

7 – Historicidade do Conceito de Organização Criminosa: Da Teoria do Domínio do Fato à Lei Nº 12.850/2013

Historicity of the Concept of Criminal Organization: From the Theory of Domain of Fact to the Law No. 12.850/2013

José Mário Ramos Correia de Araújo¹⁰⁹

RESUMO

O presente trabalho analisa o enfrentamento à criminalidade organizada a partir de parâmetros legais. Inicialmente a investigação aborda o fenômeno em perspectiva histórica, denotando a presença de grupos criminosos estruturados através da história. Em um segundo momento o texto analisa o direito e sua estruturação, enquanto uma ferramenta de intervenção sobre estas práticas delitivas. A importância dos conceitos na ciência jurídica é trazida, diante da particularidade deste ramo do saber. A diversidade de estruturação e tipos são expostas, no intuito de demonstrar aplicabilidade e efeitos dos institutos teóricos. Há uma comparação com momentos anteriores à edição da Lei nº 12.850/2013, que definiu o conceito de organizações criminosas. A ausência de disposição legal e consequente subsunção ao instituto do concurso de pessoas, à luz da teoria do domínio do fato, são investigadas. Por fim, o debate procura demonstrar que a definição formal possibilita maior segurança jurídica e garantia de direitos ao jurisdicionado, além de viabilizar uma aplicação do direito submetida a um maior controle.

Palavras-chave: organizações criminosas; conceitos no direito; domínio do fato; subsunção; teoria do direito.

¹⁰⁹ Doutorando em Teorias da Decisão Jurídica pela UFPE. Mestre em Historicidade das Ideias Penais pela FADIC (2020). Especialista em Direito Penal pela FADIC (2020). Bacharel em Direito pela FCHPE (2018). Especialista em Direito Público pela FCHPE (2016). Licenciado em História pela UFPE (2007). Professor de Direito Penal e Processual Penal Militar na Pós-graduação da FADIC. Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia na Pós-graduação do IPANEC. Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia na UNIAESO Presidente da Comissão de Prática Penal da ABCCRIM, Recife-PE. Secretário da Comissão de Direito Aeroespacial da OAB-PE. Advogado Criminalista em Recife-PE. [orcid.org/0000-0003-1723-6522]. jmrca.adv@gmail.com ou mario@gmaadvogados.adv.br

ABSTRACT

This paper analyzes the fight against organized crime based on legal parameters. Initially, the investigation addresses the phenomenon from a historical perspective, denoting the presence of structured criminal groups throughout history. In a second moment, the text analyzes the law and its structuring, as a tool for intervention in these criminal practices. The importance of concepts in legal science is brought up, given the particularity of this branch of knowledge. The diversity of structuring and types is exposed, to demonstrate the applicability and effects of theoretical institutes. There is a comparison with times prior to the enactment of Law No. 12,850/2013, which defined the concept of criminal organizations. The lack of legal provision and the consequent subsumption in the modes of liability, considering the theory of domain of fact, are investigated. Finally, the debate seeks to demonstrate that the formal definition allows for greater legal certainty and guarantees the rights of the citizens, in addition to enabling the application of the law, subjected to greater control.

Keywords: criminal organizations; concepts in law; domain of fact; subsumption; theory of law.

1. INTRODUÇÃO

O presente texto objetiva investigar a repercussão do conceito de organização criminosa em diferentes momentos do direito brasileiro. Aspectos históricos são trazidos para situar o autor, diante da problemática a ser tratada, fornecendo informações sobre um fenômeno dotado de origens remotas. O processo de formação de grupos organizados para a prática de crimes é encontrado em diversos países, representando um desafio aos Estados, no enfrentamento dos problemas causados por esse tipo de atividade. Muitas vezes há infiltração dos grupos no aparato estatal, dificultando a persecução penal e provocando danos sociais de maior monta.

O direito penal é uma das formas de enfrentamento da criminalidade organizada, sancionando a codelinquência com penas privativas de liberdade e multas. Apesar de muito criticado, sua atuação é mais um meio disponível, devendo ser somada a outras estratégias. A necessidade de parâmetros jurídicos para a persecução penal está intrinsecamente ligada à taxatividade penal e à descrição de condutas. O fenômeno social, regra geral, deve ser definido claramente, no intuito de viabilizar segurança jurídica e garantia de direitos aos cidadãos. Na falta de uma definição formal, a doutrina assume o papel de estabelecer o conteúdo para certos institutos jurídicos, a exemplo do que ocorre com o significado de crime.

A exposição aponta que anteriormente à edição da Lei nº 12.850/2013 coube à doutrina definir materialmente o conteúdo do termo organizações criminosas. Esta lacuna viabilizou a aplicação da teoria do domínio do fato, de Claus Roxin, estruturada para identificar a figura central dos acontecimentos delituosos e imputar a responsabilidade devida a cada indivíduo. A construção teórica, de caráter aberto, delineou parâmetros que indicavam o pertencimento a organizações criminosas, partindo de conceitos tipológicos em suas definições.

Ao fim, é demonstrado que a edição do referido diploma legal preencheu essa lacuna, implicando uma maior segurança jurídica e vinculação dos julgadores ao enunciado normativo constante no texto da lei. Neste sentido, a pesquisa se preocupa em trazer o conteúdo material e formal do enunciado legal, realizando um debate doutrinário sobre a importância e repercussão dos conceitos para o direito. Desta forma, pretende trazer ao centro do debate o questionamento sobre a necessidade de garantir maior efetividade à persecução penal com refinamento dos institutos jurídicos.

2. O FENÔMENO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA: HISTORICIDADE E PERSPECTIVAS CONCEITUAIS

As organizações criminosas contam com uma longa trajetória na história, sua evolução passou pela formação de grupos com atuação nacional que expandiram suas atividades, atuando em diversos continentes. Walter Fernandes e Newton Fernandes dissertam sobre a existência de inúmeros grupos criminosos organizados, na época contemporânea, especialmente nos Estados Unidos e Itália. Entretanto, o fenômeno tem uma longa história, a exemplo das Tríades na China existentes desde o século I d.C. e a Yakuza no Japão, esta última entendida como um mal necessário e possuindo relevante papel político e econômico em diversos níveis sociais¹¹⁰.

¹¹⁰ FERNANDES, Walter; FERNANDES, Newton. *Criminologia integrada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 444-447.

O Brasil, atualmente uma das principais rotas de escoamento da produção de cocaína dos países andinos, concentra organizações criminosas ligadas majoritariamente à distribuição de entorpecentes, tendo como rota principal os Estados Unidos e a União Europeia. O alto consumo na sociedade brasileira é refletido no crescente número de apreensões realizadas pelas agências policiais¹¹¹. Ligações com diversos grupos estrangeiros são evidenciadas com a captura de integrantes de grupos mafiosos, ocorridas em finais do século XX e início do XXI¹¹².

O espectro de atividades e formas apresenta variações ao longo do processo histórico. A gama de delitos inclui desde uma criminalidade de menor monta até domínios territoriais e monopólio de atividades econômicas. Em algumas situações a organização pode ser temporária ou perene, neste segundo caso envolvendo uma estrutura burocrática que demanda exclusividade de seus integrantes. No interior das organizações as interações podem ser baseadas em relações familiares, de amizade, afinidades ideológicas, compartilhamento de expertise, lealdade ou obediência a uma liderança¹¹³.

A criminalidade organizada é subdividida, muitas vezes, em mafiosa e empresarial. O primeiro conceito está relacionado a uma concepção tradicional, na qual os grupos se dedicam à prática de atos ilícitos clandestinos, sendo formados por uma estrutura hierarquicamente organizada, contando com planejamento empresarial, de lucros, domínio de território e, normalmente, apadrinhamentos e rituais de iniciação¹¹⁴. Alguns autores entendem que há uma dificuldade em definir e delimitar máfia e organizações criminosas¹¹⁵.

O crime organizado de caráter empresarial, em contraste com o mafioso, não possui rituais de iniciação e apadrinhados. A estrutura

¹¹¹ Idem, p. 449.

¹¹² Idem, p. 463.

¹¹³ MORSELLI, Carlo. Inside criminal networks. New York: Springer Science and Business Media, 2009. p. 1.

¹¹⁴ MONTEIRO, Marcelo. Crime organizado e criminologia. In: Criminologia e os problemas da atualidade. São Paulo: Atlas, 2008. p. 216-231.

¹¹⁵ LIEBL, Karlhans. Wirtschaft- und Organisierte Kriminalität. Wiesbaden: Springer Verlag, 2016. p. 14-16.

é voltada exclusivamente a obtenção de lucros financeiros, a partir de atividades especializadas e expertise, geralmente buscando o anonimato e se abstendo de exercer o domínio sobre regiões determinadas. Os integrantes geralmente são parlamentares, *hackers*, e agentes qualificados em determinados tipos de crimes, com vítimas difusas¹¹⁶.

Ao longo da história, Antônio Brito Júnior identifica três espécies de organizações criminosas: primeiramente, aquelas formadas por particulares e originárias da união entre pessoas de mesma classe social. Estes indivíduos perseguem objetivos comuns, diante de um Estado negligente em proporcionar acesso a direitos básicos. A busca por riquezas seria outra razão para fomentar o surgimento desses grupos, aliada a um contexto de vida semelhante, ideologias compartilhadas ou realidade familiar. Assim como Marcelo Monteiro, Brito Júnior destaca rituais de admissão como componentes do processo¹¹⁷.

O segundo tipo destacado seria formado por entes ideais, surgindo com o objetivo de buscar lucro a partir de grandes conglomerados econômicos. Os principais integrantes são tecnocratas e empresários, com redes de relações sociais que se espriam por setores públicos, envolvendo especialmente agentes com cargo de gestão,¹¹⁸ procurando a obtenção de vantagens. Estes ilícitos são entendidos como crimes de colarinho branco, implicando delitos de prática sofisticada a exemplo da evasão de divisas e branqueamento de capitais.

Por fim, o terceiro tipo envolve organizações criminosas formadas por representantes estatais, compostas por funcionários que se utilizam da posição pública para a prática de crimes contra a Administração Pública. O autor subdivide os atores grupos entre grupo politizado e não politizado, o primeiro englobando grandes autoridades, enquanto o segundo é composto de agentes subalternos¹¹⁹.

¹¹⁶ MONTEIRO, Marcelo. Crime organizado e criminologia. In: SÁ, Alvino; SCHECAIRA, Sérgio. Criminologia e os problemas da atualidade. São Paulo: Atlas, 2008. p. 216-231.

¹¹⁷ BRITO JÚNIOR, Antônio. Comentários à Lei 12.850/2013 - Ed. 2023. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/comentarios-a-lei-12850-2013-ed-2023/2072289757>. Acesso em: 10 de out. de 2024.

¹¹⁸ Idem.

¹¹⁹ Idem.

O autor faz severas críticas à dogmática jurídico-penal, percebendo as limitações de um direito penal liberal, de origem iluminista. Alamiro Netto, entende que o controle social exercido é deficiente, pois se concentra em atividade legiferante destinada a criar tipos penais, estes de conteúdo aberto, desmaterializando o bem jurídico¹²⁰.

A ampliação da abrangência da lei penal, portanto, surge diante da necessidade de lidar com novas relações sociais, avanços tecnológicos e maior permeabilidade de fronteiras, em virtude da globalização. A contextualização é importante para indicar o ambiente (*Umwelt*) no qual o sistema do direito e subsistema de direito penal se encontram¹²¹. Este ambiente pode provocar irritações que serão ignoradas ou processadas. No último caso, há uma apropriação do fenômeno e consequente comunicação, transformada em linguagem e código próprios ao sistema¹²². Neste sentido, a historicidade é necessária para demonstrar o direito como um produto da história em desenvolvimento contínuo¹²³.

Estes escritos investigam as organizações criminosas sob algumas perspectivas: da dogmática jurídico-penal, enquanto ramo autônomo da ciência estrita do direito penal, tal como definida por Franz von Liszt¹²⁴; histórica, para avaliar a evolução da legislação em face da necessidade de enfrentamento do fenômeno da criminalidade organizada e filosófica, a partir da teoria do direito¹²⁵.

Os textos legais, diante do processo histórico, refletem a nova realidade existente. O ordenamento nacional inicialmente sancionava grupos criminais, organizados, a partir do instituto do concurso de pessoas e as diferentes modalidades de autoria e participação. Posteriormente o

¹²⁰ NETTO, Alamiro. Criminalidade moderna vs. criminalidade de massa. In: SÁ, Alvino; SCHECAIRA, Sérgio. Criminologia e os problemas da atualidade. São Paulo: Atlas, 2008. p.147-149.

¹²¹ HUBER, Thomas. Systemtheorie des Rechts: die Rechtstheorie Niklas Luhmann. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2007. p. 41-50.

¹²² Idem, p. 41-42.

¹²³ LISZT, Franz. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Berlin: De Gruyter, 2018. p.2.

¹²⁴ Idem, p. 1-3.

¹²⁵ PFORDTEN, Dietmar. Rechtsphilosophie: Eine Einführung. München: Verlag C.H. Beck, 2013. Capítulo 1. Einleitung: Was ist Rechtsphilosophie. e-book.ur

fenômeno delitivo recebeu tratamento autônomo, com a tipificação de quadrilha ou bando, constando na Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), artigo 288¹²⁶.

A figura típica de quadrilha ou bando foi substituída pela associação criminosa, com a Lei nº 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa). Durante a vigência da hoje revogada Lei nº 9.034/1995 o termo associação criminosa, não definido no texto legal, foi utilizado como sinônimo de organização criminosa, que normatizava a utilização de meios operacionais, visando a prevenção e repressão de crimes perpetrados por organizações criminosas¹²⁷.

O conceito de organização criminosa teve sua introdução no ordenamento jurídico, de modo mais claro, a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.694/2012, em seu artigo 2^o¹²⁸. Entretanto, é importante ressaltar que esse diploma legal não define crimes, possuindo caráter processual penal e disciplinando a organização judiciária em casos de crimes praticados por organizações criminosas¹²⁹. Parte de sua origem é devida a uma ideia geral oriunda da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo, ocorrida no ano de 2004 e promulgada no Brasil através

¹²⁶ SOUZA, Luciano. Capítulo 3 - Lei de Organização Criminosa (Lei Nº 12.850/2013) In: SOUZA, Luciano; ARAÚJO, Marina. Direito Penal Econômico: Leis Penais Especiais. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-penal-economico-leis-penais-especiais/1198088688> . Acesso em: 10 de out. de 2024.

¹²⁷ SOUZA, Luciano. Capítulo 3 - Lei de Organização Criminosa (Lei Nº 12.850/2013) In: SOUZA, Luciano; ARAÚJO, Marina. Direito Penal Econômico: Leis Penais Especiais. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-penal-economico-leis-penais-especiais/1198088688> . Acesso em: 10 de out. de 2024.

¹²⁸ BRASIL. Lei nº 12.694 de 25 de julho de 2012. 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.

¹²⁹ SOUZA, Luciano; ARAÚJO, Marina. Direito Penal Econômico: Leis Penais Especiais. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Capítulo 3 - Lei de Organização Criminosa (Lei Nº 12.850/2013). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-penal-economico-leis-penais-especiais/1198088688> . Acesso em: 12 de out. de 2024.

do Decreto nº 5.015/2004, em seu artigo 2, a)¹³⁰. Atualmente a Lei nº 12.850/2013 define, em seu artigo 1º, parágrafo 1º¹³¹, o significado de organização criminosa¹³².

3. A IMPORTÂNCIA DOS CONCEITOS NO DIREITO E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O JUÍZO DE SUBSUNÇÃO

O significado de organização criminosa, como visto, é definido em lei. Nos casos em que o diploma legal é omissivo, a exemplo do significado de crime, cabe à doutrina preencher o conteúdo do conceito. Apesar de expressamente disposto no texto legal, o termo ainda gera controvérsias, como será visto mais adiante. Neste sentido, importa destacar a importância dos conceitos no direito e as razões que levam os juristas a entendimentos muitas vezes deveras divergentes. Sobre a temática Ingeborg Puppe lança diversos questionamentos, esclarecendo as consequências práticas obtidas pelos juristas, com base nas definições utilizadas. A definição conceitual determina a aplicação de um termo a determinados fatos¹³³.

Alguns autores como Dietmar von der Pfordten defendem que os conceitos têm uma importância maior que as normas. O direito conhece uma considerável variedade de conceitos, a exemplo dos descritivos,

¹³⁰ BRASIL. Decreto nº 5.015 de 12 de março de 2004. Artigo 2 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 de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

¹³¹ BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º 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.

¹³² SOUZA, Luciano. Capítulo 3 - Lei de Organização Criminosa (Lei Nº 12.850/2013) In: SOUZA, Luciano; ARAÚJO, Marina. Direito Penal Econômico: Leis Penais Especiais. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-penal-economico-leis-penais-especiais/1198088688> . Acesso em: 10 de out. de 2024.

¹³³ PUPPE, Ingeborg. Kleine Schule des juristischen Denkens. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 2019. p. 25-27.

valorativos e normativos. A origem pode ser natural, cultural e não jurídica, passando por compreensões do cotidiano. A perspectiva estritamente jurídica utiliza conceitos técnicos, de entendimento sistemático, criados em referência a regras pertencentes ao ordenamento jurídico. Este último se apropria dos conceitos tidos como naturais, assim como dos técnicos, e os implementa em sua práxis¹³⁴.

Ingeborg Puppe sugere uma classificação similar, todavia, com algumas distinções de relevância para o presente estudo. O significado dos conceitos jurídicos podem ser, para a autora: de caráter descritivo, especialmente quando relacionado à descrição de fatos e, por isso, submetidos a um juízo de veracidade ou falsidade, de acordo com critérios de correspondência; vagos, quando não têm conteúdo determinado, seu significado está atrelado a contingências e probabilidades, proporcionando uma maior conformação a diferentes situações; os conceitos valorativos descrevem não somente uma situação objetiva, factual ou ação, porém, julgam estas ocorrências atribuindo valor positivo ou negativo. Se o comportamento deve ser estimulado ou evitado, neste sentido, os termos valorativos sempre expressam uma norma; os conceitos presumidos estão relacionados a consequências obtidas a partir de constatações realizadas no mundo dos fatos. No direito penal os conceitos que indicam presunção são sempre favoráveis ao réu¹³⁵.

Os conceitos jurídicos podem assumir diferentes formas, independentemente de serem descritivos, valorativos ou de presunção. Os conceitos ligados a classe ou gênero apresentam algumas características que, se preenchidas, são necessárias e suficientes. Certos parâmetros podem ser cumulativos ou alternativos, no primeiro caso unidos com a palavra e (conjunção), no segundo com a palavra ou (disjunção). A vantagem de um conceito formado por conjunções é a isonomia de tratamento dispensada às características apontadas como relevantes. Na hipótese disjuntiva, os elementos de gênero podem ter propriedades distintas e, ainda assim, serem subsumidos ao conceito principal¹³⁶.

¹³⁴ PFORDTEN, Dietmar. About concepts in law. In: HAGE, Jaap; PFORDTEN, Dietmar. Concepts in law. Heidelberg: Springer Verlag, 2009. p. 18-19.

¹³⁵ PUPPE, Ingeborg. Kleine Schule des juristischen Denkens. Göttingen: Vanderhoeck und Ruprecht, 2019. p. 31-56.

¹³⁶ PUPPE, Ingeborg. Kleine Schule des juristischen Denkens. Göttingen: Vanderhoeck und Ruprecht, 2019. p. 56-60.

Os conceitos de tipo ou tipológicos (*Typusbegriffe*) são entendidos como um desdobramento ou desenvolvimento dos termos disjuntivos. A gradação de, ao menos, uma característica é a principal propriedade dos *Typusbegriffe*, seguida de demais atributos que podem ser alternativos ou igualmente gradativos. Quanto mais um aspecto é preponderante, intenso, com menos vigor a segunda qualidade deve ser preenchida. Os conceitos tipológicos conseguem, da mesma forma que os disjuntivos, abarcar fenômenos diversos e, ainda assim, atribuir consequências jurídicas similares a diferentes ocorrências¹³⁷.

Especificamente no combate à criminalidade organizada, a estrutura de conceitos tipológicos desempenhou um papel relevante, ainda que passível de muitas críticas. Os casos envolvendo criminalidade por meio de aparatos organizados de poder, eram solucionados com base na teoria do domínio do fato, desenvolvida por Claus Roxin. Em face da inexistência de tipificação do crime de organização criminosa, os agentes eram punidos com base no instituto do concurso de pessoas, havendo a possibilidade de imputação por coautoria ou autoria mediata.

Um exemplo do uso da teoria do domínio do fato foi o caso da Ação Penal nº470/MG, julgada no Supremo Tribunal Federal¹³⁸. A construção dogmática foi introduzida por meio de transplante legal e, diante do caráter de corte de vértice do mencionado tribunal, repercutiu no sistema jurídico como um todo¹³⁹. Importante ressaltar que a teoria desenvolvida por Claus Roxin foi desenvolvida para uma codificação penal que possui parâmetros diferenciadores de concepção de autoria, divergindo da legislação pátria por ser de estrutura unitária reduzida¹⁴⁰. No caso em questão, o STF recorreu a estratégias retóricas para justificar uma

¹³⁷ Idem, p. 60-67.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação penal 470/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 24.04.2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur228572/false>. Acesso em 14 out. 2024.

¹³⁹ FIGUEIREDO, Simone; ARAÚJO, José Mário. Transplante legal: o domínio da organização em Claus Roxin e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, v. 197, jul./ago.2023, p. 155-184.

¹⁴⁰ ARAÚJO, José Mário; FIGUEIREDO, Simone. Autoria criminal: da possibilidade de adoção do conceito unitário reduzido de autor de Helmut Fuchs no concurso de pessoas pelo sistema penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais. São Paulo: Tirant lo blanch, ano 21, nº 87, out./dez. 2022, p. 155-178.

condenação, ao que a análise da decisão indica, previamente definida. Este fato somente foi possível com o esvaziamento dos conceitos jurídicos aplicados e a utilização estratégica de argumentos persuasivos nas razões decisórias¹⁴¹.

A teoria do domínio do fato (*Tatherrschaftstheorie*) faz uso de conceitos abertos, entendendo que termos complexos deixam muitas situações fora de sua abrangência, enquanto parâmetros vagos abrangem muitas situações distintas, podendo favorecer o arbítrio judicial e, conseqüentemente, injustiças. Portanto, um conceito jurídico-penal extremamente detalhado perde parte de sua funcionalidade, em virtude da taxatividade penal. Entretanto, se o termo é deveras vago, poderá abarcar fenômenos deveras distintos e viabilizar a condenação de inocentes. Para Roxin, o uso de conceitos abertos, de inspirações tipológicas seria uma saída racional para evitar ambas as situações¹⁴².

A primeira das características da teoria do domínio do fato é sua composição com base em conceitos descritivos, ao invés de utilizar uma definição exata. O doutrinador entende que a descrição tem a vantagem de se adaptar a situações distintas, abarcando as mudanças ocorridas na sociedade. As situações com alguma diferenciação recairiam na tipicidade, esta formada a partir de enunciados. Neste sentido, coautor ou autor mediato seria aquele agente adequado enquadrado nos pressupostos x), y) e z). A descrição a partir de enunciados não é plenamente fechada, ao contrário de uma tipicidade fixa subsumível a uma premissa maior¹⁴³.

A segunda característica é a introjeção de ideias/princípios regulativos, no sentido de fornecer um direcionamento ao órgão decisor. Desta forma, seria possível evitar uma indeterminação do conceito de autoria, pois, o legislador forneceria parâmetros para os aplicadores do direito analisarem os casos concretos. Desta forma seria possível evitar uma definição fechada e de aplicabilidade restrita e, ao mesmo tempo, não recair em um conceito vago, afirma Roxin¹⁴⁴.

¹⁴¹ PARINI, Pedro; ARAÚJO, José Mário. Análise retórico dogmática da teoria do domínio do fato e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal nº 470. *Duc in Altum - Cadernos de Direito*. Recife. v. 15, nº 36, 2023. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/2722>. Acesso em 12 out. 2024.

¹⁴² ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlin: De Gruyter Verlag, 2022. p. 136-137.

¹⁴³ *Idem*, p. 137-140.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

Ingeborg Puppe enxerga o uso de conceitos tipológicos no direito penal com certa desconfiança, especialmente por questões ligadas à segurança jurídica e à previsibilidade. A aplicação dos tipos, devido ao seu caráter aberto, traria mais prejuízos que vantagens principalmente se aplicados aos institutos da Parte Geral do Código Penal, como é o caso do concurso de pessoas. A razão da crítica se deve aos possíveis prejuízos na formação do silogismo jurídico diante da relação dos enunciados e conceitos se inter-relacionando em premissas maiores e menores. Os termos destas precisariam estar dotados de significado mais amplo, sob pena de não encontrar acoplamento naquelas¹⁴⁵.

Importante ressaltar que na ausência de um conceito legal a definir organizações criminosas, especificamente, caberia à doutrina realizar essa tarefa¹⁴⁶. Uma definição material de organização criminosa encontra pontos comuns entre os diversos teóricos do direito, para ilustrar são trazidos alguns exemplos pontuais a seguir.

Nucci entende que o conceito de organização criminosa é complexo e controverso, refletindo os atributos da própria atividade criminosa. Para o autor é importante uma definição estruturada, capaz de resguardar os bens jurídicos fundamentais para o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, a conceituação de organização criminosa é relevante tanto para fins zetéticos, quanto dogmáticos, especialmente diante da criação de um tipo penal específico para sancionar os integrantes dessa modalidade de associação¹⁴⁷.

A ideia de organização é compreendida como uma associação estável e duradoura de agentes, estruturada, com divisão de tarefas e objetivando a prática de infrações penais e obtenção de vantagens ilícitas, muitas vezes assumindo a feição de empresa. As atividades, em inúmeros casos, estão relacionadas à convivência ou participação de agentes públicos, cooperando com as ações ilegais¹⁴⁸.

¹⁴⁵ PUPPE, Ingeborg. Typusbegriff, eine Denkform? In: HEFENDEHL, Roland; HÖRNLE, Tatjana; GRECO, Luis. *Streitbare Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag* am 1. November 2014. Berlin: De Gruyter, 2015. p. 221-234.

¹⁴⁶ Neste sentido disserta Cláudio Brandão, ao afirmar a ausência do conceito de crime no Código Penal e a tarefa da doutrina em estipular uma definição para o termo. BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 16.

¹⁴⁷ NUCCI, Guilherme. *Organização criminosa*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. s.n. e-book. cap. 1.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

Antônio Júnior estabelece algumas características pertencentes às organizações criminosas, através de um conjunto de enunciados:

Um estudo minucioso das organizações criminosas demonstra a existência de características indiciárias que lhes dão a nota da ilicitude. Obviamente, os elementos não de modificar em consonância com características de grupos específicos, mas sempre servirão como circunstâncias presuntivas de que o crime organizado esteja em atuação. São elas: a) pluralidade de agentes; b) busca pela estabilidade; c) finalidade de obtenção de vantagem (em regra, econômica); d) planejamento empresarial; e) divisão funcional de tarefas; f) estruturação hierarquizada; g) conexão com os poderes constituídos; h) busca pelo domínio de territórios; i) uso da violência como última medida para alcançar seus objetivos; j) lavagem de capitais como método para ocultação das ilicitudes¹⁴⁹.

Os pontos principais estruturados doutrinariamente, como dito, apresentam semelhanças aptas a consolidar um entendimento jurídico dogmático, material, sobre o conceito de organizações criminosas. A introdução de um conceito formal, todavia, estabelece critérios com maior objetividade, a serem considerados na análise do julgador.

Como informado anteriormente, no contexto inicial da Ação Penal nº 470/MG, o ordenamento jurídico carecia de uma definição formal do termo organizações criminosas. Diante dessa ausência era aplicado o instituto do concurso de pessoas e, no caso em análise, a teoria do domínio do fato, nas modalidades de domínio da organização e domínio funcional do fato.

4. ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO AO CONCEITO FORMAL DA LEI 12.850/2013

O domínio da organização implica encontrar o autor por trás do autor (*der Täter hinter dem Täter*) em organizações criminosas¹⁵⁰. A construção teórica de Roxin, nas palavras do próprio autor, é inspirada

¹⁴⁹ BRITO JÚNIOR, Antônio. Comentários à Lei 12.850/2013. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/comentarios-a-lei-12850-2013-ed-2023/2072289757>. Acesso em: 12 de out. de 2024.

¹⁵⁰ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft. Berlin: De Gruyter Verlag, 2022. p. 276.

no *Typusbegriff* de Karl Larenz¹⁵¹. Os enunciados que compõe os pré-requisitos para o preenchimento do conceito são: a capacidade de emanar um comando com força de provocar violência, advindo de uma liderança certa do cumprimento da sua vontade e organizada em uma estrutura com divisão de poderes e tarefas; a organização deve ser ilícita, especialmente nas suas atividades criminosas, o que exclui a aplicação da teoria a empresas, por exemplo; o agente executor deve ser peça fungível, o que garante a execução do poder de mando e ordem emanada, ainda que algum executor desista de praticar a ação determinada pela chefia¹⁵².

No domínio funcional do fato Roxin delinea contornos do conceito de coautoria. Neste sentido, a comunhão de vontades é um dos primeiros critérios, somado à execução conjunta e contribuição fundamental para o sucesso dos atos executórios. O elemento volitivo significa também, para o autor, uma divisão consciente de tarefas com objetivo comum. A execução conjunta significa a presença de uma contribuição no desenvolvimento dos acontecimentos delitivos, ou seja, na materialização da conduta penalmente tipificada, não bastando a atuação restrita aos atos preparatórios. A relevante contribuição na execução do ato criminoso estabelece a necessidade de uma ação apta a influenciar decisivamente o curso dos acontecimentos¹⁵³. O domínio funcional do fato implica a importância e função autônoma do ato de codelinquência, de modo tão relevante que a recusa do membro em praticar a conduta a si delimitada tem o condão de inviabilizar toda a empreitada criminosa¹⁵⁴.

Para Roxin, a atuação do executor na organização criminosa é entendida como de um autor por trás do autor (este sempre é o executor tipo penal, ou seja, possui domínio da ação [*Handlungsherrschaft*]¹⁵⁵, nesse caso ocorre uma responsabilização aos moldes de um conceito unitário¹⁵⁶), na coautoria há uma divisão funcional de tarefas, de acordo com os critérios já explicados. A aplicação destas construções dogmáticas, subsumindo a conduta do agente ao concurso de pessoas, tem o condão de atribuir autoria penal a uma ampla gama de condutas.

¹⁵¹ “Der von Larenz an dieser Stelle verwendete Terminus des „offenen Typus“ ähnelt auch sonst unseren „offenen Begriffen“ (Idem, p. 137).

¹⁵² Idem, p. 844-846.

¹⁵³ ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlin: De Gruyter Verlag, 2022. p. 862-884.

¹⁵⁴ Idem, p. 307-314.

¹⁵⁵ Idem, p. 141-155.

¹⁵⁶ HAMDORF, Kai. *Beteiligungsmodelle im Strafrecht*. Freiburg im Breisgau. Edition Iuscrim, 2002p.130.

O conceito formal delineado a partir da Lei 12.850/2013 define organização criminosa a partir da associação de quatro ou mais pessoas, atuando de forma estruturalmente ordenada e praticando crimes por meio de divisão de tarefas (formal ou informalmente), visando a obtenção direta ou indireta de vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais. Estas condutas devem ser apenadas com sanções superiores a quatro anos ou possuir caráter transnacional. As penas podem variar, de acordo com as situações elencadas no texto normativo do artigo 2º do diploma legal.

Esta mudança trouxe uma definição fechada, constituindo verdadeira tipificação penal, como já explicitado anteriormente. Este tipo de conceito é garantidor de maior segurança jurídica, ainda que traga limitações à sua aplicação¹⁵⁷. O texto normativo apresenta elementos descritivos, conjuntivos e disjuntivos, procurando abarcar inúmeras situações com maior clareza. A formação do silogismo jurídico, portanto, segue uma estruturação concisa e deixa margem menor para interpretação.

Em acordo com o raciocínio desenvolvido por Larenz, sempre que o tipo penal (T) for materializado a partir de uma conduta (C), haverá uma consequência jurídica (S). O autor entende a formação das premissas, e consequente conclusão, como questão problemática, especialmente da premissa menor, responsável por denotar o suporte fático¹⁵⁸. Importante ressaltar que a construção jurídica apenas se apresenta como uma estruturação lógica, todavia, o silogismo jurídico é de caráter retórico, ou seja, um entimema, como afirma João Maurício Adeodato¹⁵⁹.

A aplicação da teoria do domínio do fato em suas modalidades, domínio do fato por aparatos organizados de poder e domínio funcional do fato, apresentam repercussões distintas se comparadas àquelas da Lei 12.850/2013, art. 1, §1º, que define as organizações criminosas a partir de parâmetros claros, estabelecendo uma conceituação determinada.

¹⁵⁷ PUPPE, Ingeborg. *Kleine Schule des juristischen Denkens*. Göttingen: Vanderhoeck und Ruprecht, 2019. p. 34.

¹⁵⁸ LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer Verlag, 1995. p.92-94

¹⁵⁹ ADEODATO, João M. The rhetorical syllogism (enthymeme) in judicial argumentation. *International Journal for the Semiotics of Law*, nº 12, Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1999. p. 135-152.

Um agente que tenha cometido um crime, antes da entrada em vigor da lei, estaria submetido às sanções legais do tipo penal e causa de aumento de pena por força do concurso de pessoas, entretanto, o uso inadequado da teoria de Claus Roxin pelos tribunais implica uma redução do direito a julgamento justo¹⁶⁰. A abertura do conceito, defendida pelo doutrinador, gera uma situação capaz de comprometer direitos fundamentais, pois a capacidade de abarcar situações deveras distintas significa uma indeterminação de conteúdo prejudicial ao direito penal, posicionamento este defendido por Ingeborg Puppe.

Após a edição da Lei 12.850/2013, que definiu organizações criminosas, a sanção por integrar um grupamento ilícito para a prática de delitos passou a constituir um tipo penal próprio, ampliando a sanção penal em virtude do concurso material. Apesar de uma maior pena, o jurisdicionado passou a poder se defender diante de critérios mais claros, havendo uma maior delimitação dos critérios de criminalização. O silogismo jurídico terá início a partir de premissas dotadas de maior objetividade, demarcando a conclusão alcançada e evitando arbítrios.

O aspecto formal do crime de organização criminosa instrumentaliza a persecução penal com a possibilidade de punir o agente que é parte da organização e não pratica, diretamente, ato criminoso. No concurso de pessoas, a ligação dos agentes deve estar dentre as elementares subjetivas do crime praticado, em virtude do modelo de acessoriedade limitada, que estabelece a necessidade de a conduta praticada pelo agente ser, ao menos, típica e antijurídica para que ocorra responsabilização ao menos na condição de partícipe¹⁶¹. Portanto, a nova lei ampliou as possibilidades de efetivação persecução penal, garantindo direitos com um relativo estreitamento de margens interpretativas.

¹⁶⁰ Sobre os parâmetros para verificar a justiça das decisões: TEIXEIRA, Sérgio Torres; ALVES NETO, Jocy; SILVA JÚNIOR, Ranieri. A justiça das decisões como critério de aferição da efetividade processual. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v.7, n.12, p. 118903, dez. 2021. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/41685/pdf> . Acesso em: 15 jul. 2024.

¹⁶¹ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 186.

5. CONCLUSÃO

O enfrentamento da criminalidade orquestrada por grupos organizados é um fenômeno que encontrado ao longo da história e representa desafio a ser apropriado pelo direito, enquanto instrumento repressivo. O sistema jurídico opera a partir de enunciados normativos introduzidos por textos legais, estes gerando repercussões em todo o ordenamento.

Os conceitos jurídicos são componentes fundamentais para viabilizar a aplicação das determinações estabelecidas em lei e variando em sua forma e conteúdo. As definições apresentam, por isso, uma importância destacada para a jurisdição. A existência de parâmetros formais, expressamente dispostos em lei, preenche lacunas e possibilita um maior controle da atividade judicante.

O período anterior à edição da Lei 12.850/2013 foi marcado pelo uso da teoria do domínio do fato na caracterização de organizações criminosas, através de conceitos tipológicos. Esta prática tem o condão de gerar menor segurança jurídica e promover maior arbítrio judicial, em virtude do caráter aberto dos enunciados que compõem esta construção doutrinária.

A lei de organizações criminosas, ao estabelecer um conceito formal, possibilita a aplicação de parâmetros mais claros e efetivos à aplicação da lei penal, gerando a necessária segurança jurídica e taxatividade tão importantes para o direito penal. Estas características viabilizam uma defesa mais efetiva e resposta legal ao fenômeno da criminalidade organizada, viabilizando um maior controle das da atividade estatal no exercício do *jus puniendi*, enquanto protege direitos e garantias fundamentais.

6. REFERÊNCIAS

ADEODATO, João M. The rhetorical syllogism (enthymeme) in judicial argumentation. **International Journal for the Semiotics of Law**, nº 12, Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1999. p. 135-152.

ARAÚJO, José Mário; FIGUEIREDO, Simone. Autoria criminal: da possibilidade de adoção do conceito unitário reduzido de autor de Helmut Fuchs no concurso de pessoas pelo sistema penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. São Paulo: Tirant lo blanch, ano 21, nº 87, out./dez. 2022, p. 155-178.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. **Decreto nº 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: 14 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.694 de 25 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12694.htm. Acesso em 14 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 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/112850.htm. Acesso em 14 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação penal 470/MG.** Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 24.04.2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur228572/false>. Acesso em 14 out. 2024.

BRITO JÚNIOR, Antônio. **Comentários à Lei 12.850/2013 - Ed. 2023.** São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/comentarios-a-lei-12850-2013-ed-2023/2072289757>. Acesso em: 10 de out. de 2024.

FERNANDES, Walter; FERNANDES, Newton. **Criminologia integrada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIGUEIREDO, Simone; ARAÚJO, José Mário. Transplante legal: o domínio da organização em Claus Roxin e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, v. 197, jul./ago.2023, p. 155-184.

HAMDORF, Kai. **Beteiligungsmoedelle im Strafrecht.** Freiburg im Breisgau. Edition Iuscrim, 2002.

HUBER, Thomas. **Systemtheorie des Rechts: die Rechtstheorie Niklas Luhmann.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2007.

LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft.** Berlin: Springer Verlag, 1995.

LIEBL, Karlhans. **Wirtschaft- und Organisierte Kriminalität.** Wiesbaden: Springer, 2016.

LISZT, Franz. **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**. Berlin: De Gruyter, 2018.

MONTEIRO, Marcelo. Crime organizado e criminologia. *In: Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 216-231.

MORSELLI, Carlo. **Inside criminal networks**. New York: Springer Science and Business Media, 2009.

NETTO, Alamiro. Criminalidade moderna vs. Criminalidade de massa. *In: SÁ, Alvino; SCHECAIRA, Sérgio. Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p.147-149.

NUCCI, Guilherme. **Organização criminosa**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. s.n. *e-book*.

PARINI, Pedro; ARAÚJO, José Mário. Análise retórico dogmática da teoria do domínio do fato e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal nº 470. **Duc in Altum - Cadernos de Direito**. Recife. v. 15, nº 36, 2023. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/2722>. Acesso em 12 out. 2024.

PFORDTEN, Dietmar. About concepts in law. *In: HAGE, Jaap; PFORDTEN, Dietmar. Concepts in law*. Heidelberg: Springer Verlag, 2009.

PUPPE, Ingeborg. **Kleine Schule des juristischen Denkens**. Göttingen: Vanderhoeck und Ruprecht, 2019.

PUPPE, Ingeborg. Typusbegriff, eine Denkform? *In: HEFENDEHL, Roland; HÖRNLE, Tatjana; GRECO, Luis. Streitbare Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014*. Berlin: De Gruyter, 2015. p. 221-234.

ROXIN, Claus. **Täterschaft und Tatherrschaft**. Berlin: De Gruyter Verlag, 2022.

SOUZA, Luciano; ARAÚJO, Marina. **Direito Penal Econômico: Leis Penais Especiais**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Capítulo 3 - Lei de Organização Criminosa (Lei Nº 12.850/2013). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-penal-economico-leis-penais-especiais/1198088688>. Acesso em: 12 de out. de 2024.

TEIXEIRA, Sérgio Torres; ALVES NETO, Jocy; SILVA JÚNIOR, Ranieri. A justiça das decisões como critério de aferição da efetividade processual. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v.7, n.12, p. 118903, dez. 2021. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/41685/pdf>. Acesso em: 15 jul. 2024.