



**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO
PAULO DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL, MEDICINA
FORENSE E CRIMINOLOGIA - DPM**

**A IMPOSSIBILIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO DE DELITOS
ASSOCIATIVOS PELA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NE BIS IN
IDEM**

Uma análise típica dos injustos que compõem o rol de delitos associativos e porque a sua imputação em concurso formal não é possível.

Steffano Ferreira da Costa

Nº USP: 11849911

São Paulo - SP

2024

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO
PAULO DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL, MEDICINA
FORENSE E CRIMINOLOGIA - DPM**

**A IMPOSSIBILIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO DE DELITOS
ASSOCIATIVOS PELA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NE BIS IN
IDEM**

Uma análise típica dos injustos que compõem o rol de delitos associativos e porque a sua imputação em concurso formal não é possível.

Trabalho de conclusão de curso (Tese de Láurea) apresentado ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia - DPM da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito, conforme o CG-FD nº 01/2023.

Área: Direito Penal

Orientador: Alamiro Velludo Salvador Netto

Steffano Ferreira da Costa

Nº USP: 11849911

São Paulo - SP

2024

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é demonstrar a impossibilidade de concurso formal entre delitos associativos em razão da necessária incidência do princípio do *Ne bis in idem*, dado que a partir da análise dos elementos típicos que compõem os injustos analisados, verifica-se que tais delitos são detentores do mesmo núcleo essencial típico, resultando no tríplice identidade de *sujeito, fato e fundamento* que enseja o reconhecimento da dupla punição pelo mesmo fato.

Palavras-chave: Concurso formal, associação criminosa, organização criminosa, delitos associativos.

ABSTRACT

The objective of the present work is to demonstrate the impossibility of formal concurrence between associative crimes due to the necessary application of the principle of *Ne bis in idem*, given that from the analysis of the typical elements that compose the examined wrongs, it is verified that such crimes possess the same essential typical nucleus, resulting in the triple identity of subject, fact, and basis that warrants the recognition of double punishment for the same act.

Keywords: Formal concurrence, criminal association, criminal organization, associative crimes.

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho aos meus pais, Pedro e Neia, que além de serem os mais sábios juristas, são os responsáveis diretos por todas as conquistas acadêmicas, pessoais e profissionais que eu tive ou terei. Sem o imensurável esforço de vocês, nada disso seria possível. Agradeço também os meus familiares Cleice, Luciano, Lucineia, Cleusa, Maria e Andressa, por todo o afeto e consideração. Exprimo também a minha gratidão a todas as pessoas que, de alguma forma, marcaram os meus anos de faculdade. Além de colegas de sala, Thales, Fabrício, Lucas, Felix, Felipe, Pedro, Lorenzo, André, Gabriel e Ricardo são grandes amigos que a São Francisco me presenteou. Além disso, impossível não mencionar todas as pessoas que, até então, fizeram parte da minha curta carreira profissional. Agradeço imensamente Dora Cavalcanti, Paula Sion e Luiza Ferreira, por toda a confiança em mim depositada e por terem aberto às portas da advocacia criminal. Aos advogados Gabriel Holtz, Pollyana Soares, Cristiane Costa, Helena Cabreira, Nicole Mizrahi e Ana Carolini Capanna por todos os preciosos conselhos, lições, broncas e por quase serem a minha família em São Paulo. Ao professor Alamiro pela disposição em orientar este TCC e por ser um dos principais responsáveis pelo meu interesse acadêmico e profisional com o Direito Penal. Por fim, gostaria de dedicar um agradecimento especial a advogada e professora Raquel Lima Scalcon que, além de ser uma das minhas maiores referências, é uma grande amiga que o CavalcantiSion me apresentou.

A todos, o meu muito obrigado.

**LISTA DE
ABREVIATURAS**

Art: Artigo

CP: Código Penal

Nº: Número

p.: Página

Cf.: Conforme

Op. cit.: *Opus Citatum* (Obra anteriormente citada)

Apud.: citado por

E.: Egrégio

STJ: Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO
		08
2.	OS DELITOS ASSOCIATIVOS E ANÁLISE DA SUA TIPIFICAÇÃO
		16
2.1.	Considerações iniciais sobre os bens jurídico-penais tutelados pelas normas penais incriminadoras dos delitos associativos
		16
2.2.	Do delito de Associação Criminosa
		20
2.3.	Do delito de Organização Criminosa
		23
2.4.	Da tipificação das associações voltadas a crimes específicos
		22
2.4.1.	Do delito de <u>Milícia Privada</u>
		28
2.4.2.	<u>Do delito de Associação para o tráfico de drogas e da Associação para a prática de crimes hediondos</u>
		29
3.	DO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM
		31
4.	<u>NÃO RECONHECIMENTO DO BIS IN IDEM PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: O JULGADO PARADIGMA</u>
		34
5.	CONCLUSÃO
		36
	REFERÊNCIAS
		37

1. INTRODUÇÃO:

A convivência social implica em interações entre indivíduos com comportamentos, perspectivas e interesses diversos, de maneira que o “conviver”, na acepção de Niklas Luhmann,¹ importa em considerar as múltiplas possibilidades de condutas e decisões humanas. Contudo, a ausência de uma mínima segurança de que os comportamentos de terceiros não serão lesivos, impede a existência de um convívio social pacífico. A complexidade e imprevisibilidade das condutas individuais tornam-se impeditivas da tomada de uma decisão segura em decorrência da impossibilidade de se prever qualquer ação humana e o seu resultado.

Nesse contexto, o Direito desempenha o papel de facilitar a convivência social por meio de normas jurídicas, reduzindo a imprevisibilidade dos comportamentos humanos através do estabelecimento de determinados padrões de conduta e das consequências decorrentes de comportamentos desviantes que transgridam as expectativas coletivas.

O Direito Penal, segundo o pensamento de Günther Jakobs,² seria detentor da função primordial de reafirmar as expectativas ao punir comportamentos transgressores, garantindo a vigência das normas correspondentes às expectativas sociais, ou seja, cabe ao Direito Penal assumir papel reativo, reafirmando a validade da norma violada através da aplicação de sanções ao transgressor.

Apesar do brilhantismo do pensamento funcionalista-sistêmico de Jakobs, cada vez mais o Direito Penal vem acentuando a sua função reativa e passando a exercer um papel de prevenção de delitos através da antecipação do efetivo dano a bens-jurídicos pela criminalização de condutas potencialmente nocivas.

O aumento do potencial lesivo da criminalidade e a disseminação de uma cultura do medo dão causa a um recrudescimento do sistema penal que, em verdadeira inflação legislativa, passa a atuar, não apenas, em sua função de prevenção positiva, mas também na antecipação de possíveis lesões a bens jurídicos através da repressão da ameaça em

¹ LUHMANN, Niklas. 1996. *Confianza*. Barcelona, Anthropos.

² JAKOBS, Günther. Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

sua fase inicial, atuação essa que enseja a crescente tipificação dos chamados *Crimes de Perigo* ou de *Mera Conduta*, onde a simples exposição do bem jurídico a risco relevante é fundamento que justifica a intervenção estatal.

Observa-se tal antecipação de tutela, principalmente, nos chamados *Crimes contra a paz pública*, presentes no título IX do ainda vigente Código Penal de 1940, cujo bem jurídico protegido é o controverso conceito de *Paz Pública*, entendido como o genérico “sentimento de tranquilidade e segurança imprescindíveis à convivência social.”³ O legislador, com todo o seu ímpeto de proteção social, pune a preparação para o cometimento de eventuais crimes por considerar que o risco de dano a coletividade é suficiente para justificar a incriminação.

Nesse contexto, possuem ríspida tutela penal os *Delitos Associativos*, por serem considerados detentores de maior periculosidade social, dado que a pluralidade de agentes facilita, aumenta o dano ocasionado ou, até mesmo, torna possível a execução de certos crimes que seriam impossíveis de serem cometidos por um único agente.

Não há ineditismo na dogmática e política criminal acerca da discussão sobre a pluralidade de agentes. O estudo acerca do concurso de pessoas vem sendo desenvolvido desde o período romano, apesar de apenas se desenvolver de forma sistemática a partir de pensadores como Decianus⁴ e Covarrubias.⁵ Por sua vez, ainda no século XIX, Scipio Sighele⁶ destacou o risco que as agremiações criminosas representavam para o meio social. Asseverava, o autor italiano, a especial gravidade de tais crimes em razão da facilidade de execução do intento criminoso que, em conjunto com o maior dano ocasionado ao bem jurídico atacado, justificava a adoção de medidas preventivas e repressivas adequadas para que tais condutas fossem coibidas, dentre elas, a aplicação obrigatória de agravante pela prática de crime em pluralidade de agentes.

No entanto, cabe ressaltar que mesmo antes da difusão do pensamento do autor

³ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crime Organizado e Proibição da Insuficiência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 148.

⁴ SCHAFFSTEIN, Frederico. *La ciéncia europea Del derecho penal en la época Del humanismo*. Trd. Jose Maria Rodrigues Devessa. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957, p. 94.

⁵ SCHAFFSTEIN, Frederico. *La ciéncia...*, op. cit., p. 169.

⁶ Cf. *La foule criminelle: essai de psychologie collective*.

italiano, a legislação brasileira já reconhecia a gravidade do acordo de pessoas para a prática de crimes. O Código Penal de 1830, no artigo 16, item 17, já considerava como circunstância agravante “*ter precedido ajuste entre dous ou mais individuos para o fim de commetter-se o crime*”.⁷ Da mesma forma, o Código Penal de 1890 já previa como agravante o ajuste entre dois ou mais indivíduos para a execução do crime.⁸

Em interpretação ao ordenamento pátrio, João Vieira de Araujo, valendo-se das ideias de Jeremy Bentham, indica que a opção do legislador brasileiro em punir mais severamente os delitos cometidos por intermédio de agremiações criminosas se dá em razão do maior perigo social ocasionado pela pluralidade de agentes, consubstanciado na: (i) maior facilidade de execução do crime; (ii) dificuldade dos meios aptos a impedi-lo e; (iii) maior dificuldade de realização de eventual reação da vítima para se defender.⁹

Muito mais gravosa é a importância dada à agremiação criminosa pelo Código Penal de 1940 que, de maneira diversa das legislações anteriores, adotou a ideia advinda do Código Penal Francês de 1810 de que os crimes cometidos por uma pluralidade de agentes não deveriam constituir uma agravante genérica,¹⁰ mas sim elemento qualificador de determinados tipos penais, a exemplo dos crimes de furto¹¹ e roubo,¹² e ensejador do

⁷ BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Publicada na Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça em 08 de janeiro de 1831. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 4 jun. 2024.

⁸ Art.17: Os agentes do crime são autores ou cumplices. BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 04 jun.2024.

⁹ Em menção ao entendimento de Bentham, João Vieira de Araujo afirma que: “O espírito antes de tudo, diz elle, trata de comparar os meios de ataque e de defesa e conforme se julga o crime mais ou menos facil, a inquietação é mais ou menos viva. Eis aqui uma das razões que elevam o mal de um acto de brigandage (de um grupo de malfeiteiros), muito acima do mal de um acto de furto ou gatunice, a força atinge muitas cousas que estariam ao abrigo da astucia.” (...) “O legislador considerando mais terrivel a pluralidade de criminosos, porque offerecia maior perigo social, considerou circunstancia agravante a pluralidade (ajuste)”. Código penal comentado theorica e praticamente, pp. 129-130.

¹⁰ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958, Vol. IX, p.174.

¹¹ Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: (...) § 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: (...) IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas. BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Promulga o Código Penal. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05.06.2024.

¹² Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: (...) § 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: (...) II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Promulga o Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05.06.2024.

aumento de pena em outros, como no crime de constrangimento ilegal.¹³

Além disso, segundo Cláudia Cristina Barrilari, o legislador de 1940 entendeu por presumir considerável grau de periculosidade em determinadas formas de participação,¹⁴ razão pela qual o artigo 62 do referido dispositivo legal prevê o agravamento da pena aplicada ao agente que: (i) promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; (ii) coage ou induz outrem à execução material do crime; (iii) instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; (iv) executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.¹⁵

No entanto, o mero aumento de pena pela pluralidade de agentes foi considerado insuficiente em seu papel de repressivo e preventivo. O ímpeto repressivo sobre o acordo de pessoas para a prática criminosa atingiu o seu último estágio com a criação do tipo penal de *Quadrilha ou Bando* que, em sua antiga redação, passava a punir, a associação de mais de três pessoas para o cometimento de crimes.¹⁶

Apesar da inquestionável notoriedade do risco social ocasionado pelo crime organizado, o advento de uma sociedade tecnológica e massificada, marcada muitas vezes pela capacidade de ocultação de dados através do anonimato e outras ferramentas que tornam difícil a identificação do autor de determinada conduta trouxe à tona a insuficiência da mera agravante de concurso e do, até então, tipo penal existente na repressão de condutas que, na maioria das vezes, são cometidas por grupos extremamente

¹³Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: (...) § 1º - As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas. BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Promulga o Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05.06.2024.

¹⁴BARRILARI, Claudia Cristina. *O Crime de quadrilha ou bando à luz da teoria do bem-jurídico penal*. Tese (Mestrado em Direito Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 83. 2008.

¹⁵Veja-se o artigo 62 do CPB. BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Promulga o Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05.06.2024.

¹⁶Artigo 288 (redação antiga) do Código Penal: Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes. Pena: reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único: A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado. BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Promulga o Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 05.06.2024.

organizados, estruturados hierarquicamente e que tem sua capacidade lesiva potencializada pelos reflexos da globalização.

Não obstante a presença do tipo penal de *quadrilha ou bando*, que após *mutationominis delicti* passou-se a se chamar *Associação Criminosa*, a globalização, que nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias se coloca como terreno fértil a produção de danos capazes de “*serem produzidos em tempo e em lugar largamente distanciados da ação que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida,*”¹⁷ tornou indispensável o recrudescimento do sistema penal através do advento de novos delitos associativos.

Segundo Rodrigo de Grandis, a supressão de fronteiras ocasionada pela evolução do tráfico de dados tornou possível que uma pluralidade de agentes, atuando em conjunto em diferentes partes do globo, perpetuasse crimes de altíssima lesividade sem que sequer fosse necessário o deslocamento físico de um dos seus membros como, por exemplo, nos crimes cometidos em face do sistema financeiro nacional e internacional.¹⁸

Ante a notória danosidade e dificuldade de se impedir crimes de caráter transfronteiriço, tornou-se evidente que o esforço isolado dos países seria inútil no combate ao *crime global*. A solução encontrada foi a harmonização dos ordenamentos jurídicos dos diversos países que compõem a comunidade internacional e a criação de instrumentos legais aptos ao enfrentamento dessas novas práticas.

Através de tal atuação conjunta, foram elaboradas e promulgadas a Convenção de Palermo, principal instrumento de combate ao crime organizado transnacional,¹⁹ Convenção de Viena, sobre o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas,²⁰ Convenção de Mérida, considerado o maior texto juridicamente

¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*, cit., t. 1, p. 134-135.

¹⁸ DE GRANDIS, Rodrigo. A imputação nas organizações empresariais. Tese (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, p. 91-92. 2014.

¹⁹ BRASIL. Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a convenção das nações unidas contra o crime organizado transnacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 05.06.2024.

²⁰ BRASIL. Decreto n.º 154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em: 05.06.2024.

vinculante de luta contra a corrupção,²¹ a criação do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI/FATF) com a elaboração dos *Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação* ou, simplesmente, *As recomendações do GAFI*,²² além de diversas outras iniciativas de caráter supranacional.

Não obstante a promulgação dos referidos acordos internacionais, o ímpeto de proteção à *Paz Pública* fez com que, em notória inflação legislativa, fossem criados novos tipos penais voltados à inibição das agremiações criminosas, sendo que muitas dessas figuras partilham dos mesmos elementos, sendo inevitável a sua confusão.

Encontram-se, atualmente, diversos delitos associativos no tipificados no Código Penal e em Legislações complementares. Citem-se os tipos penais de Organização Criminosa,²³ Associação Criminosa,²⁴ Associação para o tráfico de substâncias

²¹ BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 05.06.2024.

²² As recomendações do GAFI - Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação. Aprovadas e adotadas em 15 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/translations/Recommendations/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf.coredownload.inline.pdf>. Acesso em: 05.06.2024.

²³ Artigo 1º, § 1º, da Lei n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013: 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. O tipo penal está estampado no artigo 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, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa. 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 nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 05.06.2024.

²⁴ Artigo 288 do Código Penal: 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.

entorpecentes,²⁵ Associação para o genocídio,²⁶ Milícia Privada²⁷ e Lavagem de dinheiro praticada por intermédio de grupo, associação ou escritório.²⁸

Em análise ao processo de alteração do tipo penal de Associação Criminosa e criação do crime de Organização Criminosa, vê-se com clareza o recrudescimento do tratamento dado pelo legislador brasileiro aos delitos associativos.

A redação original do tipo de *Quadrilha ou Bando* perdurou até as diversas alterações legislativas que cominaram na edição da Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13) que, além de aumentar a incidência penal do crime previsto no artigo 288 do Código Penal, diminuindo a quantidade mínima de agentes para a sua configuração (quatro para três) e prevendo causa de aumento específica pela participação de criança ou adolescente, considerou a, então rebatizada, *Associação Criminosa* inadequada a repreensão de agrupamentos criminosos modernos dotados de maior complexidade, estrutura organizacional mais elaborada, divisão de funções, hierarquia definida, regras internas e continuidade no tempo.

Dessa forma, por considerar que tais agremiações mais complexas deveriam ser tratadas com mais rigor do que um “simples” agrupamento criminoso, o legislador pátrio

²⁵ Artigo 35 da Lei nº 11.343/2006: 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. 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 05.06.2024.

²⁶ Artigo 2º da Lei nº 2.889/1956: Associaram-se mais de 3 (três) pessoas para a prática dos crimes mencionados no artigo anterior. Pena: Metade da cominada aos crimes ali previstos. BRASIL. Lei nº 2.889, de 01 de outubro de 1956. Define e pune o crime de genocídio. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2889.htm. Acesso em: 05.06.2024.

²⁷ Artigo 288-A do Código Penal: “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”.

²⁸ Artigo 1º, § 2º, II, da Lei nº 9.613/1998: Incorre, ainda, na mesma pena quem: II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei. 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 05.06.2024.

optou por criar o tipo penal das *Organizações Criminosas*.

Apesar da indiscutível necessidade de repressão do crime organizado, o anseio por coibir a prática de tais condutas não pode ser o motor de um excesso punitivo e, em última instância, da violação dos próprios princípios estruturantes do ordenamento jurídico.

Em análise aos elementos que compõem a sua estrutura, imprescindível aferir que todas as figuras que compõem o rol de *Delitos Associativos* possuem íntima correlação, dado que partilham da mesma conduta nuclear típica que, apesar dos diferentes termos presentes na redação de cada injusto, manifestam o mesmo sentido: O de *Associar-se* ou *Integrar* grupamento criminoso.

Ao tomar como exemplo as duas principais figuras típicas, *Associação Criminosa* e *Organização Criminosa*, vê-se de plano que o primeiro delito constitui arcabouço o mínimo para a constituição do segundo, sendo aquele apenas uma modalidade criada para que as agremiações dotadas de maior complexidade fossem punidas mais severamente.

Ainda nesse ponto, verifica-se que as diversas outras figuras típicas presentes no ordenamento brasileiro possuem o mesmo núcleo elementar típico, sendo que por opção ou simplesmente má técnica legislativa, o legislador pátrio criou ilícitos que partilham da mesma tríplice identidade de sujeito, fato e fundamento da incidência penal.

Conclusão lógica, é admitir a impossibilidade de concurso formal entre tais crimes, eis que se já subsiste uma acusação por um *Delito Associativo*, imputar-lhe simultaneamente a prática de outro seria reconhecer uma duplidade de responsabilização penal pelo mesmo fato.

Entretanto, esse não parece ser o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que em diversos casos manifestou-se no sentido de que o concurso formal entre *Delitos Associativos* não implica o reconhecimento do *Bis in idem*, dado que se está diante de tipos penais autônomos, com momentos consumativos e elementos subjetivos distintos

e que, segundo o tribunal, visam à proteção de bens jurídicos diferentes.²⁹

Apesar da sua massiva reiteração, faz-se fundamental ressaltar a ineptidão ou inadequação dos argumentos utilizados pelo E. Tribunal para que não se configure a dupla responsabilização penal pelo mesmo fato.

Assim, a presente tese de láurea pretende demonstrar que, após profunda análise dos elementos que compõem cada tipo penal, bem como do bem jurídico por eles tutelado, é inviável o concurso formal entre *Delitos Associativos* por inevitável violação ao princípio do *Ne Bis In Idem*.

2. OS DELITOS ASSOCIATIVOS E ANÁLISE DA SUA TIPIFICAÇÃO:

2.1. Considerações iniciais sobre os bens jurídico-penais tutelados pelas normas penais incriminadoras dos delitos associativos:

Conforme anteriormente mencionado,³⁰ a doutrina é uníssona em afirmar que os “Crimes contra a paz pública”, presentes no título IX do vigente Código Penal brasileiro têm como bem jurídico tutelado a “paz pública”.

Apesar de controversa a legitimidade de tipificação de um delito apenas com base na suposta ofensa à “paz pública”, eis que, em última instância, todos os bens jurídico-penais almejam a tutela do imprescindível sentimento de paz social e confiança nas relações humanas, o uso do vago conceito de “paz pública” que permeia o referido bem jurídico-penal não é uma “jabuticaba brasileira”. Em breve análise de legislação comparada, percebe-se que tal conceito encontra ressonância em diversos outros ordenamentos jurídicos, como da Argentina, França, Portugal, Alemanha e Itália.

²⁹ Cito os seguintes julgados: STJ - AgRg no AREsp: 1593941 TO 2019/0291937-2, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 22/09/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/09/2020.

STJ - HC: 712024 PB 2021/0395675-6, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNICK, Data de Publicação: DJ 10/05/2022 HC 339.414/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/11/2016

³⁰ Vide p. 10

Primeiro ordenamento a punir de maneira autônoma a mera participação em agrupamento criminoso, o Código Penal Francês de 1810 fazia referência em seu artigo 265, ao crime de associação de malfeiteiros que, após a promulgação da lei de 18 de dezembro de 1893, teve sua redação alterada de maneira que qualquer associação, independentemente o número de agentes, voltada à prática de crimes passou a constituir um crime “*contre la paix publique*”.³¹

Observa-se o uso da mesma expressão no Código Penal português, que em segunda seção pormenoriza os tipos penais que compõem os “*crimes contra a paz pública*”.³²

O ordenamento jurídico italiano, por exemplo, faz uso da expressão “ordem pública” que, segundo os ensinamentos de Luciano Anderson de Souza, denota a noção de “coexistência harmônica dos cidadãos sob a soberania estatal”, enquanto a expressão “Paz pública” representaria a “tranquilidade pública, ou seja, o sentimento de segurança”.³³ De igual maneira, o Código Penal argentino, em seu oitavo título, faz a capitulação dos chamados “*delitos contra el orden público*”³⁴ e o Código Penal alemão tem em sua sétima seção também os delitos contra a “ordem pública” (“*Straftaten gegen die öffentliche Ordnung*”).³⁵

Apesar da sutil diferença nas expressões “paz pública” e “ordem pública”, a opção de cada código por uma das duas terminologias não é desprovida de sentido jurídico. Consoante Edgard Magalhães Noronha, a expressão “paz pública”, denominação escolhida pelo nosso ordenamento jurídico, é mais adequada pois a expressão “ordem pública” é excessivamente abrangente e vaga, vez que todo crime acaba por lesar a ordem

³¹ FRANÇA. LOI du 18 décembre 1893 sur les associations de malfaiteurs. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/download/securePrint?token=sXY!pYnG5gdq8kcLnGVt>. Acesso em: 07.06.2024.

³² PORTUGAL. Decreto-Lei nº 48/95. Aprova o Código Penal. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>. Acesso em: 07.06.2024.

³³ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal: parte especial: vol. 4: arts. 235 A 311-A do CP*. 2ª Edição. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2021. pág. 473.

³⁴ ARGENTINA. Ley nº 11.179, de 29 de octubre de 1921. Código Pernal de la nacion. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-11179-16546/texto>. Acesso em: 07.06.2024.

³⁵ ALEMANHA. Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998.

Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html#BJNR001270871BJNG004402307>. Acesso em: 07.06.2024.

pública e a harmonia das relações sociais.³⁶No mesmo sentido, Damásio de Jesus indica ser inadequada a terminologia “ordem pública”, dado que “*toda infração penal ofende a ordem pública, uma vez que causa dano ou perigo de dano a bens e interesses considerados indispensáveis ao convívio social.*”³⁷

De maneira diversa, Paulo José da Costa Jr. indica que ambas as denominações empregas são adequadas “*por constituírem o verso e o anverso da mesma medalha. Optar por este ou por aquele nomen juris é uma questão de preferir a angulação objetiva, ou a subjetiva*”.³⁸

Nesse sentido, inobstante a aceitação e uso de tal bem jurídico-penal em diversos ordenamentos jurídicos nacionais, nos cabe aqui questionar a legitimidade das normais penais incriminadoras pautadas apenas na tutela da paz pública.

Em análise ao núcleo dos tipos penais que compõem o rol de delitos associativos, tem-se evidente a opção do legislador pátrio em punir, através da inserção de tal conduta no próprio tipo penal, a preparação para o cometimento de outros crimes, eis que a gravidade do potencial dano causado à coletividade justifica a incriminação de tais “atos preparatórios”.

Em consonância com tal entendimento, Noronha esclarece que:

“*A punição dos fatos integrantes do capítulo é inspirada mais em motivo de prevenção; é com o fim de conjurar maiores males que o legislador os pune e reprime, (...) Em tal emergência, como já se escreveu, a impaciência do legislador se antecipa e não espera que o propósito delituoso se consuma, punindo, em última análise, a intenção, o projeto delituoso. São quase todos esses crimes autênticos atos preparatórios e a razão de puni-los está no relevo que o legislador dá ao bem ameaçado ou porque sua frequência está a indicar a necessidade da repressão, em qualquer caso, em nome da paz social.*”³⁹

³⁶ NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal; Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 1986. Vol. 4, pág. 84

³⁷ JESUS, Damásio de. Direito penal; Parte Especial. 24ª Edição. São Paulo: Saraiva, v. 3, p. 449.

³⁸ COSTA JR., Paulo José da. Comentários ao Código Penal; Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 2, pág. 874

³⁹ NORONHA, Edgard Magalhães. Direito penal, v. 4, op. cit. p. 77.

Emerge, portanto, de parte da doutrina o entendimento de que a tipificação de delitos associativos representaria verdadeira antecipação excepcional da tutela penal para momento anterior a prática de qualquer crime, vez que, em observância ao *iter criminis*, estar-se-ia em momento de preparação da execução, ou até mesmo, na etapa de cogitação dos delitos que eventualmente seriam cometidos.

Nessa linha de raciocínio, Cezar Roberto Bittencourt indica que os injustos elencados no rol que compõem os crimes contra a paz pública têm por objetivo a prevenção de “*graves ofensas à ordem social coletiva, visto que no bojo de qualquer das três figuras típicas que mencionamos*[incitação (art. 286); apologia (art. 287) e Associação criminosa (art. 288)] *há a possibilidade de toda sorte de infrações penais que se pretende evitar*”,⁴⁰ou seja, em nenhum dos crimes contra a paz pública tem-se um ataque direto a algum bem jurídico de forma a ensejar a criminalização da conduta, sendo imperioso reconhecer que tais condutas caracterizariam, quando muito, meros atos preparatórios, impassíveis de ser objeto de repressão penal.

Assevera, ainda, que tal incriminação foi realizada em razão da importância atribuída aos bens jurídicos ameaçados por tais atos, tendo em vista o próprio perigo ocasionado pelos atos do agrupamento criminoso ou simplesmente pela sua existência, ou seja, para Bittencourt, a opção legislativa de tipificação das agremiações criminosas decorre da relevância do bem jurídico tutelado, quando se torna necessário punir não apenas o eventual dano ocasionado, mas também o próprio perigo de produção desse dano, ou quando não se tratar de bem jurídico tão relevante, que tais ações sejam punidas pela sua repetição ou pelo risco ocasionado pelo grupamento criminoso.⁴¹

Por sua vez, Sheila Jorge Sallim de Sales expõe o proeminente entendimento de que a criminalização dos agrupamentos voltados à prática de crimes justifica-se pela necessidade de impedir a formação de associações intrinsecamente incompatíveis com o desenvolvimento de uma sociedade pacífica, além de indicar que, em raciocínio desenvolvido sob os conceitos de “ordem pública” e “paz pública”, o referido tipo penal

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal comentado. 10ª Edição, São Paulo: Saraiva educação, 2019. Pág. 2075.

⁴¹BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal comentado. Op. cit, Pág. 2076

tem sua atuação adstrita ao momento anterior à lesão da “ordem pública”, quando se encontra presente uma relação de perigo a “ordem pública” e de efetiva lesão à “paz pública”.⁴²

Dessa forma, restaria indene de dúvidas que a referida antecipação excepcional da tutela penal se justificaria a partir da *ratio* específica de prevenção da tutela político-criminal, na medida em que impede a execução dos delitos que o agrupamento criminoso executaria.

2.2. Do delito de Associação Crimosa:

Já sedimentado no presente trabalho, o tipo penal incriminador contido no artigo 288 do Código penal de 1940 tem como bem jurídico-penal tutelado a “Paz Pública” que, no entendimento de Rogério Grecco coloca-se como “*a necessária sensação de tranquilidade, de segurança, de paz, de confiança que a nossa sociedade deve ter em relação à continuidade normal da ordem jurídico-social.*”⁴³

Ao discorrer sobre a relação do até então delito de “Quadrilha ou bando” e a “paz pública”, Nelson Hungria indicou com perfeição que no referido delito:

“*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 alarme 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.*”⁴⁴

Como de costume, os irretocáveis comentários de Hungria indicam com precisão que o bem jurídico protegido não é a “paz pública” em si, mas o sentimento coletivo de segurança e confiança da coletividade na continuidade e efetividade da proteção jurídica, ou seja, tutela-se propriamente, não a efetiva segurança social, mas sim o sentimento

⁴² SALES. Sheila Jorge Selim de. Dos tipos plurissubjetivos. Belo Horizonte: Del Rey. 1997. Pág. 127-128.

⁴³ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: volume 3: parte especial: artigos 213 a 361 do Código Penal. 19ª Edição. Barueri: Atlas, 2022. Pág. 1186.

⁴⁴ HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 9. p. 163.

coletivo de bem-estar e proteção.

Em análise à redação do tipo penal inscrito no artigo 288 do Código Penal, tem-se que a configuração típica do crime de associação criminosa se dá a partir do (i) associação necessária de três ou mais agentes; (ii) com estabilidade e permanência no tempo; (iii) voltados a finalidade específica da prática de crimes.

Elemento nuclear do referido tipo penal, o termo “associarem-se” refere-se ao concurso não eventual de três ou mais pessoas que, em manifesto acordo de vontades, comungam esforços para o cometimento de crimes. Trata-se, portanto, de um crime caracterizado pelo concurso necessário, por imposição legal, de, no mínimo, três indivíduos, eis que a pluralidade de agentes, além de ser elemento fundamental do tipo penal, constitui a própria essência dos delitos associativos.

Sobre a formação do agrupamento criminoso, importante destacar o valioso ensinamento de Luciano Anderson de Souza ao indicar que “é *dispicienda uma constituição formal do grupo criminoso, com hierarquia ou regulamentação de alguma espécie*”,⁴⁵ ou seja, diferentemente do que ocorre no delito de Organização Crimiosa, a associação criminosa não exige um grau elevado de complexidade em sua formação ou estrutura, bastando a reunião estável e permanente de indivíduos, ainda que rusticamente, voltada à prática de ilícitos.

Ante a necessidade de distinguir as associações criminosas da eventual ou transitória reunião de agentes para a prática de crimes, por meio de construção doutrinária, incorporou-se a elementar de estabilidade e permanência do grupo criminoso ao tipo penal. Em que pese tal elemento não esteja expressamente previsto na redação do artigo 288, segundo Claudia Cristina Barrilari, a própria escolha do legislador pelo termo “associação” traz ínsita à ideia de estabilidade e continuidade do grupo criminoso, vez que a própria definição de “associação” remonta a “*uma sociedade organizada ou um agrupamento permanente de pessoas.*”⁴⁶

⁴⁵SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal: parte especial: vol. 4: arts. 235 A 311-A do CP.* 2^a op, cit. pág. 475

⁴⁶BARRILARI, Claudia Cristina. *O Crime de quadrilha ou bando à luz da teoria do bem-jurídico penal.* Op. cit, p. 102.

Nesse sentido, ao versar sobre o significado no núcleo “associar-se”, Hungria indicou com precisão a insuficiência do acerto ocasional de vontades para o cometimento de crimes, eis que:

“Associar-se quer dizer reunir-se, aliar-se ou congregar-se estável ou permanentemente, para a consecução de um fim comum. [...] reunião estável ou permanente (que não significa perpétua), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes. A nota da estabilidade ou permanência da aliança é essencial.”⁴⁷

Assim, a partir das preciosas lições de Hungria, tem-se que um dos elementos distintivos do delito de associação criminosa do mero concurso de pessoas é o caráter relativamente duradouro e o *animus* de continuidade do agrupamento criminoso, ou seja, a comunhão de esforços empregada pelo agente não pode ser voltada à prática de um ou dois crimes específicos, mas sim deve ser direcionada a continuação da prática de atos ilícitos.

Dessa forma, coloca-se como elemento subjetivo especial do tipo a finalidade específica de praticar crimes indeterminados, onde, na mesma linha do acima exposto, o tipo penal de associação criminosa se perfaz quando a consciência e vontade dos agentes que compõem a agremiação forem a prática de crimes variados, em caráter de permanência e continuidade da atividade delitiva.

Segundo Rogério Greco, o agente deve atuar com o fim específico de praticar um número indeterminado de delitos, sendo esse o elemento distintivo de uma mera e eventual reunião de pessoas, e ter a inequívoca vontade de se associar ao grupo cujo fim é a prática de crimes, pois “*caso contrário, poderá ser alegado o erro de tipo, afastando-se o dolo e, consequentemente, a própria infração penal, tendo em vista a ausência de previsão para a modalidade de natureza culposa.*”⁴⁸

Além da inquestionável impossibilidade de caracterização de uma associação

⁴⁷ HUNGRIA, Nélson. Comentários ao código penal, v. 9. Op. cit, p. 177-178.

⁴⁸GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: volume 3. Op. cit, p. 1216

criminosa quando da prática de contravenções penais, Luciano Anderson de Souza ressalta que os crimes praticados pela pluralidade de agentes devem ser necessariamente dolosos, eis que “não revela sentido lógico o propósito de realização de crimes culposos ou preterdolosos, os quais detém resultado naturalístico involuntário.”⁴⁹

2.3. Do delito de Organização Crimiosa:

Com vias a atender todos os compromissos internacionais de combate ao crime organizado assumidos pelo Brasil, a Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, quase uma década depois da recepção do Protocolo de Palermo, finalmente incorporou de maneira clara ao ordenamento jurídico brasileiro o conceito de “Organizações Criminosas”.

É verdade que antes mesmo da promulgação da Lei nº 12.850, alguns dispositivos legais já apresentavam, mesmo que de maneira insuficiente, uma definição legal do que hoje se entende por “Organizações criminosas”.

A primeira definição recepcionada no ordenamento pátrio é advinda do próprio Protocolo de Palermo (Decreto nº 5.015/2004) que, em seu artigo 2º, alínea ‘a’ definiu “Grupo criminoso organizado” como:

“grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”⁵⁰

Entretanto, a inevitável confusão com o crime de “Quadrilha ou bando”, dada a ausência de elementos distintivos presentes nas redações do tipo penal e na definiçãoposta pelo protocolo internacional fez com que, em nova tentativa de conceituação jurídica, a Lei 12.694, de 24 de julho de 2012 trouxesse definição que mais se assemelha ao que hoje se consideram Organizações Criminosas.

⁴⁹SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal: parte especial: vol. 4: arts. 235 A 311-A do CP.* 2ª op, cit. pág. 476

⁵⁰ BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.Op, cit. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm.Acesso em:05.06.2024.

Conforme redação do artigo 2º do referido dispositivo legal, consideram-se organizações criminosas:

“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”⁵¹

Apesar da maior especificidade e clareza jurídica em comparação com o conceito posto pela Convenção de Palermo, tal definição não se consolidou no direito brasileiro em razão da edição da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013 que, por meio da definição contida em seu artigo 1º, atribuiu novos contornos ao delito em comento.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, para a correta compreensão acerca do atual conceito de “Organização Criminosa”, além da análise dos elementos que compõem o tipo penal, faz-se indispensável o estudo da própria etimologia do termo “Organização” que, segundo o autor, *“evidencia uma estrutura ou um conjunto de partes ou elementos, devidamente ordenado e disposto em bases previamente acertadas, funcionando sempre com um ritmo e uma frequência ponderáveis no cenário prático.”⁵²*

Dessa forma, em interpretação jurídico-etimológica, tem-se que a “Organização Criminosa” pode ser entendida como o complexo agrupamento de agentes, de caráter estável e permanente, dotada de hierarquia e divisão de tarefas, que tem por finalidade a prática de atos criminosos e a obtenção de vantagem ilícita de qualquer natureza.

Inevitavelmente, vê-se notória semelhança entre o referido conceito e a definição de “Associação criminosa”. Não por outra razão, Fernando Capez, em preciosa lição, demonstrou com singular clareza que a Associação Criminosa nada mais é do que o mínimo arcabouço necessário para a existência de uma Organização Criminosa, ou seja,

⁵¹ 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12694.htm. Acesso em: 09.06.2024.

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. Organização Criminosa. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 17

o tipo penal inscrito no artigo 288 do Código Penal integra, pelo menos em parte, o próprio núcleo do injusto de Organização Criminosa.⁵³

Obviamente, têm-se notórias diferenças entre os dois conceitos legais, sendo que, além dos elementos estruturais contidos no artigo 288 do Código Penal, são indispensáveis à caracterização da Organização Criminosa o elemento subjetivo especial de obtenção de vantagem ilícita de qualquer natureza e a estrutura ou organização interna marcada por uma hierarquia e divisão de tarefas, além, é claro, do número mínimo de quatro integrantes para a sua caracterização e da exigência de que a Organização seja voltada à prática de crimes de maior gravidade.

Pois bem, a atual redação do art. 1º, § 1º da Lei 12.850/2013, define a Organização Criminosa como:

“a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”

A partir da análise do referido conceito legal, pode-se aferir que o delito de Organização Criminosa se perfaz quando presentes os elementos legais de (i) associação de quatro ou mais pessoas; (ii) estruturalmente organizada; (iii) dotada de divisão de tarefas entre os seus membros; (iv) voltada a obtenção de vantagem de qualquer natureza; (v) mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou; (vi) mediante a prática de infrações penais de caráter transnacional.

Impõe-se, por exigência legal, a associação do mínimo de quatro agentes para a configuração da organização, o que, segundo Guilherme de Souza Nucci, representa apenas uma escolha de política criminal, eis que “*conforme o caso concreto, duas pessoas podem organizar-se, dividir tarefas e buscar um objetivo ilícito comum.*”⁵⁴

⁵³ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito penal. Ed. Saraiva, 2014, p. 263-265.

⁵⁴NUCCI, Guilherme de Souza. Organização Criminosa. Op. cit. p. 18

Nesse ponto, importante indicar divergência doutrinária acerca da possibilidade de que agentes menores de 18 anos venham a compor o número mínimo de integrantes da organização. Segundo Nucci, mesmo o menor de 18 anos, cuja menoridade penal poderia constituir óbice a caracterização da Organização Criminosa, pode compor o número mínimo de integrantes do delito, por *concurso impróprio*, desde que tenha a compreensão de que faz parte do agrupamento criminoso.⁵⁵

Por sua vez, Cezar Roberto Bitencourt ressalta a inimputabilidade de menores no direito penal brasileiro e que, por consequência, não podem integrar o número mínimo para configurar a organização criminosa, destacando que “*menores (criança ou adolescentes) não são destinatários do Código Penal, são, no máximo, vítimas da criminalidade organizada ou desorganizada, e como tais devem ser tratadas.*”⁵⁶

Impõe-se, também, a necessidade de uma estrutura cuja complexidade transborda a mera união rudimentar característica do simples concurso e da Associação Criminosa, sendo essa marcada pela hierarquia, com o estabelecimento de superiores e subordinados dentro da organização, e pela divisão de tarefas, mesmo que essa ocorra de modo informal. Importante ressaltar que tais elementos são alvo de constantes críticas doutrinárias em razão de serem pouco descritivos sobre o que consistiria uma “estrutura ordenada” marcada pela divisão de tarefas, vagueza essa que, nas palavras de Luciano Anderson de Souza, resultaria em dúvida sobre “*o que seria estrutura ordenada, podendo-se abranger as mais rudimentares, e, de outro lado, a informalidade possibilitada abarca qualquer situação, não havendo parâmetros claros.*”⁵⁷

A obtenção de vantagem indevida de qualquer natureza surge como elemento subjetivo especial do delito. Da análise da redação do texto normativo, percebe-se a opção legislativa por não especificar a natureza da vantagem indevida objetivada pela Organização, eis que isso significaria restringir o alcance do tipo penal, ou seja, em que pese a regra seja a obtenção de indevida vantagem de cunho econômico, entende-se que proveitos de qualquer natureza ensejam a caracterização da elementar do tipo.

⁵⁵NUCCI, Guilherme de Souza. Organização Criminosa. Op, cit. p. 18

⁵⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal comentado. Op. cit, p. 2115

⁵⁷SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal: parte especial: vol. 4: arts. 235 A 311-A do CP.* 2^a op, cit. p. 480

Assim como no número mínimo de agentes, a exigência de que as infrações penais cometidas pelo agrupamento criminoso tenham pena máxima superior a quatro anos também reflete uma escolha político-criminal realizada pelo legislador, nesse caso, por restringir a incidência do tipo penal a infrações penais dotadas de maior gravidade abstrata. Ademais, observa-se que a redação do tipo penal opta pelo uso da expressão “*infrações penais*”, o que conceitualmente abarcaria tanto os crimes, quanto as contravenções, no entanto, como bem asseverado por Nucci, a inexistência de contravenções penais cuja pena máxima excede quatro anos, vincula a organização criminosa estritamente à prática de delitos.⁵⁸

Por força da disposição contida no próprio tipo penal, excetuam-se da regra acima exposta as infrações penais (crimes ou contravenções) dotadas de caráter transnacional, ou seja, que superem as fronteiras nacionais e venham a atingir outros países.

Superada a análise do atual conceito jurídico, torna-se indispensável discorrer brevemente sobre as quatro condutas, descritas no art. 2º da Lei 12.850/2013, cuja prática alternativa de uma ou mais, enseja a caracterização de participação em organização criminosa.

Consoante a redação do referido dispositivo legal, perfaz o injusto quem: (i) promover; (ii) constituir; (iii) financiar ou; (iv) integrar Organização Criminosa.

Segundo Guilherme Nucci, a primeira conduta enumerada pelo tipo penal alternativo, *promover*, é alvo de diversas críticas no sentido de sua inadequação, seja pelo seu sentido ambíguo, que suscita dúvidas sobre qual seria a exata conduta a ser praticada pelo agente, seja porque em seu sentido de gerar ou impulsionar, tal conduta já estaria abarcada pelo verbo *constituir*.⁵⁹

Na realidade, a redação do art. 2º é confusa na medida em que apenas o uso do verbo *integrar* já abarcaria todas as outras hipóteses elencadas no tipo, eis que quem

⁵⁸NUCCI, Guilherme de Souza. Organização Criminosa. Op, cit. p. 21

⁵⁹NUCCI, Guilherme de Souza. Organização Criminosa. Op, cit. p. 26

promove, constitui ou financia o grupamento criminoso, naturalmente o integra.

A referida expressão, por sua vez, vem acompanhada da ressalva de que a participação na organização criminosa pode ser “pessoalmente”, ou seja, através do envolvimento direto do autor do fato típico com o grupo criminoso, ou “por interposta pessoa”. Por reconhecer a possibilidade de uso de diversos mecanismos que ocultem a identidade dos integrantes do grupo criminoso, o legislador penal teve a cautela de expressamente prever que tal participação pode ocorrer através do intermédio de terceiros “laranjas” ou, até mesmo, de pessoas jurídicas.

Além da já exposta discussão acerca da possibilidade de participação de menores de 18 anos, qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo do delito de Organização Criminosa. Assim como todos os demais delitos associativos, subconclusão que se pretende aferir com a presente tese de láurea, é incontestável que o bem jurídico tutelado é a paz pública, razão pela qual a sociedade é o sujeito passivo do delito.

2.4. Da tipificação das associações voltadas a crimes específicos:

Não bastassem os delitos de “Associação Criminosa” e “Organização Criminosa” que, conforme já asseverado, objetivam a tutela do mesmo bem jurídico e são detentoras de íntima correlação, eis que a primeira modalidade típica constitui o arcabouço mínimo para a formação da segunda, o legislador pátrio optou pela elaboração de novas figuras típicas, derivadas do delito de “Associação Criminosa”, para a punição das agremiações voltadas à prática de delitos específicos.

É o que se observa no crime de “Milícia privada”, insculpido no artigo 288-A do CP, e nos diversos delitos associativos tipificados em leis especiais penais, como a “Associação criminosa para o tráfico de drogas”, prevista no art. 35 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, a “Associação para o genocídio” e a “lavagem de dinheiro praticada por intermédio de grupo, associação ou escritório.”

Da análise dos elementos constitutivos dos delitos previstos na legislação especial, restará evidente a impossibilidade de concurso formal entre os referidos tipos, eis que,

assim como a “Associação Criminosa” e a “Organização Criminosa”, esses possuem o mesmo núcleo elementar típico, sendo cada figura apenas uma especialização do conceito base, em razão da espécie dos crimes que a agremiação objetiva cometer.

2.4.1. Do delito de Milícia Privada:

Incluído no Código Penal por intermédio da Lei nº 12.750, de 27 de setembro de 2012, o crime de “*constituição de milícia privada*”, apesar de “dividir” o mesmo artigo, apresenta estrutura tipológica completamente distinta do delito de “Associação Criminosa”, eis que, *em primeira análise*, não exige a prática indeterminada de crimes, e nem mesmo um número mínimo de integrantes para a sua caracterização.

Da análise do texto legal, depreende-se que pratica a conduta prevista no artigo 288-A do CP aquele que (i) constitui; (ii) organiza; (iii) integra; (iv) mantêm ou custeia organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão voltado à prática de qualquer dos crimes previstos no Código Penal. Vê-se, portanto, que além de definir quatro condutas alternativas juridicamente relevantes para o tipo, o legislador fez o uso de quatro distintas denominações, já conhecidas no meio jurídico, para a definição do agrupamento criminoso.

A primeira delas, Organização paramilitar, encontra definição legal contida no art. 24 da Lei de Segurança Nacional, que tipificou o injusto de “Constituição de organização de tipo militar.”⁶⁰ Segundo definição proposta por Cezar Roberto Bitencourt, tal agrupamento pode ser entendido como uma “*associação civil armada constituída, basicamente, por civis, embora possa contar também com militares, mas em atividade civil, com estrutura similar à militar*”, cuja finalidade é a prática de atos ilícitos e violentos.⁶¹

Já a “milícia particular” é doutrinariamente entendida como o grupo de pessoas

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Revogada pela Lei nº 14.197, de 1º de setembro de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm. Acesso em: 09.06.2024

⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal comentado. Op. cit, p. 2140

que, mediante coação, violência ou grave ameaça, ocupam comunidades, sob a aparente intenção de restaurar a segurança e a paz retiradas pela violência urbana, mas que na verdade fazem uso bélico para ocupar um território e, mediante a imposição de uma espécie de “governo”, basicamente criar um Estado paralelo. Nas palavras de Rogério Sanches Cunha:

“por milícia armada entende-se grupo de pessoas (...) armado, tendo como finalidade (anunciada) 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”

⁶²

Por fim, embora o legislador não tenha feito expressa menção no texto legal, o “grupo ou esquadrão” descrito no tipo penal refere-se aos grupos de extermínio, compostos por “justiceiros” voltados à realização de chacinas e matança generalizada de populações marginalizadas.

Apesar de indicar os agrupamentos criminosos que são atingidos pelo tipo, o legislador foi completamente omisso em definir um número mínimo de integrantes para que se configure a organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão, restando à doutrina, a partir de interpretação sistêmica e etimológica indicar o mínimo de três agentes para a formação de qualquer um dos grupos, eis que *“não pode ser menos, pois, nesse caso, repetindo, não seria um grupo, mas somente uma dupla, ou seja, apenas um par e não um grupo.”*⁶³

Quantos as condutas que compõem o tipo penal misto alternativo, faz-se a mesma crítica dirigida à redação do delito de organização criminosa, dado que as condutas de constituir, organizar, manter ou custear necessariamente implicam no reconhecimento de que o agente integra o grupo criminoso.

Fruto de dúvida doutrinária é a presença ou não da exigência da prática

⁶² Disponível em: <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121815054/comentarios-alei-n-12720-de-27-de-setembro-de-2012>, acesso em 11.06.2024

⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal comentado. Op. cit, p. 2137

indeterminada de crimes, eis que a redação do tipo penal especifica a necessidade de que, para que o delito se perfaça, os crimes praticados pelo agrupamento devem estar contidos no Código Penal, ou seja, não se encontra subsumida ao tipo penal a conduta dos agentes que, em conjunto, praticarem atos tipificados na legislação especial extravagante.

Apesar das importantes diferenças estruturais, objetiva-se a tutela do mesmo bem jurídico-penal, a paz pública. Inevitável reconhecer que, assim como as duas figuras anteriormente expostas, a incriminação objetiva a repressão da agremiação de agentes voltada à prática delitiva e que ameaça, de forma significativa, a preservação do sentimento público de segurança e da confiança na efetividade da política criminal, razão pela qual a doutrina é uníssona em indicar a paz pública como o bem jurídico-penal tutelado.

2.4.2. Do delito de Associação para o tráfico de drogas e da Associação para a prática de crimes hediondos:

Da análise do tipo penal de Associação Criminosa, viu-se a exigência de que a atuação do agrupamento criminoso deve ser voltada à prática de delitos indeterminados, entretanto, por opção legislativa, foram tipificadas algumas formas especiais de Associação Criminosa, marcadas pela finalidade específica de praticar determinados delitos que, por serem detentores de um elevado potencial danoso quando praticados por um agrupamento criminoso, são merecedores de uma tutela penal especial. Cite-se, nesse contexto, os tipos penais de Associação criminosa para a prática de crimes hediondos e a Associação para o tráfico de drogas.

Com a promulgação da Lei de crimes hediondos,⁶⁴ a Associação Criminosa, se voltada à prática de crimes hediondos, torna-se detentora de especial repreensão. Por força do artigo 8º do referido dispositivo legal, a pena do delito de associação passa a ser de três a seis anos caso o grupo seja voltado a prática de crimes hediondos ou dos equiparados, tortura tráfico de drogas e terrorismo.

⁶⁴ 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm Acesso em: 09.06.2024.

Apenas isso é descrito no tipo penal.

Impossível não notar a ausência completa de descrição dos elementos que minimamente compõem a conduta incriminada, razão pela qual se criou um panorama de extrema confusão jurídica que só evidencia a completa inutilidade da figura típica. Vê-se com clareza toda a atecnicidade e falta de compromisso do legislador penal brasileiro com a boa técnica legislativa, dado que, além de criar uma figura típica que poderia constituir uma simples qualificadora inscrita no artigo 288 do CP.

Além disso, apesar de estar expressamente mencionado como um dos crimes que atrai a sua incidência, a Associação Criminosa especial não se caracteriza quando o agrupamento criminoso for voltado à prática do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, haja vista que, em homenagem ao princípio da especialidade, aplica-se a figura da “*associação criminosa para o tráfico de drogas*”.

Prevista no artigo 35 da Lei de drogas (Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006), tal modalidade específica prevê ríspida punição as associações de duas ou mais pessoas que se voltarem para a prática, reiterada ou não, qualquer um dos crimes previstos no artigo 33 do referido dispositivo legal. Prevê, ainda, o legislador a “associação para o financiamento do tráfico de drogas”, ao asseverar que incorrem nas mesmas penas do primeiro delito aquele que “*se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.*”⁶⁵

São notórias as diferenças com o tipo penal de Associação Criminosa. Visando o maior rigor no combate ao tráfico de drogas, o legislador optou por aumentar o campo de incidência do tipo ao exigir apenas a presença de dois agentes para que o injusto se caracterize. Nada mais do que uma mera escolha político criminal que, levando-se em consideração a importância atribuída ao delito de tráfico de drogas e as especificidades de sua prática, levou o legislador pátrio a reduzir o número mínimo de agentes do

⁶⁵ 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm Acesso em: 09.06.2024.

agrupamento criminoso de três para dois.

No entanto, a principal e mais controversa diferença entre os delitos comparados reside na falta de exigência da finalidade de prática de mais de um crime. Observa-se da redação do delito de Associação para o tráfico a previsão de que não é necessária a reiteração da conduta delitiva fim para a caracterização do delito associativo, o que consiste em um dos principais argumentos para que se defenda a possibilidade de concurso formal entre o crime de Associação para o tráfico e outros *Delitos Associativos*, eis que estaria ausente um dos principais elementos que compõem a identidade fática entre os delitos: A finalidade específica de praticar de mais de um crime.

Fundamental, nesse ponto, indicar a impossibilidade de interpretação literal do disposto no artigo 35 da Lei de Drogas, eis que a redação do dispositivo legal é marcada por uma fatal contradição.

Durante a análise das diversas figuras típicas até aqui vistas, foi comum o uso doutrinário da interpretação etimológica do verbo nuclear inerente a quase todos os delitos associativos: “*Associar-se*”. Viu-se que a ideia por trás do termo “associação” é a qualidade de permanência e estabilidade da comunhão de esforços dos agentes delitivos, tendo esse sido um elemento não escrito incorporado pela doutrina ao tipo e que cumpre a imprescindível função de diferenciar a efetiva agremiação de agentes voltada à prática delitiva do mero e ocasional concurso de pessoas.

Verifica-se, assim, a completa incompatibilidade entre o núcleo da ação típica incriminada e a previsão de que o delito de Associação para o tráfico pode se caracterizar sem qualquer reiteração da prática delitiva, dado que a união de agentes para a prática de somente um crime jamais deve ser entendida como um delito associativo, pois afronta a própria essência do conceito de grupamento criminoso, sendo tal ocasião uma mera coautoria delitiva.

Percebe-se, portanto, que apesar das aparentes diferenças entre os tipos penais analisados, a “*Associação para o tráfico de drogas*”, “*Milícia Privada*”, “*Associação para a prática de crimes hediondos*”, bem como os delitos de “*lavagem de dinheiro*

praticada por intermédio de grupo, associação ou escritório”, e a “*Associação criminosa voltada à prática de atos contra a segurança nacional*”, não analisados no presente estudo, dividem o mesmo núcleo elementar típico e objetivam a tutela do mesmo bem jurídico-penal, sendo imperioso inferir que cada um dos tipos elencados, por questionável opção legislativa, constitui um tipo penal derivado do injusto de “Associação Criminosa”.

3. DO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM:

A vedação da dupla punição pelo mesmo fato coloca-se como um dos axiomas do sistema jurídico penal brasileiro. Apesar de não estar expressamente prevista no Código Penal e na Constituição Federal, o princípio do *ne bis in idem* é verbete sumular que surge como decorrência lógica do princípio da legalidade.

Imperioso destacar que, apesar da ausência de expressa previsão no ordenamento jurídico brasileiro, são diversas as legislações penais internacionais que fazem importantes menções ao princípio do *ne bis in idem*.

O valoroso Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 678, prevê no seu artigo 8º, item 4,⁶⁶ o chamado “*princípio da vedação do duplo processo pelo mesmo acontecimento*”, que reflete um dos dois significados atribuídos ao *ne bis in idem* pela doutrina brasileira, o de não ser processado e julgado pelo mesmo fato.

No mesmo sentido, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU, convencionado em 1966 e recepcionado no direito brasileiro por meio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, prevê no artigo 14, item 7 que “*ninguém pode ser processado ou punido novamente por uma infração pela qual já tenha sido absolvido ou condenado definitivamente, de acordo com a lei e o procedimento penal de cada país*”.⁶⁷

⁶⁶ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm Acesso em: 09.06.2024.

⁶⁷ BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm Acesso em: 09.06.2024.

Conforme classificação exposta por Damásio de Jesus, o princípio é revestido de uma natureza material, consubstanciada na proibição de se punir alguém mais de uma vez pelo mesmo fato, e formal ou processual, que se manifesta na impossibilidade de se processar e julgar alguém duas vezes pelo mesmo fato.⁶⁸

Apesar da maior parte das construções legislativas e doutrinárias voltarem-se a natureza formal do princípio, a presente tese de láurea tem como objeto de análise a sua vertente material, buscando-se identificar os critérios para o reconhecimento da violação do princípio do *ne bis in idem* diante da aparente possibilidade de concurso formal entre dois delitos.

Segundo Luiz Regis Prado, o conteúdo penal substancial do princípio do *ne bis in idem* exige a tríplice correspondência entre o *sujeito*, indicado pela identidade dos autores da atividade típica, *fato*, sendo as imputações decorrentes da mesma conduta, e o *fundamento*, consubstanciado na necessidade de se evitar a dupla punição quando “*o desvalor total do fato é abarcado por apenas um dos preceitos incriminadores.*”⁶⁹

Oportuno ressaltar que a verificação da identidade fática deve ser obtida por meio da análise do tipo penal em seu conjunto e não através dos seus elementos individualmente considerados, ou seja, vê-se a equivalência fática como a correlação da ilicitude das condutas praticadas pelo agente e não apenas a verificação da correspondência entre os atos praticados.

Pois bem, frente os critérios definidos na tríplice identidade material do princípio do *ne bis in idem*, analisando-se os elementos e o fundamento da incriminação de cada uma das figuras típicas de agremiações criminosas, mostra-se imprescindível o reconhecimento da violação do axioma nos casos de concurso formal entre delitos associativos eis que, apesar das diferenças nos elementos que compõem cada ilícito, a conduta nuclear típica e o fundamento do desvalor penal aplicado às condutas é o mesmo.

⁶⁸ JESUS, Damásio de. Direito penal; Parte geral. Atualização André Estefam. Volume 1. 37ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 58.

⁶⁹ PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 305.

Viu-se que o núcleo elementar típico - arcabouço mínimo necessário a caracterização de todos os delitos analisados - essencialmente é a conduta de associar-se a grupo criminoso, dotado de estabilidade, permanência e mínima organização interna, com o fim específico de praticar crimes. Essa deve ser considerada a conduta penalmente relevante para fins de aferição da dupla punição, sendo que todas as diferenças elementares que distinguem os delitos analisados devem ser entendidas como meras escolhas político criminais feitas pelo legislador pátrio para reprimir com mais vigor os agrupamentos voltados a prática de injustos específicos.

Da mesma forma, o fundamento da incriminação dos delitos associativos é o mesmo. O desvalor aplicado a conduta dos agentes reside na ofensa ao bem jurídico-penal da *Paz Pública*, ante o dano ao sentimento público de segurança e paz social decorrente da gravidade das potenciais lesões ocasionadas pelos agrupamentos criminosos ou pela simples insegurança resultante da sua existência.

4. NÃO RECONHECIMENTO DO BIS IN IDEM PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: O JULGADO PARADIGMA:

A despeito de todo o entendimento doutrinário acima exposto, o C. Superior Tribunal de Justiça vem adotando o entendimento contrário ao reconhecimento do *bis in idem* nos casos de concurso formal entre delitos associativos.

Em julgado paradigma para o presente estudo, o Excelentíssimo Ministro Joel Ilan Paciornik, ao denegar a ordem no Habeas Corpus nº 712024-PB impetrada em favor de pacientes acusados pela prática dos delitos de *Associação para o Tráfico e Organização Crimiosa*, indicou que:

“a condenação concomitante por associação ao tráfico de entorpecentes e organização criminosa não implica em bis in idem, pois se está diante de delitos autônomos, previstos em Leis especiais, com momentos consumativos e elementos subjetivos distintos, além de visarem a proteção de bens jurídicos dispares.”⁷⁰

⁷⁰ HC n. 712.024, Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe de 10/05/2022

Vê-se no caso em comento, além do equívoco na análise da mesma identidade fática inerentes aos dois injustos associativos imputados aos agentes, uma possível confusão entre o bem jurídico-penal tutelado pelo delito associativo e o bem jurídico afetado pelos delitos cometidos pela agremiação criminosa.

Conforme indicado no tópico anterior, a análise na aferição do bis in idem não deve levar em conta apenas a literalidade dos elementos que compõem a redação do tipo. Busca-se no *fato* apreciar a identidade entre as condutas praticadas pelos agentes que, no caso dos delitos associativos, deve ser a integrar o grupamento criminoso.

Ademais, conforme precioso ensinamento de Cesar Roberto Bitencourt, não se podem confundir os crimes praticados pelo agrupamento criminoso com o próprio delito de pertencimento a tal grupo. Nas palavras do autor:

No crime de constituição de milícia não se confunde com os crimes que eventualmente essa entidade cometer, pois somente o integrante ou “associado” que concorre, in concreto, isto é, que participa efetivamente da prática deste ou daquele crime responde por ele, nessa hipótese, em concurso material com o previsto no art. 288-A. Os demais membros ou integrantes do grupo ou da milícia respondem somente por esse crime (constituição de milícia privada), ou, se for o caso, por aqueles crimes para os quais tenham efetivamente concorrido.⁷¹

Nesse interim, não se pode confundir, por exemplo, o bem jurídico tutelado pelo delito de tráfico de drogas, com a tutela da *Paz Pública* feita pela figura típica de associação para o tráfico.

5. CONCLUSÃO:

Após dispendiosa análise das figuras típicas pertencentes ao rol de delitos associativos, conclui-se pela impossibilidade de concurso formal entre tais crimes em razão da sua evidente identidade fática e da razão da incidência da sua tutela penal.

Ao longo do presente trabalho, viu-se que tais tipos penais são detentores do

⁷¹ BITENCOURT, Cesar Roberto. Código Penal comentado. Op. cit, p. 2142.

mesmo núcleo essencial típico, qual é a conduta de associar-se a grupo criminoso, dotado de estabilidade, permanência e mínima organização interna, com o fim específico de praticar crimes.

Além disso, também se encontra presente a identidade no fundamento da incriminação de tais delitos que, por objetivarem a tutela do bem jurídico da paz pública, buscam reprimir comportamentos que ameassem o sentimento coletivo de paz e segurança.

Ante o preenchimento da tríplice identidade prevista para o reconhecimento do bis in idem – Sujeito, fato e fundamento - torna-se indispensável aferir a impossibilidade de concurso formal entre os delitos associativos.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEMANHA. Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html#BJNR001270871BJNG004402307>. Acesso em: 07.06.2024.

ARGENTINA. Ley nº 11.179, de 29 de octubre de 1921. Código Penal de la nacion. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-11179-16546/texto>. Acesso em: 07.06.2024.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crime Organizado e Proibição da Insuficiência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARRILARI, Claudia Cristina. *O Crime de quadrilha ou bando à luz da teoria do bem-jurídico penal*. Tese (Mestrado em Direito Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal comentado. 10ª Edição, São Paulo: Saraiva educação, 2019.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Promulga o Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05.06.2024.

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 nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 05.06.2024.

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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 05.06.2024.

BRASIL. Lei nº 2.889, de 01 de outubro de 1956. Define e pune o crime de genocídio. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2889.htm. Acesso em: 05.06.2024.

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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 05.06.2024.

BRASIL. Decreto n.º 154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em: 05.06.2024.

BRASIL. Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a convenção das nações unidas contra o crime organizado transnacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 05.06.2024.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 05.06.2024.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm Acesso em: 09.06.2024.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm Acesso em: 09.06.2024.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 04 jun.2024.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Publicada na Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça em 08 de janeiro de 1831. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lm/lm-16-12-1830.htm. Acesso em: 4 jun. 2024.

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. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12694.htm.
Acesso em: 09.06.2024.

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. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm Acesso em: 09.06.2024.

BRASIL. Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Revogada pela Lei nº 14.197, de 1º de setembro de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm. Acesso em: 09.06.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - AgRg no AREsp: 1593941 TO, AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. MATERIALIDADE E AUTORIA. SÚMULA 7 DO STJ. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. QUANTIDADE DE DROGA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TIPOS PENAIS AUTÔNOMOS. AGRAVOS IMPROVIDOS. Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 22/09/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/09/2020. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1985395&num_registro=201902919372&data=20200929&peticao_numero=202000516512&formato=PDF Acesso em: 07.06.2024

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 712024 PB 2021/0395675-6, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORKNIK, Data de

Publicação: DJ 10/05/2022. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=152788756&tipo_documento=documento&num_registro=202103956756&data=20220510&formato=PDF Acesso em: 07.06.2024

BRASIL Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 339.414/SP, PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGADA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/11/2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1550254&num_registro=201502674270&data=20161109&formato=PDF Acesso em: 07.06.2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 154248, HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. INJÚRIA RACIAL (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ESPÉCIE DO GÊNERO RACISMO. IMPRESCRITIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno. 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349811889&ext=.pdf> Acesso em: 07.06.2024

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito penal. Ed. Saraiva, 2014.

Cf. *La foule criminelle: essai de psychologie collective.*

COSTA JR., Paulo José da. Comentários ao Código Penal; Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 2.

DE GRANDIS, Rodrigo. A imputação nas organizações empresariais. Tese (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21082017-113636/pt-br.php> Acesso em 07.06.2024.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches. Comentários a lei nº 12.720, de 27 de setembro de 2012. Disponível em: <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121815054/comentarios-alei-n-12720-de-27-de-setembro-de-2012>, acesso em 11.06.2024

FRANÇA. LOI du 18 décembre 1893 sur les associations de malfaiteurs. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/download/securePrint?token=sXY!pYnG5gdq8kcLnGVt>. Acesso em: 07.06.2024.

GAFI, Grupo de Ação Financeira Internacional. As recomendações do GAFI - Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação. Aprovadas e adotadas em 15 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/translations/Recommendations/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf.coredownload.inline.pdf>. Acesso em: 05.06.2024.

GRECO, Rogério. Cruso de Direito Penal: volume 3: parte especial: artigos 213 a 361 do Código Penal. 19ª Edição. Barueri: Atlas, 2022.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958, Vol. IX,

JAKOBS, Günther. Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio de. Direito penal; Parte Especial. 24^a Edição. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 3.

JESUS, Damásio de. Direito penal; Parte geral. Atualização André Estefam. Volume 1. 37^a Edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

LUHMANN, Niklas. Confianza. Tradução de Amada Flores. Barcelona: Anthropos, 1996.

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal; Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 1986. Vol. 4.

NUCCI, Guilherme de Souza. Organização Criminosa. 4^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PORUTGAL. Decreto-Lei nº 48/95. Aprova o Código Penal. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>. Acesso em: 07.06.2024.

PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1. 3^a Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

SALES. Sheila Jorge Selim de. Dos tipos plurissubjetivos. Belo Horizonte: Del Rey. 1997.

SCHAFFSTEIN, Frederico. *La ciéncia europea Del derecho penal en la época Del humanismo*. Trd. Jose Maria Rodrigues Devessa. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal: parte especial: vol. 4: arts. 235 A 311-A do CP*. 2^a Edição. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2021.

