

As sociedades criminosas: história, elementares e subsunção

As sociedades criminosas e o modelo associativo diferenciador

No Brasil adotou-se pela divisão conceitual das sociedades criminosas (*societas criminis*), impondo-lhes, sticas, punições autônomas e gradadas conforme requisitos específicos.



Adriano Sousa Costa
Delegado da Polícia Civil de GO

"Observe-se que o Brasil não adotou o chamado 'modelo unitário

alemão', que não distingue a mera 'associação criminosa' da efetiva 'organização criminosa'. Nossa legislação é partidária do denominado 'modelo diferenciador austríaco, procedendo à clara diferenciação entre "associação criminosa' e 'organização criminosa'. Ao reverso do Brasil, Portugal, por exemplo, adota o 'modelo unitário alemão', assim como a legislação correlata da Suíça" [\[1\]](#).

Como franco adotante do modelo diferenciador, segue o Brasil ainda na tentativa de construir balizas cartesianas para a aplicação dos vários e autônomos tipos penais acerca de sociedades criminosas.

Para um olhar mais simplista, pode parecer que o legislador optou por um tipo de **escalonamento com fundamento único na quantidade mínima de componentes do grupo**. A associação para o tráfico, a associação criminosa e a organização criminosa requerem, respectivamente, no mínimo, duas, três e quatro pessoas.

Mas sozinha a referida fórmula não resolve o problema. Até porque a maior pena máxima cominada a uma sociedade criminosa está prevista no preceito secundário do artigo 35 da Lei 11.343/2006 (associação para o tráfico); e tal dispositivo incriminador requer para a sua consumação, no mínimo, duas pessoas. Por isso, surgiu a necessidade de outros mecanismos para resolver tal suposta antinomia.

Por isso é que a escolha legislativa foi a de diferenciar os referidos grupos criminosos por um conjunto de idiosincrasias, quais sejam: **a) a forma que são estruturados internamente, b) os bens jurídicos que ofendem, o que impacta necessariamente na escolha das penas a eles cominadas; e, principalmente, c) os fins prevalentemente almejados pela agremiação criminosa.**

Da associação para o tráfico de drogas e tráfico de maquinário: a trajetória histórica

Antes mesmo da Lei nº 11.343/2006, a Lei nº 6.368/76 já trazia uma alta pena para o delito de associação para o tráfico; por isso a nova lei de drogas não inovou nada nesse sentido.

Em homenagem ao princípio da continuidade típico-normativa, tal incriminação foi transportada da década de 70 aos dias atuais sem muitas alterações. **Sempre foi (e continua sendo) a pena cominada a tal tipo de conduta associativa de reclusão de 3 a 10 anos.**

Essa contínua decisão legislativa em garantir um patamar de maior reprovabilidade àquele que se associa para traficar drogas (ou financiar tal atividade) é que nos impede de discutir sobre a desproporção de tais penas como se fosse obra de uma não-intencionalidade do legislativo.

A diferença de tratamento dada ao artigo 35 da Lei nº 11.343/2006 se justifica pelo fato de o tipo penal tutelar outros bens jurídicos que não só a Paz Pública. Além de idêntica tutela à Paz Pública (Nucci), lembre-se que o tipo penal do artigo 35 da Lei de Drogas contempla a Saúde Pública e, indiretamente, também a vida e a saúde de cada cidadão (Andreucci).

E essa pluridimensionalidade do tipo penal de associação para o tráfico justifica a pena maior do que a associação criminosa ostenta, até mesmo quando se olha para as das organizações criminosas. Paulo Queiroz e Marcus Moreira Lopes ensinam nesse sentido:

"O artigo 35 é também especial em relação à Lei nº 12.850/2013, cujo artigo 2º tipifica a ação de promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa, cominando-lhe reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas[...]" (Negrito nosso).

Esses são argumentos que reforçam a ideia de que a associação para o tráfico é um tipo especial de associação criminosa ou de organização criminosa, pois, além de prevista em lei própria e tutelar mais bens jurídicos do que a mera Paz Pública, tem caminho histórico que evidencia o desejo do legislador de se manter inerte frente a qualquer possível decisão que alterasse tal sistemática.

Do isolamento legislativo das associações voltadas para o tráfico

Percebe-se claramente que a Lei de Organização Criminosa (Lei nº 12.850/2013), mantendo até mesmo uma coerência histórica, **abriu mão de disciplinar em seu bojo a existência de organizações criminosas voltadas ao tráfico de drogas.**

A nosso ver, dá-se pela histórica consideração de que a associação para o tráfico de drogas prevalece sobre todas as demais capitulações envolvendo sociedades criminosas.

Dos tipos de associação para o tráfico: elementar, elaborada e sofisticada

As facções criminosas de venda de drogas estão cada vez mais organizadas e, por óbvio, mais se aproximam da engenharia estrutural trazida pela Lei de Organização Criminosa do que da lacônica (e aparentemente simplista) redação do artigo 35 da Lei nº 11.343/2006.

Contudo, ainda que o artigo 35 da Lei nº 11.343/2006 traga elementares mais enxutas, isso não impede a aplicação do presente dispositivo a grupos mais elaborados.

Não se nega que exista tentativa doutrinária de se diferenciar as sociedades criminosas somente com base nas elementares estruturais dos respectivos artigos, com o que não concordamos. Vejamos:

"Resumidamente pode-se dizer que quando um grupo é formado para a prática de crimes, satisfazendo todos os requisitos do artigo 1º, § 1º, da Lei 12.850/13, afastam-se outras figuras e prevalece essa legislação específica. Mas, quando os requisitos para a conformação do crime organizado não estão presentes, o grupamento de pessoas será tipificado em algum dos demais tipos penais acima mencionados também de acordo com a especialidade, ou seja, se formado para o tráfico, o artigo 35 da Lei de Drogas [...]" [2].

Aliás, a exemplo do que se faz com os tipos de lavagem de capitais, em que há divisão didática em "elementar", "elaborada" e "sofisticada", **não se nega que as associações para o tráfico que apresentam diferentes musculaturas merecem dosimetria diferente**. Até mesmo para não se equiparar um grupo de traficante de bairro com uma associação de traficante de alcance nacional.

Por isso, utilizando-se da distância considerável entre a pena mínima e a pena máxima do crime trazido no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006 (3 a 10 anos), permite-se que a complexidade do grupo criminoso seja levada em consideração para a fixação da reprimenda, garantindo-se a desejada proporcionalidade, inclusive face às penas cominadas na Lei de Organização Criminosa.

Nesse sentido, o aresto do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (HC 5028254-21.2015.404.0000), endossado pelo Superior Tribunal de Justiça (RHC 65.523-RS), espanca qualquer dúvida acerca do tema, *in verbis*:

"(...) Defendo em doutrina (Crimes Federais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1261) que aos grupos criminosos organizados que se dedicam ao tráfico de drogas é aplicável a Lei 11.343/06, especial em relação à Lei das Organizações Criminosas. Entendimento diverso levaria a uma incongruência quanto às penas previstas, uma vez que a pena máxima cominada em abstrato ao crime do art. 2º da Lei 12.850/13 (8 anos) é menor que a pena máxima cominada em abstrato ao crime do art. 35 da Lei 11.343/06 (10 anos). Assim, membros de uma associação para o tráfico de drogas que não estivesse estruturada sob a forma de organização criminosa poderiam ser apenados de forma mais severa que integrantes de uma organização criminosa dedicada ao tráfico de drogas. Portanto, entendo que é o caso de operar-se a desclassificação para o delito previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, com fulcro no art. 383 do CPP. (...)" (no original, sem os grifos).

Todo esse conjunto retórico permite afastar a hipótese de que uma associação criminosa mais estruturada (e com divisão de tarefas) deve necessariamente ser encapsulada no conceito de organização criminosa. **Não se pode permitir que o conceito de associação para o tráfico se restrinja à ausência de divisão de tarefas e de estruturação menos aquilatada.**

A prevalência da mercancia ilícita de drogas nos contextos associativos

É fato que a redação do artigo 35 passa a impressão de que ela só se aplica a contextos em que a única atividade do grupo criminoso é a dos artigo 33, *caput*, parágrafo 1º, e artigo 34, da Lei de Drogas. Não concordamos com tal limitação.

Sendo clara a **finalidade prevalente do grupo** (ou seja, voltado à prática dos referidos dispositivos da Lei de Drogas), outras infrações penais, circunstanciais e teleológicas, podem ser realizadas para garantir esse desiderato maior, sem que isso afaste a incidência do artigo 35 da Lei nº 11.343/2006.

Da hediondez dos delitos associativos

O debate sobre a hediondez da associação para o tráfico sempre trouxe um certo desalento à doutrina e à jurisprudência pátrias. Ainda assim, percebe-se que se tende à consolidação do crime de associação para o tráfico como não hediondo, ainda que tais debates sejam ainda acalorados.

O pacote anticrime, em vez de colocar uma pá de cal no debate, acabou fortalecendo ainda mais as divergências. Afinal, adicionou-se o inciso V ao artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.072, prevendo o caráter hediondo para o crime de organização criminosa voltada à prática de crimes hediondos e equiparados. Vejamos: "*Artigo 1º. Parágrafo único. Consideram-se também hediondos, tentados ou consumados: V – o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado*".

E essa alteração parece indicar que toda *societatis sceleris*, que se volte para a prática de crime hediondo ou equiparado, assim também se torna. Nesse jaez, como o tráfico de drogas é um crime equiparado a hediondo, a organização criminosa voltada ao referido contexto se torna igualmente conduta hedionda.

Reflexamente, essa alteração ressuscita a indagação sobre a especialidade do artigo 35 da Lei de Drogas frente ao crime de organização criminosa, porquanto, agora, há dispositivo na Lei de Crimes Hediondos que prevê, ao menos genericamente, a possibilidade de organização criminosa voltada para o tráfico de drogas.

Independentemente disso, temos motivos para acreditar que a associação para o tráfico deve ainda prevalecer, pois essa alteração legislativa nem de perto enfrentou a referida questão. Vejamos os dois principais argumentos.

O primeiro é que parece desarrazoado prever que o contexto de organização criminosa voltada para o tráfico é hediondo, mas em nada se ter alterado os patamares de pena cominada. Ou seja, **a organização criminosa voltada para o tráfico teria pena menor do que a da associação para o tráfico, mas aquela seria conduta hedionda e esta não.**

O segundo é que, se o legislador quisesse ter feito expressa menção ao contexto associativo de tráfico de entorpecentes (e que historicamente foi tratado como de maior especialidade frente aos outros crimes hediondos e equiparados), deveria tê-lo feito sacando mão da mesma engenharia legislativa já encontrada na Lei de Crimes Hediondos. Só assim se teria certeza sobre esse **desejo expresso** do legislador. Vejamos. "Art. 8º *Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no [artigo 288 do Código Penal](#), quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, **tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins** ou terrorismo" (negrito nosso).*

Portanto, acreditamos que a mera previsão genérica trazida no novel artigo 1º, parágrafo único, inciso V da Lei nº 8.072/90 não parece suficiente para desconstituir a prevalência histórica da associação para o tráfico frente ao crime de organização criminosa. O contexto de previsão mais específico ainda prevalece em face da redação genérica e vaga oriunda do pacote anticrime.

[1] <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/445398560/organizacao-criminosa>

[2] <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/445398560/organizacao-criminosa>

Date Created

30/08/2022