²³⁶ O verbo *integrar* se repete, porém, nos tipos dos crimes de milícia particular ou organização paramilitar (art. 288-A, CP) e organização terrorista (art. 3º da Lei 13.260/16).

autor do crime em apreço, ou seja, o tipo também abrange indivíduos que não são integrantes da organização,²³⁷ mas que a *constituam* ou a *promovam* (o que inclui *financiar*), desde que seja verificada a plurissubjetividade em número mínimo de quatro associados, por se tratar de circunstância elementar exigida pelo tipo penal, além dos outros requisitos legais que caracterizam a organização criminosa.

Todavia, a ação de *integrar* é, sem dúvidas, aquela que mais se destaca no delito em comento, obviamente devido à sua elementar natureza associativa. Como Regis Prado analisa, é essa a conduta que mais suscita questionamentos, em razão da já mencionada antecipação de tutela penal em função dos crimes-fim constantes do programa delitivo da organização:²³⁸

A discussão se centra na conduta de *integrar* organização criminosa. Esta criminalização constitui reflexo da diferenciada intervenção do Direito Penal no âmbito da criminalidade organizada, pois se trata de um delito de perigo que *antecipa* a tutela penal na prevenção dos correspondentes delitos de lesão, praticados no âmbito do grupo criminoso e punidos de forma independente. Isso, é claro, a partir de uma perspectiva de ofensa a um bem jurídico individual. (PRADO, 2016, p. 564).

Independentemente da perspectiva teórica adotada para o exame do objeto de tutela penal, é correto afirmar que a conduta de integrar a *societas sceleris* deve consubstanciar o pertencimento à organização em caráter *estável* e *permanente*, não servindo para a configuração do crime em referência o mero acordo entre quatro pessoas sem a pretensão de se vincularem por certo período para a prática das infrações penais a que alude o artigo 1º, §1º, da Lei 12.850/13. Essa nuance que torna especial o vínculo associativo não implica a sua perpetuidade, mas é suficiente para se afirmar a impossibilidade de formação de associações criminosas meramente transitórias, com programa delitivo que se esgote em um número de ações *a priori* determinado.

Apesar de não estarem explicitados no tipo, o que também sempre ocorreu com o crime de quadrilha ou bando, os elementos da estabilidade e da permanência são imprescindíveis em quaisquer delitos associativos. Na sua falta, é forçoso reconhecer a figura do concurso de pessoas, ou mesmo da simples autoria colateral, na hipótese de inexistir

²³⁷ No mesmo sentido entende Mendroni (2014, p. 12). Em oposição, entendendo todas as condutas típicas como abrangidas pelo verbo "integrar", confira-se o posicionamento de Nucci (2013, p. 21).

²³⁸ Reportamos ao item 5.2.1 deste trabalho.

qualquer ajuste entre os agentes.²³⁹ Ademais, o caráter estável e permanente "é fundamental para existência de uma organização estruturalmente ordenada e compartimentada com tarefas divididas." (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 55).

A expressão *pessoalmente ou por interposta pessoa* configura elemento normativo do tipo, "demandando valoração cultural, a qual, na segunda parte, evoca a conhecida figura do testa de ferro." (FERRO; PEREIRA; GAZZOLA, 2014, p. 50). Trata-se aqui dos popularmente denominados "laranjas", que emprestam seu nome, contas bancárias etc para a realização de operações como a transferência de bens ou ativos financeiros de origem criminosa, desempenhando papel fundamental no processo de "lavagem" de capitais.

A *pessoa interposta* pode ou não atuar com a consciência de estar contribuindo para a realização dos objetivos espúrios de quem, na realidade, constitui ou promove a organização criminosa. Sem o elemento subjetivo é impossível responsabilizá-la. Entretanto, constatado o dolo, e a menos que se encontre em posição de mero instrumento, ela deve responder pelo crime previsto no artigo 2º, *caput*, da Lei 12.850/13, devido ao fato de colaborar com o agente que, de forma oculta, *promove, financia ou constitui* efetivamente a organização criminosa. Por outro lado, menos comum seria *integrar* a associação delitiva por interposta pessoa, na medida em que ser associado pressupõe atitude patente e incontestada no sentido de fazer parte da organização e *estar à disposição* dela para a prática das infrações penais programadas.²⁴⁰

Por último, mas não menos importante, é circunstância elementar do tipo a própria *organização criminosa*,²⁴¹ cuja definição legal está presente no art. 1º, §1º, da Lei

²³⁹ Sobre a distinção entre as três situações, são válidos os comentários de Gonçalves ao analisar o tipo penal de associação criminosa no Código Penal Português: "Na actuação paralela há uma intervenção de vários agentes na execução do crime, porém sem acordo prévio entre eles, podendo até haver uma certa consciência de colaboração, porém sem concerto prévio para uma tarefa comum. Na participação criminosa há concerto ou acordo prévio entre os vários agentes do crime ou coautores para a execução ou contribuição objectiva conjunta. Na associação criminosa há uma organização concertada entre os vários agentes, com um mínimo de estrutura organizativa e uma certa duração que pode não ser de início acordada, resultante de um processo de formação de vontade colectiva, e tendo como escopo ou finalidade a prática de crimes." (GONÇALVES, 2002, p. 884).

²⁴⁰ Vicente Greco Filho aduz expressamente a possibilidade de atuação direta ou dissimulada por meio de outrem em todas as situações do tipo (GRECO FILHO, 2014, p. 25). Ainda, vale registrar o posicionamento no sentido de que seria possível a atuação por *interposta pessoa jurídica* "e até alguém ou algo (empresa de fachada, por exemplo) sem existência real, fruto de um artifício ou qualquer espécie de fraude, sem que tal impeça a responsabilização penal do membro da associação que procurou se manter oculto." (FERRO; PEREIRA; GAZZOLA, 2014, p. 50). De fato, a previsão do tipo é genérica. Na hipótese de se admitir a atuação dissimulada por meio de pessoa jurídica, inevitável concluir que o ente moral não seria penalmente responsável, exceto nos casos de organização que pratique crimes ambientais, o que ainda assim dependeria de se admitir ou não como legítima a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, tema no qual não adentraremos nesta sede.

²⁴¹ Assim, "a existência de organização criminosa é elementar do tipo, de modo que deve haver, para a denúncia e, certamente, para a condenação, elementos suficientes para a convicção da presença dos elementos constitutivos previstos no art. 1º." (GRECO FILHO, 2014, p. 25).

12.850/13.²⁴² Assim, é nesse dispositivo que devem ser buscadas as "elementares implícitas" (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 56) do delito de organização criminosa. Cuida-se no artigo 2º, *caput*, portanto, de norma penal em branco homóloga - ou homogênea - e homovitelina,²⁴³ porquanto se complementa com conceito previsto na própria Lei 12.850/13, sem reenvio a outros diplomas normativos.

6.2.4 *Consumação e tentativa*

De acordo com a doutrina dominante, e como sempre se acolheu em relação ao crime de quadrilha ou bando, seja no campo doutrinário, seja na jurisprudência, entende-se que o delito de organização criminosa é crime formal,²⁴⁴ consumando-se independentemente da prática de qualquer das infrações penais em vista das quais a organização é constituída, sendo a simples associação suficiente.²⁴⁵ Esta seria, inclusive, uma das diferenças marcantes entre o crime associativo e o concurso de pessoas, no qual é necessária, pelo menos, a tentativa de se cometer algum delito.²⁴⁶

Não obstante a opinião majoritária, deve-se analisar criticamente a alegada dispensabilidade do início da efetiva atividade da organização criminosa. É neste ponto em que, à luz do garantismo penal, faz-se necessário limitar a abrangência do tipo nos crimes associativos, esforço que se insere no debate teórico entre as perspectivas do *direito penal do*

²⁴² Reportamos ao item 6.1, no qual examinamos os elementos do conceito legal de organização criminosa.

²⁴³ Na mesma perspectiva: Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 50); Prado (2016, p. 566); Masson e Marçal (2016, p. 37). Sobre a classificação das normas penais em branco, confira-se em Zaffaroni et al. (2011, p. 206), os quais admitem a constitucionalidade unicamente em relação às leis de *complementação homóloga*, reportadas a outra norma derivada da mesma fonte.

²⁴⁴ Assim sustentam: Bitencourt e Busato (2014, p. 80); Masson e Marçal (2016, p. 43); Silva (2015, p. 28); Nucci (2013, p. 23); Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 51). Mendroni (2014, p. 12) entende como crime material nas formas de *constituir, promover e financiar*.

²⁴⁵ Por outro lado, em posicionamento por nós acolhido, Sales aduz em relação ao crime do artigo 288 do Código Penal: "O simples acordo entre quatro ou mais agentes para a finalidade de cometer crimes, mesmo presente a finalidade de estabelecer um vínculo permanente, trata-se de mera *cogitatio*, impunível nos termos do art. 31 do nosso Código Penal." (SALES, 1997, p. 134). *Mutatis mutandis*, o raciocínio é perfeitamente aplicável ao delito de organização criminosa da Lei 12.850/13.

²⁴⁶ Nesse sentido: Prado (2010, p. 190). Estudo detalhado das diferenças entre os tipos penais plurissubjetivos e o concurso de pessoas foi realizado por Sales (1997, p. 93-101).

fato e dos "tipos normativos de autor", que se alinham às tendências de "direito penal do inimigo".²⁴⁷

Sob o prisma da teoria garantista, não satisfazem o princípio da legalidade estrita - logo, não são materialmente legítimas - as normas penais que, ao invés de *fatos* empiricamente demonstráveis, criminalizam modos de ser e pensar ou tendências de vida do *autor*, isto é, que incriminam com base em supostas propensões, meras suspeitas ou padrões anteriormente verificados sem, contudo, substrato fático preciso e atual, em completa subversão do princípio axiológico da separação entre direito e moral, de matriz iluminista (FERRAJOLI, 2014, p. 204).

Como se vê, "*existen razones de principio que prohíben hacer responsable a un individuo por lo que él es y no por lo que ha hecho*"²⁴⁸ (HEFENDEHL, 2004b, p. 65), de tal sorte que "em lugar de pretender impor uma moral, o estado ético deve reconhecer o âmbito de liberdade moral" (ZAFFARONI et al., 2011, p. 225). Na medida em que o direito penal do fato, tão caro aos sistemas garantistas, deve pautar-se em comportamentos exteriorizados que, real ou potencialmente, afetem bens jurídicos, é imperioso admitir que modos de vida ou condutas meramente internas, tidas como imorais ou pecaminosas, não são dotadas da *lesividade* necessária para justificar a intervenção penal (BATISTA, 2007, p. 91). Em consequência, "a tipificação deve acentuar um comportamento particular, isto é, o fato-do-agente, não a pessoa-agente por sua forma de vida." (ASSIS TOLEDO, 1994, p. 137).

Nesse panorama, Ferrajoli traça a fundamental distinção entre *normas penais constitutivas* e *normas penais regulativas*, esclarecendo que as primeiras não proíbem atos concretos, mas sim maneiras de ser (*quia peccata*), castigando imediatamente pela mera personalidade do autor, ao contrário das normas regulativas, as quais, como o nome sugere, regulam comportamentos observáveis pela experiência (*quia prohibita*). Com efeito, "a regulatividade das leis penais no sentido aqui elucidado constitui o pressuposto das garantias de materialidade e de culpabilidade" (FERRAJOLI, 2014, p. 462). Na lição de Assis Toledo, "o *nullum crimen nulla poenn sine lege*, o direito penal do fato e a culpabilidade do fato alinham-se imponentemente, numa perfeita sequência e implicação lógicas, como colunas de

²⁴⁷ Para a exposição e análise crítica dessa teoria, reportamos à obra conjunta de Jakobs e Meliá (2015). Também sobre as relações entre o direito penal do inimigo e o cenário de ameaça criado para a implementação de medidas investigatórias e processuais particularmente voltadas para a criminalidade organizada, confira-se o trabalho de Hefendehl (2004b).

²⁴⁸ "Existem razões de princípio que proíbem responsabilizar um indivíduo pelo que ele é, e não pelo que ele fez." (Tradução nossa).

sustentação de um sistema indissolavelmente ligado ao direito penal de índole democrática." (ASSIS TOLEDO, 1994, p. 73).

No Estado Democrático de Direito, as hipóteses de desvio legalmente definidas só podem ser aquelas que consubstanciam condutas taxativamente indicadas e que se referem a *ações* empiricamente verificáveis, e não outras hipóteses que, em perspectiva *ontológica*, *substancialista*, ou *extralegal* apenas "constituem" sem nada prescrever, de forma a gerar proibições ancoradas em circunstâncias pessoais de determinados indivíduos - das "arcaicas figuras de desocupados, vagabundos e mendigos" aos "imorais, os propensos a delinquir, os dedicados a tráficos ilícitos e, por último, os desordeiros e mafiosos." (FERRAJOLI, 2014, p. 466), o que de resto também denotaria a seletividade penal.

A transposição do *direito penal do fato* para o *direito penal de autor*, inadmissível no sistema garantista, se coloca exatamente no limiar entre as normas regulativas e as normas constitutivas. Sistemas penais autoritários estruturam-se com base nestas últimas, em prejuízo da legalidade estrita e de outros princípios que dela emanam, como a lesividade e a materialidade da ação. "Não se censura o ato, mas a existência" (ZAFFARONI et al., 2011, p. 132). Em tais modelos antigarantistas, Ferrajoli constata:

A técnica mais difundida é a previsão de figuras de delito elásticas e indeterminadas, idôneas para conotar, em termos vagos ou valorativos, modelos globais de desvio - como a obscenidade, o desacato, a propaganda ou a associação subversiva, a associação de tipo mafioso, a ofensa à moral familiar e similares - em vez de indicar univocamente tipos de delito empiricamente determináveis. (FERRAJOLI, 2014, p. 45).

Aplicando-se a referida construção teórica às figuras delituosas associativas, sobretudo quando expressas em tipos penais abertos ou "elásticos", usando o termo empregado por Ferrajoli, quase constitutivos e com elementos nem sempre suficientemente taxativos, a exemplo da própria "organização criminosa" da Lei 12.850/13, é impossível acolher a hipótese de consumação do delito sem se verificar, no mínimo, o que Pitombo (2009) denomina de "comportamentos concretos e indicativos do fim de realizar crimes". Caso contrário, restariam diretamente afrontados o princípio da lesividade e, sobretudo, o da materialidade da ação, haja vista que "somente a ação externa está em condições de produzir uma modificação do mundo exterior qualificável de lesão." (FERRAJOLI, 2014, p. 441). Conforme a abalizada opinião de Estellita:

A dispensa de qualquer verificação quanto a 'comportamentos concretos e indicativos do fim de realizar crimes' significaria um inadmissível retorno ao Direito Penal do Autor, já que, desvinculado o aplicador da lei de qualquer elemento fático, julgaria os acusados por quem são, e não pelo que fizeram. (ESTELLITA, 2009, p. 21-22).

Vale destacar que, ao recomendar aos Estados signatários a criminalização da participação em grupo criminoso organizado, na forma caracterizada pelo "entendimento com uma ou mais pessoas para a prática de uma infração grave",²⁴⁹ o artigo 5º, parágrafo 1º, "a", i, da Convenção de Palermo prevê ressalva nos casos em que o direito interno exija "um ato praticado por um dos participantes *para concretizar* o que foi acordado" (BRASIL, 2004), o que, no contexto do tratado, pressupõe ao menos o início da execução de uma infração grave, visto que o acordo só é efetivamente *concretizado* com a prática da infração.

Mas não é só. Trata-se de saber se tais "comportamentos concretos" satisfazem-se somente com atos de instrumentalização e aparelhamento do grupo para a prática de infrações penais. Especificamente no caso do delito de organização criminosa da Lei 12.850/13, preferimos sustentar que não apenas os referidos atos com vistas a concretizar o acordado são necessários, como também é imprescindível algo mais.

É certo que a obtenção de vantagem ilícita não configura requisito para a consumação do crime, caracterizando seu mero exaurimento na hipótese de faticamente vir a ser auferida. Entretanto, tomando por base a própria definição do artigo 1º, §1º, da Lei 12.850/13, *não* se deve reputar como dispensável a prática de infrações penais de pena máxima superior a quatro anos ou de caráter transnacional. Isso porque uma associação de indivíduos só se eleva à posição de organização criminosa quando reúne as características descritas na norma

²⁴⁹ Conforme McClean (2007) analisa, esse tipo de incriminação consistente no simples entendimento ou acordo para a prática de crimes é encontrado especialmente na legislação penal de países nos quais prevalece a tradição do *common law*, caracterizando as figuras típicas de *conspiracy*. O autor esclarece que, na maioria desses países, *não* se requer, além do acordo, a comissão de algum ato tendente a concretizá-lo (MCCLEAN, 2007, p. 62-63). Cita-se como exemplo o artigo 465(1) do Código Penal do Canadá, no qual são tipificadas pelo menos quatro formas de conspiração para cometer crimes, sem previsão da necessidade de algum ato concreto: (a) conspiração para cometer homicídio ou provocar o homicídio de outra pessoa, podendo ser alcançada até mesmo a prisão perpétua nesta espécie; (b) conspiração para praticar denúncia caluniosa; (c) conspiração para cometer delito punível segundo rito previsto para crimes mais graves (*indictable offences*), não inserido nas hipóteses anteriores; (d) conspiração para praticar delito menos grave, punível de acordo com o procedimento sumário. Nesses casos, a fórmula básica do tipo é dada pela expressão "*every one who conspires with any one to [...]*", ou "todo aquele que conspira com alguém para [...]" (CANADÁ, 2017). A lei penal canadense também criminaliza em seu art. 467.11(1) a "participação em atividades de organização criminosa", assim definida no art. 467.1(1), além de outros delitos relacionados à figura da *criminal organization* ou *organisation criminelle*.

conceitual, o que inclui a prática de infrações penais, sem as quais não seria possível sequer atingir o fim especial de obter vantagem ilícita de qualquer natureza. Apesar de não se exigir a sua efetiva obtenção, é no mínimo necessário que a associação seja potencialmente capaz de auferi-la, devendo, para tanto, se valer das infrações penais de que trata o dispositivo legal. Frisa-se também o uso da expressão "*mediante a prática*", e não "com o fim de praticar".

Essa interpretação é similar àquela aplicada ao artigo 416 *bis* do Código Penal Italiano,²⁵⁰ em vertente mais garantista, a fim de que se entenda como configurado o crime de associação de tipo mafioso apenas quando os associados efetivamente se valham do método mafioso, o que incluiria a prática de atos de intimidação, para realizar os escopos previstos no tipo. Analogamente, na lei penal brasileira, a obtenção de vantagem ilícita de qualquer natureza é o objetivo máximo da organização criminosa assim definida pela Lei 12.850/13, e requer para a sua realização a prática de infrações penais graves ou de caráter transnacional.²⁵¹ Não sendo assim, não há que se falar em organização criminosa.

De qualquer modo, é forçoso admitir que, na prática, a imputação quanto ao delito associativo é normalmente correlata às acusações atinentes aos crimes-fim, até mesmo pela dificuldade probatória de se demonstrar a existência e operatividade da associação delitiva sem a constatação dos crimes praticados pelos associados.²⁵² De fato, as situações mais problemáticas estariam nas hipóteses de acusação exclusivamente pelo delito associativo, quando faltarem elementos para denúncia dos crimes praticados pelos membros, podendo-se eventualmente verificar certos abusos na imputação.

A tentativa do crime de organização criminosa é possível,²⁵³ especialmente nas formas de promover e financiar.²⁵⁴ Tome-se como exemplo a situação em que alguém realiza transferência bancária para custear atividades de uma organização criminosa, mas a conta é

²⁵⁰ Reportamos à explicação desenvolvida no item 4.2.1 deste trabalho.

²⁵¹ Por outro lado, concluindo pela impossibilidade de adequação dos tipos penais associativos às exigências do direito penal do fato, Beatriz Castanheira advoga (considerando o antigo crime de quadrilha ou bando): "Mesmo que um dos requisitos do tipo fosse a prática concreta de crime - no Direito brasileiro não é, porque basta que pessoas se associem 'para o fim de cometer crimes' - a proibição não se afasta do 'direito penal do autor'." (CASTANHEIRA, 1998, p. 121).

²⁵² No mesmo sentido é o registro de Hungria (1959): "Nem sempre é fácil a prova da existência da quadrilha ou bando: a certeza a respeito só é possível, as mais das vezes, quando se consegue rastrear a associação pelos crimes já praticados." (HUNGRIA, 1959, p. 181).

²⁵³ Repudiam a possibilidade de tentativa: Bitencourt e Busato (2014, p. 80); Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 51); Nucci (2013, p. 23) e Gomes (2013).

²⁵⁴ Nesse sentido, também Silva (2015, p. 29). Para o autor, porém, a forma tentada não é admitida nas condutas de *constituir e/ou integrar*. Greco Filho (2014, p. 24) registra a possibilidade de tentativa e o caráter instantâneo na modalidade de *promover*.

bloqueada por ordem judicial e seus ativos, confiscados, antes que o destinatário possa retirar os valores. É forçoso concluir que, em relação à pessoa que realizou a transferência com o intuito de financiar o grupo criminoso, o delito não se consumou por motivo completamente alheio a sua vontade.

No tocante à possibilidade de tentativa da própria constituição do grupo, é imprescindível registrar a posição de Sales em referência ao antigo delito de quadrilha ou bando, admitindo, ao menos do ponto de vista teórico, o fracionamento do *iter criminis*, uma vez que as ações levadas a cabo para a consecução de meios instrumentais e financeiros essenciais à prática dos crimes-fim podem ser consideradas como atos de execução do próprio crime associativo, preparatórias apenas em relação a outros delitos (SALES, 1997, p. 135-136). Portanto, tem-se que a configuração do ente associativo somente se perfaz mediante tais ações executórias, "que se traduzem na sua própria constituição, instrumentalização, aparelhamento, etc., para o fim de cometer crimes" (SALES, 1997, p. 136), justificando-se a possibilidade de tentativa na hipótese de que não sejam concretizadas, não se alcançando a inequívoca idoneidade necessária para realizar o projeto delinquencial (SALES, 1997, p. 135).

Enfim, o delito de organização criminosa é instantâneo nas formas de *constituir*, *promover* e *financiar*.²⁵⁵ Entretanto, na modalidade de *integrar*, trata-se de crime permanente, visto que sua consumação se prolonga pelo tempo em que se mantiver ativo o vínculo associativo e perdurar a organização criminosa, até que ela se dissolva, de forma espontânea ou não.²⁵⁶ Essa característica enseja a possibilidade de prisão em flagrante delito a qualquer momento, enquanto não cessar a permanência, conforme disposto no artigo 303 do CPP.

6.3 Tipo subjetivo

Como de praxe nos crimes associativos, o elemento subjetivo do delito de organização criminosa é o dolo,²⁵⁷ que abrange a vontade de realizar um dos verbos-núcleo descritos no

²⁵⁵ Masson e Marçal (2016, p. 42) também admitem o caráter instantâneo nessas três condutas.

²⁵⁶ Nesse sentido, em relação ao antigo crime de quadrilha ou bando, confira-se a lição de Sales (1997, p. 133).

²⁵⁷ Esta é mais uma nota distintiva entre a organização criminosa e o mero concurso eventual de pessoas (art. 29 do CP), visto que este "congrega tanto a realização plúrima dos tipos penais dolosos como a realização plúrima dos tipos culposos" (SALES, 1997, p. 98).

tipo penal inserido no *caput* do artigo 2º da Lei 12.850/13, além da consciência sobre todas as elementares típicas, com destaque para a própria *organização criminosa*.

Isso significa que, mesmo nos casos em que o agente incorra em uma das condutas tipificadas diversas daquela de *integrar* a organização, é necessário que ele possua consciência a respeito de todos os elementos que compõem a definição legal de organização criminosa, apesar de dela não fazer parte. Assim, deve conhecer sua estrutura, o esquema de divisão de tarefas, as infrações penais que constam do programa de atividades ilícitas, bem como as vantagens almejadas por meio do cometimento de tais infrações.

Portanto, somente atuando de forma consciente e voluntária, em relação às circunstâncias aludidas, ao *promover*, *constituir* ou *financiar* a organização criminosa, é que se pode verificar a adesão do agente aos fins desta e, via de consequência, o seu dolo. O raciocínio se aplica com mais veemência àqueles que incorram no verbo típico de *integrar* a organização, por neste caso fazerem parte dela, exigindo-se-lhes, ainda, o indispensável *animus* associativo qualificado pela vontade de se unir ao grupo em caráter estável e permanente. Conforme o magistério de Regis Prado:

O dolo vai além de uma colaboração isolada no delito que a organização criminosa porventura venha a cometer. Em outros termos, participar é aderir não só ao propósito de realizar um ou mais delitos isolados, mas vivenciar a realidade daquela estrutura organizada que atua à margem da lei. Evidentemente, o dolo deve abarcar também o elemento "organização criminosa". (PRADO, 2016, p. 566).

Não é absolutamente necessário que o integrante conheça pessoalmente os demais membros da organização,²⁵⁸ mas é crucial que tenha a plena convicção de ser parte de uma associação delitiva que reúne, pelo menos, outros três associados, com as características legais inerentes às intituladas organizações criminosas. É evidente que a prova do elemento subjetivo, nos moldes delineados, terá de ser muito mais robusta e sua análise pelo órgão julgador, ainda mais criteriosa. Mas isso, em nosso parecer, apenas corrobora as exigências do princípio do ônus acusatório da prova.

Salienta-se que o indivíduo que apenas intencione constituir ou promover, incluindo-se ainda o financiamento da organização, *sem integrá-la*, não deve ser computado para o fim de caracterizar o número mínimo de associados que a definição legal de organização

²⁵⁸ Desse modo, em relação ao crime de associação para delinquir no código penal italiano, confira-se em Fiandaca e Musco (2002, p. 467). Também é a posição de Sales (1997, p. 130) a respeito do antigo crime de quadrilha ou bando.

criminosa requer. Nessa hipótese, caso não se verifique a reunião de pelo menos outras quatro pessoas, com o *dolo de fazer parte* do grupo criminoso, o delito não se aperfeiçoa.

Por último, registra-se que, além do dolo, exige-se a finalidade especial inerente ao conceito de organização criminosa, qual seja, a de *obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional*, considerada por parte da doutrina como elemento subjetivo especial do tipo,²⁵⁹ com o que estamos de acordo. Assim sendo, tem-se por imprescindível a sua constatação, sob pena de atipicidade da conduta.

6.4 Concurso de crimes e concurso de pessoas

O concurso entre o delito de organização criminosa e os crimes cometidos pelos membros da organização é plenamente possível, tendo a Lei 12.850/13 expressamente previsto a hipótese de cúmulo material entre a pena do crime tipificado no artigo 2º, *caput*, e as penas correspondentes às infrações praticadas.

Deve-se observar, porém, que os integrantes não responderão necessariamente pelas mesmas infrações penais, até porque "*non si esige, però, che tutti gli associati abbiano in programma i medesimi fatti criminosi.*"²⁶⁰ (ANTOLISEI, 2000, p. 237). O fato de pertencer a uma organização criminosa não implica a incidência de responsabilidade por todo e cada ilícito penal que venha a ser cometido no interesse do grupo,²⁶¹ sob pena de admissão da responsabilidade penal objetiva e, em consequência, total ruína do princípio da culpabilidade.

Mormente em organizações com número mais expressivo de integrantes, é natural que se repartam os encargos e tarefas delitivas, podendo inclusive serem constatadas condutas criminosas individuais no seio do grupo. Assim, somente responderão pelas infrações praticadas, em concurso material com o crime associativo, os membros que efetivamente atuarem como autores ou partícipes, concorrendo para o cometimento daquelas infrações,

²⁵⁹ Nesse sentido: Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 51); Nucci (2013, p. 22); Bitencourt e Busato (2014, p. 57-58). Na lição dos dois últimos autores, "o fim especial, expressamente declarado no texto legal, é 'obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza', e a prática de crimes constitui tão somente o meio pelo qual se busca a obtenção de tal vantagem." (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 32). Gomes (2013) também entende como intenção especial a de obter vantagem ilícita de qualquer natureza.

²⁶⁰ "Não se exige, porém, que todos os associados tenham no programa os mesmos fatos criminosos." (Tradução nossa).

²⁶¹ Hungria (1959, p. 179) já fizera a mesma advertência a respeito do antigo crime de quadrilha ou bando.

"mediante uma participação material ou psicológica penalmente relevante" (FIANDACA; MUSCO, 1989, p. 389). De acordo com Bitencourt e Busato:

Por essa razão o *concurso material* entre o crime de integrar organização criminosa e os crimes por ela praticados não constitui *bis in idem*. Com efeito, o crime praticado em concurso (material) não absorve nem exclui o de integrar organização criminosa, pela simples razão de que não é necessária a precedência deste para a prática daquele (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 60).

Nesta seara, é ainda fundamental distinguir o concurso eventual de pessoas *nos crimes praticados no interesse da organização* do concurso eventual *no próprio delito de organização criminosa*. Na primeira situação, duas ou mais pessoas intervêm, na condição de autoras ou partícipes, na realização de um fato criminoso que consta do programa da organização. É possível que todas essas pessoas sejam membros do grupo, mas essa não é uma circunstância crucial, na medida em que até mesmo um indivíduo externo à organização poderá, tendo ajustado com algum integrante, contribuir para a realização de determinado crime-fim, dissolvendo-se, logo após o ato, o vínculo meramente transitório entre o terceiro estranho à associação e os membros com os quais concorreu para o delito.

Neste caso, o *extraneus* responde apenas pelo crime praticado, na forma do artigo 29 do Código Penal, se houver atuado apenas como partícipe, mas definitivamente *não* lhe deve ser imputado o delito associativo de organização criminosa, a menos que se considere sua participação no crime-fim como forma de *promover* a organização, hipótese na qual, apesar de não integrar o grupo, ainda assim estaria incurso em uma das condutas típicas, o que não nos parece razoável.

Em outro giro, o concurso eventual (ou externo) *no delito de organização criminosa* caracteriza situação diversa. Normalmente, nesta segunda hipótese, um indivíduo externo ao quadro de membros da associação delitiva atua de maneira a contribuir para a existência e consolidação da entidade criminosa, sem, contudo, ostentar a intenção de fazer parte dela.

É claro que o concurso eventual *na* associação delitiva deve ser doloso, haja vista não ser punida a conduta culposa. Entretanto, não se trata do dolo de se associar à *societas sceleris*, mas "*soltanto dall'intenzione di contribuire alla realizzazione dell'evento dell'associazione o al sostegno dell'operatività della stessa [...] Il concorrente non deve anche*

perseguire il fine particolare che si propongono gli associati (dolo specifico)"²⁶² (VALIANTE, 1995, p. 829), embora certamente deva ter consciência do fim especial de cometer crimes.

O raciocínio descrito é perfeitamente aplicável para a hipótese de concurso eventual no crime de que trata o artigo 288, *caput*, do Código Penal. Especificamente no caso do delito previsto no artigo 2º, *caput*, da Lei 12.850/13, algumas observações devem ser feitas. O legislador também optou por tornar típica, nas formas de *constituir* e *promover*, a conduta da pessoa que, sem ser integrante, contribui para a criação da organização criminosa ou para o seu fomento. Desse modo, esse indivíduo estranho ao grupo não será simples partícipe por prestar auxílio material ou moral à organização, mas, por força dos verbos tipificados, será coautor do delito previsto no art. 2º, *caput*, assim como quem é membro do grupo. É claro que a conduta do integrante é mais reprovável, visto que, por fazer parte, está sempre à disposição da organização para a prática das infrações penais constantes do programa coletivo.

Valiante entende que apenas é concorrente eventual o indivíduo externo à associação que contribui para a sua subsistência e operatividade sem realizar a conduta típica prevista. Em contraposição, aquele que incorre na ação descrita no tipo penal figura como autor necessário e, portanto, associado (VALIANTE, 1995, p. 827). O problema é que essa construção somente seria aplicável ao artigo 2º, *caput*, da Lei 12.850/13 se a única ação descrita no tipo fosse a de *integrar*, ou "associar-se", como ocorre, por exemplo, nos delitos de associação para o tráfico ilícito de entorpecentes, associação para a prática de genocídio e no próprio art. 288, *caput*, do CP.

Como o tipo penal também prevê as condutas que normalmente apenas caracterizariam ações de cooperação no crime associativo, restam limitadas, neste caso, as possibilidades de concurso eventual no delito de organização criminosa.²⁶³ Desde que se restrinja o significado de *promover*, talvez seja possível caracterizar o concurso externo na hipótese em que o *extraneus* atue somente de modo a instigar ou induzir alguém a participar da organização, sem incorrer em um dos verbos típicos e muito menos ter qualquer domínio do fato.

²⁶² "Apenas pela intenção de contribuir para a realização do evento da associação ou para o sustento da sua operatividade [...] O concorrente não deve também perseguir o fim particular a que se propõem os associados (dolo específico)." (Tradução nossa).

²⁶³ Conforme Valiante aduz, a conduta *atípica* de cooperação à subsistência e operatividade da associação, ao lado da consciência e vontade de cooperação, é elemento inerente ao concurso eventual de pessoas na associação criminosa (VALIANTE, 1995, p. 828).

6.5 Pena

A pena prevista no artigo 2º, *caput*, da Lei 12.850/13 é de reclusão de três a oito anos, além de multa, sem prejuízo das penas relativas às demais infrações praticadas. Tendo em vista o *quantum* cominado bem superior àquele do crime de associação criminosa (reclusão de um a três anos, conforme dispõe o art. 288, *caput*, do Código Penal), é imprescindível ao julgador divisar as zonas limítrofes entre as duas figuras delituosas, de maneira que elas não sejam aplicadas de forma indiscriminada, sobretudo o tipo penal de organização criminosa, que é muito mais grave.

Ademais, não há como deixar de reconhecer a possibilidade de que, no caso concreto, se verifique patente discrepância entre as penas dos crimes-fim e a pena do delito de organização criminosa, o que de fato consubstancia transgressão do princípio da proporcionalidade, segundo o qual "a restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas *compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso.*" (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 289).

Nesse sentido, conforme a advertência de Luiz Flávio Gomes (2013b, p. 26), é possível que o "crime-meio", isto é, o delito de organização criminosa, seja sancionado com pena superior à do próprio delito-escopo. Exemplos seriam os casos de estelionato (art. 171, CP) e sonegação fiscal (art. 1º da Lei 8.137/90), cujas penas máximas são de cinco anos, portanto, inferiores ao máximo de oito anos do crime de organização criminosa. Além disso, é muito apropriado o comentário de Callegari (2008, p. 21): "o risco que se corre ao inserirmos uma série de condutas como sendo de organização criminosa é o de não só aumentar a pena em relação ao fato, mas, aumentá-la ainda mais quando se estabelece o concurso de crimes."

As mesmas penas do *caput* do artigo 2º da Lei 12.850/13 são impostas a quem impedir ou embaraçar investigação de infração penal que envolva organização criminosa (art. 2º, §1º), forma genérica de obstrução à justiça na qual, em princípio, poderiam estar incluídas as outras figuras típicas previstas na Lei 12.850/13 (arts. 18 a 21), embora a estas tenha sido cominada pena bastante inferior. "Tal contradição existente dentro de uma mesma lei revela a imprecisão técnica e a irreflexão com que é tratada a matéria." (PRADO, 2016, p. 567).

A ação penal no delito de organização criminosa é pública incondicionada. Em razão dos patamares mínimo e máximo, não são cabíveis no delito de organização criminosa os

institutos despenalizadores da Lei 9.099/95, ao passo que no crime de associação criminosa seria aplicável a suspensão condicional do processo.

Na hipótese de efetiva e voluntária colaboração com a investigação e com o processo, da qual advenha pelo menos um dos resultados previstos no artigo 4º, *caput*, I a V, da Lei 12.850/13, o juiz poderá, em caráter alternativo, (I) aplicar causa especial de diminuição de pena em até dois terços,²⁶⁴ (II) substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou (III) até mesmo conceder perdão judicial ao colaborador.

Nos parágrafos do artigo 2º da Lei 12.850/13, são previstas majorantes especiais do crime de organização criminosa, além de uma "circunstância agravante" especial, conforme explicamos a seguir.

6.5.1 Agravante especial de comando. Domínio da vontade em aparatos organizados de poder

O §3º do artigo 2º da Lei 12.850/13 prevê o agravamento da pena para quem exercer o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique atos de execução pessoalmente. Apesar de ter sido usado o termo "agravada", alguns autores expressam suas críticas à técnica legislativa empregada, uma vez que as *circunstâncias agravantes* são aquelas dispostas nos artigos 61 e 62 do Código Penal.²⁶⁵

Sob esse ponto de vista, Regis Prado alerta para o fato de que o incremento de pena restou completamente ao arbítrio do julgador. Por isso, o autor sugere que o legislador defina "um parâmetro mínimo de quantificação para essa majoração da pena, pois, da forma como está disposto no texto legal, a margem de aumento da sanção penal pode variar, por exemplo, de um terço até o triplo." (PRADO, 2016, p. 567).

²⁶⁴ De acordo com Bitencourt e Busato, a natureza da referida minorante é *procedimental*, não se confundindo com as demais causas *materiais* de redução de pena, o que, na visão dos autores, permitiria a sua aplicação cumulativa e posterior à incidência de eventuais causas especiais materiais de diminuição, excepcionando-se a regra do parágrafo único do artigo 68 do Código Penal (BITENCOURT; BUSTATO, 2014, p. 128-129). Cabe mencionar que, no caso de associação criminosa (art. 288, CP) voltada para a prática de crimes hediondos ou equiparados, o art. 8º, parágrafo único, da Lei 8.072/90 prevê redução de pena de um a dois terços na hipótese de colaboração (BRASIL, 1990b).

²⁶⁵ Nesse sentido: Bitencourt e Busato (2014, p. 61). Por outro lado, para Ferro, Pereira e Gazzola, a "natureza de circunstância agravante não só é denunciada pelo participio do verbo agravar, mas igualmente pelo não estabelecimento de fração", de maneira que os autores defendem a sua incidência na segunda fase de dosimetria da pena, como qualquer outra circunstância agravante (FERRO; PEREIRA; GAZZOLA, 2014, p. 58).

Para Bitencourt e Busato, apesar da falta de técnica legislativa que transformou o que seria uma causa de aumento em simples agravante, "por força do art. 12 do Código Penal, aplica-se, nesta agravante legal, a mesma disciplina das agravantes e atenuantes do diploma codificado." (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 62). Nesse caso, os autores sustentam que o *quantum* agravado não deve chegar até o limite mínimo das causas de aumento, qual seja, um sexto.²⁶⁶

De qualquer forma, cumpre registrar que o artigo 62, inciso I, do Código Penal prevê circunstância agravante no concurso de pessoas para quem promove ou organiza a cooperação de agentes, ou dirige suas atividades. Essa agravante, porém, não é aplicável *in casu*, porquanto se dirige à situação descrita no artigo 29 do Código Penal. E como já mencionado em diversos pontos acima, o tipo associativo de organização criminosa não se confunde com o concurso eventual de pessoas.

De acordo com a literalidade do art. 2º, §3º, da Lei 12.850/13, a pena será agravada inclusive na hipótese de o comando ser exercido coletivamente, isto é, se houver mais de um líder na organização, e com a circunstância que torna peculiar a previsão legal: *ainda que não pratique atos de execução*. Essa espécie de concessão, caracterizada pela dispensa de atos executórios por parte do(s) chefe(s) da organização criminosa, implica a possibilidade de não apenas se lhe impor a sanção pelo crime descrito no *caput* do art. 2º, como também determina o seu agravamento, independentemente de desempenhar algum papel direto na execução das infrações penais constantes do projeto do grupo.

Nessa perspectiva, cabe indagar acerca da possível responsabilidade do líder da organização criminosa em relação às infrações penais praticadas para concretizar os objetivos do grupo, em cuja execução ele, o chefe, não tome parte.²⁶⁷ Sobre a questão, é relevante examinar, ainda que brevemente, a *teoria do domínio do fato pelo domínio de aparatos organizados de poder* (ou domínio da vontade por organização), cujos pressupostos teóricos elaborados por Roxin contribuem para a identificação de possíveis elementos-chave da estrutura de organizações criminosas.

²⁶⁶ Mendroni (2014, p. 14), ao contrário, defende aumento superior a um sexto, sustentando a existência de desproporcionalidade entre o aumento de um sexto para o caso de o agente exercer o comando da organização e o aumento de até dois terços para o caso de participação de outras pessoas sem poder de comando, como adolescente e funcionário público, de acordo com o art. 2º, §4º, incisos I e II.

²⁶⁷ Registra-se a opinião de Regis Prado: "Devido à complexidade dessas organizações, é difícil estabelecer *a priori* qual a posição do dirigente em relação ao delito realizado pelo subordinado em uma estrutura delitiva organizada, o que só pode ser aferido e individualizado no caso concreto." (PRADO, 2016, p. 563).

A teoria em questão foi proposta por Roxin em 1963,²⁶⁸ mas somente obteve repercussão na Alemanha e também em outros países, sobretudo latinoamericanos, anos mais tarde. Trata-se do resultado de esforço dogmático para fundamentar a autoria dos dirigentes de aparatos de poder organizados em relação aos delitos cometidos por membros de escalões inferiores, sempre sob as ordens de seus líderes. Em sua gênese, a teoria foi desenhada para casos de criminalidade estatal, com destaque para o julgamento de Adolf Eichmann, um dos principais responsáveis pelo holocausto, além de outros exemplos como os homicídios praticados contra pessoas que tentavam transpor o Muro de Berlim para ingressar na República Federal da Alemanha, ou ainda em relação aos crimes contra a humanidade praticados durante o governo de Alberto Fujimori, ex-presidente do Peru.²⁶⁹ Mais recentemente, o próprio Roxin esclareceu a possibilidade de aplicação extensiva a atividades terroristas²⁷⁰ e a *determinadas* formas de manifestação da criminalidade organizada, desde que verificados os pressupostos teóricos em cada caso particular (ROXIN, 2006, p. 21).

Rechaçando as categorias da participação por induzimento ou instigação e da coautoria,²⁷¹ Roxin propugna forma independente de autoria mediata, segundo a qual o líder

²⁶⁸ Confirma-se a célebre obra de Roxin [1963]/(2000) "*Täterschaft und Tatherrschaft*", editada em espanhol como "*Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*".

²⁶⁹ Muñoz Conde (2013b) aponta os principais casos em que tribunais nacionais e internacionais aplicaram ou somente discutiram a teoria em apreço. No Brasil, o STF pretendeu aplicar a teoria do domínio do fato no julgamento da ação penal nº 470 (caso do "mensalão"), incorrendo, contudo, em graves equívocos denunciados na respaldada análise de Alaor Leite (2014; 2016). Para o autor, alguns Ministros da Corte teriam se baseado em uma "teoria do domínio da posição que esconde o seu verdadeiro rosto" (LEITE, 2016, p. 49), a fim de justificar a responsabilização de determinados réus pela mera posição de superiores hierárquicos, em detrimento do princípio da culpabilidade, sem atentar para os pressupostos da teoria do domínio da organização e, sobretudo, para o fato de que esse é apenas um dos desdobramentos da teoria do domínio do fato: "Ao tomar a parte pelo todo, ocorreu uma utilização pontual e aleatória do que, a rigor, é uma concepção sistemática una e coerente, um pacote completo." (LEITE, 2016, p. 48). Alaor Leite também é crítico em relação às propostas formuladas para o tratamento do concurso de pessoas no direito penal brasileiro, alertando para a impossibilidade de se conciliar o sistema unitário de autor à teoria do domínio do fato, de caráter eminentemente diferenciador entre autores e partícipes (LEITE, 2016, p. 35). Para Leite, o direito penal brasileiro é compatível com a teoria do domínio do fato, mas seu acolhimento depende da "resoluta decisão em favor da *adoção integral de um sistema diferenciador*" (LEITE, 2016, p. 43), em cenário muito diverso ao do atual Código Penal, não podendo ser admitido o "sincretismo metodológico" verificado no julgamento do "mensalão" (LEITE, 2016, p. 49).

²⁷⁰ Nesse sentido, também Muñoz Conde, um dos principais cultores da teoria de Roxin na Espanha: "*A mi juicio, no hay tampoco inconveniente en aplicar también la tesis de Roxin y considerar autores mediatos de los atentados cometidos por los comandos de las bandas terroristas los dirigentes de las mismas (sean nacionales, como es el caso de ETA, o internacionales, como es el caso del grupo terrorista islamista Al Qaeda.*" (MUÑOZ CONDE, 2013b, p. 196). "Em meu juízo, tampouco há inconveniente em aplicar também a tese de Roxin e considerar autores mediatos dos atentados cometidos pelos comandos dos bandos terroristas os dirigentes dos mesmos (sejam nacionais, como é o caso do ETA, ou internacionais, como é o caso do grupo terrorista islamista Al Qaeda." (Tradução nossa).

²⁷¹ Em aparatos organizados de poder, as figuras dos líderes e dos subordinados são rigidamente delimitadas, faltando a colaboração em um mesmo nível, que caracteriza a coautoria (ROXIN, 2006, p. 13). A relação entre dirigente e executor, portanto, estrutura-se de forma verticalizada, de cima para baixo. Inexiste decisão comum

do aparato organizado de poder (*homem de trás* ou *autor de escritório*) figura como autor mediato dos crimes executados por seus subordinados, em virtude do domínio da vontade²⁷² que exerce sobre o próprio aparato de poder (*domínio por organização*). De acordo com a tese do professor alemão:

*en una organización delictiva los hombres de atrás [Hintermänner], que ordenan delitos con mando autónomo, pueden, en ese caso, ser responsables como autores mediatos, aun cuando los ejecutores inmediatos sean, asimismo, castigados como autores plenamente responsables.*²⁷³ (ROXIN, 2006, p. 11).

A primeira das condições que fundamentam o "domínio por organização" é o *poder de mando* do homem de trás. Roxin esclarece que "*autor mediato sólo puede ser quien dentro de una organización rígidamente dirigida tiene autoridad para dar órdenes y la ejerce para causar realizaciones del tipo*",²⁷⁴ sendo possível constatar vários autores mediatos em cadeia nos diversos níveis de hierarquia (ROXIN, 2006, p. 16). Assim, o indivíduo de médio escalão que recebe ordens de um superior, mas que também dá ordens, detém o domínio da vontade em relação aos seus subordinados, podendo ser considerado autor mediato dos crimes por eles praticados.²⁷⁵

para o fato, além de faltar a execução conjunta, pressuposto que Roxin considera indispensável na coautoria (ROXIN, 2006, p. 13). Conforme Renato Machado esclarece, "Roxin, na esteira de sua postura, segundo a qual, à luz da teoria do domínio do fato, a delimitação da coautoria exige necessariamente a contribuição do agente na fase de execução do crime, entende que o líder de uma quadrilha ou o chefe de uma organização criminosa não pode ser considerado como coautor de um determinado fato criminoso, na eventualidade de sua contribuição limitar-se apenas à organização desse evento. Para ele, por falta de cooperação externa do chefe ou líder da organização criminosa, não há que se falar em coautoria." (MACHADO, 2015, p. 228). Por outro lado, em tais circunstâncias, quem exerce o comando também não é mero partícipe instigador da conduta do indivíduo executor, pois, neste caso, quem instiga está no centro de decisão (ROXIN, 2006, p. 13).

²⁷² Em apertada síntese, trata-se de uma das formas de domínio do fato, segundo os critérios propostos por Roxin (2000). Além do domínio da vontade, que fundamenta a autoria mediata, destacam-se o domínio da ação (base da autoria direta, de quem realiza o verbo típico) e o domínio funcional (sobre o qual se assenta a coautoria). O domínio da vontade ainda se desdobra no domínio por coação, domínio por erro (as duas figuras clássicas da autoria mediata) e, finalmente, no domínio da organização, ora comentado. Percuciente estudo sobre a teoria do domínio do fato de acordo com a concepção de Roxin foi realizado por Machado (2015, p. 185-230). Confirma-se também a magistral análise de Alaor Leite a partir do caso do "mensalão", julgado pelo Supremo Tribunal Federal na ação penal nº 470 (LEITE, 2014).

²⁷³ "Em uma organização delictiva, os homens de trás [*Hintermänner*], que ordenam delitos con mando autónomo, podem nesse caso ser responsáveis como autores mediatos, inclusive quando os executores imediatos sejam também castigados como autores plenamente responsáveis." (Tradução nossa).

²⁷⁴ "Autor mediato só pode ser quem dentro de uma organização rigidamente dirigida tem autoridade para dar ordens e a exerce para causar realizações do tipo". (Tradução nossa).

²⁷⁵ Diante desse panorama, "a autoria mediata pode alcançar por igual o retransmissor da ordem, segundo o reforço hierárquico que lhe empreste" (BATISTA, 2008, p. 139).

O requisito do poder de mando ostenta grande proeminência, na medida em que se trata do elemento que distingue o homem de trás do mero partícipe por instigação. Dessa forma, utilizando a expressão "autoria de escritório", Zaffaroni e Pierangeli explicam:

aquele que dá a ordem está demasiadamente próximo do fato, para ser considerado um simples instigador, com a particularidade de que quando o determinador se encontra mais distante da vítima e da execução material do fato mais próximo ele está das suas fontes de decisão. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 587).

O segundo pressuposto da teoria do domínio por organização consiste na *desvinculação do ordenamento jurídico pelo aparato de poder*. De acordo com Roxin, não é necessário que o aparato de poder tenha se desvinculado do direito em todos os seus aspectos, "sino sólo en el marco de los tipos penales realizados por él [...] El sistema (o sea, el sistema parcial de un Estado) tiene, por tanto, que trabajar delictivamente como un todo ("desvinculado del Derecho)".²⁷⁶ (ROXIN, 2006, p. 16-17). Nesse contexto, Cervini e Adriasola salientam:

la limitación de la autoría por dominio de aparatos organizados de poder a los casos en que esos aparatos actúan al margen del Derecho, hace que ese actuar al margen del orden jurídico se convierta en presupuesto ineludible para construir este tipo de imputación y recurrir a la teoría del dominio por organización.²⁷⁷ (CERVINI; ADRIASOLA, 2005, p. 121).

O terceiro pressuposto essencial do domínio de aparatos organizados de poder é a *fungibilidade dos executores diretos*. Esse é o elemento que oferece ao líder, chefe ou comandante a certeza de que sua ordem será cumprida. O domínio da vontade exercido por meio do aparato de poder estaria assegurado pelo fato de haver vários potenciais executores à disposição, intercambiáveis a tal ponto que o homem de trás não necessitaria de conhecê-los pessoalmente (CABANA, 2009, p. 149), "de modo que la negativa u otro fallo de un individuo no puede impedir la realización del tipo."²⁷⁸ (ROXIN, 2006, p. 17).

²⁷⁶ "Senão apenas no marco dos tipos penais realizados por ele [...] o sistema (ou seja, o sistema parcial de um Estado) deve, portanto, trabalhar criminosamente como um todo ('desvinculado do direito')". (Tradução nossa).

²⁷⁷ "A limitação da autoria pelo domínio de aparatos organizados de poder aos casos em que esses aparatos atuam à margem do direito, faz que esse atuar à margem da ordem jurídica se converta em pressuposto ineludível para construir este tipo de imputação e recorrer à teoria do domínio por organização". (Tradução nossa).

²⁷⁸ "De modo que a negativa ou outra falha de um indivíduo não pode impedir a realização do tipo." (Tradução nossa).

A fungibilidade dos executores faz com que não seja decisiva sua conduta individual para a atuação da organização, pois de qualquer forma o homem de trás terá assegurada a produção do resultado almejado, o que fundamenta o domínio do fato pelo domínio sobre o aparato de poder; "de resto, a oposição seria inexoravelmente vencida pela sumária substituição do executor" (BATISTA, 2008, p. 139). Para Roxin, é esse o fator decisivo que fundamenta o domínio da vontade (ROXIN, 2000, p. 272).

Por outro lado, conforme Roxin afirma, o executor direto também possui domínio do fato, na modalidade de domínio da ação, devendo responder como "*autor culpable y de propia mano*"²⁷⁹ (ROXIN, 2000, p. 273). Dessa forma, "não age coagido ou revestido de um erro de qualquer natureza. Ao contrário, o agente executor material tem plena consciência do seu comportamento." (MACHADO, 2015, p. 204). Ele é autor direto dos crimes, devendo, pois, ser responsabilizado em conjunto com o homem de trás, autor mediato. O domínio por organização e o domínio da ação não se excluem mutuamente (ROXIN, 2006, p. 15). Nessa perspectiva:

parece ser bem pouco discutível que, em tal hipótese, têm o domínio do fato tanto o determinador como o determinado [...] a inserção de ambos autores no aparato de poder antijurídico coloca ambos na posição de autores responsáveis, com pleno domínio do fato. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 587).

Posteriormente, Roxin acrescentou ao domínio por organização um quarto elemento, consistente na *disposición esencialmente elevada dos executores* para realizar o fato, fundada na premissa de que "*aquél que en un aparato organizado de poder desvinculado del derecho lleva a cabo el último acto que realiza el tipo, tiene una posición distinta a un autor individual que se tiene que desenvolver por sí mismo.*"²⁸⁰ (ROXIN, 2006, p. 20). Esse indivíduo executor é fortemente influenciado pela organização, o que o torna mais "preparado para o fato" do que outros potenciais delinquentes, reforçando-se, dessa maneira, o domínio da vontade pelo homem de trás. Entretanto, conforme Muñoz Conde explica, Roxin abandonou esse elemento nos anos mais recentes, por entender que não se trata de pressuposto autônomo, mas sim derivado dos três anteriores (MUÑOZ CONDE, 2013b, p. 187).

A dificuldade de se aceitar a aplicação da autoria mediata nos casos de aparatos organizados de poder reside na aparente violação do princípio segundo o qual não pode existir

²⁷⁹ "Autor culpável e de própria mão" (tradução nossa).

²⁸⁰ "Aquele que em um aparato de poder desvinculado do direito leva a cabo o último ato que realiza o tipo, tem uma posição distinta à de um autor individual que deve atuar por si mesmo." (Tradução nossa).

nenhum autor mediato por trás de outro autor plenamente responsável. Roxin, no entanto, apresenta três argumentos para refutar as objeções feitas à teoria do domínio por organização (ROXIN, 2006, p. 14-15).

Inicialmente, esclarece que o domínio do autor mediato se dá sobre o aparato de poder, e não sobre o executor da ordem delitiva. Nesse caso, o verdadeiro instrumento é o aparato, definido como uma "*pluralidad de personas, que están integradas en estructuras preestablecidas, que cooperan en diversas funciones relativas a la organización y cuyo entramado asegura al hombre de atrás el dominio sobre el resultado.*"²⁸¹ (ROXIN, 2006, p. 14-15). Em segundo lugar, há de ser observado que executor e chefe (ou homem de trás) possuem, ambos, o domínio do fato, em duas distintas modalidades, conforme dito acima. Por fim, de acordo seu terceiro argumento, Roxin aduz que o domínio do aparato de poder existente garante ao homem de trás que, por meio de uma ordem sua, o resultado será cumprido, inclusive com maior certeza do que nos casos de domínio da vontade por erro ou coação. Essa seria a principal conclusão que torna plausível a forma independente de autoria mediata sustentada pelo professor alemão (ROXIN, 2006, p. 15).

Como visto, ao menos em tese, Roxin admite a aplicação da teoria em comento a determinadas formas de organizações criminosas (ROXIN, 2006, p. 21), o que evidentemente resta condicionado à verificação dos pressupostos que fundamentam a autoria mediata do líder da organização, em virtude do domínio da vontade que exerce em relação ao aparato de poder como um todo, com suas características imanentes. Indubitavelmente, não seria possível sequer cogitar o domínio por organização em uma associação delituosa na qual não se constatasse a fungibilidade dos executores dos crimes-fim, além dos estratos de hierarquia que asseguram o poder de mando necessário para exercer o domínio sobre o aparato como um todo, de forma independente da figura de cada executor direto.

Ademais, seria necessário avaliar a pertinência de se aplicar a teoria, considerando seus fins específicos, em cada caso concreto, e a própria configuração da organização como "*un 'Estado dentro del Estado', que se haya emancipado en general en determinadas*

²⁸¹ "Pluralidade de pessoas que estão inseridas em estruturas pré-estabelecidas, que atuam conjuntamente em diferentes funções condicionadas pela organização e cuja totalidade assegura ao homem de trás o domínio sobre o resultado." (Tradução nossa).

relaciones con respecto al ordenamiento de la comunidad"²⁸² (ROXIN, 2000, p. 278), o que tornaria peculiar a criminalidade organizada segundo este ponto de vista:

*ROXIN no pretende extender la tesis de la autoría mediata con aparatos organizados de poder a todo tipo de delincuencia organizada, sino única y exclusivamente a las hipótesis en que una organización se apodera del aparato del Estado y lo utiliza para la realización de delitos, como ocurrió con el régimen nacionalsocialista alemán, o a los casos de movimientos clandestinos, organizaciones secretas y asociaciones criminales que persigan objetivos adversos al orden jurídico establecido y que, debido a su fuerte estructura jerárquica y considerable número de miembros, aparecen como un Estado dentro del Estado, siempre que reúnan las características apuntadas.*²⁸³ (CABANA, 2009, p. 150).

No mesmo sentido, Ambos (2011) esclarece:

*en referencia a las organizaciones criminales no estatales, Roxin ha aceptado solamente tal dominio de la organización en aquellas organizaciones que de cierta manera actúan como un 'Estado dentro del mismo Estado' y que, independientemente del cambio de sus integrantes, presentan una continuidad segura, esto es, donde cada miembro como 'parte funcional de un todo', en cierto modo mecánico, puede ser empleado para la realización del hecho.*²⁸⁴ (AMBOS, 2011, p. 9).

Ante as considerações delineadas, duas importantes conclusões podem ser extraídas:

a) a tese da autoria mediata em face do domínio por organização não deve ser aplicada em quaisquer situações de crimes cometidos no contexto de estruturas coletivas, visto que exige requisitos bastante específicos; b) os elementos apontados por Roxin contribuem para identificar aspectos da estrutura de organizações criminosas que as distanciam, pelo menos em boa parte, de formas mais simples de criminalidade associativa.

²⁸² "Um 'Estado dentro do Estado', que tenha se emancipado em geral, em determinadas relações, com respeito ao ordenamento da comunidade" (tradução nossa).

²⁸³ "Roxin não pretende estender a tese da autoria mediata com aparatos organizados de poder a todo tipo de delinquência organizada, mas sim única e exclusivamente às hipóteses em que uma organização se apodera do aparato do Estado e o utiliza para a realização de delitos, como ocorreu com o regime nacional socialista alemão, ou aos casos de movimentos clandestinos, organizações secretas e associações criminosas que persigam objetivos adversos à ordem jurídica estabelecida e que, devido a sua forte estrutura hierárquica e considerável número de membros, aparecem como um Estado dentro do Estado, sempre que reúnam as características indicadas." (Tradução nossa).

²⁸⁴ "Em referência às organizações criminosas não estatais, Roxin aceitou somente tal domínio da organização naquelas organizações que, de certa maneira, atuam como um 'Estado dentro do mesmo Estado' e que, independentemente da troca de seus integrantes, apresentam uma continuidade certa, isto é, onde cada membro como 'parte funcional de um todo', em certo modo mecânico, pode ser empregado para a realização do fato." (Tradução nossa).

A nosso ver, as características do poder de mando segundo esquema hierárquico e a fungibilidade dos integrantes do grupo, por vezes no contexto de atuação de um "Estado dentro do próprio Estado", servem como critérios para indicar a existência de organização criminosa, e não de mera associação criminosa (art. 288, *caput*, CP). Ao menos nesse sentido seria possível delimitar alguma distinção substancial entre as duas figuras delituosas associativas, conforme escrevemos no próximo capítulo.

6.5.2 Causas especiais de aumento de pena

As causas especiais de aumento previstas na Lei 12.850/13 para o delito de organização criminosa encontram-se dispostas em dois parágrafos do artigo 2º. No §2º, determina-se o aumento da pena até a metade se houver *emprego de arma de fogo* na atuação da organização criminosa. É possível perceber, neste caso, delimitação mais rigorosa da abrangência da majorante, se comparada à mesma causa de aumento prevista para o crime de associação criminosa (art. 288, *caput*, CP), cuja pena também é elevada até a metade se a associação simplesmente for armada, admitindo-se genericamente tanto armas de fogo quanto armas brancas, próprias ou impróprias. Note-se, ainda, que a causa de aumento da Lei 12.850/13 exige, taxativamente, o *emprego efetivo* da arma *de fogo*, não bastando apenas que o grupo esteja armado.

É relevante perquirir se esta causa de aumento pode ser aplicada a todos os membros da organização criminosa, inclusive àqueles que não tenham empregado arma de fogo na realização de suas atividades no contexto dos fins da organização. Em relação ao antigo crime de quadrilha ou bando, Sales afirmava que a solução dependeria do caso concreto, sendo em princípio suficiente que apenas um dos membros estivesse armado, desde que isso representasse maior "temibilidade" do grupo (SALES, 1997, p. 138). No mesmo sentido, Hungria prelecionava: "Para que se apresente a majorante, não é preciso que todos os componentes da quadrilha ou bando estejam armados: basta que um só deles traga arma consigo, criando efetivamente uma situação de maior alarma no seio da coletividade." (HUNGRIA, 1959, p. 181).

Por outro lado, ao tratar das condições objetivas de punibilidade, Tavares sustenta:

não pode ser aceita a extensão objetiva da agravação da quadrilha armada a todos os seus participantes. [...] não pode essa agravação objetiva ser imposta ao agente sem o atendimento dos preceitos mínimos de garantia estabelecidos nos princípios constitucionais, especialmente pelo princípio da legalidade. Quer dizer, esta agravação só deve ser estendida ao agente que, pelo menos, tenha aceitado o risco de sua verificação. (TAVARES, 2003, p. 248).

Parece-nos que, em face de tais divergências, a interpretação de Bitencourt e Busato afigura-se bastante razoável. Assim, para o fim de se aplicar a majorante do artigo 2º, §2º, da Lei 12.850/13, não é indispensável o emprego de arma de fogo por cada integrante da organização criminosa; basta que um deles efetivamente o faça, sendo fundamentais o conhecimento e anuência dos demais participantes em relação a essa circunstância (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 63), o que implica a aceitação do risco apontado por Tavares (2003). Caso contrário, constatada a ignorância por parte dos outros componentes acerca do emprego de arma de fogo, não se lhes comunica a causa de aumento.

Outras majorantes especiais estão previstas no §4º do artigo 2º da Lei 12.850/13, as quais acarretam, na terceira fase de dosimetria da pena, o aumento de um sexto a dois terços. As causas de aumento são: (I) a participação de criança e adolescente, conforme definições do art. 2º, *caput*, da Lei 8.069/90;²⁸⁵ (II) o concurso de funcionário público,²⁸⁶ valendo-se a organização de sua condição funcional para cometer infrações penais, não necessariamente contra a Administração Pública; (III) a destinação do produto ou proveito da infração penal,²⁸⁷ no todo ou em parte, para o exterior, aumento que se justifica em razão da dificuldade de rastreamento das vantagens ilícitas redirecionadas para "paraísos fiscais"; (IV) a conexão com outras organizações criminosas independentes, o que demandaria também em relação aos outros grupos a prova dos requisitos legais exigidos para a existência de organização criminosa e (V) a transnacionalidade da organização evidenciada pelas circunstâncias do fato.

Impende verificar que a última dessas causas de aumento, qual seja, a *transnacionalidade*, já constitui elementar do tipo penal do crime previsto no *caput* do artigo 2º, na medida em que integra a definição de organização criminosa (art. 1º, §1º, Lei

²⁸⁵ "Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade." (BRASIL, 1990).

²⁸⁶ Como é cediço, para fins de direito penal, o conceito de funcionário público é aquele previsto no artigo 327 do Código Penal.

²⁸⁷ No tocante aos produtos (vantagens obtidas diretamente do cometimento da infração penal) e proveitos (vantagens derivadas dos produtos de infração penal), o artigo 91 do Código Penal impõe como efeito genérico e automático da condenação a sua perda em favor da União. Cumpre observar, ainda, a possibilidade de decretação da "perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime *quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior*" (BRASIL, 1940), conforme dispõe §1º do referido dispositivo legal.

12.850/13). Não nos parece razoável que uma organização possa ostentar caráter transnacional sem que as infrações penais cometidas em seu bojo também o ostentem. Desse modo, entendemos inviável a aplicação da aludida causa de aumento, a qual caracterizaria inaceitável *bis in idem*, ou seja, dupla incidência enquanto elementar do tipo e majorante.²⁸⁸

Situação similar de aplicação do princípio da vedação do *bis in idem* refere-se à causa de aumento prevista na hipótese de o crime de lavagem de capitais (artigo 1º, *caput*, bem como as formas do §1º e do §2º, da Lei 9.613/98) ser praticado por intermédio de organização criminosa. Tendo em vista que o fato de integrar organização criminosa já é levado em conta para caracterizar o delito previsto na Lei 12.850/13, é mister considerar como inadmissível a incidência da majorante nos crimes da Lei 9.613/98, sob pena de se valorar o mesmo fato - pertencimento a organização criminosa - para punir por duas vezes.²⁸⁹ Por outro lado, nenhum problema se verifica na previsão de causa especial de redução de pena no crime de tráfico de pessoas (artigo 149-A do Código Penal), quando o agente primário *não integrar organização criminosa*.

²⁸⁸ Também nesse sentido: Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 62); Bitencourt e Busato (2014, p. 66); Nucci (2013, p. 29-30).

²⁸⁹ Nesta perspectiva, confira-se o entendimento de Bitencourt e Busato (2014, p. 42-43).

7 A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E OUTRAS FIGURAS DELITUOSAS ASSOCIATIVAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O direito penal brasileiro tem experimentado significativo alargamento das figuras delituosas associativas com previsão legal. A antiga quadrilha ou bando cedeu espaço para as novas associações criminosas,²⁹⁰ organizações paramilitares, milícias privadas, grupos de extermínio, associações para o tráfico de drogas, organizações terroristas e, no epicentro da criminalidade de tipo associativo, as *organizações criminosas*.

De fato, a organização criminosa tipificada na Lei 12.850/13 ocupa posição de destaque em relação às demais associações delituosas, uma vez que o referido diploma legal prevê diversos instrumentos e métodos especiais de investigação e obtenção de provas de infrações penais envolvendo organizações criminosas. Nesse cenário, são contempladas medidas que implicam maiores gravames aos investigados e impõem certas limitações ao exercício pleno de alguns direitos individuais, destacando-se, na maioria dos casos, a mitigação da privacidade, do sigilo das comunicações e de informações pessoais.

Por esse exato motivo, é relevante verificar em que medida se pode distinguir a organização criminosa das demais figuras delituosas associativas, evitando-se a indevida extensão dos aludidos mecanismos excepcionais de investigação a formas mais simples de criminalidade. Afinal, "se os mais distintos fenômenos criminais praticados por mais de uma pessoa são divulgados como crime organizado, nada é crime organizado; *esvazia-se o conteúdo da expressão*." (SALES, 2005, p. 140). Desde já ressaltamos que as maiores

²⁹⁰ O cenário atual é bem diverso daquele descrito por Hungria em 1959: "No Brasil, à parte o endêmico *cangaceirismo* do sertão nordestino, a delinquência associada em grande estilo é fenômeno episódico. Salvo um ou outro caso, a associação para delinquir não apresenta, entre nós, caráter espetacular. Aqui e ali, são mais ou menos frequentes as quadrilhas de rapinantes noturnos, de salteadores de bancos em localidades remotas, de *abigeatores* (ladrões de gado), de moedeiros falsos, de contrabandistas e, ultimamente, de ladrões de automóveis." (HUNGRIA, 1959, p. 176-177). O aludido "cangaceirismo" nordestino, marcante nos primeiros anos da República, é identificado por Hobsbawn [1969]/(2015) como forma de "banditismo social", fenômeno que o autor considera universal, peculiar a toda sociedade agrícola onde há "camponeses e trabalhadores sem terras, governados, oprimidos e explorados por alguém" (HOBSBAWN, 2015, p. 39). Sobre a complexa dinâmica de relações que levaram ao desaparecimento do banditismo social e ao surgimento de novas formas de criminalidade, o historiador britânico analisa: "No Nordeste do Brasil, onde o banditismo entrou em sua fase epidêmica após 1870, atingindo o apogeu no primeiro terço do século XX, o fenômeno chegou ao fim em 1940 e desde então extinguiu-se. [...] o banditismo social é um fenômeno do passado, embora às vezes de um passado bastante recente. O mundo moderno o matou, substituindo-o por suas próprias formas de rebelião primitiva e de criminalidade." (HOBSBAWN, 2015, p. 44-45). No campo da dogmática penal, é o que afirma Luisi (2003, p. 192): "A velha fórmula do bando ou quadrilha para tipificá-lo [o crime organizado] não é mais capaz de subsumir as sofisticadas organizações criminosas atuantes hoje em todo o mundo."

dificuldades se colocam em relação ao delito de associação criminosa, conforme disposto no artigo 288, *caput*, do Código Penal.

O problema crucial constatável nesse quadro de diversas associações delituosas, que descortina possíveis entraves de interpretação e aplicação dos respectivos tipos penais, radica essencialmente na inobservância, em maior ou menor grau, do princípio da legalidade estrita. De modo geral, a marca peculiar das figuras delituosas associativas às quais nos referimos é a ostensiva falta de taxatividade dos termos que integram as suas descrições, produzindo-se tipos penais abertos, caracterizados por uma "definição típica paupérrima" (CALLEGARI, 2008, p. 19). Na contramão dessa tendência, o direito penal liberal reivindica precisamente "*que los tipos sean cerrados, es decir, tipos específicos de una acción que se traduce en la manifestación de un acto externo del hombre agresivo a un bien jurídico tutelado y sólo eso podrá ser castigado.*"²⁹¹ (CERVINI; GOMES, 1997, p. 337).

Nessa perspectiva, basta que se tome como exemplo o conceito de organização criminosa adotado na Lei 12.850/13. Conforme explicamos no capítulo anterior, tal definição, longe de ser taxativa, suscita importantes divergências doutrinárias no tocante ao significado de determinados termos sobre os quais não deveria pairar a menor sombra de dúvida. No entanto, não é esse almejado cenário de determinação que se verifica quando se examinam expressões como "*estruturalmente ordenada*" ou "*vantagem de qualquer natureza*".

A situação não é muito diferente em relação a outras figuras típicas associativas. Em mais de um caso, conforme veremos a seguir, utilizam-se termos para nomear a associação delituosa de que se está a tratar sem a menor preocupação quanto à necessidade de o tipo descrever, exata e inequivocamente, os elementos que o constituem, cujo significado pode ser absolutamente decisivo em relação à escolha do tipo penal associativo ao qual a conduta em concreto melhor se subsume.

É impossível não reconhecer, nesta hipótese, até mesmo o risco de se incorrer em *bis in idem*,²⁹² porquanto uma mesma situação, diante de conceitos vagos, pode ser abrangida por mais de um tipo penal. No extremo oposto, verificamos com Ferrajoli (2014, p. 117) a necessidade de que as figuras típicas abstratas sejam "*conotadas na lei mediante propriedades ou características essenciais*, idôneas a determinarem seu *campo de denotação* (ou de

²⁹¹ "Que os tipos sejam fechados, isto é, tipos específicos de uma ação que se traduz na manifestação de um ato externo do homem lesivo a um bem jurídico tutelado, e só isso poderá ser castigado." (Tradução nossa).

²⁹² Moccia (1999, p. 161) adverte sobre os problemas de interpretação relacionados à sobreposição de figuras associativas, ensejando riscos ao princípio do *ne bis in idem*.

aplicação) de maneira *exhaustiva*", evitando-se contradições e garantindo-se que o fato concreto se amolde exclusivamente a determinada figura delituosa, e não a outras "conotadas por normas concorrentes" (FERRAJOLI, 2014, p. 117).

Salienta-se que não se trata apenas do conflito aparente de normas, solucionável pela aplicação dos princípios adequados. A questão de fundo diz respeito à carência de determinação taxativa de tais normas penais, o que coloca em discussão a sua própria legitimidade material e efetividade:

Os tipos penais associativos, como forma de tutela penal antecipada, são sempre nebulosos, indeterminados, a fim de serem preenchidos conforme o caso apresentado. A adoção de tal técnica dá lugar a graves problemas de interpretação, cuja implicação é a falta de certeza e a desigualdade no tratamento judicial dado individualmente. E tudo isso é feito em nome de uma suposta efetividade do ordenamento. Por efetividade, no Estado de direito, entretanto, deve-se entender o esforço do legislador de respeitar a imposição racional e coerente de clareza na formulação das incriminações, de forma a respeitar os princípios fundamentais desse modelo de Estado. (CASTANHEIRA, 1998, p. 115).

E se o princípio da máxima taxatividade legal e interpretativa "constitui um dos principais instrumentos capazes de conter o formidável avanço da tipificação irresponsável" (ZAFFARONI et al., 2011, p. 211), deve-se então dispensar ainda mais atenção ao estado atual da criminalidade de modelo associativo. É imperioso perceber que a evidenciada "euforia penalística", caracterizada pelo uso simbólico do direito penal, revela-se ilusória e bastante contraproducente (MOCCIA, 1999, p. 153).

Nesse contexto, a profusão de tipos associativos se integra ao emergencial e pernicioso "discurso do medo",²⁹³ ao qual se recorre para fundamentar o aumento do rigor repressivo e a previsão de novos tipos penais, frequentemente somados a perigosas consequências no campo investigatório e processual. A proliferação de figuras delituosas associativas corresponde à tendência expansionista verificada inclusive em outros países, nos quais, *pari passu* à implementação das novas espécies típicas, também se ampliam outras hipóteses de afastamento do núcleo clássico do direito penal, a exemplo da cada vez mais disseminada responsabilidade penal de pessoas jurídicas.²⁹⁴ Conforme Meliá explica:

²⁹³ Remetemos à abordagem desenvolvida no item 1.3 deste trabalho.

²⁹⁴ Nesse sentido, verificam-se as sucessivas modificações do Código Penal da Espanha nos últimos anos, estando a matéria disciplinada no artigo 31 *bis* e seguintes. Também merece registro o artigo 11, item 2, do Código Penal de Portugal, que prevê extenso rol de crimes para os quais é admitida a responsabilidade penal das "pessoas colectivas", incluindo-se o delito de associação criminosa (art. 299). Jesus (2010) ainda ressalta "a

*Los delitos relacionados con las asociaciones ilícitas - y, dentro de éstas, de modo específico las infracciones de pertenencia a una organización terrorista - están hoy en un momento de franca expansión (al menos) en toda Europa. Esta evolución tiene lugar en un marco general en el que una legislación puramente simbólica e impulsos punitivistas de diversa proveniencia se potencian mutuamente cada vez con mayor intensidad, desembocando en una expansión cuantitativa y cualitativa del Derecho penal.*²⁹⁵ (MELIÁ, 2008, p. 26).

Outros problemas ainda poderiam ser vislumbrados na análise dos tipos penais associativos, conforme indicamos ao tratar dos aspectos dogmáticos da organização criminosa, segundo a Lei 12.850/13: dúvidas quanto à configuração do bem jurídico tutelado; o problema de legitimidade das antecipações da tutela penal; a alegada prescindibilidade da prática de delitos-escopo para a consumação do crime associativo; o risco inerente de abandono do "direito penal do fato"; a possível desproporcionalidade da pena em abstrato, especialmente quando configurado o concurso com os crimes-fim (CALLEGARI, 2008, p. 21); falta de uniformidade e sistematização,²⁹⁶ dentre outras questões.

Em nosso ordenamento jurídico, são diversas as figuras típicas associativas, previstas sobretudo em leis penais extravagantes, de maneira fragmentada e descoordenada, o que aliás consubstancia a tônica da grande maioria dos tipos associativos no direito penal brasileiro. Frisa-se, inclusive, o incremento dos riscos de violação do princípio da máxima taxatividade, como decorrência de tal processo de *descodificação* da legislação penal (ZAFFARONI et al., 2011, p. 207).

Ante o panorama de menoscabo da legalidade estrita, não é de somenos importância a distinção (ou pelo menos a tentativa de distinguir) entre algumas das principais figuras delituosas associativas no direito penal brasileiro, verificando-se até mesmo a conveniência de

significativa mudança de orientação do Direito Penal francês (escrito e codificado) em relação à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, introduzindo regras de imputação dentro do próprio Código Penal, abraçando a experiência político-criminal vigente em países da *common law*." (JESUS, 2010, p. 141). No tocante ao Código Penal Francês, destaca-se a expressa previsão no artigo 450-4 da possibilidade de as pessoas jurídicas (*personnes morales*) responderem penalmente pelo crime descrito no artigo 450-1 (associação de "malfeitores).

²⁹⁵ "Os delitos relacionados com as associações ilícitas - e, dentre estas, de modo específico as infrações de pertencimento a uma organização terrorista - estão hoje em um momento de franca expansão (ao menos) em toda a Europa. Esta evolução tem lugar em um marco geral no qual uma legislação puramente simbólica e impulsos punitivistas de diversa proveniência se potencializam mutuamente cada vez com maior intensidade, desembocando em uma expansão quantitativa e qualitativa do Direito penal." (Tradução nossa).

²⁹⁶ Nesse sentido, é válida a constatação de Nucci: "permanece-se, lamentavelmente, sem uniformidade: mantém-se o número de duas pessoas na Lei de Drogas; cria-se o mínimo de três pessoas na associação criminosa do Código Penal; exige-se pelo menos quatro pessoas na organização criminosa." (NUCCI, 2013, p. 15).

serem mantidas, ou a necessidade de serem reformadas, quiçá revogadas, na hipótese de persistir sua atual configuração lacunosa. E elas são várias, mormente pulverizadas em leis esparsas:

- organização criminosa (arts. 1º, §1º, e 2º da Lei 12.850/13);
- associação criminosa (art. 288, *caput*, CP);
- associação criminosa para o fim de cometer crimes hediondos e outros delitos equiparados (art. 8º da Lei 8.072/90);
- organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão (art. 288-A, CP);
- grupo de extermínio e milícia privada para a prática de homicídio (art. 121, §6º, CP);
- associação para a prática de genocídio (art. 2º da Lei 2.889/56);
- associação para o tráfico ilícito de drogas (art. 35, *caput*, da Lei 11.343/06);
- associação para o financiamento do tráfico de drogas (art. 35, parágrafo único, da Lei 11.343/06);
- organização terrorista (art. 3º da Lei 13.260/16);
- grupo, associação ou escritório para a prática dos crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos ou valores (art. 1º, §2º, inc. II, da Lei 9.613/98);
- organização ilegal de tipo militar (art. 24 da Lei 7.170/83);
- associação subversiva tipificada na Lei de Segurança Nacional (art. 16 da Lei 7.170/83);
- associação secreta (contravenção penal prevista no art. 39 do Decreto-lei 3.688/41).

Além dessas, outras figuras delituosas associativas podem também ser encontradas no Código Penal Militar, tais como a organização de grupo para a prática de violência (art. 150) e o delito de conspiração para a prática de motim (art. 152). Sendo evidentemente impossível, nesta sede, tratar de todos os tipos penais associativos dispersos pela legislação penal brasileira, elegemos a seguir aqueles que, em nosso crivo, merecem atenção específica, sobretudo pela necessidade de se confrontá-los com a figura da *organização criminosa*, a qual, sem dúvida alguma, constitui nosso principal objeto de pesquisa.

7.1 Associação criminosa (artigo 288, *caput*, do Código Penal)

A figura da associação criminosa substituiu a tradicional quadrilha ou bando do Código Penal de 1940, correspondente à "*association de malfaiteurs*" no direito penal francês ou à "*associazione per delinquere*" do código penal italiano. A nova redação do artigo 288, *caput*, do Código Penal, com a alteração do *nomen juris* do delito, foi dada justamente pelo diploma legal que institui a organização criminosa no direito penal brasileiro, ou seja, a Lei 12.850/13. Vejamos:

Associação Criminosa

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente. (BRASIL, 1940).

O delito em comento se insere no Título IX do Código Penal, entre os crimes contra a paz pública, majoritariamente considerada como bem jurídico tutelado. *Mutatis mutandis*, as mesmas considerações já tecidas neste trabalho²⁹⁷ acerca do referido objeto de tutela penal são igualmente válidas para o crime de associação criminosa. O que particularmente nos interessa nesta sede é investigar as possibilidades de distinção entre a figura delituosa associativa prevista no artigo 2º da Lei 12.850/13 e esta do artigo 288, *caput*, do CP.

Essa diferenciação não deve ser subestimada. São muitas as disposições legais nas quais se encontram referências à organização criminosa e à figura tipificada no artigo 288, *caput*, do CP, o que sobreleva a necessidade de adequada distinção. Alguns exemplos:

a) No campo do direito penal material, o art. 8º da Lei 8.072/90 estabelece verdadeiro tipo penal qualificado, estipulando pena de reclusão de três a seis anos para o crime do art. 288 do CP, na hipótese de a associação ser constituída para a prática de crimes hediondos ou equiparados; o art. 1º, §4º, da Lei 9.613/98 estipula causa de aumento para os crimes de lavagem de capitais, quando forem cometidos por intermédio de organização criminosa (frise-se: apenas de *organização*, e não associação criminosa); no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 (tráfico ilícito de drogas) e no artigo 149-A, §2º, do Código Penal (tráfico de pessoas) são previstas causas de diminuição de pena para o agente que não integre *organização criminosa*;

²⁹⁷ Reportamos ao item 6.2.1. do capítulo anterior.

as Leis 7.492/86 (art. 25, §2º) e 8.137/90 (art. 16, parágrafo único) preveem causas de redução de pena na hipótese de crimes cometidos em *quadrilha*, para o agente que espontaneamente revelar a trama delituosa; e o artigo 159, §1º, do Código Penal estipula forma qualificada de extorsão mediante sequestro quando o delito for praticado por *bando ou quadrilha*;

b) No âmbito processual, o art. 185, §2º, inciso I, do CPP autoriza, em caráter excepcional, a realização do interrogatório do réu preso por videoconferência, caso exista fundada *suspeita* de que faça parte de *organização criminosa*; o art. 1º, inciso III, da Lei 7.960/89 inclui a "*quadrilha ou bando*" no rol taxativo de crimes que ensejam a prisão temporária (em nosso juízo, esse dispositivo não segue sendo aplicável, haja vista que a atual associação criminosa do art. 288, *caput*, do CP não é a mesma "quadrilha ou bando" vigente antes do advento da Lei 12.850/13); a Lei 12.694/12, conforme já abordamos,²⁹⁸ prevê a formação de juízos colegiados em primeiro grau para a prática de diversos atos em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por *organização criminosa*;

c) Finalmente, na esfera da execução penal, o artigo 52, §2º, da Lei 7.210/84 impõe o ignominioso regime disciplinar diferenciado (RDD) ao preso provisório ou condenado sobre o qual incidam "fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando" (BRASIL, 1984). Sem adentrar na discussão sobre a manifesta inconstitucionalidade do RDD, impende apenas salientar que este é o protótipo evidente de norma penal constitutiva, baseada em verdadeiro "direito penal de autor ou do inimigo".²⁹⁹ Ademais, é um dos maiores exemplos na legislação penal brasileira de tratamento indistinto, notadamente desproporcional, entre duas formas de criminalidade que não podem ser confundidas. Todavia, não sendo considerado de todo inconstitucional, cremos que, diante da atual configuração da associação criminosa, cujo número mínimo de associados é diverso daquele previsto na antiga quadrilha ou bando, o referido dispositivo da lei de execução penal só pode ser aplicado às *organizações criminosas*, assim definidas na Lei 12.850/13.

Por tudo isso, é necessário vislumbrar além dos limites óbvios das descrições típicas, isto é, perquirir se os parâmetros fixados nos tipos penais de organização criminosa e associação criminosa são de fato suficientes para distinguir essas figuras delituosas, com vistas a garantir que a norma adequada seja aplicada ao caso concreto sem qualquer risco de

²⁹⁸ Reportamos ao item 5.3.

²⁹⁹ Remetemos à exposição realizada no item 6.2.4 deste trabalho.

ambiguidade, respeitando-se inclusive o princípio da proporcionalidade.³⁰⁰ Afinal, "crime organizado não é crime de quadrilha, não é tampouco qualquer associação criminosa." (CASTANHEIRA, 1998, p. 105).

Como cânone de hermenêutica constitucional, o princípio da proporcionalidade emana de uma pauta axiológica marcada pelas "ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição do excesso, direito justo e valores afins" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 143). Tendo como pilar a proporcionalidade, deve-se reconhecer: "*è pericoloso ed ingiusto sottoporre ad uno stesso trattamento sanzionatorio (ed a una stessa disciplina processuale) associazioni che si propongono di commettere delitti di modesta gravità ed associazioni finalizzate a commettere reati gravissimi.*"³⁰¹ (SPAGNOLO, 2000, p. 921). Não há dúvida de que as medidas investigatórias mais gravosas adotadas na Lei 12.850/13, especialmente voltadas para os delitos envolvendo organizações criminosas,³⁰² impõem a delimitação criteriosa de cada figura típica associativa.

Na esteira desse entendimento, "nem toda delinquência *coletiva* pode receber o invólucro de organização delitiva, a começar pelo delito de associação criminosa (antiga 'quadrilha ou bando')." (PRADO, 2016, p. 555). Pela análise realizada no capítulo anterior, é possível perceber com clareza que as considerações normalmente apontadas no tocante ao crime de organização criminosa são feitas à sombra do que já se discute há bastante tempo, tanto na doutrina como na jurisprudência, em relação ao tipo penal previsto no artigo 288 do Código Penal. Essa circunstância salienta a proximidade entre as duas figuras delituosas.

A atual associação criminosa se perfaz com a reunião de três pessoas (até 2013 exigia-se o mínimo de quatro), com o dolo de se associarem em vínculo de caráter estável e

³⁰⁰ Nesse sentido, é importante corroborar as observações feitas no item 2.3 *supra*, ressaltando que a criminalidade associativa de massa não pode ser tomada como *organizada*. Por certo, este é um dos grandes riscos decorrentes da propagação do discurso de "combate" ao crime organizado: "enquanto seguimos sem poder dar uma resposta jurídico-penal eficiente à criminalidade organizada, estende-se a aplicação destas medidas [de investigação, cautelares, penitenciárias etc.] a pequenas manifestações de delinquência marginal, ou ainda, amplie-se demasiadamente a utilização deste conceito tão amplo a uma série de delitos em concurso material para aumentar as penas, quando, de fato, não se está diante de uma organização para cometer delitos." (CALLEGARI, 2008, p. 20).

³⁰¹ "É perigoso e injusto submeter a um mesmo tratamento (e a uma mesma disciplina processual) associações que se propõem a cometer delitos de modesta gravidade e associações orientadas a cometer crimes gravíssimos." (Tradução nossa).

³⁰² Por esse prisma, conforme a assertiva de Sales (2005, p. 234-235), o "duplo binário", ou tratamento diferenciado, entre crime comum e crime organizado. Ou ainda, de acordo com Callegari (2008, p. 22), o "Direito Penal *ad hoc* para a luta contra o crime organizado".

permanente, aliado ao fim especial³⁰³ consubstanciado pela intenção de cometer uma série indeterminada de crimes, ainda que da mesma espécie. Hungria (1959, p. 178) já afirmava a necessidade de que "o acordo verse sobre uma duradoura atuação em comum, no sentido da prática de crimes não precisamente individuados ou apenas ajustados quanto à espécie, que tanto pode ser uma única (ex.: roubos) ou plúrima (exs.: roubos, extorsões e homicídios)."

A mera conduta de se associar, obviamente, não tem o condão de caracterizar delito algum, na medida em que, consoante o artigo 5º, inciso XVII, da Constituição Federal, "é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar." (BRASIL, 1988). Afinal, fundar uma associação ou tão simplesmente recrutar pessoas constituem ações socialmente adequadas (HEFENDEHL, 2004b, p. 68). Por conseguinte, é imprescindível o fim especial de cometer crimes. A par disso, manteve-se no artigo 288, *caput*, do Código Penal a mesma pena anteriormente cominada para o delito de "quadrilha ou bando" (reclusão de um a três anos), a qual, frise-se, é bastante inferior àquela do crime de organização criminosa (reclusão de três a oito anos e multa).

De modo perfunctório, verifica-se que o tipo penal de associação criminosa não exige expressamente a existência de divisão de tarefas entre os associados, tampouco que o grupo seja "estruturalmente ordenado". Além disso, não se requer como elemento subjetivo especial a intenção de obter vantagem por meio dos crimes praticados. Por outro lado, tais requisitos, de acordo com a simples literalidade do artigo 1º, §1º, da Lei 12.850/13, terão de ser verificados na organização criminosa, a qual, diferentemente da associação criminosa, poderá ser constituída para a prática inclusive de contravenções penais, desde que tenham caráter transnacional. E se as infrações penais objetivadas pela organização não possuírem o elemento da transnacionalidade, deverão ostentar penas máximas superiores a quatro anos, exigência que não é colocada em face da associação criminosa do artigo 288, *caput*, do CP.

Dito isso, uma primeira conclusão pode ser extraída. As organizações criminosas foram de fato pensadas pelo legislador como associações delituosas voltadas para o cometimento de infrações penais mais graves, o que pode ser inferido pela exigência de pena máxima mais alta ou do elemento da transnacionalidade, que evidentemente dificulta a persecução penal. Contudo, essa constatação de forma alguma elide o fato de que não se

³⁰³ O termo "específico" foi acrescido no tipo penal do artigo 288, *caput*, do CP quando realizada a modificação pela Lei 12.850/13. Nesse aspecto, para Bitencourt e Busato (2014, p. 41), "o legislador foi mais contundente na definição do *elemento subjetivo especial do tipo*."

limitou o campo de abrangência da associação criminosa, a qual pode se constituir tanto para a prática de crimes de menor potencial ofensivo quanto para o cometimento de crimes graves; já o caráter transnacional pouco importa no que tange os elementos do tipo associativo do artigo 288, *caput*, do Código Penal.

Embora não tenham sido explicitamente exigidas a divisão de tarefas e a característica de ser "estruturalmente ordenada" (expressão de significado extremamente vago, utilizada na Lei 12.850/13 para definir organização criminosa), é razoável que uma associação formada para a prática de crimes, em caráter estável e permanente, possa existir sem esses requisitos? Apreciando os elementos objetivos do tipo de "*associazione per delinquere*" (art. 416 *bis* do código penal italiano, correspondente ao artigo 288, *caput*, do CP), Fiandaca e Musco (2002) identificam precisamente o risco de se admitirem "associações estruturalmente inidôneas" para expor a perigo o bem jurídico, caso não se entenda como necessária, em respeito ao princípio da ofensividade, "*una struttura organizzativa adeguata a realizzare gli obiettivi criminosi*"³⁰⁴ (FIANDACA; MUSCO, 2002, p. 466).

Por mais rudimentar que seja o grupo, é preciso haver o mínimo de coordenação e cooperação entre os integrantes, o que implica também a atribuição de funções e a assunção de tarefas individuais cuja soma possa resultar na efetiva realização do projeto criminoso coletivo. Cada associado deve assumir "*un ruolo suo proprio nell'associazione*"³⁰⁵ (VALIANTE, 1995, p. 828). Caso contrário, a nosso ver, essa reunião de pessoas não poderá ser caracterizada como associação criminosa. Quando muito, os envolvidos terão firmado alguma espécie de ajuste e concorrido, eventualmente, em cada crime praticado, na forma do artigo 29 do Código Penal.

O mesmo se pode dizer em relação à intenção de obter vantagem por meio do cometimento de delitos. É fato que esse não é o elemento subjetivo especial imposto pelo tipo de associação criminosa. Entretanto, qual outro motivo teriam três ou mais pessoas para se associar, visando à realização de condutas criminosas, que não fosse a obtenção de vantagem de qualquer natureza (evidentemente ilícita, em razão dos meios criminosos utilizados)?

Com base em tais considerações, parece-nos razoável afirmar que os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal de organização criminosa indicados acima não são exclusivos dessa espécie associativa. Embora não sejam exigidos no tipo penal de associação

³⁰⁴ "Uma estrutura organizativa adequada para realizar os objetivos criminosos" (tradução nossa).

³⁰⁵ "O seu próprio papel na associação" (tradução nossa).

criminosa, normalmente se espera verificá-los em qualquer associação delituosa. Portanto, é forçoso admitir que não servem, por si só, para delimitar de forma inequívoca a distinção entre associação criminosa (art. 288, *caput*, CP) e organização criminosa (art. 1º, §1º, da Lei 12.850/13).

Essa insuficiência decorre do caráter genérico da definição de organização criminosa adotada na Lei 12.850/13.³⁰⁶ Como já tivemos oportunidade de assinalar, expressões como "estruturalmente ordenada", "ainda que informalmente"³⁰⁷ ou "vantagem de qualquer natureza" tornam o tipo penal pouco taxativo, sobretudo quando se tem em mira o fato de que há outras figuras delituosas associativas tão (ou ainda mais) amplas e vagas quanto a própria organização criminosa.

Nessa perspectiva, fatalmente verificamos que um grupo de quatro pessoas minimamente organizado, visando a praticar estelionatos (art. 171, CP), cuja pena máxima é superior a quatro anos, estaria plenamente subsumido no artigo 2º da Lei 12.850/13, assim como também estaria a associação de quatro pessoas (ou inúmeras, como o famigerado PCC) especializada em tráfico de drogas, corrupção de agentes públicos e/ou lavagem de dinheiro, além de outros delitos cuja pena máxima igualmente supera o patamar de quatro anos. É flagrante a discrepância no tocante à gravidade dos crimes-fim.

Como se pode perceber, "divisão de tarefas, ainda que informalmente," "estrutura ordenada" e "objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza" não são critérios suficientes para distinguir a organização criminosa, a menos que se pretenda esvaziar o tipo penal do artigo 288, *caput*, do Código Penal, assumindo a postura manifestamente mais repressiva de extensão da Lei 12.850/13 a quase todo tipo de delinquência associativa, chancelando a possibilidade de aplicação de todas as medidas mais graves de persecução penal. Mas não somente isso: pode-se entrever o cenário ainda pior de

³⁰⁶ Maciel Filho (2014) compartilha o mesmo entendimento: "em que pese o esforço do legislador em buscar uma solução, fato é que a "nova definição" de organização criminosa deixou muito a desejar. De fato, repetindo erros de tentativas anteriores, o novo conceito está baseado em termos genéricos, de complexo entendimento prático e, o que é mais grave, de difícil comprovação."

³⁰⁷ A informalidade poderia ser entendida como a "desnecessidade de se dividir tarefas e ordenar estruturalmente a organização de modo formal, por meio de instrumentos burocráticos e legais que geralmente compõem as estruturas empresariais lícitas." (PRADO, 2016, p. 556). Entretanto, parece-nos que a referida dispensabilidade de documentos formalizados, tais como atos constitutivos e estatutos, longe de servir como critério distintivo, apenas acentua a proximidade entre a organização criminosa e a associação criminosa. Nesse sentido, semelhante observação sobre a antiga quadrilha ou bando pode ser encontrada em Hungria (1959, p. 178): "quando se fala, aqui, em *associação*, não se quer indicar o sodalício que obedece a estatutos, regulamentos ou normas disciplinares".

utilização da figura da associação criminosa como espécie de "soldado de reserva", para quando se verificarem todos os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal de organização criminosa, exceto o número mínimo de quatro associados.³⁰⁸

Examinando as diferenças entre organização criminosa e associação criminosa, Regis Prado assevera que nesta "é suficiente tão somente um mínimo de organização, sem que se faça necessária a presença de outros elementos caracterizadores da organização delitiva, tais como o alto nível de influência no poder econômico e político." (PRADO, 2016, p. 556). O problema crucial consiste exatamente no fato de que tal influência sobre o poder econômico e político, notadamente a corrupção,³⁰⁹ não configura elemento abarcado pela descrição típica de organização criminosa. Assim como também não se delimitou no tipo penal o intuito de obter vantagem de natureza precipuamente material, econômica e financeira.³¹⁰

Por outro lado, em nossa avaliação, não se pode falar em "organização criminosa de tipo mafioso" no direito penal brasileiro, visto que o legislador pátrio também não incluiu como elementar do tipo penal em apreço aquela que é a característica fundante do método mafioso, qual seja, a força de intimidação do vínculo associativo, nos termos dispostos no artigo 416 *bis* do código penal italiano. E com essa opção estamos de acordo, pelas razões já elucidadas no curso deste trabalho.³¹¹ Nada leva a crer que a organização criminosa da Lei 12.850/13 possua os elementos necessários para se caracterizar como mafiosa. Na prática, talvez possam ser identificados grupos cujas características, *sociologicamente*, sejam assemelhadas às de associações de tipo mafioso, o que de qualquer modo demandaria investigação mais aprofundada de cunho, repetimos, sociológico.

Segundo temos afirmado ao longo de nossa exposição, a amplitude do conceito de organização criminosa plasmado em tipo penal autônomo na Lei 12.850/13 conduz a possibilidades concretas de sua utilização em situações que melhor se definem pela ideia de "criminalidade de massa". Em termos dogmáticos, essa forma de delinquência coletiva não ultrapassa o mero concurso eventual de pessoas, sendo no máximo passível de constituir *associações criminosas* subsumidas, portanto, no tipo penal do artigo 288, *caput*, do Código

³⁰⁸ Nesse sentido: "A aplicação [do art. 288, *caput*, CP], pois, é subsidiária: ausente o requisito estrutural para a tipificação do crime de participação em organização criminosa, é possível cogitar do crime de associação criminosa" (SILVA, 2015, p. 132). Greco Filho (2014, p. 25) também aponta o caráter subsidiário do art. 288, *caput*, CP.

³⁰⁹ Sobre a essencialidade desse aspecto na criminalidade organizada, reportamos ao item 3.3.

³¹⁰ Remetemos aos pontos abordados no item 3.1.

³¹¹ Reportamos ao item 4.2.1

Penal.³¹² É evidente o problema do alcance da figura da organização criminosa. Destarte, "ainda que mereça uma penalização mais grave esta organização criminal, deve-se ter cautela para não se incorrer no erro de esta figura abarcar toda e qualquer colaboração de pessoas para o cometimento de delitos, fato este que já se encontra regulado no concurso de agentes." (CALLEGARI, 2008, p. 22).

A indevida extensão do conceito de organização criminosa tem sido frequentemente verificada, por exemplo, a partir das repercutidas manifestações populares de junho de 2013, em diversas cidades brasileiras, quando muito se especulou sobre o possível caráter de organização criminosa, e até mesmo paramilitar ou terrorista, dos "*black blocs*". Poucos meses depois, editou-se a Lei 12.850/13 e a política de enfrentamento dos "indivíduos mascarados depredadores do patrimônio público" foi ainda mais identificada com a ideia de "combate ao crime organizado". Desde então, é esse o discurso que permeia qualquer manifestação popular na qual, eventualmente, sejam praticados delitos por pessoas mascaradas, supostamente consideradas como integrantes do "*Black Bloc*".³¹³

É preciso notar *ab initio* que nem mesmo se trabalha com a adequada compreensão do que vem a ser "*black bloc*". Não se trata de associação delituosa, nem tampouco de movimento social, mas sim de uma *tática* de manifestação de "caráter descentralizado e horizontal, não havendo uma organização perene e contínua dos adeptos da tática, com pautas, regras e lideranças definidas. O *Black Bloc* surge e se desfaz na manifestação." (BUDÓ et al., 2016, p. 74-75).

Sem embargo, ainda que fosse demonstrada a efetiva formação de um grupo de pessoas, associadas de forma estável e permanente, para praticar crimes durante manifestações populares pacíficas, essa reunião para a consecução de fins criminosos só pode

³¹² Assim é como entendem Bitencourt e Busato (2014, p. 22-23): "Esse tipo de *associação - quadrilha ou bando (associação criminosa)* - sempre existiu nas comunidades sociais, está presente praticamente em todas as formas de criminalidade e, talvez, possua certo aprimoramento ou modernização qualitativa e quantitativa nas suas formas de execução. Na realidade, essa é uma autêntica *criminalidade de massa* e corporifica-se nos assaltos, nos arrastões nas praias cariocas, em alguns estelionatos, enfim, de regra, nos crimes contra a vida, contra o patrimônio, contra a propriedade etc."

³¹³ Assim tem sido o tratamento do assunto pela grande mídia e também por autoridades públicas. Nesse sentido, conforme veiculado em matéria do jornal "O Estado de São Paulo" (RESK, 2016), o então secretário de segurança pública de São Paulo, Alexandre de Moraes, afirmou em janeiro de 2016: "Nós vamos continuar tipificando os casos não só como dano ao patrimônio público, como agressões, e, em se tratando de *black blocs*, vai ser tipificado também como organização criminosa". Em estudo recente sobre o tema, Budó et al. (2016) analisam exatamente as estratégias discursivas empregadas por veículos de comunicação de massa (jornalismo de revista) para atribuir a pecha de "organização criminosa" aos manifestantes da tática *black bloc*, e concluem que há verdadeira confusão entre os tipos penais associativos.

ser incluída na esfera do tipo penal do artigo 288, *caput*, do Código Penal. Até que se prove o contrário, o aglomerado de pessoas mascaradas atuando nas ruas de modo desordenado, em verdadeira multidão, como as lentes da mídia divulgaram para o mundo todo, não se qualifica como organização criminosa. Isso porque, em princípio, seus objetivos são difusos, seus líderes não são conhecidos, nem mesmo o necessário vínculo associativo pode ser identificado, de modo inequívoco, entre seus supostos integrantes.

Se a mera divisão de tarefas e a associação "estruturalmente ordenada", tal como dispõe a redação do artigo 1º, §1º, da Lei 12.850/13, não são características suficientes para a adequada distinção entre associação criminosa e organização criminosa, é necessário identificar outros possíveis critérios que auxiliem o intérprete e aplicador da norma penal a valorar cada associação delituosa.

Desse modo, vislumbramos dois possíveis parâmetros para a melhor delimitação da figura típica da organização criminosa em face da associação criminosa. O primeiro deles baseia-se nos elementos da estrutura peculiar de aparatos organizados de poder desvinculados do direito, conforme proposto no "domínio por organização" teorizado por Roxin (2006). Embora a teoria não tenha sido formulada especificamente para organizações criminosas, o próprio autor já admitiu a sua aplicação nesse sentido. Ademais, independentemente da aceitação da autoria mediata pelo "domínio por organização", os pressupostos da teoria constituem características que particularizam os grupos assim compreendidos e implicam nível mais elevado de sofisticação da estrutura associativa, que em nada se pode confundir com a criminalidade comum, "de rua" ou massificada.

O segundo critério de distinção, mais dirigido ao legislador penal, se relaciona com a natureza do programa criminoso da organização delitiva; em outras palavras, com aquilo que Figueiredo Dias (2008) denomina de "crimes do catálogo", com arrimo na gravidade do programa delituoso. Tentaremos a seguir elucidar os principais aspectos relativos a esses dois parâmetros.

7.1.1 Estrutura de aparato organizado de poder como parâmetro de distinção entre organização criminosa e associação criminosa

Conforme já analisamos,³¹⁴ o argumento que justifica a criminalização de condutas associativas dirigidas à prática de outros delitos está centrado no *injusto de organização*, isto é, a especial estrutura da associação delituosa, objetivamente orientada para a prática de crimes, evidenciando a vontade coletiva autônoma que traduz o especial perigo para os bens jurídicos que venham a ser lesionados pelos delitos-escopo (ESTELLITA; GRECO, 2011).

No caso da estrutura de organizações criminosas, pensamos que essa orientação objetiva para o cometimento de crimes deve ser ainda complementada pelo especial poder de mando que decorre da hierarquia existente e pela fungibilidade, ou intercambialidade, dos integrantes da organização. Esses elementos, pressupostos da teoria do domínio do fato pelo domínio de aparatos organizados de poder, propugnada por Roxin (2006),³¹⁵ contribuem para aclarar o significado da vaga expressão "*estruturalmente ordenada*", incluída na definição do artigo 1º, §1º, da Lei 12.850/13. A presença dessas características representa, a nosso ver, o incremento da situação especial de perigo em relação aos bens jurídicos que de fato se pretende proteger, pois, diante desses elementos (sobretudo a fungibilidade de executores), é maior a probabilidade de que o resultado criminoso venha a ser produzido.

Com isso não afirmamos que associações criminosas (art. 288, *caput*, CP) não podem apresentar certo nível de hierarquia, com chefe e comandados. Sim, isso é possível, mas não é o bastante para qualificá-la como organização criminosa. Nesta, a hierarquia existente coloca o "homem de trás" em uma posição de poder que lhe garante manipular todos os estratos inferiores de subordinados, em função dos interesses criminosos da organização. Nesse sentido, pouco importa para o aparato assim organizado que determinada ordem delituosa seja executada por A, B ou C; quem quer que seja o executor (neste ponto reside a fungibilidade), o líder da organização tem a garantia, ou pelo menos a "razoável expectativa" (CERVINI; ADRIASOLA, 2005, p. 148), de que o comando será cumprido, realizando-se a ação criminosa desejada. Exatamente por isso a situação especial de perigo é maior aqui do que em

³¹⁴ Confira-se o item 6.2.1 *supra*.

³¹⁵ Reportamos ao item 6.5.1 deste trabalho.

outras simples associações criminosas.³¹⁶ E é sobretudo por esse viés que conseguimos encontrar alguma justificativa para a tipificação autônoma da organização criminosa.

Ao analisar o artigo 570 *bis* do código penal espanhol, Cabana (2013) identifica exatamente como características mais relevantes da definição de organização criminosa: a estrutura hierárquica com relações de coordenação e de subordinação; a intercambialidade ou fungibilidade dos integrantes; a atuação à margem do ordenamento jurídico, que também é pressuposto da teoria do "domínio da organização"; e a estabilidade.

No tocante à exigência de hierarquia, conforme registramos no capítulo anterior, é majoritário o entendimento da doutrina brasileira nesse sentido, em que pese à dubiedade da expressão "estruturalmente ordenada" do tipo de organização criminosa. É fundamental a existência de um centro de decisões, baseado no princípio de autoridade peculiar em estruturas organizadas, podendo-se constatar também a coordenação no plano horizontal de divisão de tarefas (CABANA, 2013, p. 19). Ademais, "*la necesidad de una estructura jerárquica no impide el castigo de las organizaciones que adoptan una forma 'en red', pues cada una de sus células puede ser considerada en sí misma una organización delictiva*".³¹⁷ (CABANA, 2013, p. 19).

Sobre a fungibilidade dos integrantes da organização, é válido destacar que não se exige número ilimitado de indivíduos, mas sim que a quantidade de pessoas assegure a possibilidade de livre substituição do membro recalcitrante, que por ventura se recuse a executar o plano criminoso (CABANA, 2013, p. 21). No caso da Lei 12.850/13, o mínimo de quatro integrantes parece ser suficiente para proporcionar a aludida intercambialidade. É evidente que quanto maior o número de envolvidos na organização, mais fácil será identificar esse requisito.

Os elementos acima descritos podem ser verificados, por exemplo, em estruturas como as do PCC e do Comando Vermelho. Quando se referem aos ataques realizados pelo PCC em São Paulo, em maio de 2006, Adorno e Salla (2007, p. 9) aduzem que "as lideranças estavam sustentadas em uma organização mantida por um quadro hierarquizado de 'funcionários',

³¹⁶ "*De ahí se desprende la peligrosidad que reviste la comisión de delitos a través de la organización, pues el proyecto delictivo sobrevive con independencia de las personas concretas que integran el grupo*" (CABANA, 2013, p. 22). "Daí se desprende a perigosidade que reveste a comissão de delitos através da organização, pois o projeto delitivo sobrevive com independência das pessoas concretas que integram o grupo" (tradução nossa).

³¹⁷ "A necessidade de uma estrutura hierárquica não impede o castigo das organizações que adotam uma forma 'em rede', pois cada uma de suas células pode ser considerada em si mesma uma organização delitiva" (tradução nossa).

disciplinados e obedientes, capazes de executar ordens sem questioná-las". Essa afirmação é bastante substancial, porquanto denota precisamente o poder de mando que enseja especiais níveis hierárquicos, além da cristalina fungibilidade de executores. Neste caso, podemos vislumbrar uma gradação bastante diversa daquela verificável em associações criminosas que se somam à mera criminalidade de massa.

Finalmente, quanto ao terceiro pressuposto da teoria do domínio por organização, qual seja, a atuação à margem do direito, acreditamos que ele seja inerente a toda associação delituosa. Caso contrário, estaremos diante de associações em si mesmas lícitas, no bojo das quais se praticam determinados delitos ocasionalmente. A hipótese, portanto, seria no máximo de concurso eventual de agentes entre aqueles que cometerem as ações criminosas.

Esse raciocínio é de fato apropriado em vista da "criminalidade de empresa", âmbito no qual diversos autores já denunciaram a banalização da imputação do crime do artigo 288 do Código Penal.³¹⁸ Aqui são válidas algumas considerações. Em nossos tribunais, cumpre registrar o entendimento perfilhado pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos embargos infringentes opostos por réus inicialmente condenados na Ação Penal nº 470/MG ("mensalão") pelo delito de "quadrilha ou bando". Por seis votos favoráveis às teses de defesa, o STF absolveu oito acusados do crime em questão, com base no artigo 386, inciso III, do CPP. Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso, que foi o relator para o acórdão, ressaltou as elevadas penas definitivas impostas aos condenados e, de modo escorreito, consignou:

Nesse contexto, não se justifica o emprego do tipo de quadrilha como um adicional punitivo. A sua caracterização pressupõe o dolo específico de constituir uma associação estável com desígnios próprios, destinada ao cometimento de delitos indeterminados. E isso, com todas as vênias dos que pensam diferentemente, não

³¹⁸ Nesse sentido, com base em conceitos construídos por Schünemann, Estellita (2009) esclarece as diferenças entre "criminalidade na empresa", "criminalidade de empresa" e "empresa ilícita com clara característica de organização criminal", e conclui: "O que se tem visto com desconcertante frequência, todavia, é a identificação automática da *criminalidade de empresa* com a *empresa ilícita*, com a imputação automática do crime de quadrilha ou bando sempre que se denunciem mais de três responsáveis (sócios, diretores, gerentes, administradores etc.) por crime praticado na atuação empresarial (criminalidade de empresa)." (ESTELLITA, 2009, p. 26-27). Registra-se também a crítica de Dotti (2007): "Tem sido freqüente a orientação do Ministério Público, federal e estadual, de agregar o tipo do art. 288, CP, ao lado da atribuição de determinados ilícitos de autoria coletiva. [...] Não é possível admitir que empresas privadas inseridas tradicionalmente no mercado (a exemplo de instituições financeiras) ou entes públicos ou privados que funcionam segundo as exigências legais e os devidos controles internos e externos possam ser, por mera presunção, o cenário para a estabilidade e permanência de malfetores." Silveira (2013) também destaca a imputação inadequada do crime do art. 288 do CP, em sua antiga configuração de quadrilha ou bando, criticando inclusive a sua aplicação no julgamento da Ação Penal 470 ("mensalão") pelo STF. Na mesma toada, confira-se em Bitencourt e Busato (2014, p. 41).

corresponde à minha compreensão dos autos. [...] No mérito propriamente dito, entendo que a hipótese foi de coautoria e não de quadrilha. (BRASIL, 2014b, p. 34-35).

A Ministra Rosa Weber enfatizou precisamente a ideia que aqui defendemos, no sentido de que uma associação que não atua desvinculada do direito, isto é, cujo móbil não se coaduna com finalidades precipuamente criminosas, não se subsume no tipo do artigo 288, *caput*, do Código Penal (e muito menos estaria subsumida, atualmente, no tipo penal de organização criminosa da Lei 12.850/13), caracterizando mero concurso eventual de pessoas a prática coletiva de delitos no interior dessa associação:

Há diferença marcante entre pessoas que se associam para cometer crimes e pessoas que se associam com finalidade outra, mas que, no âmbito dessa associação, cometem crimes. No primeiro caso, é crime de quadrilha. No segundo, há crimes praticados em concurso de agentes, como é, *data venia*, a situação dos autos, na minha compreensão. (BRASIL, 2014b, p. 79).

Também merece destaque trecho do voto do saudoso Ministro Teori Zavascki:

No caso dos autos, a posição majoritária, adotada pelo acórdão embargado como base da condenação, é a de que a quadrilha foi formada 'visando a prática de delitos, como crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional, além de lavagem de dinheiro' (voto do Ministro Joaquim Barbosa, fls. 57388). Embora não se negue a ocorrência dessa variedade delituosa, é difícil sustentar que o móvel de agregação, que o objetivo comum, que a essência dos interesses dos acusados, tenha sido a prática daqueles crimes. (BRASIL, 2014b, p. 75).

O debate em torno do assunto consolida a importância da dimensão do elemento subjetivo especial do tipo, consistente no ato de se associar "para o fim específico de cometer crimes" (art. 288, *caput*, CP) ou com o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza mediante a prática das infrações penais que caracterizam organização criminosa nos termos descritos no art. 1º, §1º, da Lei 12.850/13. Em contraposição às associações delituosas, as sociedades empresárias, via de regra, são fundadas para a realização de atividades econômicas não somente lícitas, mas também fomentadas pela própria ordem jurídica (art. 981 e seguintes do Código Civil). Destarte:

Não é possível presumir que a reunião de pessoas desenvolvendo atividades inicialmente lícitas e em local de possível acesso público (instituições financeiras,

escritórios profissionais etc.) seja arbitrariamente classificada como delituosa. É fundamental o tipo subjetivo de se associar para *praticar crimes* e não para fazer funcionar uma atividade licenciada pelo poder público. (DOTTI, 2007).

Justamente por não se verificar a atuação desvinculada do direito na generalidade dos casos de delinquência empresarial é que Roxin (2006, p. 21) se mostra resistente quanto à utilização de sua teoria para responsabilizar dirigentes de empresas como autores mediatos. Criticando a jurisprudência alemã, Schünemann (2004, p. 35) também rechaça a tese da autoria mediata dos gerentes empresariais em relação aos crimes cometidos por seus subordinados. No mesmo sentido, Cervini e Adriasola (2005, p. 145) não consideram possível aplicar a teoria do domínio da vontade por organização (domínio de aparatos organizados de poder) em matéria empresarial se a empresa não possuir "atitude global criminógena". Leite também explica: "O principal óbice à extensão dessa ideia à criminalidade empresarial é o fato de sociedades empresárias serem organizações lícitas, que funcionam nos termos do ordenamento jurídico vigente." (LEITE, 2016, p. 53).

Por outro lado, diferente situação é aquela da empresa criminosa, ou empresa com "atitude global criminógena" (CERVINI; ADRIASOLA, 2005), que se identifica com a noção de "empresa de fachada", cujas finalidades são corrompidas desde a sua constituição, utilizando-se a sua estrutura e forma jurídica aparentemente regular para a prática sistemática de delitos. Nessa hipótese, se verificados os demais requisitos, esse tipo de sociedade poderá ser considerada, simultaneamente, uma organização criminosa e um aparato organizado de poder (CABANA, 2013, p. 23). Além disso, de acordo com Cervini e Adriasola (2005), é possível identificar um grupo criminoso organizado atuando como aparato de poder dentro de uma sociedade empresária sem atitude global criminógena, ou seja, constituída de acordo com o direito:

*Se trata del supuesto en que una cúpula directriz o gerencial, sorteando los controles internos y externos, lleva adelante delitos en el interior de la empresa e incluso en el exterior de ésta, constituyendo una verdadera asociación ilícita que aprovecha los cauces del Derecho.*³¹⁹ (CERVINI; ADRIASOLA, 2005, p. 122).

Nesse panorama, uma vez constatado o "injusto de organização", isto é, a estrutura objetivamente orientada para o cometimento de delitos, Estellita e Greco (2011) defendem

³¹⁹ "Trata-se da hipótese em que uma cúpula diretora ou gerencial, esquivando-se dos controles internos e externos, leva adiante delitos no interior da empresa e inclusive no exterior desta, constituindo uma verdadeira associação ilícita que aproveita os canais do Direito." (Tradução nossa).

que não é necessário que a única e exclusiva atividade da organização, nem tampouco a predominante ou principal, seja a prática de crimes. O fundamental é que "a ilegalidade deixe a sua *marca na estrutura da organização*, concretamente: que numa empresa haja um setor de atividades em que se manifeste a mencionada orientação criminosa." (ESTELLITA; GRECO, 2011, p. 405).

Registra-se, por fim, o entendimento de que uma associação inicialmente formada para a realização de fins lícitos pode, posteriormente, desvincular-se do direito, mantendo a aparência de licitude, por meio de estatuto ou contrato social, tal qual uma "empresa de fachada".³²⁰ Conforme o entendimento de Roxin (2006, p. 16), exige-se somente que o aparato de poder atue desvinculado do direito no marco dos tipos penais realizados, e não em toda relação. De qualquer forma, "deverá trabalhar criminosamente como um todo" (ROXIN, 2006, p. 17), reafirmando-se a já mencionada orientação objetiva no sentido de cometer delitos.

Nos casos em que a entidade passe a ser utilizada pelos associados *especificamente* para a prática de crimes (é bom frisar que o tipo penal do artigo 288, *caput*, do CP não exige que seja *exclusivamente*), é preciso investigar de modo ainda mais percuciente o elemento subjetivo especial do delito. Conforme a lição de Muñoz Conde (2013):

*lo decisivo realmente para declarar ilícita una asociación son los fines reales y no los que formalmente se declaran como tal. En la práctica, puesto que ninguna asociación va a declarar formalmente perseguir fines delictivos, habrá que esperar a conocer sus actividades.*³²¹

³²⁰ Vale destacar trecho do voto da Ministra do STF Rosa Weber no julgamento de embargos infringentes opostos na Ação Penal nº 470, contra a condenação pelo crime do artigo 288 do CP: "Não quero, em absoluto, fechar os olhos ao fato – destacado, inclusive, pelo eminente Relator [Min. Luiz Fux] - de que agentes podem se associar, originariamente, para fins lícitos e, em um dado momento, alterar a finalidade inicial da sua associação, dirigindo-a à prática reiterada de crimes. Ainda, uma associação de pessoas pode ocorrer por finalidades várias, dentre elas a de cometer crimes, o que também configura o crime, agora denominado de associação criminosa. Não detecto, entretanto, a ocorrência de quaisquer dessas hipóteses no caso concreto, inclusive em razão do aspecto subjetivo do tipo quadrilha, que exige vontade consciente de associação para o fim específico de cometer crimes" (BRASIL, 2014b, p. 79).

³²¹ "O decisivo realmente para declarar ilícita uma associação são os fins reais, e não os que formalmente se declaram como tal. Na prática, visto que nenhuma associação vai declarar formalmente perseguir fins delictivos, haverá de se esperar até conhecer suas atividades." (Tradução nossa).

7.1.2 Organização criminosa e "crimes do catálogo"

De acordo com o conceito abarcado na Lei 12.850/13, a organização criminosa deve ter por especial finalidade a obtenção de vantagem de *qualquer natureza* por meio do cometimento de infrações penais com penas máximas superiores a quatro anos, ou de caráter transnacional. Não é difícil perceber que uma vasta gama de delitos está compreendida na referida definição. Crimes como estelionato (art. 171, CP), falsificação de documento particular (art. 298, CP) e contrabando (art. 334-A, CP) possuem penas máximas superiores a quatro anos, mas *a priori* não ostentam a especial gravidade que normalmente se costuma atribuir à criminalidade organizada, com "potencial de ameaça e de perigo gigantesco" (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 22).

Assim sendo, para melhor delimitar o conceito jurídico-penal de criminalidade organizada, Figueiredo Dias (2008, p. 27) entende que seja necessário prever os delitos passíveis de figurar no programa criminoso, isto é, os "crimes do catálogo". Segundo o autor, especificar quais são esses delitos é uma tarefa que incumbe apenas ao legislador penal, que deve resistir às provocações para estender o catálogo (FIGUEIREDO DIAS, 2008, p. 27). De acordo com o autor, é preciso limitar ao máximo essa lista, compreendendo apenas condutas de especial gravidade, aferida "pelas molduras penais cominadas pela lei para os crimes respectivos" (FIGUEIREDO DIAS, 2008, p. 28). O autor sugere que se considerem relevantes aspectos criminológicos³²² da criminalidade organizada, com ênfase:

em crimes cuja prática planeada é presidida por intuítos de lucro ou força, que em si e no seu conjunto se apresentam como de alta gravidade e nos quais actuam concertadamente pelo menos mais de dois participantes, por tempo duradouro e indeterminado, com divisão de tarefas; crimes em cuja prática se utiliza ou se planeia utilizar estruturas empresariais, societárias ou análogas, ou usar da força ou de outros meios destinados a causar medo, ou servir-se da influência da política, da mídia, da administração pública ou da economia. (FIGUEIREDO DIAS, 2008, p. 28).

Posição semelhante, também orientada pela gravidade do programa criminoso, é defendida por Spagnolo (2000), que sugere o tratamento diferenciado para cada figura delituosa associativa de acordo com os delitos que a associação se destine a cometer. O autor considera perigoso abolir totalmente os crimes associativos, acreditando ser necessário

³²² Reportamos ao terceiro capítulo deste trabalho.

aperfeiçoá-los, a fim de conciliar garantias individuais com a defesa da coletividade (SPAGNOLO, 2000, p. 917-918). Em linhas gerais, sustenta que associações orientadas a cometer delitos de menor gravidade não sejam punidas (SPAGNOLO, 2000, p. 922). Ademais, o autor vislumbra duas opções: a criação de um tipo básico para associações que tenham por escopo a prática de crimes de média gravidade (os quais Spagnolo não especifica), prevendo-se circunstâncias agravantes para aquelas cujo programa delituoso ostente maior "perigosidade" (SPAGNOLO, 2000, p. 922); ou a tipificação de distintas figuras associativas, com base na experiência judiciária e na ciência criminológica, reunidas em um mesmo título do código penal, específico para os crimes associativos (SPAGNOLO, 2000, p. 923).

A ideia do "catálogo de crimes" obviamente apresenta limitações, sobretudo no tocante ao fato de que a definição do que seria um programa mais ou menos "perigoso" comporta sério viés ideológico, conforme a observação de Sales (2005, p. 194). De qualquer forma, como parâmetro de contraste entre organização criminosa e associação criminosa, a proposta teria de ser amplamente debatida, pois como ressaltou o discurso midiático que alcança o Poder Legislativo e as instâncias judiciais, os eventos delituosos que abalam a "sensação de tranquilidade social", causando grande mal estar coletivo, tendem a ser vistos em sua generalidade como manifestações "perigosíssimas" da criminalidade organizada. E como bem ressaltou Figueiredo Dias (2008, p. 28), eventual catálogo de delitos teria de ser o mais restrito possível.

Nesse contexto, ainda somos partidários de que a definição legal de organização criminosa pudesse ser ao menos mais taxativa no tocante à natureza da vantagem constitutiva do elemento subjetivo especial, que deve ser de cunho econômico ou material, conjugando-se esse elemento ao aspecto central do recurso à corrupção.³²³

7.2 Organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão (artigo 288-A, do Código Penal)

A Lei 12.720/12 introduziu no Código Penal o artigo 288-A, o qual dispõe:

Constituição de milícia privada

³²³ Confirmam-se os argumentos sustentados no terceiro capítulo deste trabalho.

Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código.
Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos. (BRASIL, 1940).

O crime de "constituição de milícia privada", tal como previsto em sua atual redação, é o exemplo mais evidente de todos os problemas apontados no início deste capítulo em relação à categoria dos tipos penais associativos. Trata-se, cabalmente, de resultado legislativo do emprego simbólico do direito penal, ao qual se recorre como imediata e miraculosa panaceia frente a questões graves que afligem a sociedade.

Independentemente dos nomes reproduzidos no Código Penal, a *ratio* de tal incriminação está atrelada à fatídica realidade já constatada no Brasil, sobretudo em comunidades populares de grandes centros urbanos, onde determinadas pessoas de fato se reúnem e, a pretexto de oferecerem a segurança que o Estado não proporciona aos cidadãos em tais locais, estabelecem objetivos que incluem, mediante ações criminosas, a inocuização de indivíduos etiquetados como "bandidos" ou "marginais", que potencialmente representem riscos à tranquilidade do corpo social.

Ademais, principalmente nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo, fala-se com frequência nas milícias formadas por agentes policiais para a realização de interesses escusos, tais como a venda de proteção mediante práticas extorsivas, o envolvimento com tráfico de drogas e sequestros, silenciando vítimas muitas vezes inocentes e causando mortes em ambientes como favelas, para lograr controle territorial e o "extermínio" da criminalidade. Costuma-se sempre lembrar como exemplo o famigerado "Esquadrão da Morte".³²⁴ Na história mais recente, comenta-se a violência policial registrada nos chamados "crimes de maio de 2006",³²⁵ que correspondem a centenas de homicídios cometidos após os ataques

³²⁴ De acordo com as informações apuradas durante os trabalhos da Comissão da Verdade do Estado de São Paulo (2015), o intitulado "Esquadrão da Morte" ganhou notoriedade no último quarto do século XX, como grupo de extermínio atuante em São Paulo, no período da ditadura militar, formado por pessoas integrantes dos quadros policiais, especializado em tortura, homicídios e outros atos brutais contra civis. De forma análoga, atuava no Rio de Janeiro a *Scuderie Le Cocq*. Sobre o divulgado "Esquadrão da Morte", toma-se ainda como referência o relato de Bicudo (1976), como membro do Ministério Público paulista que oficiou no caso.

³²⁵ Dez anos após os fatos em questão, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (2016) dedicou o editorial de seu boletim mensal aos "crimes de maio de 2006", destacando o número impressionante de 493 mortes por arma de fogo ocorridas no Estado de São Paulo entre os dias 12 e 20 de maio daquele ano, com dezenas delas envolvendo a participação de agentes policiais. Identificando tais massacres como verdadeiro déficit de nossa democracia, o editorial do IBCCRIM denuncia as mazelas de um sistema seletivo e ainda mais marginalizante, cujo futuro não parece ser promissor: "causa consternação perceber que pouco ou nenhum avanço houve no que tange às pautas de desmilitarização das polícias e da política, de democratização efetiva das instituições jurídicas, por meio de uma real justiça de transição, e de salvaguarda de direitos fundamentais em regiões

realizados pelo PCC no território paulista. Nesse sentido, é emblemática a conclusão da Comissão da Verdade do Estado de São Paulo (2015):

A Comissão da Verdade do Estado de São Paulo 'Rubens Paiva' concluiu que, a partir da reconstituição da história da violência policial, especialmente no período da ditadura, a estrutura da segurança pública e a lógica imposta pelos agentes ditatoriais permaneceu intacta e reflete na truculência dos dias atuais, repetindo as mesmas estratégias dos membros do Esquadrão da Morte. A impunidade e permanência do mesmo modo de operação da polícia replicada em todo país, fez surgir, no século XXI, em leitura dos estudiosos da violência urbana, a existência do que seria uma espécie de 'Esquadrão da Morte 2.0', cuja lógica ficou enraizada nos mais variados grupos de extermínio ou milícias da atualidade. Tal constatação se ilustra na existência dos 'crimes de maio de 2006' que levou as 'Mães' a mobilizarem diversas pessoas para lutar contra o genocídio da juventude pobre e negra. (COMISSÃO DA VERDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2015).

Diante desse cenário, por óbvio não se nega a complexidade do problema e suas graves repercussões sobre o âmbito de proteção e realização dos direitos humanos, aos quais o legislador se vincula inclusive em razão dos tratados internacionais que o Brasil se obrigou a cumprir.³²⁶ De resto, no inciso XLIV de seu artigo 5º, a própria Constituição Federal determina como "crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático" (BRASIL, 1988). Não obstante a premência de se encontrar o equilíbrio entre o resguardo da segurança coletiva e o respeito às liberdades mais fundamentais dos indivíduos, com ênfase ao próprio direito à vida, aparentes soluções implementadas pela via do direito penal carecem de legitimidade quando não observam os princípios elementares que servem como critérios de racionalidade para a intervenção do poder punitivo estatal.

O tipo penal de "constituição de milícia privada" em nada contribui para dimensionar de forma adequada a grave questão dos grupos de extermínio e milícias atuantes em grandes cidades. É apenas mais uma resposta simbólica a um modelo de criminalidade que não é recente no Brasil. Mediante termos não somente vagos, mas absolutamente desprovidos de qualquer substrato definido em lei, a figura típica do artigo 288-A do Código Penal é como uma chave que não se encaixa em fechadura alguma, e por isso imprestável para abrir portas

marginalizadas. No primeiro semestre de 2015, o número de pessoas mortas pela polícia em São Paulo superou o número de mortos do mesmo período de 2006, a demonstrar que a política de extermínio preconizada pelo massacre não apenas não arrefeceu, como vem galgando novos patamares de barbárie." (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2016).

³²⁶ Destacam-se o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

que conduzam à efetiva solução do problema; "justamente pela imprecisão dos seus elementos normativos, o predito tipo penal está fadado à inaplicabilidade" (MACIEL FILHO, 2014).

Inserido no Código Penal logo após o tipo de associação criminosa, sustenta-se que o delito em apreço teria como objeto de tutela a paz pública,³²⁷ em relação ao qual registramos as críticas no capítulo anterior. Salienta-se que a "*paz social* como *bem jurídico tutelado* não significa a defesa da 'segurança social' propriamente. A rigor, bem jurídico tutelado imediato é a sensação ou o *sentimento da população em relação à segurança social*" (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 277).

Qualquer pessoa, em tese, pode figurar como agente desse delito, sendo que, à míngua de determinação taxativa, não se especifica no tipo qual seria o número de componentes necessários para se perfazer a "constituição de milícia privada". Considerando a pena privativa de liberdade mais grave que a do próprio crime de organização criminosa,³²⁸ parece-nos que o mínimo de quatro integrantes deve ser observado.³²⁹ Por outro lado, como sujeito passivo identifica-se a coletividade.

O tipo objetivo estrutura-se com base em cinco verbos-núcleo, de forma mista e alternativa, semelhante àquela utilizada no tipo penal de organização criminosa da Lei 12.850/13, destacando-se a inclusão de modalidades de auxílio material (*manter, custear*) como ações típicas que, portanto, passam a caracterizar condutas de autor, e não mero partícipe. Aqueles que *integram* o agrupamento criminoso devem estar unidos pelo vínculo associativo estável e permanente, e não de maneira apenas eventual. Desse modo, a consumação do crime restaria verificada mediante a mera constituição do grupo com o referido *animus* associativo, ou mediante a posterior adesão à associação, prescindindo-se do cometimento de qualquer crime.³³⁰

Contudo, é em relação a outros elementos objetivos do tipo que a norma incriminadora examinada revela seu cariz flagrantemente lacunoso. Sem qualquer respaldo semântico, seja

³²⁷ Nesse sentido, confira-se em Cunha (2016) e Nucci (2017).

³²⁸ Sobre a pena de reclusão de quatro a oito anos cominada para o crime do artigo 288-A do Código Penal, confira-se a crítica veemente de Bitencourt e Busato (2014, p. 288-289), em razão da alegada desproporcionalidade entre os limites da sanção abstratamente prevista (o mínimo alcança a metade do máximo), o que dificultaria a individualização da pena.

³²⁹ É também o posicionamento ao qual Cunha (2016, p. 652) se filia. Por outro lado, Nucci (2017) entende que a reunião de duas pessoas já seria suficiente. Ainda, há o entendimento de que o mínimo necessário seria aquele do crime de associação criminosa (art. 288, *caput*, CP), ou seja, três integrantes (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 280).

³³⁰ Remetemos às críticas formuladas no capítulo anterior, item 6.2.4, com base nos princípios da lesividade e da materialidade da ação.

no Código Penal, seja em outra fonte normativa de igual ou superior hierarquia, foram incluídas no tipo em comento nada menos que quatro figuras associativas, das quais o intérprete tem apenas a noção difundida nos dicionários, veículos midiáticos³³¹ e, com sorte, em investigações científicas de cunho sociológico. É estarrecedora a falta de taxatividade com que foram empregados os termos *organização paramilitar*, *milícia particular*, *grupo* e *esquadrão*.³³²

Considerando que a lei penal não se vale inutilmente das expressões com que descreve condutas proibidas, deveria ser possível, no mínimo, identificar-se no tipo a essência de cada uma dessas figuras delituosas, com os elementos suficientes para que se diferenciem umas das outras. Entretanto, do ponto de vista estritamente legal, pouco ou nada se pode afirmar acerca de tais figuras. Nesse sentido, é importante registrar até mesmo a dificuldade para se emitir qualquer juízo de valor relativamente às espécies associativas do artigo 288-A do CP. Tome-se como exemplo a denominada "organização paramilitar": deve ela ser armada? É composta apenas por civis? Por sua vez, as "milícias" seriam grupos militares, civis ou mistos? Quem pode ser miliciano? E o que então resta na categoria de "grupo" ou "esquadrão"?³³³

Cabe salientar, por outro lado, um relevante aspecto de política criminal. Ainda que o tipo fosse satisfatoriamente taxativo e a lei tivesse definido as figuras associativas em questão, nada leva a crer, *a priori*, que a previsão de um tipo penal autônomo fosse imprescindível. Em atenção aos princípios da necessidade e da intervenção mínima, uma escolha possivelmente mais racional teria sido estipular uma causa de aumento, ou até mesmo forma qualificada, do crime já descrito no artigo 288, *caput*, do CP, sobretudo porque a figura da *associação criminosa* é inclusive mais abrangente que as espécies do artigo 288-A, por não condicionar a realização do tipo à finalidade específica de praticar *apenas* os crimes previstos no Código.

³³¹ Desse modo, "não que tais práticas não sejam graves, porém, deixar como fonte de interpretação de seu significado reportagens da mídia de folhetins cinematográficos é, no mínimo, leviano, afrontando a máxima taxatividade." (SILVA, 2013).

³³² Nesta perspectiva: "O problema daquele novo delito [art. 288-A, CP] não está apenas na sua redação genérica, e sim, e principalmente, no fato de que fez surgir no nosso ordenamento jurídico novas formas de 'agrupamentos criminosos', sem que os tenha previamente definido de maneira clara" (MACIEL FILHO, 2014).

³³³ De acordo com Cunha (2016, p. 653), as organizações paramilitares "são associações civis, armadas e com estrutura semelhante à militar. Possuem as características de uma força militar, têm a estrutura e organização de uma tropa ou exército, sem sê-lo". Tomando por base esse conceito, é forçoso admitir que tal figura associativa já se encontrava tipificada no art. 24 da Lei 7.170/83, no rol de crimes contra a segurança nacional. Por sua vez, Nucci (2017) identifica as milícias particulares com grupos paramilitares atuantes à margem do direito. Ainda segundo o autor, grupo ou esquadrão é um "agrupamento residual, envolvendo qualquer espécie de milícia" (NUCCI, 2017). Diante de tais considerações, é perceptível a dificuldade de conferir sentido ao art. 288-A, CP.

A situação torna-se ainda mais esdrúxula quando se analisa o tipo subjetivo. Trata-se de crime doloso que exige também um fim especial de agir, consistente na finalidade de praticar *qualquer* delito previsto no Código Penal. Como é fácil perceber, não se requer o fim de cometer pelo menos dois crimes, o que permite a constituição de milícia privada para a realização de um único ato delituoso tipificado no Código Penal, dissolvendo-se um dos aspectos essenciais de distinção entre os crimes associativos e o mero concurso eventual de pessoas.³³⁴

Feitas tais considerações, é evidente que o delito de "constituição de milícia privada", sob os mais diversos ângulos, não atende ao princípio da legalidade estrita. E esse diagnóstico se repercute, inexoravelmente, sobre a distinção entre as *organizações paramilitares, milícias particulares, grupos* ou *esquadrões* e outras figuras delituosas associativas. Em relação à organização criminosa, argumenta-se que o delito do artigo 288-A do CP prevaleceria em virtude do princípio da especialidade.³³⁵

A escolha pelo tipo penal da Lei 12.850/13 (organização criminosa) dependeria de certas condições negativas: "a) não atuar com característica paramilitar; b) não atuar como milícia, isto é, com controle de território ou de pessoas em um território, mediante coação." (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 41). Todavia, pensamos que esses critérios só seriam de fato válidos se acaso estivesse claro no texto legal o escopo de atuação das figuras delituosas que caracterizam a "constituição de milícia privada". Por não se verificar qualquer definição jurídica dos referidos agrupamentos criminosos, serão sempre nebulosas as tentativas de estabelecer diferenças idôneas com respeito a outras figuras típicas de modelo associativo.

Para agravar ainda mais as dificuldades interpretativas, a mesma Lei 12.720/12 acrescentou o §6º ao artigo 121 do Código Penal, prevendo o aumento de pena "de 1/3 (um terço) até a metade se o crime [homicídio] for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio." (BRASIL, 1940).³³⁶ Além disso, de acordo com o artigo 129, §7º, do CP, o aumento de um terço também é previsto para a pena do crime de lesão corporal cometido nas circunstâncias do art. 121, §6º. Embora o

³³⁴ No mesmo sentido, confira-se também a crítica de Silva (2013).

³³⁵ É a posição de Greco Filho (2014, p. 26).

³³⁶ Nesse caso, por exigência do princípio do *ne bis in idem*, e tendo em vista que o pertencimento a grupo de extermínio ou milícia privada já é considerado como elementar para fins de tipificação do delito descrito no artigo 288-A do CP, não acreditamos possível, nem razoável, que tal circunstância também seja valorada para fazer incidir a causa de aumento no crime de homicídio. Em sentido contrário, confira-se o entendimento de Cunha (2016, p. 654).

texto legal permita inferir que a atuação criminosa das "milícias privadas" estaria relacionada com o pretexto de realizar serviço de segurança, essa circunstância sequer é suficiente para que se tenha uma ideia precisa e consolidada do que de fato vem a ser tal figura delituosa.

No tocante ao "grupo de extermínio", o único aspecto que parece claro na escolha do legislador é o intuito de diferenciar essa figura da anteriormente mencionada milícia privada, o que também não passou de mera intenção, porquanto inexistente a definição jurídico-penal de ambas. Salienta-se que a Lei 8.072/90, causando não menos assombro, já previa como crime hediondo o homicídio "praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente" (BRASIL, 1990b).

Sobre os intitulados "grupos de extermínio" ou "esquadrões",³³⁷ não se pode distingui-los com absoluta clareza da figura delituosa da associação para a prática de genocídio (art. 2º da Lei 2.889/56), o que acentua a imprecisão da técnica empregada para se formular o artigo 288-A do Código Penal. *Exterminar* consiste precisamente em *destruir*, conduta que denota o elemento subjetivo especial do crime de genocídio (art. 1º da Lei 2.889/56) e, por isso, imprescindível à configuração da associação para a prática desse delito. Por outro lado, a primeira ação proibida descrita no tipo penal de genocídio é justamente *matar membros de grupo nacional, étnico, racial ou religioso*.

Assim sendo, e considerando que a lei não conceitua "grupo de extermínio", nem tampouco "esquadrão", é inevitável admitir que, a depender de suas vítimas, tais grupos poderão consubstanciar verdadeiras associações para a prática de genocídio, na hipótese de reunirem pelo menos quatro integrantes. Afinal, quem participa de grupo de extermínio tem a intenção de matar pessoas. Se o objetivo de exterminar seres humanos cingir-se à especial finalidade de destruir, ainda que parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, a figura delituosa em questão não será aquela do artigo 288-A do Código Penal, mas sim a associação aludida na Lei 2.889/56. A observação é relevante, uma vez que tem sido indicada como alvo de grupos de extermínio a "juventude pobre e negra"³³⁸ (COMISSÃO DA

³³⁷ Assevera-se que "ambos têm, fundamentalmente, o mesmo significado." (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 283). Cunha também entende que correspondem a uma só figura delituosa, definida pela "reunião de pessoas, matadores, justiceiros que atuam na ausência ou inércia do poder público, tendo como finalidade a matança generalizada, chacina de pessoas supostamente rotuladas como marginais ou perigosas." (CUNHA, 2016, p. 653).

³³⁸ Também nesse sentido: "A existência de uma política pública voltada à eliminação de jovens negros em bairros de periferia permite a conclusão de que há, no Brasil, um genocídio em curso, atendendo a todos os requisitos estampados na Convenção da ONU de 1948." (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2016).

VERDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2015), o que caracterizaria, de fato, a conduta típica das associações para o cometimento do crime de genocídio.

Enfim, não é demais lembrar que o Código Penal Militar prevê o tipo penal de "organização de grupo para a prática de violência",³³⁹ figura associativa que se confunde com a própria noção de milícia que vem sendo sustentada em relação ao artigo 288-A do Código Penal.³⁴⁰ Ressalta-se que, no referido crime militar, não se exige que a violência seja necessariamente praticada em lugar sujeito à administração militar. Assim, é plausível que um grupo de policiais militares se reúna para praticar atos violentos contra moradores de favelas, atuando com armamento ou material bélico de propriedade militar. Nesta hipótese, verificam-se todas as elementares do tipo previsto no código penal castrense. Mas é pertinente indagar: esse grupo também configuraria a milícia de que trata o artigo 288-A do CP?

Ora, no contexto de tantas dubiedades, não é razoável esperar que cada intérprete e aplicador da norma utilize aquele que acredita ser o significado mais apropriado de *organização paramilitar, milícia particular, grupo* ou *esquadrão*. Essa seria a completa chancela ao "decisionismo" judicial que se deve evitar em sistemas jurídicos não autoritários. A tarefa de descrever os elementos contidos no tipo penal compete exclusivamente ao legislador. E se as aludidas figuras delituosas não estão definidas em lei, não há outra opção além de se declarar a patente inconstitucionalidade do delito de "constituição de milícia privada", em face do manifesto descumprimento do princípio da legalidade penal.

7.3 Associação para a prática de genocídio (artigo 2º da Lei 2.889/56)

De acordo com o artigo 2º da Lei 2.889/56,³⁴¹ a associação para a prática de genocídio, em qualquer das formas mediante as quais esse crime-fim pode ser cometido, deve ser

³³⁹ "Art. 150. Reunirem-se dois ou mais militares ou assemelhados, com armamento ou material bélico, de propriedade militar, praticando violência à pessoa ou à coisa pública ou particular em lugar sujeito ou não à administração militar:

Pena - reclusão, de quatro a oito anos." (BRASIL, 1969).

³⁴⁰ Nesse sentido, *milícia particular* seria o "grupo de pessoas, civis ou não, tendo como finalidade devolver a segurança retirada das comunidades mais carentes, restaurando a paz. Para tanto, mediante coação, os agentes ocupam determinado espaço territorial. A proteção oferecida nesse espaço ignora o monopólio estatal de controle social, valendo-se de violência e grave ameaça." (CUNHA, 2016, p. 653).

³⁴¹ "Art. 2º Associarem-se mais de 3 (três) pessoas para prática dos crimes mencionados no artigo anterior: Pena: Metade da cominada aos crimes ali previstos." (BRASIL, 1956). Cabe salientar que, no ano de 2008, foi apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4038, prevendo pena de reclusão de cinco a quinze

composta por no mínimo quatro associados, reunidos com a finalidade de promover a destruição, no todo ou em parte, de grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Desse modo, o crime associativo em comento está umbilicalmente relacionado ao delito de genocídio, tipificado no artigo 1º do diploma legal referenciado:

Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;

Será punido:

Com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra a;
 Com as penas do art. 129, § 2º, no caso da letra b;
 Com as penas do art. 270, no caso da letra c;
 Com as penas do art. 125, no caso da letra d;
 Com as penas do art. 148, no caso da letra e. (BRASIL, 1956).

Inicialmente, convém esclarecer que o genocídio tem natureza de crime internacional,³⁴² e por isso mesmo o modelo de tipificação adotado na lei brasileira decorre explicitamente do texto da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio,³⁴³ aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1948, da qual foram extraídas as modalidades de realização desse delito, dispostas entre as alíneas "a" e "e" do dispositivo legal supracitado, além do elemento subjetivo especial, qual seja, *destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso*. É ainda a referida convenção internacional que determina a criminalização no direito interno da conduta associativa ora analisada, e que também inspirou a definição de genocídio preconizada no artigo 6º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.³⁴⁴

O objeto de tutela do delito previsto no artigo 2º da Lei 2.889/56 é o mesmo do crime de genocídio. Proíbe-se a conduta associativa visando à proteção do bem jurídico que possa vir a ser lesionado pelo crime-fim (neste caso, o genocídio). Afastando-se da perspectiva

anos para o crime de associação para a prática de genocídio, permanecendo a exigência do mínimo de quatro associados. Em 16/02/2016 foi apresentado requerimento de urgência para a sua apreciação. Atualmente se encontra apensado ao Projeto de Lei 301/2007, também em regime de urgência e pronto para pauta no plenário da Câmara desde 12/06/2013.

³⁴² Sobre o tema, destaca-se no Brasil a obra de Canêdo (1999), fruto de sua tese de doutorado.

³⁴³ A referida convenção foi promulgada em nosso país pelo Decreto nº 30.822/52 (BRASIL, 1952).

³⁴⁴ O aludido estatuto foi promulgado em nosso país pelo Decreto nº 4.388/02 (BRASIL, 2002).

individual, Fragoso (1973) explica que o bem em questão consistiria na "vida em comum dos grupos de homens, na comunidade dos povos, em primeiro plano." Nesse sentido, afirma-se "a própria existência e coexistência de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, sendo, por isso mesmo, chamado de *bem jurídico coletivo*" (PONTE, 2013, p. 62).

Por sua vez, sem olvidar a noção democrática de respeito à diversidade e pluralidade humanas, incontestavelmente atingidas pela prática do genocídio,³⁴⁵ Canêdo (1999, p. 186) constata que "os bens jurídicos *vida e integridade física e mental* são também afetados por este crime", conclusão que parece ser a mais acertada, tendo em vista a pluriofensividade de tais condutas delituosas.

Sujeito ativo da associação para a prática de genocídio pode ser qualquer pessoa, aumentando-se a pena em um terço quando for praticado por governante ou funcionário público (art. 4º da Lei 2.889/56). Ressalta-se que o delito de genocídio só admite como agentes pessoas físicas (CANÊDO, 1999, p. 180). Por outro lado, o sujeito passivo do crime associativo é o mesmo do delito-escopo, ou seja, o grupo (ou alguns de seus componentes)³⁴⁶ nacional, étnico, racial ou religioso que seja alvo da associação (ou as crianças integrantes do grupo, na hipótese da alínea *e* do art. 1º da Lei 2.889/56). Canêdo (1999, p. 183) também inclui como sujeitos passivos do crime de genocídio o "Estado Democrático de Direito e a Humanidade (entendida como gênero humano, em toda a sua diversidade)". Na opinião de Japiassú (2009, p. 31), o genocídio é "crime contra a humanidade por excelência".³⁴⁷

O tipo objetivo consiste na conduta de se associar, isto é, unir-se a pelo menos outras três pessoas para cometer genocídio, mediante a prática de alguns dos *crimes* descritos nas alíneas do artigo 1º da Lei 2.889/56. O número mínimo de quatro integrantes é o mesmo exigido na Lei 12.850/13 para a configuração da organização criminosa. A diferença entre as duas figuras delituosas fica a cargo do escopo mais específico da associação para a prática de

³⁴⁵ "A essência do Estado Democrático de Direito está exatamente em garantir, por meio da lei, a possibilidade de convivência democrática e pacífica dos cidadãos, estimulando as divergências e especificidades dos diversos grupos, mas também balizando os limites éticos e legais do seu exercício. A ação do genocida transcende o fato, por si só gravíssimo, da eliminação de vidas humanas e atinge a própria concepção de um Estado Democrático de Direito" (CANÊDO, 1999, p. 170).

³⁴⁶ Fragoso (1973), no entanto, aduz como sujeito passivo qualquer integrante do grupo nacional, étnico, racial ou religioso, admitindo o autor a possibilidade de se configurar o genocídio mesmo na hipótese de uma única vítima, e não necessariamente de todo o grupo ou pelo menos alguns de seus membros, desde que assegurada a impessoalidade da conduta criminosa. Canêdo (1999, p. 183) discorda desse entendimento.

³⁴⁷ O rol de crimes contra a humanidade pode ser encontrado no artigo 7º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (BRASIL, 2002), a cuja jurisdição o Brasil se submete em virtude da expressa determinação do art. 5º, §4º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

genocídio, cujo projeto delinquencial é previamente estabelecido no texto legal (hipóteses elencadas nas alíneas do art. 1º da Lei 2.889/56), além do fim especial de agir diverso em cada uma dessas figuras típicas, conforme explicaremos.

Segundo Canêdo (1999, p. 177-178), a associação para o cometimento de genocídio é um delito de consumação antecipada, que se perfaz no "momento associativo", uma vez verificado o caráter estável e permanente do vínculo e constatada a orientação no sentido de praticar genocídio de acordo com uma das modalidades previstas no tipo penal do artigo 1º da Lei 2.889/56. Cremos, por outro lado, que a consumação só resta de fato caracterizada quando essa associação seja capaz de demonstrar, por meio de atos concretos, a idoneidade necessária para a realização das condutas típicas que resultarão no crime de genocídio.

O dolo é o elemento subjetivo no crime de associação para fins de genocídio e deve abarcar "a vontade livre e consciente dos agentes de se associarem, de modo estável ou permanente, com o desígnio de cometer algumas das formas típicas do crime de genocídio." (CANÊDO, 1999, p. 179). Não se admite punição a título de culpa.

Exige-se, ademais, a mesma especial finalidade inerente ao crime-fim, qual seja, a de destruir, ainda que em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso;³⁴⁸ "não basta a intenção de matar, devendo estar presente também o propósito de aniquilar, total ou parcialmente, o grupo." (JAPIASSÚ, 2009, p. 36). Não se trata, portanto, da obtenção de qualquer vantagem, ao contrário do elemento subjetivo especial no delito de organização criminosa. Assim sendo, no conflito entre as duas normas penais incriminadoras (art. 2º da Lei 2.889/56 e art. 2º da Lei 12.850), deve prevalecer a associação para a prática de genocídio, em razão do princípio da especialidade.

Por outro lado, impende destacar que o grupo de pessoas reunidas para a prática de crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência

³⁴⁸ Com efeito, assevera-se: "Em qualquer dos casos assimilados ao genocídio será indispensável o dolo, não havendo modalidade culposa. Em qualquer caso, deve a ação ser praticada com o fim de destruição total ou parcial do grupo." (FRAGOSO, 1973). Ambos (2010) defende a necessidade de revisão da interpretação tradicional concernente à "intenção de destruir", uma vez que, para o autor, a ideia de tal intenção como *propósito* sustenta-se em relação aos responsáveis de escalões superiores ou intermediários, mas não no tocante aos indivíduos que ocupam posições inferiores na associação genocida. Estes últimos, independentemente de qualquer intenção especial de destruir, deveriam atuar apenas "*con el conocimiento de que sus actos forman parte de un contexto o una campaña genocida general.*" (AMBOS, 2010, p. 63). "Com o conhecimento de que seus atos formam parte de um contexto ou uma campanha genocida geral. (Tradução nossa). Registra-se a opinião de Nucci (2010), no sentido de que teria sido previsto duplo fim especial de agir no crime associativo, "consistente em destruir, total ou parcialmente, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, bem como em manter uma associação para o cometimento de crimes." (NUCCI, 2010, p. 663).

nacional não configura a associação delituosa prevista na Lei 2.889/56, pelo fato evidente de que tais condutas criminosas tipificadas na Lei 7.716/89 não consubstanciam a prática de genocídio. Nessa hipótese, em princípio, restará configurada a associação criminosa (art. 288, *caput*, CP) para cometer tais delitos discriminatórios, visto que a Lei 7.716/89 não criou figura típica associativa autônoma, ao contrário do que se verifica, por exemplo, no Código Penal Espanhol.³⁴⁹

Por sua notória complexidade e pelas críticas nesse sentido,³⁵⁰ merece registro o sistema de penas previsto para o crime de genocídio, ao qual também está atrelado o preceito secundário do tipo penal de associação para o cometimento desse delito. De modo peculiar e pouco inteligível, foram fixadas como penas para o genocídio as mesmas sanções relativas a delitos previstos no Código Penal, variando de acordo com a modalidade da conduta genocida. No caso do crime associativo, a pena prevista é metade daquela cominada para os delitos que caracterizam as possíveis formas de genocídio. Assim, o art. 2º da Lei 2.889/56 "também não presta homenagem à melhor técnica legislativa no tocante à pena fixada, pois nos remete ao complicado sistema de punições do artigo anterior" (CANÊDO, 1999, p. 198).

Apesar da problemática cominação de penas, é possível defender que ela não seria aplicável, haja vista previsão específica da Lei 8.072/90, que também considera hediondos os delitos tipificados nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei 2.889/56, incluindo-se, portanto, a associação para a prática de genocídio.³⁵¹ De acordo com o artigo 8º da referida lei dos crimes hediondos, "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." (BRASIL, 1990b). Entende-se que esse dispositivo também seria aplicável à associação de que trata a Lei 2.889/56, por ser o genocídio considerado crime hediondo.

³⁴⁹ "Artículo 515. Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: [...] 4.º Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad." (ESPANHA, 2016). "Artigo 515. São puníveis as associações ilícitas, tendo em consideração: [...] 4º As que fomentem, promovam ou incitem direta ou indiretamente ao ódio, hostilidade, discriminação ou violência contra pessoas, grupos ou associações por razão de sua ideologia, religião ou crenças, o pertencimento de seus membros ou de algum deles a uma etnia, raça ou nação, seu sexo, orientação sexual, situação familiar, enfermidade ou deficiência." (Tradução nossa).

³⁵⁰ Confira-se em Canêdo (1999, p. 196-198); Ponte (2013, p. 67-68); e Nucci (2010, p. 663).

³⁵¹ "Art. 1º [...] Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado." (BRASIL, 1990b).

Desse modo, no tocante ao preceito secundário, prevaleceria a Lei 8.072/90, visto que é a mais recente (CANÊDO, 1999, p. 198).

7.4 Associação para o tráfico ilícito de drogas (artigo 35, *caput*, da Lei 11.343/06)

A associação para o tráfico ilícito de drogas³⁵² está prevista no artigo 35, *caput*, da Lei 11.343/06 e abrange, na verdade, não apenas as condutas criminosas que configuram o delito de tráfico de drogas propriamente dito (art. 33, *caput*), mas também as formas previstas no artigo 33, §1º (tráfico de matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas ilícitas; cultivo e colheita de plantas que constituem matéria-prima para esse fim; e utilização de local ou bem para o tráfico ilícito de drogas) e no artigo 34 (tráfico de maquinários ou quaisquer objetos destinados à produção de drogas) do diploma legal em referência. Assim determina o tipo penal associativo:

Art. 35. 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. (BRASIL, 2006).

No parágrafo único do dispositivo transcrito, verifica-se a previsão da associação para a prática reiterada do crime de financiamento ou custeio do tráfico de drogas e maquinários (art. 36 da Lei 11.343/06), hipótese na qual se aplicam as mesmas penas do *caput* do artigo 35 da lei em apreço.

Cabe ressaltar que a criminalização autônoma da associação, compreendendo também o tráfico de materiais, equipamentos e algumas substâncias para a produção de drogas, além do cultivo de certas plantas e sementes, quando cometidos internacionalmente, configura uma das expressas determinações da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e

³⁵² Trata-se das substâncias descritas na Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. Portanto, são normas penais em branco as figuras típicas da Lei 11.343/06 que se valem do termo "drogas".

Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena)³⁵³, de 20 de dezembro de 1988, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 154/91.

São muitas as críticas às quais a figura delituosa da associação para o tráfico de drogas pode ser submetida. Em primeiro plano, destaca-se o próprio bem jurídico normalmente identificado nesse crime, qual seja, a saúde pública,³⁵⁴ também apontada como objeto de tutela no delito escopo (tráfico de drogas). Nesse sentido, Greco Filho (2009) sustenta que "a deterioração causada pela droga não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social." (GRECO FILHO, 2009, p. 148-149). Por outro lado, a partir da perspectiva de que os autênticos bens jurídicos coletivos são apenas aqueles caracterizados pela não-distributividade,³⁵⁵ Greco (2004) considera que "o bem jurídico saúde pública, por exemplo, nada mais é do que a soma das várias integridades físicas individuais, de maneira que não passa de um pseudo-bem coletivo." (GRECO, 2004, p. 115). Na Alemanha, essa também é a posição defendida por Hefendebl (2004), para quem "*la salud pública no es ni más menos que la salud de todos los miembros de la sociedad.*"³⁵⁶ (HEFENDEHL, 2004, p. 75).

O sujeito ativo do delito em comento pode ser qualquer pessoa, uma vez que se trata de crime comum. A lei exige apenas a reunião de duas pessoas, o que suscita crítica bastante contundente, uma vez que "duas pessoas formam uma coautoria típica, talvez até uma sociedade, mas nunca uma 'associação'." (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 46). Como sujeito passivo identifica-se a coletividade.

Em se tratando de crime associativo, a estabilidade e a permanência são elementos fundamentais do tipo objetivo, apesar de não estarem explicitamente previstos. Por isso, a cláusula "reiteradamente ou não" é interpretada tendo como referência apenas os crimes-fim,³⁵⁷ isto é, os delitos previstos nos artigos 33, *caput* e §1º, e 34 da Lei 11.343/06, os quais poderiam ser cometidos de forma reiterada ou não.

³⁵³ Confira-se o artigo 3º, item 1, "c", iv da referida convenção internacional (BRASIL, 1991).

³⁵⁴ Nesse sentido, confira-se em Cunha (2008, p. 206), para quem a saúde pública é o objeto de tutela imediata e, como bem protegido de forma mediata, a saúde individual das pessoas. Por outro lado, Nucci (2010, p. 379) sustenta que o bem jurídico seria a paz pública e, secundariamente, a saúde pública.

³⁵⁵ Reportamos ao item 6.2.1 deste trabalho.

³⁵⁶ "A saúde pública não é nem mais nem menos que a saúde de todos os membros da sociedade." (Tradução nossa).

³⁵⁷ Nesse sentido, "a cláusula 'reiteradamente ou não' significa somente que a reunião deve visar a prática de crimes futuros (no espírito do art. 288 do CP), não dispensando, de modo algum, a estabilidade." (CUNHA, 2008, p. 209).

Ainda assim, a nosso ver, a expressão continua sendo bastante inadequada, pois torna possível incluir no tipo a associação formada com a finalidade de praticar um único crime. Nessa hipótese, não vislumbramos o caráter estável e permanente que o *animus* associativo deve ostentar, tratando-se apenas de mero concurso de pessoas, eventualmente reunidas para a prática de determinado delito.³⁵⁸ Ademais, não há motivo razoável para que se exija a prática criminosa reiterada no caso de associação para financiamento do tráfico (art. 35, parágrafo único), dispensando-a na forma principal do *caput* do artigo 35 da lei.

O dolo é o elemento subjetivo do crime de associação para o tráfico ilícito de drogas, sustentando-se também a exigência de elemento subjetivo especial consistente no fim de cometer os delitos previstos nos artigos 33, *caput* e §1º, e 34 da Lei 11.343/06 (traficar drogas ou maquinários), embora o seu efetivo cometimento não seja considerado como necessário para a consumação do delito associativo (GRECO FILHO, 2009, p. 185; CUNHA, 2008, p. 207-208).

Salienta-se a elevada pena privativa de liberdade abstratamente cominada para o crime associativo, a qual se iguala à sanção imposta para um dos delitos escopo (art. 34), em nítida desproporcionalidade. Diversas causas de aumento são especificadas nos sete incisos do artigo 40 da Lei 11.343/06. Além disso, as consequências³⁵⁹ previstas no artigo 44 chegam a ser tão graves quanto àquelas impostas no caso de crimes hediondos, muito embora a associação para o tráfico de drogas *não* seja equiparada a essa espécie de delito.³⁶⁰ Convém ressaltar que a pena de três a dez anos de reclusão, determinada no *caput* do artigo 35, prevalece sobre aquela fixada no artigo 8º da Lei 8.072/90,³⁶¹ uma vez que a Lei 11.343/06 é

³⁵⁸ É válido mencionar a posição de Greco Filho (2009): "Parece-nos, todavia, que não será toda vez que ocorrer concurso que ficará caracterizado o crime em tela. Haverá necessidade de um *animus* associativo, isto é, um ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo associativo de fato, uma verdadeira *societas sceleris*, em que a vontade de se associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado. Excluído, pois, está o crime, no caso de convergência ocasional de vontades para a prática de determinado delito, que estabeleceria a co-autoria (sic)." (GRECO FILHO, 2009, p. 184-185).

³⁵⁹ "Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no *caput* deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico." (BRASIL, 2006).

³⁶⁰ Seja pela literalidade do artigo 2º, *caput*, da Lei 8.072/90, seja pelo texto da própria Constituição Federal (art. 5º, inc. XLIII), equiparam-se aos crimes hediondos apenas os delitos de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tortura e terrorismo.

³⁶¹ "Art. 8º 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.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços." (BRASIL, 1990b).

posterior. Impõe-se cumulativamente a pena de multa. Aplica-se minorante de um a dois terços na hipótese de colaboração voluntária (art. 41).

Em relação à figura da organização criminosa (Lei 12.850/13), verifica-se que os fins da associação delituosa prevista na Lei 11.343/06 são muito mais específicos, limitando-se à prática de apenas alguns delitos tipificados na própria lei. Por outro lado, a organização criminosa tem como finalidade especial a obtenção de vantagem de qualquer natureza, mediante o cometimento de infrações penais com pena máxima superior a quatro anos ou de caráter transnacional. Não se estipula um catálogo taxativo de delitos constantes do programa criminoso, ao contrário do artigo 35, *caput*, da Lei 11.343/06.

Além disso, como Regis Prado observa (PRADO, 2016, p. 566), a caracterização da associação para o tráfico de drogas satisfaz-se até mesmo com a prática não reiterada dos crimes-fim. O grupo não necessita de ser "estruturalmente ordenado", nem tampouco depende da existência de divisão de tarefas, elementos que são inerentes à definição legal de organização criminosa. Desse modo, em princípio, pelo critério da especialidade no tocante aos delitos escopo, prevaleceria o crime de associação para o tráfico ilícito de drogas, cuja pena máxima, inclusive, é superior à do delito de organização criminosa.

Contudo, é possível que se formem associações delituosas com todas as características elencadas no artigo 1º, §1º, da Lei 12.850/13, voltadas para a prática dos crimes previstos nos artigos 33, *caput* e §1º, e 34 da Lei 11.343/06, todos com pena máxima superior a quatro anos. De forma inuvidosa, trata-se de *organizações criminosas especializadas no narcotráfico*, atividade criminosa *organizada* por excelência.³⁶²

Nessa hipótese, requer-se atenção especial do intérprete e aplicador da norma: de um lado, o artigo 35, *caput*, da Lei 11.343/06 impõe pena mais alta do que aquela prevista no artigo 2º da Lei 12.850/13; de outra parte, a Lei 12.850/13 determina a utilização de meios específicos de investigação e obtenção de prova mais gravosos do que aqueles normalmente

³⁶² Quanto a esse aspecto, Castro (2003) aduz que o narcotráfico talvez seja "*el delito organizado que contiene más elementos de poder por la generación de economías paralelas, por su capacidad de producir tanto dinero que su capacidad de corromper es infinita, y la de motivar violencias y tecnologías complejas es muy grande.*" (CASTRO, 2003, p. 308). "O delito organizado que contém mais elementos de poder pela geração de economias paralelas, por sua capacidade de produzir tanto dinheiro que sua capacidade de corromper é infinita, e a [capacidade] de motivar violências e tecnologias complexas é muito grande." (Tradução nossa). Por sua vez, Forgione (2011) destaca o narcotráfico como uma das principais atividades de projeção internacional das associações mafiosas italianas. Cervini também salienta as enormes cifras de dinheiro proveniente do tráfico de drogas (CERVINI; GOMES, 1997, p. 248-251). Ainda, Ibañez e Framis (2010, p. 134-164) analisam a atuação dos cartéis da droga colombianos e mexicanos, ressaltando sua inserção nas rotas de tráfico internacional.

aplicáveis em crimes que não envolvem a participação de organização criminosa. Há divergências quanto à solução para esse aparente conflito de tipos penais associativos. Para Regis Prado, "em se tratando de crime organizado e não da mera delinquência coletiva, a especialidade está na Lei 12.850/2013, que disciplina amplamente o tema." (PRADO, 2016, p. 567). Por sua vez, Greco Filho (2014) interpreta a questão a partir de outro ângulo:

Crime com pena maior não pode ser subsidiário de outro com pena menor, ainda que seus elementos estejam totalmente naquele contidos. Deve aplicar-se, então, outro princípio, o da especialidade, de modo que, ainda que estejam presentes todos os elementos do crime de organização criminosa, se o crime visado é o tráfico de drogas, o crime é o do art. 35 da Lei n. 11.343/2006. (GRECO FILHO, 2014, p. 26).

Diante da verificação *in casu* de todos os elementos típicos constituintes da organização criminosa, pensamos que não há como declinar, em princípio, a incidência do tipo penal da Lei 12.850/13, seja porque nessa situação, conforme a lição de Regis Prado (2016), ele é mais especial que o crime da Lei 11.343/06, seja porque a Lei 12.850/13 é posterior, prevalecendo nesta hipótese também em razão do critério temporal.

Apesar disso, continuamos a atestar o paradoxal cenário proporcionado pela previsão de outro tipo associativo (organização criminosa) cuja pena é inferior à do crime do artigo 35, *caput*, da Lei 11.343/06. Está claro que o tráfico de drogas se habilita a figurar no catálogo de infrações penais da organização criminosa (pelo menos considerando seus atuais parâmetros típicos), visto que a pena máxima cominada no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 é de quinze anos, bem superior ao que exige o artigo 1º, §1º, da Lei 12.850/13. Todavia, ainda que seja "estruturalmente ordenado" e apresente divisão de tarefas, se o grupo reunido para praticar, por exemplo, os crimes previstos nos artigos 33, *caput*, e 34 da Lei 11.343/06 for composto por apenas três indivíduos, não se caracterizará a organização criminosa.

Normalmente, para a maioria de outros delitos, isso ensejaria a incidência do artigo 288, *caput*, do Código Penal (associação criminosa). Neste caso específico, porém, deverá ser aplicado o tipo penal de associação para o tráfico ilícito de drogas, cuja pena é maior que a do delito de organização criminosa. Ora, a conclusão é fatal: criou-se situação absurda e desproporcional, na qual um grupo com quatro ou mais componentes deverá ser punido de acordo com as penas do artigo 2º da Lei 12.850/13, ao passo que a associação de apenas três pessoas ficará sujeita à sanção mais severa do artigo 35, *caput*, da Lei 11.343/06.

Esse flagrante descompasso entre os preceitos secundários dos dois tipos penais associativos em referência apenas veio acentuar a desproporcionalidade que já era verificada na pena do crime de associação para o tráfico de drogas. Por isso, parece-nos inevitável que se corrija a evidenciada distorção reduzindo-se o patamar superior da pena do delito previsto no artigo 35, *caput*, da Lei 11.343/06, não podendo ser maior que a pena do crime de organização criminosa (artigo 2º, *caput*, da Lei 12.850/13).

Caso contrário, será necessário admitir que o tráfico de drogas não serve para compor o projeto delinquencial de organizações criminosas, o que tampouco se pode depreender da atual definição legal prevista na Lei 12.850/13, a qual, repita-se, não se vale de um catálogo taxativo de infrações penais. Ao revés, o tráfico de drogas tem mesmo sido apontado como uma das principais atividades da criminalidade organizada, registrando-se, enfim, que os dois grandes agrupamentos criminosos frequentemente identificados como organizações criminosas brasileiras - o PCC e o Comando Vermelho³⁶³ - são hoje, fundamentalmente, associações que objetivam controlar o mercado ilícito de drogas no país.

³⁶³ No tocante a esses dois grupos, impende ressaltar as pesquisas desenvolvidas no campo sociológico pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo. Nesse sentido, Salla (2008) destaca dois segmentos da criminalidade organizada no Brasil: um deles relacionado às esferas empresariais e políticas do país, caso emblemático da Operação "Lava Jato"; o outro seria aquele originado no sistema prisional, tendo como principais representantes o "Comando Vermelho, no Rio de Janeiro, e o PCC, em São Paulo: "A modalidade de crime organizado que aqui interessa, com sua origem nas prisões, se formou nos anos 1970 e 1980 no Rio de Janeiro e principalmente nos anos 1990 em São Paulo. É de base popular e tem no tráfico de drogas uma de suas principais atividades ilícitas." (SALLA, 2008, p. 372). Amorim já sustentava no ano de 1993: "o Comando Vermelho é quase tão organizado quanto as máfias internacionais da droga." (AMORIM, 2011, p. 323). Verifica-se, ainda, que os ataques liderados pelo PCC em maio de 2006 acentuaram a maneira sistematizada e coordenada com que tais ações foram planejadas e executadas, com capital financeiro e humano suficientes para levar a cabo os fins criminosos estabelecidos, em que pese ao fato de os principais líderes do grupo estarem recolhidos em penitenciárias de segurança máxima. Faria (2006) analisou tais ataques como uma "escalada de violência" em relação à megarrebelião também comandada pelo PCC em 2001: "Desta vez, o PCC ampliou suas formas de ação, passando de motins simultâneos para fechamento do comércio, atentados a bancos, fóruns e bases policiais e assassinatos de agentes públicos. E, ao disseminar o medo generalizado, levou as autoridades ao constrangimento de negociar uma trégua, provocando uma colisão entre responsáveis pela segurança pública e autoridades penitenciárias." (FARIA, 2006). Na mesma toada, Salla (2008) conclui que a referida "mobilização dos presos, a capacidade de organização das suas ações, a articulação de pessoas dentro e fora dos presídios evidenciaram, em 2001 e sobretudo em 2006, a presença de uma criminalidade organizada nas prisões e as dimensões capilares dessa criminalidade na sociedade." (SALLA, 2008, p. 366). Opinião contrária à inclusão desses grupos (PCC e Comando Vermelho) na categoria da delinquência organizada é defendida por Shimizu (2011, p. 151): "No caso das facções, ainda que haja a constatação de práticas ilegais, principalmente o tráfico de drogas, para a obtenção de lucros, o lucro nunca é apontado pelos seus membros como um fim em si mesmo, mas como uma forma de financiamento de sua estrutura, que tem como objetivos últimos a luta – por meios legais e ilegais – pelos interesses da massa carcerária ou de parcela das pessoas que a compõem." Por outro lado, Adorno e Salla (2007) são categóricos: "Não se espere, contudo, que o PCC e suas demandas por justiça constituam o embrião da revolução social e da construção de uma nova sociedade baseada na justiça, na igualdade e na democracia. *O que está em jogo são interesses em torno de negócios*" (ADORNO; SALLA, 2007, p. 24, destacamos em itálico). Em entrevista à "Folha de São Paulo", Vladimir Aras afirmou que o atual avanço

7.5 Organização terrorista (artigo 3º da Lei 13.260/16)

A organização terrorista é a figura delituosa associativa mais recente no direito penal brasileiro. O tipo penal associativo em questão foi previsto na Lei 13.260/16 e sua inteligência está evidentemente atrelada ao crime de terrorismo,³⁶⁴ enunciado no artigo 2º do referido diploma legal:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 1º São atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II - (VETADO);

III - (VETADO);

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei. (BRASIL, 2016).

Assim sendo, a organização terrorista caracteriza-se como a associação delituosa voltada para a prática dos atos de terrorismo definidos no §1º do artigo 2º da Lei 13.260/16. O

territorial do PCC para a região norte do Brasil, constatado nas rebeliões carcerárias de janeiro de 2017, indica a "cartelização" do narcotráfico, por meio da absorção de grupos menores ou do confronto com outras organizações criminosas (CASADO, 2017).

³⁶⁴ A Lei 13.260/16 sepulta a histórica polêmica a respeito do artigo 20 da Lei 7.170/83, considerado por alguns autores como o tipo penal de terrorismo no Brasil. Nesse sentido, confira-se em Japiassú (p. 2009, p. 55-56).

tipo penal misto alternativo, inserido no artigo 3º,³⁶⁵ foi delineado nos mesmos moldes do tipo de organização criminosa da Lei 12.850/13, abrangendo praticamente as mesmas condutas típicas, quais sejam, promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa. Embora não tenha sido empregado na Lei 13.260/16 o verbo "financiar", utilizado na Lei 12.850/13, a expressão "prestar auxílio" contempla também o aporte material à organização terrorista.

Muito criticada pelo uso de diversos termos vagos, o que inclusive ensejou o veto presidencial de oito dispositivos, a Lei 13.260/16 é mais um fatídico exemplo da legislação penal de emergência, com a declarada incriminação de variados atos preparatórios,³⁶⁶ penas ostensivamente desproporcionais, tipos abertos, excessivos elementos normativos e expressões de difícil compreensão (frisa-se o "terror social ou generalizado"³⁶⁷). Apesar da necessidade de repúdio ao terrorismo (art. 4º, VIII, CF/88), das inúmeras convenções internacionais³⁶⁸ sobre esta matéria e do mandado constitucional de criminalização (art. 5º, XLIII, CF/88), é evidente que o direito penal não pode servir como instrumento para a subversão de princípios também de arcabouço constitucional, notadamente a legalidade estrita.

Aprovada e sancionada poucos meses antes da realização dos jogos olímpicos no Brasil, sem ao menos a real dimensão do que seja o fenômeno do "terrorismo" no país, a normativa em apreço é dotada de clara conotação simbólica, agravada pela aplicação de todos os mecanismos investigatórios especiais previstos na Lei 12.850/13, conforme a extensão autorizada no artigo 1º, §2º, inciso II, da lei de organizações criminosas e corroborada no artigo 16 da Lei 13.260/16. Além disso, os crimes previstos na lei antiterrorista foram incluídos no rol de delitos que admitem a prisão temporária (art. 1º, inciso III, alínea "p", da

³⁶⁵ "Art. 3º Promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista:

Pena - reclusão, de cinco a oito anos, e multa.

§1º (VETADO). §2º (VETADO)." (BRASIL, 2016).

³⁶⁶ Martinelli e Bem (2016) identificam os pontos mais sensíveis no tocante à criminalização de atos preparatórios de terrorismo no artigo 5º da Lei 13.260/16.

³⁶⁷ Barbosa (2016) tece contundentes críticas à Lei 13.260/13 e afirma: "O legislador aterrorizou o texto com o termo '*terror social*' de conteúdo semântico vago e impreciso, totalmente contrário à teoria constitucional do delito ou teoria funcional racional do crime" (BARBOSA, 2016).

³⁶⁸ Destacam-se a Convenção Internacional da ONU para Supressão do Financiamento do Terrorismo, aprovada no Brasil pelo Decreto nº 5.640/05, e a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, aprovada pelo Decreto nº 5.639/05.

Lei 7.960/89), em mais um caso de excepcionalidade que se soma ao tratamento do terrorismo como delito equiparado a crime hediondo (art. 2º da Lei 8.072/90).

Em relação ao crime de organização terrorista, alguns aspectos devem ser salientados. Assim como na hipótese das figuras delituosas do artigo 288-A do Código Penal, a Lei 13.260/16 não especifica o número mínimo de integrantes que devem compor a organização,³⁶⁹ como também não define a própria organização; o conceito foi remetido para o art. 1º, §2º, II, da Lei 12.850/13.

Registra-se o fato de ter sido expressamente admitido no *caput* do artigo 2º o terrorismo na modalidade individual, correspondente à famigerada figura dos "lobos solitários", de que muito se tem falado em razão de ataques terroristas em cidades europeias.³⁷⁰ Deve-se ressaltar que a realização coletiva de determinado ato de terrorismo, ou mesmo mais de um, conforme tipificado na Lei 13.260/13, não implica, por si só, a caracterização de organização terrorista, visto que *a priori* não se pode afirmar que se trata de associação estável e permanente.

Por outro lado, mantendo-nos coerentes com o entendimento de que a paz pública não configura autêntico bem jurídico, o objeto de tutela no crime associativo identifica-se com os próprios objetos de proteção nos delitos que consubstanciam atos de terrorismo. Desse modo, trata-se de proteção em caráter antecipado de bens jurídicos como a vida, a integridade física, o patrimônio etc. Callegari et al. (2016, p. 49-50 e 97) também destacam a democracia como objeto de tutela no crime de terrorismo, além da paz pública.

É relevante notar que algumas, se não a maior parte, das condutas classificadas como atos de terrorismo, para as quais a organização terrorista se constitui, na verdade já se encontravam tipificadas no ordenamento jurídico-penal, sobretudo entre os crimes de perigo comum previstos no capítulo I do Título VIII do Código Penal, ou mesmo se identificando com os crimes de homicídio e lesão corporal, na forma consumada ou tentada. O que então diferencia o terrorismo, e consequentemente o crime de organização terrorista, é a finalidade

³⁶⁹ Nesse sentido, *mutatis mutandis*, aplicam-se as mesmas observações feitas no item 7.2, sugerindo-se a exigência de pelo menos quatro associados.

³⁷⁰ Callegari et al. (2016, p. 94) não entendem viável a modalidade de terrorismo individual, porquanto consideram imprescindível a existência de uma organização complexa, como meio adequado para se levar a cabo o programa terrorista. Assim afirmam: "Tratando-se de ato que necessariamente seja capaz de instituir um ambiente de terror generalizado na população, a estrutura organizacional é tomada aqui como uma necessidade para o alcance desse objetivo do terrorismo, podendo-se entender o 'terrorismo individual' como crime impossível, nos termos do artigo 17 do Código Penal." (CALLEGARI et al., 2016, p. 94).

especial de provocar "terror social ou generalizado", pelas razões descritas no *caput* do artigo 2º da Lei 13.260/16: xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião.

Nesse sentido, em relação ao crime de organização terrorista, o elemento subjetivo do tipo é o dolo de integrar, promover, constituir ou prestar auxílio a organização terrorista, abrangendo os elementos definidores desta associação, ou seja, os atos de terrorismo nos termos da Lei 13.260/13, bem como o fim específico de causar terror social ou generalizado, motivado pelas razões também descritas no tipo penal de terrorismo. Todos esses elementos têm de ingressar na esfera cognitiva e volitiva de quem incorre no crime de organização terrorista. A sua comprovação, portanto, é complexa e nada trivial.

A peculiar construção do tipo penal em comento é similar àquela da associação para a prática de genocídio (art. 2º da Lei 2.889/56), em que uma associação é constituída para praticar, com estabilidade e permanência, os crimes que caracterizam genocídio. Nos dois casos, pode-se falar em delitos (genocídio ou terrorismo) que se realizam por meio da prática reiterada de outros crimes (crimes-meio), com o elemento subjetivo especial que torna particular o tipo. No caso do genocídio, o fim especial de agir é a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso; na hipótese do terrorismo, é a finalidade de provocar terror social ou generalizado, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião.

Quanto à pena cominada para o crime de organização terrorista, o patamar mínimo aproxima-se muito do limite superior, de fato ultrapassando a metade da pena máxima. Nesse caso, a margem para a dosimetria não é suficiente para cumprir de modo satisfatório a exigência do princípio da individualização. Por outro lado, o concurso material com o crime de terrorismo, cuja pena é elevadíssima, pode conduzir a sanção a níveis estratosféricos, superiores aos do crime de homicídio, mesmo na hipótese de o ato terrorista não atentar contra a vida. Ainda é mais grave o fato de o preceito secundário do artigo 2º determinar, concomitantemente, a imposição da pena correspondente à violência ou à ameaça causada, o que colide com o princípio da consunção e permite o *bis in idem*, como bem advertem Callegari et al. (2016, p. 92).

Finalmente, no tocante à distinção entre organização criminosa e organização terrorista, é necessário novamente destacar o prejuízo decorrente da previsão do intuito de obter vantagem de natureza genérica no conceito de organização criminosa (art. 1º, §1º, da Lei 12.850/13). Como já mencionamos diversas vezes neste trabalho, o móvel da

criminalidade organizada é o lucro, a meta principal de acumular vantagens econômico-materiais. Por outro lado, esse não é o objetivo primordial do ato terrorista, cuja finalidade, aliada à difusão do medo por meio da violência, é precipuamente política (HADDAD, 2005; CALLEGARI et al., 2016, p. 96). Nessa perspectiva, cabe salientar que a Lei 13.260/16 também não contemplou essa especial finalidade no crime de terrorismo, a qual não deve ser confundida com a motivação do delito (CALLEGARI et al., 2016, p. 95), isto é, com as razões de cunho discriminatório explicitadas no *caput* do artigo 1º.

Sob esse viés, Haddad (2005) explica que "o terrorismo deve ser diferenciado, em primeiro lugar, da violência organizada, das associações ilícitas comuns, que não perseguem fins e não alcançam resultados políticos". Assim, o terrorismo escolhe seus alvos buscando transmitir uma mensagem de intimidação, sempre com escopo político (MAIEROVITCH, 2010, p. 15). De um lado, as organizações terroristas pretendem causar desordem e subverter a ordem política; de outro, as organizações criminosas se aproveitam da ordem existente para o fim de maximizar lucros (CALLEGARI et al., 2016, p. 46-47), manipulando funcionários do Estado e até mesmo a opinião pública; "se possível, tendo-a como sua clientela." (VERGUEIRO, 2009, p. 70).

Por certo, em determinados casos, os objetivos das ações perpetradas pela delinquência organizada tangenciam aqueles verificados em organizações terroristas, e vice-versa, revelando-se uma tendência de convergência (COUNCIL OF EUROPE, 2005, p. 20-21). Em circunstâncias específicas, essa aproximação pode implicar alterações nas prioridades operativas de cada grupo, dando ensejo ao fenômeno de hibridação das duas formas de criminalidade, ou até mesmo propiciando a sua transformação (IBÁÑEZ; FRAMIS, 2010, p. 328). Entretanto, na maioria dos casos, "*el sentido instrumental que los grupos de crimen organizado atribuyen a la política es formalmente idéntico al que los terroristas suelen conferir a sus actividades de financiación*"³⁷¹ (IBÁÑEZ; FRAMIS, 2010, p. 321).

Assim como organizações terroristas necessitam de recursos econômicos para encetar seus atentados, politicamente orientados, também as organizações criminosas intervêm na vida política e exercem influência sobre as instituições e agentes públicos, por meio da corrupção, como modo de assegurar a continuidade de suas enriquecedoras atividades ilícitas. Em princípio, isso não inverte nem sobrepõe a natureza dos principais objetivos desses

³⁷¹ "O sentido instrumental que os grupos de crime organizado atribuem à política é formalmente idêntico ao que os terroristas costumam conferir a suas atividades de financiamento" (tradução nossa).

grupos. Quando essa sobreposição ocorresse, seria possível falar em "organizações criminosas terroristas", com outras características além daquelas próprias da organização criminosa, destacando-se a necessidade de que a associação seja armada e as ações, violentas (PRADO, 2016, p. 550). Nessa última hipótese, porém, pensamos que a diferença entre os conceitos de organização criminosa, organização terrorista e organização paramilitar (art. 288-A) não restaria muito clara, considerando que os termos legais que definem essas três associações, especialmente a última, são pouco ou nada taxativos.

Em suma, a lição mais uma vez extraída é a de que o painel de crimes associativos atualmente previstos em nossa legislação penal, tendo a organização criminosa como figura protagonista, carece de aperfeiçoamento, seja ele no plano legiferante, no caso dos tipos lacunosos, cujo significado deve ser informado pelo legislador, seja no âmbito de interpretação da norma penal, em que também se deve buscar ao máximo não se distanciar dos cânones garantistas que derivam do princípio da legalidade estrita.

8 CONCLUSÃO

Na pesquisa desenvolvida, investigamos os principais aspectos criminológicos e dogmáticos da figura da organização criminosa, tendo como parâmetro primordial o princípio da legalidade estrita, que norteia os sistemas penais garantistas. A fim de comprovar ou refutar a hipótese de que os critérios estipulados na Lei 12.850/13 são demasiadamente amplos, dificultando a precisa delimitação do campo de incidência do tipo penal de organização criminosa, comparamos a referida associação delituosa com outras figuras típicas associativas previstas no direito penal brasileiro.

Inicialmente, verificamos que a definição de organização criminosa no ordenamento jurídico pátrio teve o papel de suprir a lacuna deixada pela revogada Lei 9.034/95, a qual previa meios especiais de investigação e obtenção de provas relativamente a crimes praticados por intermédio de organização criminosa, sem oferecer a sua definição. Nesse sentido, a importância e a utilidade do conceito estabelecido na Lei 12.850/13 manifestam-se precisamente em seu caráter instrumental, porquanto necessário para a aplicação dos excepcionais métodos investigatórios previstos no âmbito do crime organizado, entendido como a resultante das ações delituosas praticadas por organização criminosa.

Exatamente em razão da possibilidade de serem utilizadas medidas especiais mais gravosas, contra as quais pesam respeitáveis posições doutrinárias, é que enfatizamos a necessidade de se distinguir a intitulada "criminalidade de massa" da "criminalidade organizada". A primeira melhor se identifica com a "delinquência de rua" cometida em grupos, em situação de concurso de agentes ou simples "associações criminosas", especialmente em grandes centros urbanos, sem o nível de planificação que caracteriza as organizações criminosas. É a criminalidade de massa aquela que a população mais vivencia, e não a organizada, que dificilmente se pratica de forma ostensiva. Sendo a delinquência organizada muito mais grave que a criminalidade de massa, ressaltamos que o simples fato de causar grande repercussão social não é suficiente para que toda e qualquer conduta criminosa associativa seja capitulada como delito de organização criminosa.

A partir da análise de aspectos criminológicos atinentes às organizações criminosas, observamos que a sua compreensão é muito mais ampla e complexa que as tradicionais imagens de "*famílias*" da máfia italiana, nas quais se exerce controle hierárquico e se impõe a disciplina interna por meio da violência. Constatamos que, hodiernamente, as principais

atividades de organizações criminosas estão mais ligadas a estruturas empresariais, camufladas por negócios lícitos dos quais também se auferem vantagens econômicas, mescladas com o lucro oriundo das práticas ilícitas. Nessa perspectiva, a delinquência organizada teria marcantes interseções com a intitulada "criminalidade dourada", ou "criminalidade dos poderosos" (*crimes of the powerful*), valendo-se das conexões com o Estado, mormente por meio da corrupção, para a realização de seus interesses escusos, utilizando ainda sofisticados recursos tecnológicos, sobretudo para a prática de delitos transnacionais e para a "lavagem" de dinheiro.

Por outro lado, não se verifica unanimidade quanto aos elementos típicos que definem o crime associativo de organização criminosa, o que pode ser constatado pela análise do tema no direito penal comparado. A legislação dos países escolhidos para abordagem neste trabalho - Itália, Espanha e Portugal - revela peculiaridades atinentes às próprias manifestações da criminalidade organizada em seu território. Por esse motivo, não se deve pretender a simples transposição das características abarcadas em tipos presentes nos códigos penais de outros países. Salienta-se que, mesmo em seu próprio contexto de origem, tais modelos de tipificação da figura da organização criminosa nem sempre inspiram clareza e taxatividade, como é o caso da "associação de tipo mafioso" (art. 416 *bis* do Código Penal da Itália), cujo substrato predominantemente sociológico é alvo de duras críticas da doutrina italiana.

Apesar das especificidades dos fenômenos delituosos em cada país, é possível identificar no plano internacional a tendência notadamente uniformizadora, inclusive no tocante à obrigação de criminalizar a participação em grupos criminosos organizados, sobretudo pelos influxos das orientações emanadas da Organização das Nações Unidas, com destaque para a Convenção de Palermo. Como visto, o referido documento internacional foi incorporado ao direito penal brasileiro, servindo como principal diretiva para a tipificação do delito de organização criminosa na Lei 12.850/13.

Considerando que a revogada Lei 9.034/95 sequer definia organização criminosa, em flagrante ofensa ao princípio da legalidade penal, enfatizamos as divergências de interpretação entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, indicando a evolução percorrida até a pacificação do entendimento de que o conceito de grupo criminoso organizado da Convenção de Palermo não poderia suprir a ausência de definição em lei, para fins de caracterização de crime antecedente à lavagem de dinheiro, conforme a redação até então vigente do artigo 1º da Lei 9.613/98.

A Lei 12.850/13 é inovadora em variados aspectos, especialmente quanto à introdução do tipo penal autônomo de organização criminosa e à disciplina dos meios especiais de obtenção de prova e investigação previstos no diploma legal. Apesar de a sua definição de organização criminosa não ser a primeira em nosso ordenamento jurídico, ela deve prevalecer inclusive para os fins a que se destina a Lei 12.694/12, cujo conceito de organização criminosa restou tacitamente revogado pelo artigo 1º, §1º, da Lei 12.850/13.

Com base em investigação percuciente sobre os elementos do tipo penal de organização criminosa na Lei 12.850/13, extraem-se conclusões de suma importância. Primeiramente, a definição formulada pelo legislador pátrio não contempla aspectos de destacada relevância na compreensão do fenômeno da criminalidade organizada, a exemplo do intuito de obter vantagem econômico-material e do recurso à corrupção. A preferência por elementos típicos muito amplos e vagos, tais como "vantagem de qualquer natureza", "ainda que informalmente" e "estruturalmente ordenada", dificulta a precisa delimitação do campo de abrangência do tipo penal, em detrimento da taxatividade e da estrita legalidade. O resultado esperado, e verificado nesta pesquisa, consiste na dificuldade de se distinguir a organização criminosa de outras figuras delituosas associativas, especialmente a "associação criminosa" tipificada no artigo 288, *caput*, do Código Penal.

Em segundo lugar, juntamente com doutrina ainda minoritária, verificamos que a paz pública não configura autêntico bem jurídico coletivo nos crimes associativos, de maneira que o objeto de tutela no delito de organização criminosa corresponde aos bens jurídicos dos próprios crimes-escopo, ou seja, os delitos que compõem o programa criminoso. Essa constatação evidencia a tutela penal antecipada, a qual se justifica apenas em razão da especial situação de perigo que caracteriza o denominado "injusto de organização", entendido como espécie de orientação objetiva da associação delituosa para a prática de crimes.

Adotando a perspectiva que melhor se coaduna com os princípios da lesividade e da materialidade da ação (logo, com a legalidade estrita), sustentamos que a consumação dos crimes associativos requer, no mínimo, a prática de atos que efetivamente possibilitem a realização das infrações penais constantes do projeto delinquencial. Por isso mesmo seria viável, ao menos no plano teórico, a tentativa. Especificamente no caso da organização criminosa, a redação do conceito legal exige, em nosso juízo, a prática de pelo menos duas infrações penais, cometidas a fim de lograr a realização do elemento subjetivo especial veiculado no tipo.

Finalmente, o cotejo da organização criminosa com algumas das outras principais figuras delituosas associativas no direito penal brasileiro permitiu confirmar a hipótese de que a definição de organização criminosa da Lei 12.850/13 não é suficiente para o estabelecimento de diferenças concretas e precisas em relação às demais figuras típicas examinadas, em prejuízo do princípio da legalidade estrita.

O cenário constatado foi o de profusão de delitos associativos, em geral com penas elevadas e desproporcionais em relação às sanções dos crimes-fim, atendendo a políticas penais expansionistas, de caráter de emergência, desvirtuadas da melhor técnica legislativa e dos princípios que norteiam o direito penal liberal. A falta de determinação taxativa com que alguns desses crimes são descritos é outro fator que potencializa as dificuldades de interpretação e aplicação do tipo penal adequado ao caso concreto.

Nesse contexto, concluímos que os elementos da definição legal de organização criminosa, tais como a divisão de tarefas e a intenção de obter vantagem de qualquer natureza, não bastam para diferenciá-la da figura genérica da "associação criminosa". Com base nos pressupostos teóricos que caracterizam a estrutura de aparatos organizados de poder desvinculados do direito, pensamos que a expressão "estruturalmente ordenada", inserida no conceito de organização criminosa previsto na Lei 12.850/13, deve ser compreendida pela soma dos elementos da hierarquia e da fungibilidade, ou intercambialidade, dos membros que executam diretamente as infrações penais incluídas no programa delituoso, sob as ordens do(s) líder(es) ou dirigente(s) da organização. A exigência de tais características, a nosso ver, compatibiliza-se com a estrutura mais sofisticada que deve estar presente em organizações criminosas, além de oferecer parâmetros razoáveis para a interpretação do significado do aludido termo "estruturalmente ordenada".

Por sua vez, a "organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão" é o exemplo cabal de violação da estrita legalidade, pela completa ausência de definição explicitada em lei, constituindo figura típica ostensivamente inconstitucional, que pode ser confundida com várias outras associações delituosas, inclusive a organização criminosa.

No tocante à "associação para a prática de genocídio", à "associação para o tráfico ilícito de drogas" e à "organização terrorista", verificamos que, em regra, tais figuras prevalecem sobre a organização criminosa, em razão do princípio da especialidade. Essa solução, entretanto, nem sempre será isenta de questionamentos, podendo-se dela divergir nos casos em que o grupo apresente todos os elementos objetivos e subjetivos da organização

criminosa, sobretudo nas hipóteses em que a reunião de pessoas se dê para o cometimento do tráfico de drogas, frequentemente incluído no catálogo de atividades ilícitas mais rentáveis da criminalidade organizada. O que não se deve admitir, em quaisquer dessas situações, é a incidência de mais de um tipo associativo, ensejando inaceitável *bis in idem*.

Em suma, as dúvidas que se colocam quanto à aplicação dos referidos tipos apenas ressaltam, como sugestão ao legislador penal, a necessidade de se repensar a desenfreada criminalização de diversas condutas associativas, com efeito antes de tudo simbólico, tendo em vista o fato de que o ordenamento jurídico-penal brasileiro já tipifica a associação de indivíduos para o fim específico de cometer crimes (artigo 288, *caput*, do Código Penal). A assunção de compromissos internacionais no sentido de criminalizar determinadas condutas não pode cancelar a formulação de tipos penais abertos, vagos e pouco ou nada taxativos.

Por isso, o tipo penal de organização criminosa da Lei 12.850/13 merece reparos nos pontos identificados no presente trabalho. Ademais, tal figura delituosa deve refletir a realidade criminológica atual da delinquência organizada, com cerne na intitulada "criminalidade dourada", investida de propósitos econômico-financeiros e suas conexões com o Estado. Nesse sentido, é imprescindível restringir a natureza da vantagem que consubstancia o elemento subjetivo especial do delito. Essa opção não exclui associações majoritariamente consideradas como organizações criminosas, tais como o PCC e o Comando Vermelho, uma vez que claramente são movidas por interesses econômicos e, dentre inúmeros expedientes, atuam se valendo da corrupção de agentes públicos.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. In: **Estudos Avançados**, v. 21, n. 61, São Paulo, 2007, p. 7-29.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. O crime de organização criminosa no Código Penal Português. In: **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 292, mar. 2017.
- ALEO, Salvatore. **Sistema penale e criminalità organizzata**: le figure delittuose associative. Milano: Giuffrè, 1999.
- AMBOS, Kai. ¿Qué significa la "intención de destruir" en el delito de genocidio? In: **Revista Penal**, nº 26, jul. 2010, p. 46-64.
- AMBOS, Kai. Sobre la "organización" en el dominio de la organización. In: **InDret - Revista para el análisis del Derecho**. Barcelona, n. 3, jul. 2011, p. 1-25.
- AMORIM, Carlos. **Assalto ao poder**: o crime organizado. Rio de Janeiro: Record, 2010.
- AMORIM, Carlos. **Comando Vermelho**: a história do crime organizado. Rio de Janeiro: BestBolso, 1993-2011.
- ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**: elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos. Trad.: Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.
- ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**. Parte Speciale. Vol. II. 13ª ed. Milano: Giuffrè, 2000.
- ARAS, Vladimir. Ainda sobre o conceito de crime organizado. In: **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 274, set. 2015.
- ASSIS TOLEDO, Francisco de. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado**. Currículo Permanente. Caderno de Direito Penal: módulo 04. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal – 4ª Região, 2008.
- BARATTA, Alessandro. **Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal**: introducción a la sociología jurídico-penal. Trad.: Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 1982-2004.
- BARATTA, Alessandro. Mafia: rapporti tra modelli criminologici e scelte di politica criminale. In: MOCCIA, Sergio (a cura di). **Criminalità organizzata e risposte ordinamentali**: tra efficienza e garanzia. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 93-116.

BARBOSA, Paula Andrea Ramírez. Nuevas tendencias político-criminales en la lucha contra la criminalidad organizada. El modelo de Colombia en este ámbito. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). **Crime Organizado: tipicidade - política criminal - investigação e processo: Brasil, Espanha e Colômbia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63-104.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Lei 13.260/2016 é um ato terrorista à hermenêutica constitucional. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 mar. 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/academia-policia-lei-132602016-ato-terrorista-hermeneutica-constitucional#author>>. Acesso em 09 mai. 2017.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Trad.: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad.: Jorge Navarro, Daniel Jiménez e María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós Básica, 1986-1998.

BERMEJO MARCOS, Fernando. La globalización del crimen organizado. In: **Eguzkilore Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología**. San Sebastián, n. 23, dic. 2009, p. 99-115.

BICUDO, Hélio Pereira. **Meu depoimento sobre o Esquadrão da Morte**. São Paulo: Pontifícia Comissão de Justiça e Paz de São Paulo, 1976.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública**. Vol. 4. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 09 set. 1942.

BRASIL. Decreto nº 30.822, de 06 de maio de 1952. Promulga a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 09 maio 1952.

BRASIL. Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956. Define e pune o crime de genocídio. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 02 out. 1956.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 out. 1969.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jul. 1984.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul. 1990.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 jul. 1990b.

BRASIL. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 jun. 1991.

BRASIL. Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995. Revogada. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. **Diário Oficial da União**, Brasília, 04 maio 1995.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 04 mar. 1998.

BRASIL. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das instituições de operações financeiras e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2001.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 set. 2002.

BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 mar. 2004.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à

produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 ago. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 138058/RJ. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), julgado em 22 mar. 2011. **Informativo STJ**, Brasília, nº 0467, 21 a 25 mar. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 jul. 2012.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei 9.034, de 03 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 96007/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 12 jun. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 08 fev. 2013b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação penal nº 470/MG. Inteiro teor do acórdão do julgamento. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 17 dez. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 22 abr. 2013c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 38674/SP. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 24 abr. 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 05 maio 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos infringentes (décimos terceiros) na ação penal nº 470/MG. Inteiro teor do acórdão. Relator: Ministro Luiz Fux. Relator para o acórdão: Ministro Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 27 fev. 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 ago. 2014b.

BRASIL. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nºs 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3.983/DF. Inteiro teor do acórdão de recebimento parcial de denúncia. Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno, julgado em 03 mar. 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 mai. 2016b.

BUDÓ, Marília de Nardin et al. Manifestantes ou criminosos? A legitimação discursiva da tática *Black Bloc* como organização criminosa no jornalismo de revista. In: **Universitas JUS**, Brasília, v. 27, n. 2, 2016, p. 67-85.

CABANA, Patricia Faraldo. La fórmula de Radbruch y la construcción de una autoría mediata con aparatos organizados de poder. In: **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña**, nº 13, 2009, p. 145-163.

CABANA, Patricia Faraldo. Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el Código Penal Español. In: **Revista de Estudios de la Justicia**, nº 19, 2013, p. 13-45.

CALLEGARI, André Luís. Controle social e criminalidade organizada. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). **Crime organizado: tipicidade - política criminal - investigação e processo: Brasil, Espanha e Colômbia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-23.

CALLEGARI, André Luís et al. **O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à Lei de Terrorismo - de acordo com a Lei nº 13.260/2016**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

CANADÁ. **Criminal Code**. Consolidation. R.S.C., 1985, c. C-46. Ministry of Justice, 2017. Disponível em <<http://laws-lois.justice.gc.ca>>. Acesso em 05 maio 2017.

CANÊDO, Carlos Augusto. **O genocídio como crime internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Terrorismo e Direitos Fundamentais. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord). **Criminalidade organizada e criminalidade de massa: interferências e ingerências mútuas**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 19-30.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

CASADO, Letícia. Avanço do PCC para o Norte indica a cartelização do tráfico, diz procurador. **Folha de São Paulo**. Folha Online. Brasília, 09 jan. 2017. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1848122-avanco-do-pcc-para-o-norte-indica-cartelizacao-do-trafico-diz-procurador.shtml>>. Acesso em 02 abr. 2017.

CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. Organizações criminosas no direito penal brasileiro: o estado de prevenção e o princípio da legalidade estrita. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 24, out. - dez. 1998, p. 99-124.

CASTRO, Lolita Aniyar de. La sombra de el padrino (concepto criminológico del delito organizado). In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 42, jan. - mar. 2003, p. 307-316.

CAVALIERE, Antonio. A influência do direito penal europeu das orgnizações criminosas sobre o ordenamento italiano. Trad.: Rui Carlo Dissenha. In: GRECO, Luís; MARTINS,

Antonio (Org.). **Direito Penal como crítica da pena**: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 53-74.

CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio. **Crime Organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-crime. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. **El derecho penal de la empresa desde una visión garantista**. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2005.

CHAUÍ, Marilena. Direitos humanos e medo. In: FESTER, Antônio Carlos Ribeiro (Org.). **Direitos humanos e...** São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 15-35. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/humanismo/chau.html>> Acesso em 10 dez. 2016.

CIOTTI, Luigi. Formar a legalidade: a difusão de boas práticas sobre o território. In: DINO, Alessandra; MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello (org.). **Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa**. Trad.: Doris Cavallari; Letizia Zini. São Paulo: Editora UNESP, 2010, p. 287-295.

COMISSÃO DA VERDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Repressão política: origens e consequências do Esquadrão da Morte. In: **Relatório da Comissão da Verdade do Estado de São Paulo "Rubens Paiva"**. Tomo I. Parte I. [São Paulo], mar. 2015. Disponível em <<http://comissaoдавerdade.al.sp.gov.br/relatorio/tomo-i/parte-i-cap2.html>> Acesso em 24 abr. 2017.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho de 24 de outubro de 2008, relativa à luta contra a criminalidade organizada. **Jornal Oficial da União Europeia**, Luxemburgo, 11 nov. 2008. Disponível em <<http://eurlex.europa.eu/homepage.html?locale=pt>> Acesso em 12 fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 03 do Conselho Nacional de Justiça, de 30 de maio de 2006**. Recomenda a especialização de varas criminais para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos>>. Acesso em 04 nov. 2016.

COUNCIL OF EUROPE. **Organised crime situation report 2001**. Strasbourg, Dec. 2002. Disponível em <https://childhub.org/en/system/tdf/library/attachments/council_of_europe_2002_org.pdf?file=1&type=node&id=16446>. Acesso em 21 ago. 2016.

COUNCIL OF EUROPE. **Organised crime situation report 2005**: focus on the threat of economic crime. Strasbourg, Dec. 2005. Disponível em <<http://www.stopfakes.dk/media/80733/rp.pdf>>. Acesso em 21 ago. 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. Comentários aos artigos 31 a 40, 42 a 47, 66, 72 e 74. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Lei de drogas comentada**: artigo por artigo - Lei 11.343, de 23.08.2006. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 8ª ed. Salvador: Jus Podium, 2016.

DICKIE, John. **Cosa Nostra**: a history of the Sicilian mafia. St. Martin's Griffin: New York, 2005.

DOTTI, René Ariel. Um bando de denúncias por quadrilha. In: **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 174, maio, 2007.

DOTTI, René Ariel. A organização criminosa é uma forma qualificada do concurso de pessoas. In: **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 198, maio, 2009.

EL HIRECHE, Gamil Föppel. **Análise criminológica das organizações criminosas**: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do direito penal do inimigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ESPANHA. Código Penal y legislación complementaria. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, 03 nov. 2016.

ESPANHA. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, 23 jun. 2010.

ESTATUTO DO PCC prevê rebeliões integradas. **Folha de São Paulo**. Folha Online. Campinas, 19 fev. 2001. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u22521.shtml>>. Acesso em 02 abr. 2017.

ESTATUTO DO PCC tem 18 artigos e código de ética. **Correio Braziliense**. Brasília, 08 jan. 2017. Disponível em <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2017/01/08/internas_polbraeco,563986/estatuto-do-pcc-tem-18-artigos-e-codigo-de-etica.shtml>. Acesso em 02 abr. 2017.

ESTELLITA, Heloisa. **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa - Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 91, jul. - ago. 2011, p. 393-409.

EUROPEAN PARLIAMENT. **Treaty of Amsterdam**: amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 1997. Disponível em <<http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-en.pdf>>. Acesso em 08 mar. 2017.

FALCONE, Giovanni; PADOVANI, Marcelle. **Coisas da Cosa Nostra**: a máfia vista por seu pior inimigo. Trad.: Luís de Paula. Rio de Janeiro: Rocco, 1991-2012.

FARIA, José Eduardo. Violência e crise. In: **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 164, jul. 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. O conceito de crime organizado na Lei 9034. In: **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, v. 3, n. 31, p. 3, 1995.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. In: TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida et al. (Org.). **Repressão penal e crime organizado**: os novos rumos da política criminal após o 11 de setembro. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 226-266.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad.: Juarez Tavares et al. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989-2014.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Crime organizado e organizações criminosas mundiais**. Curitiba: Juruá, 2009.

FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada**: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte generale. 2ª ed. Bologna: Zanichelli, 1989.

FIANDACA; Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte speciale. Vol. 1. Terza edizione. Bologna: Zanichelli, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 71, mar. - abr. 2008, p. 11-30.

FOFFANI, Luigi. Criminalidad organizada y criminalidad económica. In: **Revista Penal**, n. 7, 2001, p. 55-66.

FORGIONE, Francesco. **Máfia Export**: como a 'Ndrangheta, a Cosa Nostra e a Camorra colonizaram o mundo. Trad.: Karina Jannini. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

FORGIONE, Francesco. **Zona Franca**: políticos, empresários e espões na república da 'Ndrangheta, a poderosa máfia calabresa. Trad.: Mário Fondelli. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Genocídio. In: **Revista de Direito Penal**, n. 9/10, p. 27 et seq., jan./jun. 1973.

FRANCO, Alberto Silva. Um difícil processo de tipificação. In: **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 21, set. 1994.

FREITAS, Ricardo. Direitos econômicos e sociais e criminalidade dos donos do poder: o direito penal e o desafio representado pela criminalidade dos poderosos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 107, mar. - abr. 2014, p. 121-145.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **O crime organizado na visão da Convenção de Palermo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo**. [S.l.: s.n.], 2009b. Disponível em <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090504104529281>. Acesso em 10 set. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Comentários aos artigos 1º e 2º da Lei 12.850/13 - Criminalidade Organizada**. [S.l.: s.n.], 2013. Disponível em <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932382/comentarios-aos-artigos-1-e-2-da-lei-12850-13-criminalidade-organizada>>. Acesso em 04 abr. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. Criminalidade econômica organizada. In: **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 55, ago. - set. 2013b, p. 18-41.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código Penal Português: anotado e comentado**. Legislação complementar. 15ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

GOODMAN, Marc. What business can learn from organized crime? In: **Harvard Business Review**. Nov. 2011. Disponível em <hbr.org/2011/11/what-business-can-learn-from-organized-crime/ar/1>. Acesso em 08 out. 2016.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 49, jul. - ago. 2004, p. 89-147.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão**. 13ª ed. São Paulo; Saraiva, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014. [E-book].

GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 12, out. - dez. 1995, p. 76-86.

GROS, Jean-Germain. Trouble in Paradise: crime and collapsed states in the age of globalization. In: **The British Journal of Criminology**, vol. 43, 2003, p. 63-80.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Construindo o sistema normativo de repressão ao terrorismo. In: **Direito Federal**, v. 23, n. 80, abr. - jun. 2005, p. 63-98.

HAGAN, Frank E. The organized crime continuum: a further specification of a new conceptual model. In: **Criminal Justice Review**, vol. 8, 1983, p. 52-57.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**: norma, interpretación, procedimiento; límites de la prisión preventiva. Trad.: Patrícia S. Ziffer. 2ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Trad.: Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Trad.: Eduardo Salazar Ortuño e Gonzalo Medina Schulz. In: **Derecho Penal y Criminología**. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, vol. 25, n. 76, 2004, p. 67-78.

HEFENDEHL, Roland. ¿La criminalidad organizada como fundamento de un derecho penal de enemigo o de autor? In: **Derecho Penal y Criminología**. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, vol. 25, n. 75, 2004b, p. 57-70.

HOBSBAWM, Eric J. Mafia. In: IANNI, Francis A. J.; REUSS-IANNI, Elizabeth (Org.). **The Crime Society**: organized crime and corruption in America. New York: Meridian, 1976, p. 90-98.

HOBSBAWN, Eric. **Bandidos**. Trad.: Donaldson M. Garschagen. 5ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1969-2015.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. 31ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1936-2009.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. Vol. IX: arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959.

IBÁÑEZ, Luis de la Corte; FRAMIS, Andrea Giménez-Salinas. **Crimen.org**: evolución y claves de la delincuencia organizada. Barcelona: Ariel, 2010.

ILLESCAS, Santiago Redondo. **In-tolerancia cero**: un mundo con menos normas, controles y sanciones también sería posible (y quizá nos gustaría más). Barcelona: Sello Editorial, 2009.

INGROIA, Antonio. Globalização, lavagem de dinheiro e máfia financeira. In: DINO, Alessandra; MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello (org.). **Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa**. Trad.: Doris Cavallari; Letizia Zini. São Paulo: Editora UNESP, 2010, p. 267-270.

INSOLERA, Gaetano. **Diritto penale e criminalità organizzata**. Bologna: Il Mulino, 1996.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Dez anos dos crimes de maio de 2006: a consolidação da política de extermínio frente a uma democracia meramente formal. In: **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 282, maio 2016.

INTERPOL. **Organized crime**. [S.l.: s.n.], 2017. Disponível em <<https://www.interpol.int/Crime-areas/Organized-crime/Organized-crime>>. Acesso em 04 fev. 2017.

ITALIA. Regio Decreto nº 1398, 19 ottobre 1930. Codice Penale. **Gazzetta Ufficiale Repubblica Italiana**, Roma, 26 ott. 1930, n. 251. Disponível em <<http://www.diritto24.ilsole24ore.com/guidaAlDiritto/codici/codicePenale>>. Acesso em 04 mar. 2017.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e Trad.: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Direito Penal Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JESUS, Damásio de. Criminalidade organizada: tendências e perspectivas modernas em relação ao direito penal transnacional. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 31, jul. - set. 2000, p. 137-143.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 106, jan. - fev. 2014, p. 47-90.

LEITE, Alaor. **Domínio do fato ou domínio da posição? Autoria e participação no direito penal brasileiro**. Curitiba: Centro de Estudos Professor Dotti, 2016.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

LUPO, Salvatore. **História da Máfia: das origens aos nossos dias**. Trad.: Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora UNESP, 1996-2002.

MACHADO, Renato Martins. **Do concurso de pessoas: delimitação entre coautoria e participação a partir da teoria do domínio do fato**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

MACIEL FILHO, Euro Bento. Quadrilha e afins: da parcimônia ao exagero. In: **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 257, abr. 2014.

MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho Penal**. Parte Especial. Vol. III. Trad.: José J. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1955.

MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. Prefácio. In: DINO, Alessandra; MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello (org.). **Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa**. Trad.: Doris Cavallari; Letizia Zini. São Paulo: Editora UNESP, 2010, p. 9-53.

MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. Criminalidade organizada e crime dos poderosos no Brasil. In: DINO, Alessandra; MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello (org.). **Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa**. Trad.: Doris Cavallari; Letizia Zini. São Paulo: Editora UNESP, 2010b, p. 215-235.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale**: parte generale. 3ª ed. Padova: CEDAM, 1992.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. Os atos preparatórios na nova Lei "Antiterrorismo". In: **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 284, jul. 2016.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

MCCLEAN, David. **Transnational organized crime**: a commentary on the UN convention and its protocols. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007.

MELIÁ, Manuel Cancio. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). **Crime Organizado**: tipicidade - política criminal - investigação e processo: Brasil, Espanha e Colômbia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 25-62.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à lei de combate ao crime organizado**. São Paulo: Atlas, 2014.

MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998.

MINGARDI, Guaracy. O trabalho da Inteligência no controle do crime organizado. In: **Estudos Avançados**, v. 21, n. 61, São Paulo, 2007, p. 51-69.

MOCCIA, Sergio. Prospettive non emergenziale di controllo dei fatti di criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale. In: MOCCIA, Sergio (a cura di). **Criminalità organizzata e risposte ordinamentali**: tra efficienza e garanzia. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 149-174.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A nova lei de organização criminosa - lei nº. 12.850/13. In: **Revista Direito UNIFACS**, n. 160, 2013. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2799/2039>>. Acesso em 04 abr. 2017.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal**: parte especial. 19ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. [E-book].

MUÑOZ CONDE, Francisco. La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración del pasado. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 100, jan. - fev. 2013b, p. 175-210.

NATIONAL ADVISORY COMMITTEE on criminal justice standards and goals. **Organized crime**: report of the task force on organized crime. Washington: U.S. Government Printing Office, 1976.

‘NDRANGHETA mafia ‘made more last year than McDonald’s and Deutsch Bank’. **The Guardian**. London, 26 Mar. 2014. Disponível em <<https://www.theguardian.com/world/2014/mar/26/ndrangheta-mafia-mcdonalds-deutsche-bank-study>>. Acesso em 15 jul. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [*E-book*].

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Concepto y método de la ciencia del derecho penal**. Madrid: Tecnos, 1999.

ORLOVA, Alexandra V.; MOORE, James W. "Umbrellas" or "building blocks"?: defining international terrorism and transnational organized crime in international law. In: **Houston Journal of International Law**, vol. 27, 2005, p. 267-310.

PACELLI, Eugenio. A Lei de Organizações Criminosas - 12.850/13. In: PACELLI, Eugenio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 5ª ed. Atlas: São Paulo, 2013.

PACHECO, Rafael. **Crime organizado**: medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2011.

PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad.: Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PALAZZO, Francesco. O princípio de determinação taxativa da lei penal. Trad.: Antonio Martins. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org.). **Direito Penal como crítica da pena**: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 485-494.

PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JR., Paulo José da. **Criminalidade organizada**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

PEZZINO, Paolo. **Le mafie**. Firenze: Giunti, 1999.

PINTO, Felipe Martins. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PISANI, Mario. Criminalità organizzata e cooperazione internazionale. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, 1998.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização criminosa**: nova perspectiva do tipo legal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PITRÈ apud LUPO, Salvatore. **História da Máfia**: das origens aos nossos dias. Trad.: Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora UNESP, 1996-2002.

PONTE, Leila Hassem da. **Genocídio**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 400, de 23 de setembro de 1982, alterado pela Lei nº 59, de 4 de setembro de 2007. Código Penal. **Diário da República**, Lisboa, n. 170, 04 set. 2007.

PRADEL, Jean. Rapport général. Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé. In: **Revue Internationale de Droit Pénal**. Section III, vol. 69, 3º et 4º trimestres, 1998, p. 643-671.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Especial. Vol. 3. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

REALE JÚNIOR, Miguel. Crime organizado e crime econômico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 13, jan. - mar. 1996, p. 182-190.

REBELIÕES, fugas e barbárie sem fim assombram presídios brasileiros. **Estado de Minas**. Belo Horizonte, 16 jan. 2017. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2017/01/16/interna_internacional,839962/rebelioes-fugas-e-barbarie-sem-fim-assombram-presidios-brasileiros.shtml> Acesso em 10 fev. 2017.

RESK, Felipe. Black blocs detidos serão indiciados por organização criminosa. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 13 jan. 2016. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,black-blocs-serao-indiciados-por-organizacao-criminosa,1820931>> Acesso em 09 mai. 2017.

ROSA, Alexandre Morais da; CONOLLY, Ricardo. Juiz sem Rosto e com Medo: a questão da Lei nº 12.694/12. **Empório do Direito**, [s.l.], 29 mar. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/juiz-sem-rosto-e-com-medo-a-questao-da-lei-no-12-6942012-por-alexandre-morais-da-rosa-e-ricardo-conolly/>> Acesso em 02 dez. 2016.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal**. Trad.: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1963-2000.

ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Trad.: Justa Gómez Navajas. In: **Revista de Estudios de la Justicia**, n. 7, 2006, p. 11-22.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**: introdução a uma leitura externa do Direito. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Dos tipos plurissubjetivos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de Direito Penal**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SALLA, Fernando. Considerações sociológicas sobre o crime organizado no Brasil. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 71, mar. - abr. 2008, p. 364-390.

SÁNCHEZ, Alfredo Chirino. Intervenciones informativas como medio de combate de la criminalidad organizada. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org.). **Direito Penal como crítica da pena**: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 93-118.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime organizado. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 42, jan. - mar. 2003, p. 214-224.

SÃO PAULO sob ataque. Direção: Rodrigo Astiz. Documentário. São Paulo: Discovery Channel Brasil, 2009. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=HzdJRhjvnLE>>. Acesso em 11 jan. 2017.

SAVONA, Ernesto U. Processi di globalizzazione e criminalità organizzata transnazionale. In: **Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia**. Criminologia, v. 3. Milano: Giuffrè, 2000.

SCARPINO, Salvatore. **Storia della mafia**. Milano: Fenice 2000, 1994.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHILLING, Flávia. Corrupção, crime organizado e democracia. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 36, out. - dez. 2001, p. 401-409.

SHIMIZU, Bruno. **Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas**: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

SCHÜNEMANN, Bernd. El tempestuoso desarrollo de la figura de la autoría mediata. In: **Derecho Penal y Criminología**. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, vol. 25, n. 75, 2004, p. 27-42.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais penais da Lei nº 12.850/13**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Juary C. **A macrocriminalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

SILVA, Luciano Filizola da. A tipicidade do extermínio ou o extermínio da tipicidade? Uma análise da Lei 12.720/2012. In: **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 243, fev. 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A segurança como critério de estipulação de crimes. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org.). **Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012**. Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 649-659.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Os limites da imputação do crime de formação de quadrilha ou bando. In: **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 242, jan. 2013.

SOARES, Luiz Eduardo. Crime Organizado. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 405-412.

SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas**. São Paulo: Atlas, 2015.

SPAGNOLO, Giuseppe. Ai confini tra associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, 1989, p. 1731-1741.

SPAGNOLO, Giuseppe. Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive. In: **Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia**. Vol.1. Milano: Giuffrè, 2000.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco: versão sem cortes**. Trad.: Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

THIEVES by law (Ganavim Ba Hok). Direção: Alexander Gentelev. Roteiro: Alexander Gentelev e Christian Schulz. Documentário. [S.l.], 2010. 90 minutos. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=imNE5CEjZW4>>. Acesso em 14 dez. 2016.

TRANFAGLIA, Nicola. Criminalidade e política: alguns exemplos. In: DINO, Alessandra; MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello (org.). **Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa**. Trad.: Doris Cavallari; Letizia Zini. São Paulo: Editora UNESP, 2010, p. 117-124.

UNITED NATIONS. **United Nations Convention Against Transnational Organized Crime**. New York, 15 Nov. 2000. Declarations and Reservations. Disponível em <<https://treaties.un.org/>>. Acesso em 12 nov. 2016.

UNODC. **Results of a pilot survey of forty selected organized criminal groups in sixteen countries**. Global Programme Against Transnational Organized Crime. United Nations Office on Drugs and Crime, [S.l.], Sept. 2002. Disponível em <https://www.unodc.org/pdf/crime/publications/Pilot_survey.pdf>. Acesso em 21 ago. 2016.

UNODC. **Disposiciones Legislativas Modelo sobre la Delincuencia Organizada**. Viena: United Nations Office on Drugs and Crime, 2016. Disponível em <https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/12-54934_Ebook_S.pdf>. Acesso em 08 mar. 2017.

UNODC. **Implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime: Needs Assessment Tools**. Vienna: United Nations Office on Drugs and Crime, 2016. Disponível em <https://www.unodc.org/documents/organized-crime/tools_and_publications/16-02938_eBook.pdf>. Acesso em 08 mar. 2017.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. A investigação do crime organizado: buscas domiciliárias nocturnas, o agente infiltrado e intervenção nas comunicações. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord). **Criminalidade organizada e criminalidade de massa: interferências e ingerências mútuas**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 159-184.

VALIANTE, Mario. L'avvocato dei mafiosi (ovvero Il concorso eventuale di persone nell'associazione criminosa). In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, 1995, p. 820-832.

VARELLA, Drauzio. **Carcereiros**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

VERGUEIRO, Luiz Fabrício Thaumaturgo. **Terrorismo e crime organizado**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

VIGNA, Piero Luigi; DELL'OSSO, Pier Luigi Maria; LAUDATI, Antonio. **Sistema criminale ed economia**. Padova: CEDAM, 1998.

VITO, Gennaro F.; MAAHS, Jeffrey R. **Criminology: theory, research and policy**. 3rd ed. Sudbury: Jones & Bartlett Learning, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La corrupción: su perspectiva latinoamericana. In: OLIVEIRA, Edmundo (Org.). **Fórum internacional de criminología crítica**. Belém: Edições CEJUP, 1990, p. 371-381.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. In: BATISTA, Nilo (org.). **Discursos Seduciosos: Crime, Direito e Sociedade**, ano 1, vol. 1, 1996, p. 45-67.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume**. Teoria Geral do Direito Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1: Parte Geral. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.