UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE
SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE TULLIO ASCARELLI
DIRITTO - ECONOMIA – STORIA
DOTTORATO DI RICERCA IN "DIRITTO PENALE"

XXII CICLO

DEFINIZIONE DEL CONCETTO DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA PER LA LEGISLAZIONE BRASILIANA: Una proposta a partire dal modello italiano e dalle strutture di potere

Relatore

Prof. Mario Trapani

Dottorando

Dott. Paulo Fayet

Coordinatore Sezione

Prof. Mario Trapani

Anno Accademico 2010/2011

A Luciana.

RINGRAZIAMENTI:

Alla Professoressa *Sandra Vial*, per l'esempio di affetto e la dedicazione agli alunni, e in quanto responsabile di quest'opportunità.

Ai Professori *Salvatore Mazzamuto* e *Mario Trapani*, per l'orientazione impegnata per tutta la durata del Corso.

Ai Professori *Luigi Ferrajoli* e *Eligio Resta*, per le brillanti lezioni, che non saranno mai dimenticate.

Ai miei genitori, *Ney* e *Deisa*, per la parola finale e decisiva nella realizzazione di questa fase di studio in Italia, e per la fiducia.

Ai miei fratelli, *Ana Lúcia*, *Ney Júnior* e *Fábio*, per l'aiuto inestimabile e permanente.

«Può apparire strano, ma se rilegge la vecchia definizione weberiana si Stato come impresa istituzionale di carattere politico che pretende per sé con successo il monopolio legitimo della forza fisica [M. Weber, 1981, vol. I, 53], non si riescono più a distinguere nettamente le differenze tra Stato e mafia. Anche la mafia si presenta come un'impresa politica tendente al monopolio legittimo della forza fisica: legittimo, ovviamente, dal suo punto di vista! Bisogna dunque fare i conti con una tradizione che troppo spesso ha ignorato i legami fra Stato e violenza, Stato e guerra».

(Prof. **Eligio Resta**. *Il diritto malinconico***.** *In*: Dei Delitti e delle Pene, Fasc. 2 [p. 101-106]. Torino: Abele, 1993, p. 103).

Tudo muda. E muda rapidamente. Nada se solidifica. Até a lei penal. Nada se pensa dentro de um horizonte do "tempo longo". É tudo "tempo breve". Parece que já ninguém consegue pensar fora do horizonte do tempo breve que é, como todos sabemos, o tempo plano, chão, sem picos ou reentrâncias. O tempo do "agora". Pobre tempo.

Mas mesmo que assim se pense não se julgue que dele se escapa. Não. E em muita coisa daquilo que escrevo nestas "Lições" sinto que está lá a marca do "instante" e do precário.

(Prof. **José de Faria Costa**. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 7).

RESUMO:

A presente pesquisa busca a definição e a elaboração da fattispecie de crime organizado para a legislação brasileira, a partir de elementos inseridos na norma penal italiana de combate ao ilícito de «associação para delinquir de tipo mafioso», analisando a existência de crimes associativos e as instâncias dos aparatos de poder, bem como a maneira pela qual o Poder Judiciário brasileiro vem aplicando o conceito de «grupo criminoso organizado» (trazido a partir da promulgação da Convenção de Palermo), passando pela análise das legislações brasileira e italiana, bem como pela verificação dos termos propostos no Projeto de Lei nº 150/2006, em tramitação no Congresso Nacional do Brasil, na tentativa de trazer ao universo jurídico uma norma mais técnica (e eficiente) para uma constitucional imputação de ordem penal, dentro dos parâmetros do princípio da legalidade substancial.

RIASSUNTO:

La presente ricerca mira a definire ed elaborare la fattispecie di crimine organizzato per la legislazione brasiliana, a partire da elementi inseriti nella norma penale italiana di lotta all'illecito di «associazione a delinquere di stampo mafioso», analizzando l'esistenza di reati associativi e le istanze degli apparati di potere, così come la maniera in cui il Potere Giudiziario brasiliano applica il concetto di «gruppo criminoso organizzato» (tratto a partire dalla promulgazione della Convenzione di Palermo), passando attraverso l'analisi della legislazione brasiliana e di quella italiana, nonché attraverso la verifica dei termini proposti nel Progetto di Legge nº 150/2006, in passaggio al Congresso Nazionale del Brasile, nel tentativo di portare all'universo giuridico una norma più tecnica (ed efficiente) per un'imputazione costituzionale di ordine penale, nei parametri del principio della legalità sostanziale.

INDICE

INTRODUZIONE 1

CAPITOLO I — DEL CONCORSO DI PERSONE E SUA APPROSSIMAZIONE AL FENOMENO DELLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA 13

1 INDICAZIONI NECESSARIE SUL CONCORSO DI PERSONE. 14

2 DISTINZIONE TRA AUTORIA E PARTECIPAZIONE 22

3 FORME DI CONCORSO DI PERSONE 27

3.1 Autoria diretta 28

3.2 Analisi della coautoria 34

3.3 Autoria mediata 40

3.4 Partecipazione: istigazione e complicità 47

4 IL DOMINIO DELLA VOLONTÀ IN VIRTÙ DI UN APPARATO ORGANIZZATO DI POTERE: AUTORIA MEDIATA O COAUTORIA? 55

5 BREVI NOTE CONCLUSIVE 68

CAPITOLO II — ANALISI DEL CONTESTO LEGISLATIVO BRASILIANO IN RELAZIONE AL TEMA DELLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA 71

1 ASSENZA DI UN CONCETTO DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO BRASILIANO: UNA CONSTATAZIONE NECESSARIA. 72

1.1 Il sorgere della Legge brasiliana di lotta al crimine organizzato (Legge n° 9.034/95 e Legge nº 10.271/2001): discussioni legislative e l'accompagnamento di un nuovo ordine punitivo. 91

1.2 Le attuali proposte legislative brasiliane sul tema della criminalità organizzata: ancora alla ricerca di un concetto. 106

2 IL CONCETTO ADOTTATO IN BRASILE PER CRIMINE ORGANIZZATO, A PARTIRE DALLA CONVENZIONE DI PALERMO. 113

3 BREVI NOTE CONCLUSIVE. 130

CAPITOLO III — IL CONCETTO ITALIANO DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA DI STAMPO MAFIOSO 132

1 CHIARIMENTI INIZIALI NECESSARI. 133

2 IL TIPO ITALIANO DEDICATO ALL'ASSOCIAZIONE A DELINQUERE DI STAMPO MAFIOSO: INDICAZIONI SULLA NASCITA DELLA NORMA. 140

3 ANALISI DELLA LOGICA STRUTTURANTE DEL TIPO PENALE A PARTIRE DALLE SUE INDICAZIONI INNOVATIVE, IN QUELLO CHE E INTERESSA PER UNA FUTURA LEGISLAZIONE BRASILIANA: «FORZA DI INTIMIDAZIONE DEL VINCOLO ASSOCIATIVO E DELLA CONDIZIONE DI ASSOGGETTAMENTO E DI OMERTÀ CHE NE DERIVA PER COMMETTERE DELITTI». 151

3.1 La forza di intimidazione del vincolo associativo. 157

3.2 Condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti. 163

4 DELL'EFFETTIVA NECESSITÀ, APPLICABILITÀ E ACCETTABILITÀ DEL CONCETTO. 168

CAPITOLO IV — DEFINIZIONE DI UN TIPO DE ILÍCITO DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA PER LA LEGISLAZIONE BRASILIANA A PARTIRE DAL PROGETTO DI LEGGE Nº 150/2006, DI SFRUTTAMENTO DEL MODELLO NORMATIVO ITALIANO E DELLE STRUTTURE DEGLI ORGANI DI POTERE. 173

1 DAL REATO DI GRUPPO O BANDA: CONCETTO E NOTE ESPLICATIVE SU QUESTO REATO ASSOCIATIVO 175

1.1 Strutturazione tipica del concetto di criminalità organizzata, a partire dalla struttura del reato di formazione di gruppo: impossibilità. 183

1.2 Annotazione conclusiva su questo punto. 187

2 ASPETTI DELLA NORMA PENALE ITALIANA DI LOTTA ALLE ORGANIZZAZIONI MAFIOSE CHE POTREBBERO ESSERE SFRUTTATI NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO BRASILIANO: UN'APPROSSIMAZIONE NECESSARIA. 193

2.1 L'elemento strutturante della forza di intimidazione: possibilità. 198

2.2 Elementi di assoggettamento e omertà come circostanze da sfruttare nella norma brasiliana: possibilità. 205

3 L'INSERIMENTO DEGLI ELEMENTI DEGLI APPARATI DI POTERE NELLA FORMAZIONE DELLA NORMA PENALE BRASILIANA: POSSIBILITÀ. 211

3.1 L'elemento della struttura gerarchica degli apparati organizzati di potere. 213

3.2 L'elemento della fungibilità dell'esecutore come caratteristica essenziale alla configurazione del tipo. 215

4 UN PASSO AVANTI: UN CONCETTO NUOVO DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA A PARTIRE DALLA PROPOSTA BRASILIANA GIÀ DELINEATA NEL PROGETTO Nº 150/2006, E I POSSIBILI SFRUTTAMENTI. 218

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE 228

BIBLIOGRAFIA 237

Introduzione

Il tentativo di approssimazione tra le legislazioni di diversi paesi sembra essere una tendenza, principalmente di fronte ai nuovi percorso dell'era globalizzata,[1] che portano anche le loro tendenze al

[1] Come spiega E. R. ZAFFARONI, sul processo di globalizzazione, caratterizzato dall'autore come un nuovo momento di potere: «*En este entendimiento, la globalización no es un discurso, sino nada menos que un nuevo momento de poder planetario. Se trata de una realidad de poder que llegó y que, como las anteriores, no es reversible. La revolución mercantil y el colonialismo (siglos XV y XVI), la revolución industrial y el neocolonialismo (siglo XVIII y XIX) y la revolución tecnológica y la globalización (siglo XX), son tres momentos de poder planetário*». (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal**. In: PIERANGELI, José Henrique (Coord). Direito Criminal. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 12). Una visione sullo studio della globalizzazione e le influenze nel camo del Diritto è presentata da A. M. PINTO MIRANDA RODRIGUES: «*O cenário da globalização é-nos descrito por Jean Maillard através da metáfora da "fractalização" da sociedade, utilizando o modelo da "figura geométrica complexa em que cada elemento reproduz a forma do todo e em que, consequentemente, a estrutura de qualquer uma das partes é semelhante à da totalidade da figura (princípio da auto-semelhança)". O novo mundo "não é mais um mundo uniforme e centralizado (...), mas um mundo complexo, policêntrico e infinitamente fragmentado, em que o modelo deixou de ser (...) a pirâmide hierarquizada (ou estrela centralizada (...)) e passou a ser fractal, pluridimensional, (...) auto-similar". Num conjunto fractal, qualquer que ele seja, "o todo não está numa relação de exterioridade com as partes (postulado, pelo contrário, da explicação holicística das relações do todo com as partes), mas numa relação de réplica (reprodução) (o que exprime a noção de auto-semelhança).(...) Neste cenário, de Maillard distingue dois movimentos fundamentais: um, a expansão da rede de facilidades entre os Estados poderosos; e outro, de conmuters, isto é, de periferias suburbanas para os Estados centrais. Ambos são complementares. Mas os movimentos da periferia para o centro são estritamente controlados. A globalização não consiste, assim, numa homogeneização do mundo em torno de parâmetros comuns, mas na reconstituição de espaços assinalados como "centrais" ou "marginais". Trata-se de um "novo tribalismo". O planeta organiza-se em redes idênticas, tanto para as actividades lícitas, como para as ilícitas. A fractalização apresenta-se, desta forma, como uma verdadeira chave da compreensão da criminalidade na sociedade globalizada, ordenada a partir do caos, em que a anomia e a divisão do trabalho de Durkhein e o movimento centro/periferia de Braudel ganham um novo sentido. A teoria da "sociedade fractal", adaptando estes conceitos ao contexto da sociedade emergente – também*

sistema penale;[2] in questo senso, «os Estados do mundo tendem a aproximar-se mais e mais, em razão das maiores facilidades de comunicação, de locomoção e as regras sociais, entre as quais as do Direito, também tendem a assemelhar-se entre si»[3],[4] principalmente quando sono tratti miglioramenti nel campo dell'imputazione penale a partire da innovazioni legislative su temi che suscitano dibattiti di ordine internazionale,[5] come, al giorno

---

dita de "imperial", segundo Guéhenno – parece ser uma espécie de "teoria da relatividade criminológica". O crime não seria só "normal", como já hoje é adquirido, mas tornar-se-ia "no instrumento auto-organizado da regulação social". Sob o impulso da globalização, a sociedade redesenha as formas da sua organização: múltiplas redes debuxam os contornos fuidos de uma sociedade multiforme e policêntrica». (RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. **Criminalidade organizada: que política criminal?** *In*: Estudos jurídicos de Coimbra. SILVA, Luciano Nascimento (Coord.). Curitiba: Juruá, 2007, pp. 86-90).

[2] Qui, una prima osservazione: «*Por sistema penal entendemos o conjunto das agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem na sua produção. (...) Na análise de cada sistema penal devem ser consideradas as seguintes agências: a) as políticas (parlamentos, legislaturas, ministérios, poderes executivos, partidos políticos; b) as judiciais (que incluem juízes, ministério público, serventuários, auxiliares, advogados, defensoria pública, organizações profissionais); c) as policiais (que abarcam a polícia de segurança, judiciária ou de investigação, alfandegária, fiscal, de investigação particular, de informes privados, de inteligência do Estado e, em geral, toda agência pública ou privada que cumpra funções de vigilância); d) as penitenciárias (pessoal das prisões e da execução da vigilância punitiva em liberdade); e) as de comunicação social (radiofonia, televisão, imprensa escrita); f) as de reprodução ideológica (universidades, academias, institutos de pesquisa jurídica e criminológica); e g) as internacionais (organismos especializados da ONU, da OEA, cooperação de países centrais, fundações, candidatos a bolsas de estudos e subsídios)*». (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Parte I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 60-61).

[3] Traduzione in Lingua italiana: "gli stati del mondo tendono ad avvicinarsi sempre di più, in ragione delle maggiori facilità di comunicazione, di locomozione e alle regole sociali, tra cui quelle del Diritto, tendono anch'esse ad assimilarsi tra loro".

[4] BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. **A Reforma Processual Italiana**. Reflexos no Brasil. (Prefazione del Prof. Paulo José da Costa Jr.) São Paulo: RT, 1999, p. 19.

[5] In questo senso sottolinea B. SOUSA SANTOS che «*estamos hoje a assistir a globalização do Direito... Portanto, começa prevalecer a idéia de que o Direito já não é nacional, é transnacional e, naturalmente, tem a responder a toda uma emergência de negócios, de actividades económicas e sociais, lícitas e ilícitas, que têm lugar a nível transnacional*». (SANTOS, Boaventura Sousa. **Que formação para os Magistrados nos**

d'oggi, il traffico di droghe, quello di armi e di esseri umani,[6] i reati finanziari che coinvolgono l'evasione fiscale e il riciclaggio di denaro, e tra gli altri, la *criminalità organizzata*.[7]

Di fatto, la dottrina giuridica brasiliana negli ultimi anni, mostrò interesse parecchio intenso in relazione al tema della *criminalità organizzata*, seguendo per certo una preoccupazione di ordine mondiale. Basta esaminare le varie legislazioni speciali che sorgeranno negli ultimi anni sul *crimine organizzato* in paesi dell'Europa, per esempio, indicativo del fatto che l'universo giuridico

---

dias de hoje? In: Que formação para os Magistrados de hoje? Edição do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. Lisboa: Editorial Minerva, 2000, p. 39). Vedere ancora i testi di J-M. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 6, fasc. 24, out./dez. 1998. São Paulo, pp. 65-78; NELKEN, David. **Globalizzazione del crimine e giustizia penale: ambiti e problemi.** In: Dei Delitti e delle Pene, fasc. 2, 1998. Napoli, pp. 75-102.

[6] In una tematica simile, verificare il seguente testo: SCHÄDLER, Wolfram. **Le vittime della tratta di essere umani: prospettive vittimologiche su rischi e possibilità dell'intervento penale contro la criminalità organizzata.** *In*: Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale. MILITELLO, Vincenzo, PAOLI, Letizia, ARNOLD, Jörg (orgs.). Milano/Freiburg im Breisgau: Giuffrè/ Edition Iuscrim, 2000, p. 175-177.

[7] Su questo punto vedere l'interessante annotazione di M. CASTELLS: «*Nas duas últimas décadas, as organizações criminosas vêm estabelecendo, cada vez mais, suas operações de uma forma transnacional, aproveitando-se da globalização econômica e das novas tecnologias de comunicações e transportes. A estratégia utilizada consiste em instalar suas funções de gerenciamento e produção em áreas de baixo risco, nas quais detêm relativo controle do meio institucional e voltar a atenção, como mercados preferenciais, às áreas com a demanda mais afluente, de modo que possam cobrar preços mais elevados. […] Essa internacionalização das atividades criminosas faz com que o crime organizado dos mais diversos países estabeleça alianças estratégicas para cooperar com transações pertinentes a cada organização, em vez de lutar entre si, mediante acordo de cooperação e 'joint ventures', cuja prática acompanha de perto a lógica organizacional do que identifiquei como a 'empresa rede', característica da Era da Informação […]*». (CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura — Fim de Milênio**. Vol. III. São Paulo: Terra e Paz, 2002. p. 205).

ha ricevuto una nuova sfida,[8] una nuova meta da raggiungere: quello di comprendere, identificare tecnicamente, processare e punire, in modo legittimo e costituzionale, questa nuova modalità di delitto associativo, quello della criminalità organizzata, fenomeno che apparentemente si presenta di facile comprensione, per gli esempi che sono (quotidianamente!) divulgati e dibattuti dalla stampa di tutto il

[8] In questo senso: «*El crimen organizado es un verdadero desafío, no sólo a la estructura tradicional del sistema penal sino también a todo el esquema fundamental del poder político, administrativo y económico sobre el que se construye la noción de lo público, sea este de nivel estatal, internacional o global*». (YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **Los tipos penales relacionados con el crimen organizado.** In: El crimen organizado. YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Coord.). Buenos Aires: Casa Editrice Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, pp. 73.)

mondo,[9] ma che nella pratica giuridica e nelle banche legislativi, si presenta in modo complesso e di difficile valutazione.[10]

Il legislatore brasiliano, dal canto suo, ha trattato il tema della criminalità organizzata negli ultimi anni, implementando forme di lotta alle modalità criminali associative in leggi speciali [come quella di lotta contro le droghe, quella di riciclaggio di denaro, e quella che

---

[9] Un altro tema interessante, che non è oggetto della presente ricerca, è la relazione della materia sulla società di rischio e la criminalità organizzata, ma che merita la seguente nota: «*Pero, ¿qué relación hay entre delincuencia organizada y sociedad del riesgo? La moderna teoría social estudia y analiza lo que se conoce como «globalización» y «sociedad del riesgo». Según Beck (1993, 25-26), en la sociedad del riesgo, los riesgos se relacionan con la capacidad de perjuicio o daños causados por decisiones humanas, que son ilimitados, globales y a menudo de consecuencias irreparables. No se pretende hacer un estudio en profundidad sobre estas tesis y los diferentes autores que han analizado las nociones de « riesgo », « peligro » y « seguridad », y compartimos el criterio del concepto de « riesgo » propuesto por Recasens (2002, 22) entendiendo como tal « una mera posibilidad de que se produzca el resultado perjudicial o no deseado sin que eso presuponga la aceptación de tesis catastrofistas o neoconservadoras sobre la existencia de nuevos e inevitables riesgos que afectarían fatalmente a nuestra sociedad hasta el punto de definirla en función de los mismos ». Para Silva Sánchez (1999,22) el derecho penal también ha evolucionado de acuerdo con los avances técnicos, la creciente complejidad social, etc., y además considera «innegable que la existencia de una criminalidad organizada, que, además, opera a nivel internacional, constituye claramente uno de los nuevos riesgos para los individuos – y los Estados –». Teniendo en cuenta estas circunstancias, analizaremos cuáles han sido las políticas de seguridad y prevención en esta matreria en el Estado español*». (PLANET ROBLES, Sílvia. **Políticas de seguridad y prevención en el estado español en materia de delincuencia organizada.** In: La seguridad en la sociedad del riesgo. DA AGRA, Cândido (Org.). Barcellona: Atelier, 2003, p. 157-158).

[10] Situazione che è anche trattata dalla dottrina italiana: «*La locuzione «criminalità organizzata», ormai diffusa nel linguaggio corrente, non é in sé dotata di altrettanta validità euristica sul piano scientifico. Presa alla lettera, essa è talmente generica e ampia da poter abbracciare le attivitá criminose piú disparate, purché realizzate da piú soggetti che concorrano, con un minimo di organizzazione, nella preparazione e/o esecuzione di reati. Non sorprende, allora, che in sede criminologica non si sia a tutt'oggi riusciti a raggiungere un accordo a livello definitorio, oscillandosi tra definizioni ora onnicomprensive ora piú specifiche e modificandosi, altresí, l'approccio a seconda che si adotti un parametro strettamente giuridico-penale ovvero di tipo socio-criminologico*». (FIANDACA, Giovanni. **Criminalità organizzata e controllo penale.** In: L'indice Penale, vol. 25, fasc. 1, jan./abr. 1991. Padova, p. 5.)

determina i crimini contro il Sistema Finanziario Nazionale], dimenticando, tuttavia, di fornire un concetto dell'istituto agli opertori del Diritto. Operativamente, nella legislazione brasiliana, esistono leggi di protezione e lotta al *crimine organizzato*, con gravio implicazioni di restrizioni della libertà e di aumento della sanzione criminale, ma senza la definizione di un concetto relativo a questo fenomeno criminale associativo.

D'altro lato, quanto questo fenomeno associativo (e alle sue varie modalità e forme di insorgenza), ancora una volta il Diritto italiano portò importanti innovazioni legislative, sostenute da diversi discorsi giuridici che chiedevano modifiche di ordine punitivo.

Anzi, il Diritto italiano ha già esportato innumerevoli volte nuovi concetti e nuove tendenze legislative in materia penale al resto del mondo, e l'ordinamento giuridico brasiliano porta ancora oggi con sé molti di questi insegnamenti; basta ricordare le categorie e le costruzioni processuali penali che sostennero la formazione del Codice processuale Penale del 1941, tutto fondato sui dettami del Codice del Ministro Rocco,[11] nonché gli insegnamenti forniti ai dottrinari

[11] Nella dottrina brasiliana, questo è il riferimento che si fa all'approssimazione tra le legislazioni processuali penali: «*É inegável, quanto à legislação processual penal, que a fonte maior de nosso ordenamento remonta ao Direito Português, por conseqüência lógica. Todavia, o nosso atual Código de Processo Penal deve muito ao chamado Código do Ministro Rocco, em vigor na Itália a partir de 1930, aliás expressamente citado na Exposição de Motivos do nosso atual Código. E tal se explica ante a similitude de regimes políticos, na Itália de 1930, e no Brasil de 1941, preocupados ambos em centralizar e limitar os direitos individuais em benefícios dos interesses do Estado*». (BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. **A Reforma Processual Italiana**. Reflexos no Brasil. (Prefácio do Prof. Paulo José da Costa Jr.) São Paulo: RT, 1999, p. 20).

brasiliani dalle opere di tanto giuristi italiani – fin dalla Scuola Classica, con CARRARA (in primo luogo), o quella Positiva, di FERRI, o quella Criminologica, di LOMBROSO, passando per G. MAGGIORE, G. B. IMPALOMENI, B. ALIMENA, F. ANTOLISEI, G. LEONE, o, modernamente, i contributi di L. FERRAJOLI, con la teoria del *garantismo penale* –, che sono state estremamente valide per i ricercatori brasiliani. Non è necessario sottolineare che, quanto al tema di cui si tratta, le investigazioni sul *crimine organizzato* – sul cui piano si possono inserire quelle legate alla mafia – sono prioritariamente costruite sull'ispirazione della dottrina italiana, che può innegabilmente unire la teoria ad una pratica necessariamente combattiva.

L'introduzione di un nuovo modello di punizione associativa nella legislazione italiana, come ampiamente dibattuto dalla dottrina, ha ricevuto innumerevoli critiche, principalmente per aver sottoposto ad analisi giuridica aspetti socio criminologici: «Concepito in un periodo di accentuata recrudescenza del fenomeno criminale siciliano, il delitto di associazione per delinquere di stampo mafioso si fa notare, rispetto alla prelatizia fisionomia dell'associazione per delinquere comune, per l'adozione, all'interno del modello tipico, di referenti descrittivi fortemente connotati in chiave socio-criminologica. Accanto all'arco delle finalità, non coincidenti com quelle previste dall'art. 416 c.p., l'emento che caratterizza la condotta punita nell'art. 416-*bis* è infatti il "metodo mafioso", ossia l'insieme delle modalità con cui gli affiliati intendono raggiungere, o di fatto perseguono, gli scopi tipici. Pur facendo appello a parametri descrittivi di matrice sociale, riconducibili, per taluni aspetti, alle scelte di politica normativa compiute dai legislatori preunitari per l'associazione di malfattori" e poi smentite dalla previsione, in occasione della redazione del codice Zanardelli, del più "asettico" modello di "associazione per delinquere", la costruzione complessiva del

3° comma dell'art. 416-*bis* c.p., tuttavia, evidenzia preoccupanti carenze di determinatezza concettuale, puntualmente confermate, del resto, dalle "oscillazioni" della prassi applicativa. Particolarmente pressante appare il rilievo reso a sottolineare, onde far meglio quadrare la fisionomia del delitto in esame, la necessità di um chiarimento circa la corretta collocazione dei concetti di "intimidazione", "assoggettamento" ed "omertà" tra i suoi elementi costitutivi ed ancor più a proposito del significato tecnico da attribuire alla locuzione «si avvalgono», adoperata probabilmente in maniera non del tutto consapevole e criticamente vagliata.»[12] Si veda, in questo punto, che nemmeno la denominazione "criminalità organizzata" è vista come la più adeguata per l'inizio della definizione del fenomeno associativo: «La stessa denominazione di « Criminalità organizzata », ormai diffusa ed accettata, appare generica e non sempre è completamente appropriata, mentre non è ancora univoco l'accordo sulla sua definizione. Ogni autore ha infatti posto l'accento sull'una o sull'altra caratteristica per lui maggiormente distintiva del fenomeno e cosi si va da definizioni estremamente ampie e semplici, come quella proposta da Johnson (1962), ad altre estremamente complesse, come quella indicata da Cohen (1977), che include gli elementi di una vasta organizzazione articolata, di un corpo normativo che si risolve in un ordinamento giuridico, nonché di strutture flessibili di attività. (...) In questo senso si è sempre rappresentato il crimine come un atto di sopraffazione che delimita un netto confine tra criminale e vittime, separati da interessi contrapposti e inconciliabili se non sul piano della legge. La realtà della criminalità organizzata sembra violare il mito della « patologia » ed invertire il nesso di causalità tra società e criminalità, ed allo stesso tempo sembra violare anche il tabù del conflitto d'interessi tra vittime e aggressori.»[13] Altre critiche, tuttavia,

---

[12] NOTARO, Domenico. **Art. 416-bis CP e metodo mafioso, tra interpretazione e riformulazione del dettato normativo.** In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, vol. 42, fasc. 4, out./dez. 1999. Milano [pp. 1475-1496], p. 1475-1476.

[13] FERRACUTI, Franco; BRUNO, Francesco. **La criminalità organizzata nella prospettiva criminológica.** In: Forme di organizzazioni criminali e terrorismo. Milano: Giuffrè, 1988, pp. 65-67.

sopraggiungono nei concetti del principio di legalità, che esige la definizione sicura per la possibilità di imputazione del fatto al cittadino. Nell'opera di F. ANTOLISEI, perché si citi un primo esempio in questo momento introduttivo del tema, è espressamente indicato che «soprattutto in alcune regioni del nostro paese, il concetto di organizzazione mafiosa necessita di una serie di precisazioni che il legislatore ha inteso fornire all'interprete, pur in un campo in cui gli implissimi studi svolti hanno dimostrato la difficoltà estrema di formule capaci di definire com esatezza il fenomeno».[14] Questa critica, in cui si sottolinea la mancanza di esattezza nella definizione del concetto, per la difficoltà di tradurre al mondo giuridico quello che veramente avviene nel mondo sociale, è riconosciuta da gran parte della dottrina, ma in verità, il modello scelto sta vigendo e viene sfruttato come illecito penale, garantendo ordini di imputazione alla *persecutio criminis in juditio*, sostenendo condanne che, giuste o sbagliate, continuano ad essere applicate, e, anche per questo devono essere analizzate [e, magari anche migliorate] con attenzione.

Qui, pertanto, l'indicazione che il legislatore italiano ha innovato, portando concetti fuori dalle singole analisi del principio di legalità, aprendo i legami dell'imputazione, prossima o no a una sicurezza costituzionale, ma che merita, per questo semplice fatto di portare una novità, la totale attenzione delle altre nazioni. Come ha riferito L. ANIYAR DE CASTRO, «generalmente "Mafia" se asume como sinónimo de Crimen Organizado. Sin embargo, muchos autores hacen

---

[14] ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**. Parte Speciale II. 40ª ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 248.

referencia a la informalidad de los procedimientos de ingreso, de ascensos, de órdenes, de permanencia, de códigos comunicativos, de sanciones internas y de conexiones entre los diferentes niveles. Morin se refería a la Mafia más como a uma casta com jerarquías internas que como a una verdadera organización. Pareceria que se trata más bien de individuos con una "actitud común", con una manera particular de ver las cosas y de actuar en consecuencia. Aparentemente, los signos o marcas para reconocerse son innecessarios. No se requieren estatutos, bastan las normas de la omertá. La mitología que se há construído a través de libros o de filmes, más bien oscurece los caminos para comprenderla. Pero por cuanto, a veces, crimen organizado y Mafia se han parecido, hay que estudiar sus modalidades dentro de cada contexto histórico y cultural. La mafia italiana parece tener elementos propios que hay que individualizar. Y ellos están em sus orígenes históricos y en sus rasgos culturales».[15] Tali caratteristiche peranto, invitano i dottrinatori a scoprire cosa significano questi nuovi inserimento legislativi avvenuti nello scenario giuridico italiano, e permettono alcune approssimazioni, forse necessarie, nel senso di analizzare se in altri paesi tali incrementi funzionerebbero, e se sarebbero validi ed efficaci contro il fenomeno della criminalità organizzata.[16]

---

[15] ANIYAR DE CASTRO, Lolita. **La mafia hoy: qué hacer**. In: Revista de las Disciplinas del Control Social, fasc. 21, 1993. Maracaíbo, pp. 46.

[16] Sonon diversi i libri che, nella letteratura fittizia o reale, hanno trattati il tema della criminalità organizzata, a volte solo narrando un'approssimazione con l'ambiente della mafia e delle grandi organizzazioni criminali nella storia, in altre portando la relazione vera e di denuncia di avvenimenti vincolati a queste associazioni. Solo per avere una base, segue un elenco di alcuni di questi testi: FALCONE. Giovanni. In collaborazione com Marcelle Padovani. **Cose di Cosa Nostra**. Milano: Rizzoli, 1992, 174p.; SAVIANO, Roberto. **Gomorra. A história real de um jornalista infiltrado na violenta máfia napolitana**. Tradução de Elaine Niccolai. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008, 350p.; SAVIANO, Roberto. **La bellezza e l'inferno**. Milano: Mondadori,

In Brasile, perché si abbia una prima idea del punto da sviluppare nel Capitolo II, si sono vissute alcune esperienze legislative che non portarono, specificamente, il concetto di criminalità organizzata, ma presentarono all'ordinamento giuridico del Paese, diverse forme di controllo di questa assenza concettuale, tanto che la disposizione della Legge n° 9.034/95, conosciuta anche come «Legge di lotta al crimine organizzato», sorge allo scopo di aiutare tutti gli organi e le istituzioni coinvolte e legate alla lotta di questa specifica criminalità. Ma, questa «criminalità specifica», e qui il problema maggiore, non è stata fino ad ora identificata dal legislatore brasiliano.

La finalità della presente ricerca, pertanto, sarà dibattere il tema del concorso di persone e il vincolo con il tema della criminalità organizzata come un delitto associativo (Capitolo I), e verificare come il fenomeno viene trattato nel Diritto Brasiliano (Capitolo II) e nel Diritto italiano (Capitolo III), **per trattare, nell'ultimo Capitolo della tesi, la possibilità di sfruttamento, in una qualche dimensione legislativa, del concetto inserito nel reato di «associazione a delinquere di stampo mafioso» per la creazione di un tipo penale di crimine organizzato nello scenario giuridico brasiliano**, per quanto sia applicato il concetto utilizzato nella Convenzione di Palermo e nel Progetto di legge n° 150/2006, in passaggio al Potere Legislativo del

---

2009, 253p.; PISTONE, Joseph. **Donnie Brasco. La mia battaglia contro la mafia americana**. Traduzione di Marco Lunari. MIlano: Mondadori, 2009, 346p.; DEAGLIO, Enrico. **Raccolto Rosso. La mafia, l'Italia**. Milano: Feltrinelli, 1995, 235p.; LUPO, Salvatore. **História da Máfia. Das origens aos nossos dias**. Traduzione di Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 2002, 435p.

Brasile, **oltre ad analizzare l'implementazione, nella stessa proposta, in modo impugnativo le strutture dell'apparato del potere**.

Capitolo I –

DEL CONCORSO DI PERSONE E SUA APPROSSIMAZIONE AL FENOMENO DELLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

Sommario: 1) Annotazioni necessarie sul concorso di persone; 2) Distinzione tra autoria e partecipazione. 3) Forme di concorso di persone; *3.1) Autoria diretta; 3.2) Analisi della correità; 3.3) Autoria mediata; 3.4) Partecipazione: istigazione e complicità;* 4) Il dominio della volontà in virtù di un apparato organizzato di potere: autoria mediata o coautoria? 5) Brevi note conclusive.

L'idea della presentazione di un primo capitolo sul concorso di persone, come punto di riferimento, è quello di portare, come base del tema oggetto della ricerca, un'analisi della localizzazione direzionata del tema della *criminalità organizzata*, nell'universo del Diritto Penale, a partire dalle teorie innovative sulla materia, e possibili sfruttamenti, al termine del lavoro, di determinati aspetti, al fine di aiutare la costruzione di un tipo penale di *crimine organizzato* nell'universo giuridico brasiliano.

1 Indicazioni necessarie sul concorso di persone.

Si noti fin da ora che il concorso di *agenti* è la denominazione antica, nella legislazione brasiliana, della situazione in cui due o più persone sommano i loro sforzo per la realizzazione di un crimine. Dopo la riforma penale vissuta dalla legislazione del Brasile nel 1984 — che ha rappresentato, d'accordo con la dottrina, un importante progresso nell'ambito della teoria del delitto[17] —, il Codice Penale brasiliano iniziò a denominare «concorso di *persone*»la situazione in cui l'autore di un fatto delittuoso non realizza la condotta descritta come reato individualmente, ma conta sulla cooperazione, l'aiuto o lo stimolo di altre *persone* per la perpetrazione dell'evento delittuoso. Quando esiste la cooperazione di vari autori nella pratica delittuosa, «ou autores e outros que participam de delito sem serem autores, fala-se de concurso de pessoas no delito».[18] [19]

---

[17] BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 24-25.

[18] Traduzione in lingua italiana: "o autori e altri che partecipano al delitto senza esserne gli autori, si parla di concorso di persone nel reato".

[19] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 569. No Direito italiano, a matéria também aparece com essa matriz dogmática, como se verificou, por exemplo, nas seguintes obras: ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**. Parte generale. 16ª ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 547-594; PADOVANI, Tullio. **Diritto Penale**. 8ª ed. Milano: Giuffrè, 2006, p. 280-302. Sobre a aproximação da matéria do concurso de pessoas com o tema da criminalidade organizada (de espécie mafiosa ou não), podemos citar os seguintes textos: ARDIZZONE, Salvatore. **Il concorso esterno di persone nel delitto di associazione di tipo mafioso e negli altri reati associativi**. Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia, Padova, vol. 11, fasc. 4, pp. 745-762, out./dez. 1998; ARGIRÓ, Flavio. Note dommatiche e

Risulta da quanto esposto che, nonostante tutti gli agenti vogliano contribuire con la loro condotta alla realizzazione del fatto criminoso, non lo fanno allo stesso modo, né a condizioni identiche. Esistono, pertanto, persone che realizzano direttamente la condotta

---

politico-criminali sulla configurabilità del concorso esterno nel reato di associazione di stampo mafioso. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, vol. 46, fasc. 3, pp. 768-808, jul./set. 2003; CASTALDO, Andrea R. **La criminalidad organizada en Italia: la respuesta normativa y los problemas de la práxis.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 7, fasc. 27, pp. 11-19, jul./set. 1999; DE LIGOURE, Luigi. **Concorso e contiguità nell'associazione mafiosa**. Milano: Giuffrè, 1996; DENORA, Gianluca. **Sulla qualità di concorrente esterno nel reato di associazione di tipo mafioso.** Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, vol. 47, fasc. 1, pp. 353-369, jan./mar. 2004; FLICK, Giovanni Maria. **L'associazione a delinquere di tipo mafioso: interrogativi e riflessioni sui problemi proposti dall'art. 416 bis CP.** Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, vol. 31, pp. 849-866, 1988; FORNASARI, Gabriele. **Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata: aspetti comparatistici nell'esperienza europeo-continentale**. Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia, Padova, vol. 12, fasc. 4, pp. 897-918, out./dez. 1999; INSOLERA, Gaetano. **La nozione normativa di criminalità organizzata e di mafiosità: il delitto associativo, le fattispecie aggravanti e quelle di rilevanza processuale.** L'Indice Penale, Padova, vol. 4, fasc. 1, pp. 19-28, jan./abr. 2001; LIGUORI, Umberto. **La possibilità di configurare la CD partecipazione esterna in associazione a delinquere di stampo mafioso, tra incertezze dogmatiche e oscillazioni giurisprudenziali: spunti per una riforma.** L'Indice Penale, vol. 7, fasc. 1, jan./abr. 2004. Padova, pp. 163-195; MAGLIE, Cristina de. **Teoria e prassi dei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati-fine.** Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, vol. 30, pp. 924-972, 1987; MILITELLO, Vincenzo. **Partecipazione all'organizzazione criminale e standards internazionali d'incriminazione: la proposta del Progetto comune europeo di contrasto alla criminalità organizzata.** Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, vol. 46, fasc. 1/2, pp. 184-223, jan./jun. 2003; PADOVANI, Tullio. **Il concorso dell'associato nei delitti-scopo.** Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, vol. 41, pp. 761-772, 1998; PAVARINI, Massimo. **Per aprire un dibattito su criminalità organizzata e legislazione di emergenza.** Dei Delitti e delle Pene, Torino, fasc. 3, pp. 31-38, dez. 1992; SPAGNOLO, Giuseppe. **Ai confini tra associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso.** Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, vol. 32, pp. 1731-1741, 1989; SPAGNOLO, Giuseppe. **Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive.** Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, vol. 41, pp. 1161-1167, 1998; TURONE, Giuliano. **Il delito di associazione mafiosa**. Milano: Giuffrè, 2008; VISCONTI, Costantino. **Il concorso esterno nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico criminale.** Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, vol. 38, pp. 1303-1346, 1995.

incriminata dal tipo penale o hanno il potere di determinare la realizzazione dell'evento delittuoso (i cosiddetti autori) e quelli che, non ponendo in essere la condotta descritta nel tipo penale, come i primi, collaborano o cooperano, non avendo il potere di determinazione sul fatto delittuoso (i cosiddetti partecipanti).

Così, il concetto di concorso di persone si forma a partire dall'idea di una cosciente e volontaria cooperazione di due o più persone nella stessa azione criminosa, in modo che questa pluralità di agenti posso contribuire, in qualche modo, alla realizzazione del fatto delittuoso,[20] con coscienza delle sue cooperazione e dei suoi contributi.[21]

---

[20] Merita riferimento la dottrina di M. POLAINO-ORTS, sull'insufficienza del paradigma dell'autore individuale, quando sottolinea che «La evolución de La Dogmática jurídico-penal en los ultimos decenios puede explicarse, desde el punto de vista que aquí nos interessa, como un progressivo abandono de La supremacía general del paradigma del autor individual, que regía tradicionalmente en el concepto de injusto penal». (JAKOBS, Günther; POLAINO-ORTS, Miguel. **Delitos de organización: un desafío al Estado**. Lima: Grijley, 2009, p. 63). Questo stesso autore, riferendosi alla tipologia dei reati di organizzazione, scrisse così: «Las anteriores consideraciones ponen manifesto una progresiva atención Del análisis de los delitos desde La perpectiva de una organización conjunta: el paradigma de La comunidad delictiva, paralela a La existencia de – en palabras de SILVA SÁNCHEZ – 'regulaciones crecientemente expansivas' de los – así llamados, genéricamente – delitos organización o de asociación (Ogganisationsdelikte, reati associativi), esto es, las asociaciones ilícitas u organizaciones criminales o terroristas, donde se pone a la luz del día La relevancia de los delitos colectivos o de organización». (JAKOBS, Günther; POLAINO-ORTS, Miguel. **Delitos de organización: un desafío al Estado**. Lima: Grijley, 2009, p. 71).

[21] Questa è la dottrina sostenuta da E. BACIGALUPO: «*Todas las cuestiones que se estudian aquí, en la medida que se refieren a la participación de más de una persona en una o más hechos punibles, pueden ser consideradas como formando parte del concepto amplio y general de participación, pues tanto participan o toman parte en el hecho los que son autores como los que ayudan a los autores*». (BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 1987, p. 306.)

Segundo H. C. FRAGOSO, «a lei brasileira resolveu em termos simples a questão da co-delinquência, partindo da teoria da equivalência dos antecedentes, adotada quanto à relação de causalidade»[22].[23] A partire da questa constatazione, il **concorso di persone** può essere **eventuale**, nei reati monosogettivi, ossia, quei reati che possono essere realizzati da una sola persona, com'è il caso dei reati di omicidio, rapina, furto etc.; o può essere **necessario** (o obbligatorio), nei reati denominati plurisoggettivi, vale a dire quei reati in cui la pluralità di agenti è essenziale per tipicizzare il fatto delittuoso, per cui, non esistendo la molteplicità di agenti, non esisterà il reato.[24] Così, nella coautoria[25], siha un concorso eventuale di persone,[26] in quanto il coinvolgimento di diversi concorrenti è circostanziale o causale, sempre verificabile nel

---

[22] Traduzione in lingua italiana: "La legge brasiliana ha risolto in termini semplici la questione della codelinquenza, partendo dalla teoria dell'equivalenza dei precedenti, adottata quanto al rapporto di causalità".

[23] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 311.

[24] Nella dottrina brasiliana: «*Quanto aos crimes plurissubjetivos, podemos agrupá-los em crimes de condutas paralelas, crimes de condutas convergentes e crimes de condutas contrapostas. Há plurissubjetivismo e condutas paralelas quando as ações de cada um dos sujeitos se desenvolvem em colaboração, no mesmo plano e direção, tendo em vista um mesmo resultado. [...] O crime plurissubjetivo é de condutas convergentes quando as ações partem de pontos opostos, embora s desenvolvam em colaboração, indo uma ao encontro da outra, como se dá na bigamia, no adultério, etc. Finalmente, nos crimes de condutas contrapostas, as ações se desenvolvem uma contra outra, movendo-se de pontos opostos, como se verifica na rixa*». (MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal**. V.II. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 307.)

[25] Genericamente considerata, compresa, quindi, anche la coautoria propriamente detta e la partecipazione.

[26] Sul tema del concorso eventuale e dei reati associativi, G. FIANDACA e E. MUSCO fanno la seguente osservazione: «*Negli ultimi anni dilagare della criminalità sia politico-terroristica, sia di stampo mafioso, ha reso particolarmente acuti alcuni problemi di interferenza tra l'istituto generale del concorso di persone e il reato associativo (come ad*

caso concreto; mentre, nel cosiddetto reato plurisoggettivo, la pluralità di agenti costituisce un'esigenza del tipo per la costituzione giuridica del crimine. Non è, quindi, un mero concorso eventuale, e necessita di questa condizione per la propria esistenza e per la composizione tipica del fatto.[27] Nella dottrina italiana, si ha un'importante spiegazione in merito a questo punto, quando è annotato che «ricorre la figura del concorso necessario o del reato necessariamente plurisoggettivo quando è la stessa disposizione incriminatrice di parte speciale a richiedere la presenza di più soggetti per l'integrazione del reato. I reati per loro natura realizzabili non monosoggettivamente, ma soltanto da più soggetti, sono fondamentalmente distinguibili in plurisoggettivi propri e impropri: i primi, sono contraddistinti dalla circostanza che vengono assoggettati a pena tutti i coagenti (ad es. associazione per delinquere, rissa ecc.); nei secondi, invece, la norma incriminatrice dichiara punibili soltanto uno o alcuni dei partecipanti al fatto (ad es. corruzione impróprια susseguente, usura, corruzione di minorenni ecc.)».[28]

---

esempio, banda armata, associazione sovversiva, associazione di stampo mafioso ecc.), che – come si è più sopra rivelato – corrisponde al modello dei reati a concorso necessario. Le questioni di maggiore interesse teorico e di più scottante attualità pratica sono, fondamentalmente, due. Da un lato, si tratta di stabilire in presenza di quali condizioni i membri di un'associazione criminosa – e, in particolare, coloro che rivestono ruoli di vertice (capi, organizzatori, dirigenti, ecc.) - rispondano, a titolo di concorso eventuale, anche dei cosiddetti reati-scopo materialmente eseguiti da altri associati. Dall'altro, sorge il problema di verificare se, e in presenza di quali presupposti, sia configurabile un concorso «esterno» ex art. 110 ss. del codice ad un'associazione criminosa da parte di soggetti estranei all'associazione medesima». (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto Penale**. Parte generale. 5ª ed. Roma: Zanichelli, p. 526).

[27] De acordo com a doutrina de F. MARQUES: «*Nos crimes plurissubjetivos, há vários autores; no concurso eventual, um só autor com participantes ou co-autores. Nos primeiros, é a norma incriminadora, no seu preceito primário, quem reclama, como conditio sine qua non do tipo, a existência de mais de um autor; nos últimos, é uma norma de extensão da parte geral que possibilita a punição dos que participam, com o autor, da prática delituosa*». (MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal**. V.II. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 308.)

[28] FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto Penale.** Parte generale. 5ª ed. Bologna: Zanichelli, 2007, p. 524.

Circa i requisiti richiesti per la caratterizzazione del concorso tra due o più persone nel Diritto brasiliano, l'art. 29 del Codice Penale brasiliano determina, in sintesi: il soggetto che, in qualsiasi modo, concorra nel reato (questa è la stesura determinata dall'articolo citato), incorrerà nelle pene comminate per questo, nella misura della sua colpa.[29] Identifichiamo, così, nella legislazione brasiliana, i tre requisiti per la configurazione del concorso, ossia: (*i*) la pluralità di condotte[30], (*ii*) la rilevanza casuale di ogni condotta individualmente considerata,[31] e (*iii*) il legame o vincolo soggettivo tra gli agenti.[32] In presenza di tali requisiti, si considera esistente il concorso e si verifica l'identità dell'infrazione per tutti i concorrenti.

---

[29] «Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade». (BRASIL. **Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984: Código Penal.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro. 07 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br /CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em 01.02.2010).

[30] Quanto alla pluralità di condotte, si deve dire che è requisito per eccellenza, nella misura in cui si abbia solo una condotta, non so dovrebbe parlare di concorso di persone. Inoltre, queste varie condotte praticate da agenti distinti hanno il potere di identificare il concorso in sé stesso considerato e, inoltre, permettono l'analisi di ogni condotta per l'analisi del secondo requisito.

[31] Quanto alla rilevanza di ogni condotta individualmente considerata, l'azione dell'interveniente deve essere efficiente o avere influenzato la realizzazione del risultato criminoso. Si ricordi che non è necessario l'accordo delle volontà per realizzare il concorso; basta l'adesione del partecipante all'azione dell'autore, anche senza che l'autore stesso ne sia a conoscenza. (ricordiamo l'esempio classico della collaboratrice domestica che per vendetta apre la casa dei padroni per far entrare il ladro, senza che questi sia d'accordo con lei e che sappia dell'aiuto ricevuto).

[32] Il legame o vincolo soggettivo tra gli agenti, si può dire caratteristica essenziale che distingue il concorso di agenti dalla altre forme di autoria o partecipazione. Almeno uno degli agenti deve sapere dell'esistenza e della volontà dell'altro, non essendo necessario il previo accordo delle volontà. Qualora si abbia tale previo accordo delle volontà, si firma la figura del concorso tra agenti, esigendosi la disciplina stabilita dal Codice.

Quanto alla natura giuridica del concorso di persone, inizialmente meritano di essere dettagliate le tre teorie elaborate in Brasile, quella unitaria, la dualista e la pluralista. La teoria unitaria, o monista, determina che il reato sarà unico e indivisibile per tutti quegli agenti che ad esso cooperano o contribuiscono, anche se sia stato praticato on concorso di diverse persone, non avendosi distinzione tra autoria e partecipazione.[33] In questo senso, «si en un sistema jurídico-penal sólo se condena al *autor* y, en tal medida, trata en forma igualitaria a todos aquellos que han cooperado a la realización de un acontecimiento típico, se dice que tal sistema sigue el principio de la *unidad de autoría*».[34] Si tratta, attualmente, della teoria formalmente adottata dalla legislazione brasiliana (art. 29, CP).[35] Il rigore di questa teoria fu reso più flessibile dalla teoria dualista, che determina due reati differenti, uno per gli autori, «aqueles que realizam a atividade principal, a conduta típica emoldurada no ordenamento positivo, e outro para os partícipes, aqueles que desenvolvem uma atividade secundária».[36] [37] Seguendo la spiegazione data dalla dottrina, «si distingue entre autores de

---

[33] Su questo punto: CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 211.

[34] MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**. Parte general. V. II. Tradotto da Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 285.

[35] Così chiarisce J. CIRINO DOS SANTOS, na obra: **Direito penal**. Parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 348. Explica o citado autor, ainda, que «*as desvantagens da teoria unitária de autor parecem mais relevantes: se qualquer contribuição causal significa autoria, então (a) todos os sujeitos envolvidos na ação típica são nivelados desaparecendo diferenças específicas de contribuições objetivas e subjetivas para a lesão do bem jurídico e (b) sujeitos não qualificados podem ser autores de delitos especiais ou de delitos de mão própria, o que representa um contra-senso*». (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 349).

[36] Traduzione in lingua italiana: " quelli che realizzano l'attività principale, la condotta tipica stabilita dall'ordinamento positivo, e l'altro per i partecipanti, quelli che pongono in essere un'attività secondaria".

un acontecer típico y aquellos que colaboran en él, entonces necesariamente debe distinguirse entre el *acto de colaboración del autor* y los actos de colaboración de los *restantes* cooperadores».[38] Questa teoria non si è sviluppata, giacché il reato é un fatto unico. E, infine, la teoria pluralista, in cui esiste una molteplicità di reati e di agenti, che rispondono ognuno di un reato autonomo. Così, «a cada um dos participantes corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio, um resultado próprio, devendo-se, pois, concluir que cada um responde por delito próprio. Existem tantos crimes quantos forem os participantes do fato delituoso. Há pluralidade de agentes e de crimes».[39] [40]

Di regola, il Codice Penale brasiliano, si affilia alla teoria unitaria, in quanto l'art. 29 ha stabilito che tutti i concorrenti al reato incorreranno nelle pene comminate per esso, ma la regola non è assoluta. In primo luogo, l'29, parte finale [«na medida da sua culpabilidade»[41]], e i suoi paragrafi, hanno mitigato i rigori della teoria unitaria. Il § 1º stabilisce una riduzione della pena per la

---

[37] CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 211.

[38] MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**. Parte general. V. II. Tradotto da Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995, pp. 285-6.

[39] Traduzione in lingua italiana: "A ognuno dei partecipanti corrisponde una condotta propria, un elemento psicologico proprio, dovendosi quindi, concludere che ognuno risponde di un reato proprio. Esistono tanti reati quanti sono i partecipanti al fatto delittuoso. Esiste pluralità di agenti e di reati"

[40] CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 211.

[41] Traduzione in lingua italiana: "Nella misura della sua colpevolezza"

partecipazione di minore importanza,[42] e il § 2º parla d cooperazione distinta, che permette ad uno degli agenti di rispondere per una pena maggiore e un delitto diverso da quello del concorrente. Così, si giunge alla conclusione che lo stesso legislatore brasiliano ha adottato la teoria unitaria solo in principio, ma non come regola assoluta, dovendosi distinguere autoria da partecipazione.

2 Distinzione tra autoria e partecipazione

La distinzione tra autoria e partecipazione è imprescindibile per la comprensione del tema da sviluppare, e costituisce il problema centrale nella teoria della partecipazione al delitto.[43] La ragione di ciò è dovuta al fatto che tali concetti sono esistenti e indipendenti dal mondo giuridico, ossia, le persone possiedono, nel quotidiano, di convivenza, questa percezione di autoria e partecipazione, fuori dallo scenario di Diritto.[44]

---

[42] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 569.

[43] (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. Madrid: Sección de Publicaciones e Intercambio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1966, p. 11). Conforme anota E. BACIGALUPO: «*Dentro de la participación, en general, es preciso sin embargo distinguir entre los autores y los partícipes en sentido estricto (cómplices e instigadores)*». (BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte generale. Buenos Aires: Hammurabi, 1987, p. 307).

[44] In questo senso: «*ambos os conceitos existem no mundo pré-jurídico, e procedem do ôntico. Assim é desse plano que surgirá tanto o conceito de autor, como o de cúmplice*».

Per questo motivo, eviteremo di analizzare più dettagliatamente le proposte teoriche che cercarono di chiarire la mera distinzione tra autore e partecipante durante l'evoluzione storica del concorso di persone, ossia: il *concetto unitario*,[45] *restrittivo*[46] e *estensivo*[47] di autore, così come del diritto soggettivo,[48] dedicandosi maggiore

---

(PIERANGELI, José Henrique. **O concurso de pessoas e o novo Código Penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 81, v. 680, pp. 292-317, jun. 1992, p. 293).

[45]Il **Concetto Unitario di autore** considera autore del delitto il soggetto che contribuisce al corso causale per la realizzazione del tipo, indipendnetemente dall'importanza della sua collaborazione per il risultato, equiprando tutti coloro che concorrono al delitto e rendendo la distinzione tra autoria e partecipazione, una questione in più per l'applicazione della pena, come misura della colpevolezza di ogni agente. (In questo senso: CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 193; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. T. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 760; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte generale. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 348; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte generale. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 569). La teoria unitaria ha origine nel diritto romano, ed è la pietra fondamentale su cui si basa il concorso di agenti (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. T. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 763) e ha come fondamento, infine, l'unità del reato per tutti gli intervenienti, senza differenza tra autori e partecipanti.

[46] Il **concetto restrittivo di autore** (conosciuto anche come criterio oggettivo formale) si caratterizza per il fatto che viene considerato autore solo chi realizza l'azione descritta dal verbo nucleare del tipo, dando vita a tutti gli elementi utilizzati per la descrizione della condotta incriminata, realizzando il modello legale del delitto (In questo senso: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 60; CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 193-4; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte geral. T. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 759; MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**. Parte general. V. II. Tradotto da Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 310; RANIERI, Silvio. **Il concorso de più persone in un reato**. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1949, p. 213; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradotto da Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 54; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 572); enquanto partícipe é o sujeito que não executa a ação penal principal do tipo, e sua colaboração se cinge à instigação,

determinação ou auxílio ao autor (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006, pp. 349-50; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradotto da Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, pp. 51-2). Tal teoria ainda hoje, no Brasil, é a teoria dominante (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 61). Tale criterio si basa sulla circostanza che l'esecutore del reato si rivela più pericoloso (e riprovevole) di quello che commette un mero atto preparatorio) (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. Madrid: Sección de Publicaciones e Intercambio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1966, pp. 22-3). Tale teoria, infine, presenta, inizialmente, il problema della coautoria, nella misura in cui per aversi più di un autore per lo stesso fatto, dovremmo avere una "divisione di compiti", dovendo ogni autore praticare una "parte" di esecuzone della condotta, questo perché la teoria in analisi vincola l'autore <gli atti di esecuzione e il partecipante agli atti preparatori. «Por outro lado, segundo tal critério, o criador de um projeto delituoso que não seja executado diretamente por ele não pode ser considerado autor, já que pessoalmente não cometeu nenhum fragmento da ação típica» (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 64).

[47] Per il **concetto estensivo di autore**, (noto anche come criterio materiale oggettivo), sono autori coloro che intervengono nella produzione del risultato, essendo la distinzione tra autoria e partecipazione dipendente dall'efficacia o dalla rilevanza causale delle rispettive condotte (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 65; MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**. Parte general. V. II. Tradotto da Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995, pp. 296-7; PIERANGELI, José Henrique. **O concurso de pessoas e o novo Código Penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 81, v. 680, pp. 292-317, jun. 1992, p. 293; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 573). La critica a questa teoria è giustamente mostrare questa differenziazione tra causa e condizione, il che nel diritto brasiliano ha carattere intrasponibile, dato che si è esplicitamente adottata la teoria dell'equivalenza dei precedenti causali, e per questo i casi di coautoria nei delitti di mera condotta, per esempio, dispenserebbero i concetti di autore e partecipante legati a questa teoria.

[48] Il **criterio soggettivo** distingue autore da partecipante per la volontà espressa nell'azione. La volontà dell'autore (animus auctoris) e la volontà del partecipante (animus socii) differenziano le figure ora analizzate. Chi desidera l'azione come propria agisce con volontà di autore, chi desidera l'azione come altrui, in quanto istigatore o complice, agisce con volontà di partecipe. Così. L'autore vuole il fatto come proprio, il partecipante come altrui. (In questo senso: BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 1987, p. 315; DIAS, Jorge

de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. T. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 764; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 350). Questo criterio sorge «*da suposição de que em decorrência da teoria da conditito sine qua non, seja impossível estabelecer objetivamente qualquer diferença entre autor e partícipe, e que, portanto, essa diferença só alcança revelar-se mediante uma investigação subjetiva*». Isso porque, segundo J. H. PIERANGELI «*a teoria subjetivo-causal, na realidade, é criação do legislador, que rompe com o conceito ôntico de autor e de partícipe, para transportá-lo para o campo exclusivamente normativo. Para tanto, faz o conceito de autor e de partícipe, fugindo da realidade, depender exclusivamente de um componente subjetivo. Em conseqüência, autor é aquele que tem interesse no resultado, enquanto partícipe é aquele que vem a atuar no interesse alheio, ou seja, a distinção, ante a falta de um elemento objetivo, se faz exclusivamente na atitude pessoal de um e de outro, em face do delito*». (PIERANGELI, José Henrique. **O concurso de pessoas e o novo Código Penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 81, v. 680, pp. 292-317, jun. 1992, p. 294). Su questa stesa linea: «*Efetivamente, — e isto é extremamente grave num direito penal de garantias —, rompendo com os limites impostos pelo tipo legal, cria-se uma clara insegurança para os direitos humanos» (Idem. p. 295). Assim, seria «autor todo aquele que contribuiu na causação do resultado típico, sem que sua contribuição ao fato tenha que consistir numa ação típica*». (CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 195). Tal teoria, como lembra N. BATISTA, «*obteve as graças dos tribunais alemães, e dois casos são sempre lembrados. O Reichsgericht condenou como cúmplice uma mulher que, a instâncias da irmã, afogou numa banheira o filho ilegítimo da segunda. E, em 1962, o Bundesgerichtshof condenou como cúmplice o agente Staschynski, que, por determinação de um governo estrangeiro, matara a tiros (valendo-se de projéteis envenenados) dois exilados políticos que viviam na Alemanha. Nos dois casos, em linhas gerais, a argumentação se filiou à circunstancia de que não havia o animus auctoris, e que a ação não fora desejada como própria*». (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 67-68). Sobre este último caso, informa J. DE FIGUEIREDO DIAS que «*o tribunal condenou-o como mero cúmplice do homicídio, porque a posição juridicamente mais censurável pertencia a quem lhe havia dado a ordem, enquanto o executor não teria tido nem nenhuma vontade independente, nem um interesse próprio na realização do facto*». (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. T. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 765). La critica a questa teoria, in cui pesi la risoluzione del problema dell'autoria mediata[48], è da essere considerata «*la doctrina de salvación para el asesino a sueldo*» (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. Madrid: Sección de Publicaciones e Intercambio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1966, p. 52). R. MAURACH, K. HEINZ GÖSSEL e H. ZIPF affermano che la «*formulación querer el hecho como próprio (coautoría) o como ajeno (complicidad) representa de este modo um concepto carente de sustancia*». (MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**. Parte general. V. II. Tradotto da Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 303), ossia, rappresenta un concetto che manca di contenuto. Su questa linea, H. WELZEL ha affermato che «*a fórmula do animus auctoris não diz nada e é inutilizável. E inutilizável porque demasiado subjetiva*», sendo um «*artifício com que se coloca no lugar de uma fundamentação, uma afirmação e logo se apresenta esta afirmação na forma de*

sforzo allo studio della **teoria del dominio del fatto**, oggi elaborata in maniera dominante dalla dottrina.

Attualmente, la distinzione tra autoria e partecipazione parte dall'idea secondo cui *autore del reato* è il soggetto che detiene «il dominio di fatto», in modo da poter determinare il modo di esecuzione dell'evento delitto, e anche di interrompere il corso causale, evitando il risultato.[49] Pertanto, seguendo i dettami di questa teoria, *partecipante* è il soggetto che in tutto il corso causale sviluppato dall'*autore*, non detiene mai il dominio di fatto e realizza il verbo nucleo del tipo, limitandosi la sua attività all'evento delitto all'istigazione, alla determinazione o all'aiuto all'*autore del delitto*, perché questo possa realizzare il tipo penale. Da quanto esposto, si verifica che la teoria del dominio del fatto presenta linee chiare delle condotte dell'*autore* e del *partecipante*, permettendo una migliore

---

fundamentação: alguém é autor, porque tinha vontade de autor; o por que tinha a vontade de autor, e o que quer dizer, resta numa pura afirmação». (WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradotto da Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, pp. 170-1).

[49] Questa concezione secondo N. BATISTA, foi «*elaborada por Welzel, e mais tarde por Gallas e Maurach, e é hoje a corrente preponderante na Alemanha. Conta com o endosso, entre outros, de Roxin, Wessels, Stratenwerth e Jescheck. Logo transpôs as fronteiras germânicas para influenciar Ordeig na Espanha, Bacigalupo na Argentina, Latagliata na Itália*». (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 70). No mesmo sentido: MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**. Parte general. V. II. Tradotto da Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995, pp. 315-6; PIERANGELI, José Henrique. **O concurso de pessoas e o novo Código Penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 81, v. 680, pp. 292-317, jun. 1992, p. 296. Circa l'evoluzione della teoria del dominio del fatto, con dettagli, vedere: ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradotto da Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 7.ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, pp. 89-128.

comprensione del concorso in sé, per questa ragione, l'opzione teorica di questo lavoro.

A partire da questo momento, allo scopo di sedimentare la materia, si verificheranno le forme di concorso di persone, tema che aiuterà, più verso la fine della ricerca, la sedimentazione di un concetto di criminalità organizzata per lo scenario giuridico brasiliano. Evidentemente, quest'iniziativa di creazione di un tipo penale conterà su alcuni elementi, proveniente anche dall'esperienza italiana, in verifiche che saranno affrontate nei prossimi capitoli; intanto, in questo primo capitolo, ci si preoccupa di analizzare correttamente la materia sul concorso di persone, per, al termine, rendere possibile lo studio delle strutture degli apparati di potere. Iniziamo pertanto l'analisi delle forme del concorso di persone.

3 Forme di concorso di persone

Sono forme di concorso di persone: l'autoria diretta, la coautoria, l'autoria mediata e la partecipazione.

Vedremo, a seguire, e a partire dalla teoria del dominio del fatto, una ad una queste figure, per identificare meglio l'oggetto del nostro studio.

3.1 Autoria diretta

Inizialmente, si deve ricordare che il concetto di autoria dipende dalla costituzione tipica di ogni reato, stabilendo che l'autore sia il soggetto che realizza coscientemente e personalmente il tipo penale, con dominio sull'esecuzione (e anche) la consumazione del fatto.[50]

---

[50] Nelle parole di N. BATISTA, «*O conceito de autoria direta está ancorado nos tipos da parte especial e guarda certa dependência da disciplina específica de cada delito. Dessa forma, um conceito geral da autoria direta importa um processo de abstração e generalização, que revelará suas insuficiências na aplicação a certos casos*». (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 77). In questo senso insegna J. CIRINO DOS Santos que «*a autoria direta define a realização pessoal do tipo de injusto pelo autor, que detém, com exclusividade, o domínio do fato*». (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 353). Assim, «*autor é quem realiza diretamente a ação típica*». (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 312; WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Parte geral. Tradotto da Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFe, 1976, p. 121), «*aquele que tem o domínio do fato, na forma do domínio da ação, pela pessoal e dolosa realização da conduta típica*». (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 77), e por isso mesmo, como ensina J. DE FIGUEIREDO DIAS, é aquele que se constitui na «*figura central do acontecimento criminoso*». (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. T. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 758). D'accordo con C. ROXIN: «*el autor es la figura central del acontecer en forma de acción*». (ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradotto da Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 44) Sulla stessa linea ha scritto H. WELZEL, «*não é autor de uma ação dolosa quem somente causa um resultado, mas quem tem o domínio consciente do fato dirigido até o fim. Aqui se revela o autor pela característica do domínio finalista do fato, por alto de toda outra participação*». (WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradotto da Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 157). Nnella dottrina brasiliana, dice ancora H. C. FRAGOSO: «*A doutrina moderna tem caracterizado como autor quem tem o domínio final do fato, no sentido de decidir quanto à sua realização e consumação, distinguindo-se do partícipe, que apenas cooperaria, incitando ou auxiliando*». (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 313).

In questo diapason, autore è il «signore» del fatto, «quem toma a execução em suas próprias mãos de tal modo que dele dependa decisivamente o *se* e o *como* da realização típica».[51] [52] Secondo R. MAURACH, K. HEINZ GÖSSEL e H. ZIPF il dominio del fatto è quello doloso «tener-en-las-manos el curso típico por parte del autor, al cual se extiende el dolo»,[53] ossia, la possibilità nota all'agente di dirigere la sua azione tipica d'accordo con la sua volontà.[54] Così, la nozione di dominio del fatto è costituita dalla coscienza dell'agente relativa alla disponibilità di decisione in merito alla consumazione o meno del reato.[55] Autore è chi ha il potere di determinare il modo e la forma di realizzazione del reato e, anche, quando possibile, di interromperlo, indipendentemente dal fatto che

---

[51] Traduzione in lingua italiana: "Chi prende l'esecuzione nelle proprie mani in modo che da egli dipenda in maniera decisiva il *se* e il *come* della realizzazione tipica.

[52] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. T. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 765. In questo senso, E. R. ZAFFARONI e J. H. PIERANGELI chiariscono che «*é autor o que tem o domínio do fato. Possui domínio do fato quem detém em suas mãos o curso, o «se» e o «como» do fato, podendo decidir preponderantemente a seu respeito; dito mais brevemente, o que tem o poder de decisão sobre a configuração central do fato*». (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 573.)

[53] MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**. Parte general. V. II. Tradotto da Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 315.

[54] Così: «*O domínio do fato é o «ter em mãos, abarcado pelo dolo, o curso típico dos acontecimentos», e este domínio há de corresponder a qualquer um 'que possa, ao arbítrio de sua vontade, deter, deixar continuar ou interromper a realização do resultado global'*». (JAKOBS, Günther. **Crítica à teoria do domínio do fato**. Tradotto da Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, pp. 2-3.) Logicamente, se il dominio del fatto è legato a «*intervenção da consciência e vontade do agente, não há domínio do fato sem dolo, aqui compreendido como conhecer e querer os elementos objetivos que compõem o tipo legal*». (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 71).

[55] BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 1987, pp. 318-9.

stia eseguendo il fatto o meno; mentre il contributo del partecipante è accessorio e non ha il potere di determinare modo e forma della realizzazione del reato. Questo, *infatti*, esigerà uno studio specifico del caso concreto.[56]

Stabilisce E. BACIGALUPO che le circostanze che caratterizzano l'autoria possono essere classificate in generali e speciali; essendo l'elemento generale la caratteristica fondamentale dell'autoria, il dominio del fatto;[57] e le circostanze speciali quelle richieste per determinati tipi, come ad esempio, quelli che esigono uno speciale elemento soggettivo dell'ingiusto, o esigono un soggetto attivo specifico.[58] In questi casi, oltre al dominio del fatto, per essere

---

[56] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 573. No mesmo sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 352.

[57] (Cf. BACIGALUPO, Enrique. **La noción de autor en el codigo penal.** Buenos Aires: Perrot, 1965, pp. 31 e ss.) Il dominio del fatto, come sottolinea G. JAKOBS, «*aparece nas formas do domínio de ação (isto é, domínio de quem comete diretamente), do domínio de vontade (vale dizer, como domínio do autor mediato) e do domínio funcional (vale dizer, como domínio do co-autor)*». (JAKOBS, Günther. **Crítica à teoria do domínio do fato**. Tradotto da Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, pp. 1-2). Igualmente em: JAKOBS, Günther. **Injerencia y dominio del hecho: dos estudios sobre la parte general del derecho penal**. Tradotto da Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía Del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 63-4).

[58] BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 1987, pp. 318-324. I tipi che esigono soggetto attivo specifico sono anche conosciuti come reati di propria mano, a cui si applica puramente il criterio formale oggettivo, l'autore è definito dallo stesso tipo penale, in funzione delle sue qualità; non ammettendo, pertanto, la «*co-autoria, nem a autoria mediata, na medida em que o seu conteúdo de injusto reside precisamente na pessoal e indeclinável realização da atividade proibida*». (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de

considerato autore, il soggetto deve osservare l'esigenza tipica (o, per esempio, l'aspetto «para si ou para outrem» del reato dell'155 del Codice Penale brasiliano, che è l'elemento soggettivo speciale richiesto dal tipo; o la condizione di funzionario pubblico, dell'articolo 317 del Codice Penale brasiliano, esigenza del tipo per il polo attivo dell'azione descritta).

Tuttavia nei reati di dovere, sviluppati da C. ROXIN,[59] si da una flessibilità all'esigenza del dominio del fatto ai fini della caratterizzazione dell'autoria. Il fatto è che, in tali reati, la descrizione tipica esige, basicamente, la violazione di un obbligo da parte dell'autore, basandosi l'autoria sull'infrazione di questo dovere,[60] senza alcun interesse per il dominio del fatto relativo al risultato.[61]

Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 96-7. No mesmo sentido: WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradotto da Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 167). Tuttavia, «*tais delitos admitem participação (instigação ou cumplicidade), sem peculiaridades dignas de nota*». (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 96-7. No mesmo sentido: WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradotto da Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 167).

[59] Ver: ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradotto da Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, pp.385-434.

[60] In questo senso: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 78; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. T. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 771; JAKOBS, Günther. **Crítica à teoria do domínio do fato**. Tradotto da Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 4

[61] (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 79). J. DE FIGUEIREDO DIAS critica severamente i reati di dovere

Ossia, nei reati di dovere, l'autoria è fondata sulla violazione di un dovere da parte dell'autore, e qui si inquadrano, secondo noi, i reati omissivi[62] e i reati colposi.[63]

---

nello stabilire che: «*não nos parece, porém que deva admitir-se esta construção. Por um lado, se uma tal doutrina quer significar que qualquer contributo para o facto, mesmo o mais longínquo, lateral ou meramente auxiliar, funda a autoria desde que proveniente do titular do dever, então de novo se quebra a ligação da autoria à realização do ilícito típico e se põem em causa as exigências do princípio da legalidade. Por outra parte, um tipo de ilícito construído exclusivamente sobre a violação de um dever, eventualmente referida a um resultado, incorre na fundada suspeita de possuir um grau de indeterminabilidade dificilmente compatível, também ele, com as exigências do princípio do nulum crimen sine lege. Mal descortinamos, no ordenamento jurídico-penal português vigente, tipos de ilícito construídos desta forma, que renunciem à descrição, à menção ou, ao menos, à pressuposição indiscutível da prática de uma ação*». (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. T. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 771.) per questo, la critica a questa concezione si basa sulla dipendenza casuistica, per la distinzione tra autore e partecipante, della valutazione del magistrato circa chi, ra i partecipanti al reato, detenga il reale dominio del fatto. Come spiega N. BATISTA, «*sob uma perspectiva generalizante, a distinção autoria-participação se aproximará de seu ponto de repouso: os tipos da parte especial. Na apreciação individualizada de cada caso, corresponderá ao juiz verificar quem possuía o domínio do fato (nas suas diferentes formas de exprimir-se) e quem o não possuía, discernindo autores de partícipes*». (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 73.)

[62] A proposito dei reati di dovere, bisogna annotare cge i reati omissivi sono reati di dovere, in cui la «*conduta típica é aquela que viola o dever objetivo de cuidado e é autor todo aquele que, desatendendo a tal dever, causa o resultado antijurídico*». (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 313). «*A base da responsabilidade não alcança qualquer omitente e sim aquele que está comprometido por um concreto dever de atuação. O critério do domínio do fato deverá ser abandonado aqui em favor da preponderância da violação do dever*». (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 83-5), questo perché nei reati omissivi manca la causalità nel corso dell'evento, restando forse l'idea del dominio potenziale del fatto. In questo passo l'«*autor direto, nos crimes omissivos, é sempre o que viola o dever de atuação ao qual estava adstrito*». (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 85). De acordo com a doutrina portuguesa, «*o critério do domínio do fato não tem cabimento nos crimes de omissão, nos quais o agente não executa ou dirige a execução da ação esperada*». (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. T. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 770). Come avviene nei reati colposi, «*o dever de atuar a que está adstrito o autor do delito omissivo é infracionável*», pois a «*falta da*

ação priva de sentido o pressuposto fundamental da co-autoria, que é a divisão de trabalho». (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 86). Inoltre, non si deve parlare di autoria mediata nei reati omissivi, in quanto chi impedisce chi impedisce al garante di agire, ottenendo il risultato atteso contra il terzo, deve essere considerato responsabile della sua azione propriamente detta, ossia il reato commissivo che pone in essere; così come, d'altra parte, il garante che permette al terzo di violare il bene giuridico protetto garantito, deve essere considerato responsabile per il risultato che non impedisce, ossia, esattamente per la sua omissione. In ogni caso non si ha autore mediato, ma autoria diretta. Inoltre, bisogna vedere che l'istigazione al reato omissivo deve essere chiamata, nella visione di Batista, dissuasione, e attraverso essa, quando il terzo che interferisce cerca di ottenere la non azione dell'obbligato [ossia, il terzi dissuade il garante dall'agire] per ottenere il risultato, abbiamo autoria diretta del risultato e colpevolezza per l'eventuale reato commissivo proprio che gli corrisponda. (Cf. BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 88-90.)

[63] Nei reati colposi, d'altro lato, non esiste alcuna difficoltà per il concorso di agenti, visto che l'autoria si verifica nel campo causale, essendo autore il soggetto che determina il corso causale che determina il risultato, ciolando un dovere oggettivo di attenzione (In questo senso: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 79; WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradotto da Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 157). Por isso, explicam E. R. ZAFFARONI e J. H. PIERANGELI, «*enquanto a autoria dolosa baseia-se no domínio do fato, a culposa o faz na causação do resultado*» (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 577), nella violazione di un dovere di attenzione valutabile oggettivamente. Per questo, come ha insegnato H. WELZEL, «*não há participação no âmbito dos delitos culposos, pois também ela seria co-causa evitável (isto é, com violação do dever objetivo de cuidado) e, por isso, autoria culposa*». (WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradotto da Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 157. Conforme: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 81). In questo passo, infine, G. DELITALA, già nel secolo scorso, osservava che non era concettualmente possibile il concorso di agenti in reati colposi, quando diceva: «*La colpa è qualcosa di personale e di squisitamente soggettivo, che consiste nel suo momento normativo, nella disapprovazione giuridica dell'agente, e, nel suo momento psichico, in una relazione psicologica tra il fatto e il suo autore. Per quanto concerne la colpa, fra complice e autore no c'é nessuna differenza; ciascuno pone in essere un'azione colpevole e non è quindi ammissibile he la responsabilità dell'uno dipenda dalla colpa dell'altro*». (DELITALA, Giacomo. **Il "fatto" nella teoria generale del reato**. Padova: Cedam, 1930, p. 62).

In questo modo, a partire dal criterio del dominio del fatto, o dominio dell'azione, si può riferire: *autoria* è il comportamento del soggetto che realizza, personalmente e coscientemente, gli elementi del tipo penale, in modo da poter determinare il suo corso causale e i modelli del risultato lesivo al bene giuridico, sommato questo atto alle condizioni eventualmente richieste dal tipo; l'eccezione, come si è visto, si ha nei reati di dovere (tanto omissivi quanto colposi), in cui l'autoria si basa sulla violazione di un dovere da parte dell'autore.

3.2 Analisi della coautoria

Come valutato nella dottrina, coautoria è la necessaria concorrenza di varie persone nel reato, tutte con il dominio sul corso causale e la consumazione in sé del risultato, il cosiddetto dominio funzionale del fatto.[64] La coautoria ha come idea centrale la *divisione del lavoro*, in qualsiasi forma di concorso di agenti.[65]

---

[64] WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradotto da Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 168. «Coautore, in senso stretto, è colui che realiza il modello regale del reato insieme com altro autore». (RANIERI, Silvio. **Il concorso de più persone in un reato**. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1949, p. 215.) Conforme: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 313; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradotto da Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, pp. 308-9.

[65] BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 101. In altre parole: «*A teoria do domínio do fato explica melhor a co-*

Così, la coautoria possiede due caratteristiche: l'accordo delle volontà[66] e la divisione pura dei compiti[67] per ottenere lo stesso

autoria, posto que todos que dominam funcionalmente o fato, ainda que não realizem a conduta estritamente descrita no tipo, são co-autores». (CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 198.)

[66] L'accordo di volontà richiede una coordinazione coscientemente mirata akka realizzazione di un risultato tipico, frutto della manifestazione congiunta della volontà, che può venire ad essere espressa o tacita, ma deve essere bilaterale, ossia conosciuta dagli agenti coinvolti, in base al testo di N. BATISTA, *in* **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 103). Chiarisce l'autore citato che il consenso unilaterale da origine alla cosiddetta autoria collaterale. Secondo H. WELZEL, la comune risoluzione per il fatto è «*entendimento recíproco, expresso ou tácito, para a execução comum do fato*». (WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradotto da Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 168.) Sulla stessa linea, Santos: «*a decisão comum para o fato significa convergência de consciência e de vontade dos co-autores para fato típico determinado, que fundamenta a atribuição conjunta do fato integral: a decisão comum desencadeia a distribuição de tarefas individuais necessárias à produção do resultado comum – por isso, nos crimes de imprudência, do ponto de vista conceitual, a co-autoria é impossível e, do ponto de vista prático, desnecessária, porque na hipótese de comportamentos imprudentes simultâneos cada lesão do dever de cuidado ou do risco permitido fundamenta a atribuição do resultado como autoria colateral independente*». (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 361.)

[67] Secondo Batista: «*Não basta, pois, ao co-autor que seja ele co-detentor da resolução comum para o fato (...); é de mister, já que se trata de autor, que realize tal resolução, e isto se dá quando disponha ele do domínio funcional do fato*» (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 104). «*A realização comum do fato é constituída pelas contribuições objetivas de cada co-autor para o acontecimento total, que explicam o domínio funcional do tipo de injusto*». (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 362.) Desta forma, a expressão mais evidente de coautoria é «*a execução pessoal da ação em sua totalidade («execução compartilhada») por vários indivíduos enlaçados por um acordo (expresso ou tácito) de vontades*». (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 104). Tuttavia, non si può abbandonare la cosiddetta «*esecuzione frazionata*» del reato, anch'essa espressione evidente della coaturia, che avviene quando un agente aziona il modo e l'altro realizza il nucleo della condotta tipica. (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 104.)

risultato tipico.[68] Per questo, può essere coature solo chi abbia il dominio finale del fatto o.[69] Nella lezione di J. WESSELS: «Co-autoria é o cometimento comunitário de um fato punível através de una ação conjunta consciente e querida. [...] A co-autoria se baseia no princípio do atuar em divisão de trabalho e na distribuição funcional dos papéis. Todo colaborador é aqui, como parceiro dos mesmos direitos, co-titular da resolução comum para o fato e da realização comunitária do tipo, de forma que as contribuições individuais completam-se em um todo unitário e o resultado total deve ser imputado a todos os participantes».[70] [71] In questo modo, interessa solo come coautore chi abbia il dominio (funzionale) del fatto;[72] questo perché, senza questa

---

[68] BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 1987, p. 336. Per questo, affermano MAURACH, GÖSSEL e ZIPF che «coautoría es la concurrencia querida, consciente y con división del trabajo de varios autores, con el fin de obtener el mismo resultado típico». (MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**. Parte general. V. II. Tradotto da Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 367.)

[69] WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradotto da Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 172. Nello stesso senso,: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 101; MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**. Parte general. V. II. Tradotto da Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 367; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradotto da Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, pp. 308-315.

[70] WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Parte geral. Tradotto da Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFe, 1976, p. 121.

[71] Traduzione in lingua italiana: "Coautoria è il commetti mento comunitario di un fatto punibile attraverso un'azione congiunta cosciente e voluta. [...] La coautoria si basa sul principio di attuare dividendo il lavoro e distribuendo formalmente i ruoli. Ogni collaboratore è qui, come partner degli stessi diritti, contitolare della risoluzione comune per il fatto e della realizzazione comunitaria del tipo, in mood che i contributi individuali si completano in un tutto unitario e il risultato totale deve essere imputato a tutti i partecipanti."

[72] Nell'espressione di H. WELZEL, «*Co-autor é quem, estando em posse das condições pessoais de autor, e participando da decisão comum do fato, sobre a base dela, co-participa na execução do delito. A co-autoria se baseia sobre o princípio da divisão do trabalho. Todo co-*

caratteristica, la figura si inquadrerebbe nell'ambito della partecipazione.[73]

La dottrina, in generale, identifica sei forme di coautoria: l'organizzatore;[74] quello che sottomette la vittima;[75] quello che assiste

---

autor complementa com sua parte do fato dos demais em um total delituoso; por isso responde pelo total». (WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradotto da Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 168. E. R. ZAFFARONI e J. H. PIERANGELI spiegano che si verifica il dominio funzionale del fatto «*quando a contribuição que cada um traz para o fato é de tal natureza que, de acordo como plano concreto do fato, sem ela o fato não poderia ter sido realizado, temos um caso de co-autoria e não de participação. Isto deve ser avaliado em consonância com cada fato concreto, e tendo em conta o seu planejamento*». (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 577.)

[73] In questo senso: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 101.

[74] Organizzatore è il soggetto che guida l'impresa criminale, comanda (potere) gli altri, introduce il dominio funzionale del fatto. J. H. PIERANGELI spiega che «*organizar 'a cooperação no crime' é elaborar, previamente, no todo ou em parte, o plano de ação com a escolha ou indicação dos meios e pessoas ou também somente com a seleção de pessoas, de modo que as atividades associadas encontrem em tal programa um maio eficaz de efetuar a empresa*». (PIERANGELI, José Henrique. **O concurso de pessoas e o novo Código Penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 81, v. 680, pp. 292-317, jun. 1992, p. 299). Si tratta di una circostanza aggravante, nel diritto brasiliano (art. 62, inc. I, CPb) e nel diritto italiano (art. 112, n. 2, CPi), applicabile all'agente che promuove o organizza la cooperazione nel crimine o dirige l'attività degli altri agenti. La finte immediata di questa aggravante secondo N. BATISTA, è il comma 2 dell'art. 112 del Codice Penale italiano. (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 106.) No dizer de A. R. LATAGLIATA: «*no basta, por tanto, el simple hecho de haber preparado el plano delictivo para que se aplique La agravante prevista en el art. 112, n.2, sino que se requiere una posición de dominio de la acción colectiva, característica de la cualidad del coautor*». (LATAGLIATA, Angelo Raffaele. **El concurso de personas en el delito**. Buenos Aires: Depalma, 1967, p. 230). E, per questo, tale aggravante «*só é cabível em hipóteses de co-autoria*». (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 107). Importante fissare che non è per la semplice organizzazione dell'ingegneria del fatto delittuoso che si basa la coautoria dell'organizzatore, ma il dominio funzionale del fatto e sussisterà fino a che esisterà

al reato;[76] lo controlla;[77] l'autista,[78] e il fornitore dei mezzi di esecuzione.[79]

---

questo dominio, d'accordo con CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 199.

[75] La figura di chi sottomette la vittima, «*para que não oponha resistência ao delito ou para facilitar sua execução*» (PIERANGELI, José Henrique. **O concurso de pessoas e o novo Código Penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 81, v. 680, pp. 292-317, jun. 1992, p. 299), distingue due situazioni: quelle in cui la costrizione fisica della vittima significa violenza tipica messa in atto da un agente, e quelle in cui l'azione tipica è realizzata totalmente da un altro soggetto. La prima è la coautoria indiscutibile, ad esecuzione frazionata, «*pois enquanto um aciona o modo, o outro executa o núcleo da conduta típica*» (PIERANGELI, José Henrique. **O concurso de pessoas e o novo Código Penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 81, v. 680, pp. 292-317, jun. 1992, p. 299), tendo, ambos, o domínio funcional do fato. A segunda se nos afigura inegável o domínio funcional do fato, daquele que subjuga a vítima, embora alguns autores considerem que há auxílio (cumplicidade). Dentre eles: MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal**. V.II. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 321. Assim: «*Ainda que um dos participantes não realize a conduta descrita no tipo, detém, em conjunto com o outro, o domínio funcional do fato*» (CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 200), pois suprimida sua atuação, o crime não aconteceria.

[76] La figura di chi assiste all'esecuzione del reato, escluse le figure dell'organizzatore e del "palo" e partendo dalla risoluzione comune per il reato, fonda la coautoria nell'ipotesi che chi assiste rappresenti una «*força de reserva, acionável se o decurso do acontecimento (resistência, fuga) o requeresse*», caratterizzando «*domínio funcional do fato, não pela circunstância irrelevante da proximidade física, e sim porque este assessoramento contribui para a configuração da concreta execução do delito*». (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 109).

[77] Il palo, dal canto suo, è quello che «*se posta em posição que lhe permite pressentir a aproximação de terceiros que descobririam ou impediriam o desenvolvimento da realização do fato*». (MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal**. V.II. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 321). La dottrina brasiliana «*como um todo, considera que há, nessa situação, mera participação*» (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 110), per non avere, di fatto, dominio funzionale sull'evolversi del fatto: la soppressione ipotetica della sua condotta non impedirebbe il corso causale degli avvenimento, escluse, ovviamente, le ipotesi in cui il coautore realizzi il fatto tipico attraverso la vigilanza, essendovi il dominio funzionale del fatto. (In questo senso: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação

Infine, oltre a queste figure, è importante una breve lettura della questione dell'autoria collaterale [concorrente o parallela], in cui non

sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 111.)

[78] La figura dellautista offre tre distinte situazioni per l'analisi, di cui la prima è la «*condução do executor, ou de coisas, ou da vítima, representando a prática de atos executivos*» (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 111), portandoci all'esecuzione frazionata e al caso innegabile di coautoria.[78] Esemplifica il citato autore con l'autista che aspetta, sulla porta della banca, quelle che entrano al suo interno per la rapina e ritornano con la refurtiva, o, ancora, l'autista che trasporta la persona sequestrata, visto che in tali figure l'autista realizza parte dell'azione di sottrarre e sequestrare, essendo il suo contributo necessario all'evento totale. (p. 111.) Nello stesso senso: CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 200. La seconda situazione sarebbe la conduzione come parte dell'insegno criminale che, eccettuata l'esecuzione frazionata, determina ugualmente il dominio funzionale del fatto, caratterizzando la coautoria (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 112). Esemplifica il citato autore con l'autista che s'impegna a guidare a minor velocità, in un determinato tratto, la macchina aperta che porta un capo di Stato, contro cui avverrà un attentato. Evidentemente sarà considerato coautore, anche se non interviene con atti di esecuzione, per avere il dominio funzionale sul fatto. (Idem. p.112.) Nello stesso senso: CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 200; PIERANGELI, José Henrique. **O concurso de pessoas e o novo Código Penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 81, v. 680, pp. 292-317, jun. 1992, p. 301). A terceira situação «*consiste na mera facilitação propiciada ao executor, sem domínio funcional do fato por parte do motorista*». (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 112). Esemplifica il citato autore con l'autista che porta l'esecutore al locale dell'evento (p. 112). Nello stesso senso: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 577.

[79] La figura di chi fornisce mezzi di esecuzione è quasi sempre relativa alla complicità. Tuttavia, tale figura ottiene rilievo nella coautoria, quando questo aiuto avviene durante l'esecuzione del fatto, per esempio, quando qualcun, senza accordo precedente, presta la scala per facilitare ad altri la scalata di un alto muro che gli impediva di proseguire il suo piano criminoso. In questa ipotesi, l'aiuto sviluppa il corso causale interrotto dal muro, rendendo questo agente coautore (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 112).

esiste vincolo psicologico tra gli agenti, non esistendo, in questo modo, concorso di persone. E ancora: ognuno degli agenti risponde del fatto che abbia praticato, individualmente.[80] In questo modo, abbiamo la figura della coautoria come quella in cui due o più persone, di comune accordo di volontà e con la divisione de compiti, realizzano il tipo penale, avendo il dominio funzionale del fatto, ossia, ognuno degli autori ha il dominio sull'esecuzione e la consumazione dei suoi compiti, senza cui il reato non si realizza.

3.3 Autoria mediata

Autoria mediata è la situazione in cui l'autore del fatto fa uso di un terzo per l'esecuzione del reato che intende perpetrare, essendo caratteristico, in queste ipotesi, che il terzo attui come strumento, ossia subordinato al controllo e alla volontà dell'autore, che detiene, il ultima analisi, il controllo sul fatto o, come ha già detto G. JAKOBS,[81]

---

[80] Esemplifica Batista come tradizionale esempio di due persone che senza sapere dell'altra, somministrano dosi di veleno ad una terza, che viene a morire. (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 114).

[81] JAKOBS, Günther. **Crítica à teoria do domínio do fato**. Tradotto da Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, pp. 1-2. Ugualmente in JAKOBS, Günther. **Injerencia y dominio del hecho: dos estudios sobre la parte general del derecho penal**. Tradotto da Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía Del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 63-4; In questo senso: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no

il dominio sulla volontà (dello strumento), e con questo sull'esecuzione e la possibile consumazione del risultato.[82]

---

direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 130; CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 200-1. No mesmo diapasão, J. DE FIGUEIREDO DIAS explica que: «*de um ponto de vista estrutural existe, pois, sempre nesta figura um «homem-de-trás» ou «da retaguarda» — precisamente aquele por cuja autoria se pergunta — e um «homem-da-frente», o executor, intermediário ou «instrumento» (que pode ser jurídico-penalmente irresponsável ou parcialmente responsável). O princípio do domínio do fato, quando aplicado à autoria mediata, exige que todo o acontecimento (o fato) seja obra do homem-de-trás, em especial, da sua vontade responsável, só nesta acepção se podendo qualificar o homem-da-frente como instrumento o que vale por dizer que todos os pressupostos de punibilidade têm de concorrer na pessoa do homem-de-trás e hão-de colocar-se, para efeito da sua caracterização dogmática, unicamente face a ele*». (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. T. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 775-776).

[82] In questo senso: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 129; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 354. Nelle parole di H. WELZEL, «*em princípio, não é necessário que o autor execute o fato em todas as suas fases de própria mão; pode, para isso, servir-se de meios mecânicos, como pode também utilizar a terceiros apara seus fins, enquanto conserve ele mesmo o domínio do fato, diferentemente do terceiro. Este fica assim como sendo um «instrumento», enquanto lhe falte um dos pressupostos necessários da autoria (o domínio do fato), e pelo tempo que leva a ação*». (WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradotto da Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 159.). Nella lezione di J. WESSELS, «*Autor mediato é quem comete o fato punível através de outrem, e, portanto, realize o tipo legal de um delito comissivo doloso de forma que, na execução da ação típica, deixa atuar por si um intermediário, na figura de um «instrumento humano». Falando-se figuradamente, o autor mediato serve-se de «mãos alheias» para o cometimento de um «fato próprio». Característicos para a autoria mediata são a posição do intermediário, submetida a fundamentos fáticos e jurídicos, e o papel dominante do mandante, que compreende corretamente a situação de fato e tem «nas mãos» o acontecimento total, por força de sua vontade dirigida planificadamente*». (WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Parte geral. Tradotto da Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFe, 1976, p. 122.) Nell'autoria mediata, «*autor não é apenas o que realiza diretamente a ação ou omissão que configura o delito, mas também quem a realiza através de terceiro que atua sem culpabilidade*». (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 315). Na expresão de U. KINDHÄUSER, «*El § 25 párrafo 2 del Código Penal alemán prevé el criterio de la realización mancomunada del hecho para la fundamentación de la coautoría, en la que el reparto de trabajo puede ser determinado dado el caso de tal forma que uno de los actuantes no intervenga de propia mano, pero tome partido en la comisión del delito con otras aportaciones al hecho. Sin embargo, una colaboración en este sentido excluye precisamente la autoría mediata, pues el otro interviniente, a través del*

Nell'autoria indiretta, la caratteristica essenziale è che la volontà dello «strumento» è manipolata dalla volontà dell'autore, e per questo, non si ha concorso di agenti tra l'autore mediato e quello che attua come strumento, in quanto questo agisce senza dolo o colpa.[83] È possibile coautoria o partecipazione tra gli autori mediati o indiretti, ma mai tra lo strumento e l'autore mediato. Il campo di attuazione dell'autoria mediata[84] si da nei reati di risulttao di mera

---

cual se comete el hecho punible en la autoría mediata, debe ser puro intermediario del hecho y no debe ser autor». (KINDHÄUSER, Urs. **La estafa como autoría mediata tipificada**. Tradotto da Jorge Fernando Perdomo Torres. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía Del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 9.) Ou, como ensina E. BACIGALUPO: «*Autor mediato es el que, dominando el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría, se sirve de otra persona (instrumento) para la ejecución de la acción típica*». (BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 1987, p. 325).

[83] In questo senso, tra gli altri: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 315; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006, pp. 354-5; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 575.

[84] «*A autoria mediata se situa numa zona limítrofe entre a autoria direta e a participação por instigação, cuja exata demarcação apresenta alguns problemas*» (MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**. Parte general. V. II. Tradotto da Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 330); tuttavia, si costituisce come autoria, e non come partecipazione, in quanto si basa «*no domínio do fato, sob forma de domínio da vontade*». (JAKOBS, Günther. **Crítica à teoria do domínio do fato**. Tradotto da Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, pp. 1-2). In questo senso spiega J. CIRINO DOS Santos que o «*erro do «autor mediato» sobre características que fazem do «autor imediato» um instrumento nas mãos daquele, exclui o domínio do fato e transforma o autor mediato em instigador: o autor pensa incumbir um doente mental de produzir um incêndio, mas o autor imediato é capaz de culpabilidade e, portanto, responsável pelo fato típico como autor direto. A hipótese inversa, de erro sobre a capacidade de culpabilidade de pistoleiro contratado para realizar homicídio, que, sem conhecimento do contratante, é doente mental, constitui objetivamente, autoria mediata, mas o desconhecimento do domínio do fato pelo autor mediato mantém sua posição de instigador. Por outro lado, o erro do «instrumento» sobre o objeto da ação representa aberratio ictus para o autor mediato, porque o instrumento é equiparado à simples mecanismo, como uma arma que era o alvo: coagido sob ameaça de morte ao homicídio de Y, o instrumento mata Z, confundido com Y na escuridão da noite. O «excesso» do instrumento, por iniciativa própria*

condotta, in cui il dominio del fatto spiega l'autoria; non essendo possibile, per questo stesso motivo, nei reati di propria mano, nei colposi e negli omissivi.[85] Spiega la dottrina brasiliana in modo generale,[86] che «O Código Penal brasileiro contempla explicitamente quatro casos de autoria mediata. São eles: o caso de erro determinado por terceiro (art. 20, § 2.°, CPb);[87] o caso de coação irresistível (art. 22 CPb);[88] o caso de obediência hierárquica

---

ou por erro sobre as tarefas ou finalidades respectivas, ao contrário, não é atribuível ao autor mediato, por ausência de controle sobre o excesso do instrumento». (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 357.)

[85] (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 132-133). In questo modo, spiega J. CIRINO DOS SANTOS que «*não existe autoria mediata (a) se o terceiro não é instrumento,mas autor plenamente responsável, (b) nos tipos de mão-própria, que exigem realização corporal da ação típica pelo autor, (c) nos tipos especiais próprios, que exigem autores com qualificação especial e (d) nos tipos de imprudência, por ausência de vontade construtora do acontecimento e, portanto, de domínio do fato*». (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 354).

[86] BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 135. Nello stesso senso: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 575.

[87] Relativamente all'errore determinato da terzi, si deve vedere solo, che l'autore mediato determina l'errore dello strumento, potendo risultare la realizzazione di un'attuazione tipica (*i*) senza dolo, per errore di tipo indotto, o (*ii*) senza la speciale intenzione richiesta dal tipo legale di reato. In merito all'attuazione tipica, esemplifica: «o poder de líder de seita religiosa conduz o adepto ao suicídio voluntário, pela ilusão de alcançar vida nova no paraíso, induzida pela confiança cega do crente no mentor espiritual». (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 355). In questo senso vedere: MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**. Parte general. V. II. Tradotto da Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 344-349. In merito all'attuazione tipica, ma senza base in forza dell'errore indotto dall'autore mediato, esemplifica J. CIRINO DOS SANTOS: «*o médico mata o paciente utilizando a inocente enfermeira como instrumento sem dolo para aplicar injeção mortal previamente preparada*». (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 355.) Infine, in merito all'attuazione tipica, ma senza la speciale intenzione richiesta dal tipo, esemplifica lo stesso autore: «*autor mediato se apropria de objeto alheio entregue, erroneamente, pelo instrumento*». (SANTOS, Juarez

(art. 22 CPb);[89] e o caso de instrumento impunível em virtude de condição ou qualidade pessoal».[90] [91]

Cirino dos. **Direito penal**. Parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 356.) Sobre este tema, ainda, ver: JAKOBS, Günther. **La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva**. Tradotto da Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía Del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1996.

[88] Quando l'autore mediato costringe attraverso violenza o minaccia grave lo strumento a praticare un reato, si ha un aggravamento della punizione in forza dell'art. 62, c. II, CPb. Tuttavia, «*se a coação moral for resistível, não se estabelecendo o domínio da vontade do coacto por parte do coator, o problema se reconduzirá aos quadros da instigação, porém o autor direto desfrutará da atenuante prevista no art. 65, inc. III, al. c, CPb*». (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 137).

[89] L'ipotesi di obbedienza gerarchica, suscita tre situazioni distinte. (*i*) Quella in cui «*o executor conhece a ilegalidade da ordem, mas não pode a ela se opor, dadas as conseqüências que podem advir, no sistema de hierarquia e disciplina a que está submetido*» (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 137), essendo avuta dalla dottrina come inesigibilità di altra condotta; scusa questa che permette facilmente il riconoscimento dell'autore mediato (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 137-8); (*ii*) quella in cui «*o executor supõe ser lícita a ordem», obrando em evidente erro de proibição, permitindo o reconhecimento do autor mediato pelo «domínio da vontade do instrumento da parte do homem por detrás*» (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 137-8); e (*iii*) quella che avviene quando «*o executor conhece a ilegalidade da ordem e a ela poderia se opor*», costituendosi in un chiaro caso di coautoria o partecipazione; dovendo, slo verificarsi se il superiore gerarchico aveva «*ou não o co-domínio funcional do fato*», mas em qualquer dos casos ambos serão puníveis (ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradotto da Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 280-282).

[90] L'ipotesi «*daquele que instiga ou determina ao delito alguém não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal*» (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 138) deve essere analizzata con attenzione.

Oltre a queste situazioni individuate dalla dottrina brasiliana, **l'autoria mediata nell'ipotesi di obbedienza gerarchica ha ricevuto un'interessante innovazione nell'ambito dottrinario con lo studio (specialmente di C. ROXIN) nei casi di dominio della volontà in virtù di un apparato organizzato di potere**,[92] in cui è caratteristica fondamentale la fungibilità dell'esecutore.

Con l'avvento di questo studio, l'autore dell'ordine è l'autore mediato dei reati realizzati dal secondo, potendo anche «a autoria mediata alcançar o retransmissor da ordem»[93].[94] La critica a questa posizione

---

[91] Traduzione in lingua italiana: "Il Codice Penale brasiliano contempla esplicitamente quattro casi di autoria mediata. Sono questi: il caso dell'errore determinato da un terzo (art. 20, § 2.°, CPb);[91] il caso della coazione irresistibile (art. 22 CPb); il caso di obbedienza gerarchica(art. 22 CPb);[91] e il caso di strumento non punibile in funzione di una condizione o una qualità personale."

[92] In questo senso ha scritto AMBOS: «*En el año 1963, Roxin presentó en la revista Goltdammer's Archiv du doctrina del «dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder», desarrollada con base en la teoría del dominio del hecho*». (AMBOS, Kai. **Domínio del hecho por domínio de voluntad em virtud de aparatos organizados de poder**. Tradotto da Nelle parole di C. ROXIN, solo una prima analisi: «*El modelo presentado de autoría mediata no solamente alcanza a delitos cometidos por aparatos de poder estatal, sino también rige para la criminalidad organizada no estatal y para muchas formas de aparición del terrorismo*». (ROXIN, Claus. **La autoría mediata por dominio en la organización**. Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima, n° 13, pp. 17-32, 2003, p. 18).

[93] Traduzione in lingua italiana: "L'autoria mediata raggiungere il ritrasmissore dell'ordine."

[94] (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 139.) Ancora: «*En 1988, en la sentencia de la Cuarta Sala, el Tribunal Federal alemán ha mencionado por primera vez como un obiter dictum (aunque deja notar su aprobación) la doctrina que reconoce «una autoría detrás del autor en los casos de criminalidad organizada a través de un aparato de poder, sin tener en cuenta la plena responsabilidad jurídica del actor*». (ROXIN, Claus. **La autoría mediata por dominio en**

appare nell'opera di G. JAKOBS, nel considerare i partecipanti all'organizzazione come coautori.[95] Tale teoria sarà analizzata meglio nel prossimo paragrafo, bastando, per ora, differenziare l'autoria mediata (propriamente detta) dall'autoria mediata risultante dal dominio della volontà in virtù dell'apparato organizzato del potere. Tale differenza risiede nel fatto che, nell'autoria mediata, l'autore sfrutta un'altra persona *determinata* come strumento di realizzazione del suo reato (l'autore mandante, mediato, ha dominio diretto sulla volontà dell'esecutore), non perdendo il dominio sull'esecuzione e la consumazione del fatto; al passo che nell'autoria mediata in virtù di un apparato organizzato di potere, l'autore mediato sfrutta una struttura gerarchizzata di potere per raggiungere il risultato desiderato, non essendo neppure necessario che l'autore conosca l'esecutore; ossia, se l'esecutore fallisce, per esempio, un altro lo sostituirà nell'osservazione di un ordine, quindi la dottrina parla di *fungibilità* dell'esecutore.

Un'altra differenza appare quando si valuta che, nell'autoria mediata propriamente detta, solo il mandante risponde del reato

---

la organización. Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima, n° 13, pp. 17-32, 2003, p. 20).

[95] «*Não pode haver autoria mediata quando concorra uma conduta posterior plenamente responsável, posto que somente a causa por meio da natureza é uma causa direta; e tampouco é necessário que essa autoria mediata exista, posto que a produção com outras pessoas responsáveis possa constituir, por sua vez, se se dá um nível suficiente de participação na configuração, (co)autoria. O chefe do bando que o é não apenas nominalmente é (co)autor, e por isso não há necessidade alguma de convertê-lo artificialmente em autor mediato pelo desvio do domínio de aparelhos organizados de poder*». (JAKOBS, Günther. **Crítica à teoria do domínio do fato**. Tradotto da Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 39).

praticato dall'esecutore, al passo che, nell'autoria mediata dalle strutture organizzate di potere, tanto l'autore mediato quanto l'esecutore sono considerati autori di fatto. Così, e per finalizzare questa parte dello studio, si riferisca che l'autore mediato è chi si avvale di un altro, detto «strumento», «que não comete o injusto, seja porque age sem dolo, atipicamente ou justificadamente[96]», d'accordo con la dottrina.[97]

3.4 Partecipazione: istigazione e complicità

La partecipazione è la volontaria collaborazione al reato di altri, e può avvenire per *istigazione* o *complicità* (chiamata, nel diritto brasiliano, *aiuto*). In quanto mera collaborazione nel reato altrui, il partecipe non detiene il dominio del fatto,[98] essendo una figura

---

[96] Traduzione in lingua italiana: "(...) che non commette il reato, sia perché agisce senza dolo, atipicamente o giustificatamente".

[97] (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 574). Ancora, U. KINDHÄUSER: «*Que en la autoría mediata el hombre de delante no pueda ser autor (propiamente) del hecho imputado al hombre de detrás deviene de la circunstancia de que él realiza el hecho de aquél, esto es, es instrumento de un hecho ajeno. En correspondencia con esto, la figura del autor detrás del autor está también excluida en tanto construcción, pues el mismo hecho no puede ser cometido por dos autores únicos que son personas diferentes*». (KINDHÄUSER, Urs. **La estafa como autoría mediata tipificada**. Tradotto da Jorge Fernando Perdomo Torres. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía Del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 10).

[98] BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 157. Nella dottrina tedesca: «*Por participación se comprende la colaboración arbitraria y dolosa en el delito doloso de otro. Esta conceptualización permite*

laterale, secondaria, che non realizza il tipo penale.[99] Per questo insegna E. BACIGALUPO che la «condición esencial de la participación es que el partícipe no haya realizado la acción típica (...): es preciso que el partícipe no haya tenido el dominio del hecho».[100] La partecipazione è una condotta dolosa che comprende conoscere e volere la collaborazione prestata all'illecito doloso determinato nelle sue linee generali, non essendo in nessun caso possibile la partecipazione colposa.[101]

Il fondamento materiale della punibilità della partecipazione, modernamente, «não está nem na corrupção do autor, nem na causação do

---

excluir aquellas formas de la colaboración delictiva que queden fuera del círculo aquí trazado, lo que permite reconocer, en coincidencia con la doctrina dominante, como formas de la participación solamente a la inducción y la complicidad». (MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**. Parte general. V. II. Tradotto da Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 400). In questo stesso senso: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 585.

[99] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte geral. T. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 758. In questo stesso senso: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 312.

[100] BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 1987, p. 340.

[101] (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 158). N. HUNGRIA fa riferimento al «*princípio da homogeneidade do elemento subjetivo*», secondo cui non si può avere discrepanza tra l'elemento soggettivo dell'autore e del partecipante. (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. I. T. II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp. 415-6). H. C. FRAGOSO ha fatto il seguente esempio: «*Tício, afirmando que sua arma está descarregada, entrega-a a Caio, para que dê um susto em Mévio, alvejando-o simultaneamente. A arma estava carregada e Mévio vem a falecer, resultado pretendido por Tício. Neste caso, Tício é autor (mediato) de homicídio doloso e Caio é autor de homicídio culposo, pois não obrou com o cuidado que a situação impunha, ou seja, o exame da arma. Não há concurso de agentes sem homogeneidade de participação subjetiva (princípio da convergência): a vontade de todos os que concorrem deve ser dirigida no sentido de realizar o mesmo tipo*». (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 317-318).

resultado, e simplesmente no desvalor intrínseco da colaboração prestada a um fato socialmente intolerável: chama-se a esta teoria «da promoção»».[102] [103]

Già la natura giuridica della partecipazione è di accessorietà.[104] La condotta dell'agente partecipe è accessoria di un fatto principale[105] (visto che lui non detiene il dominio del fatto), e per questo, la

---

[102] (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 158.) E. BACIGALUPO spiega che sono tre le teorie che cercano di giustificare il fondamento della punibilità del partecipe (il cui fondamento di punibilità della partecipazione risiede nella colpevolezza del partecipe nella corruzione dell'autore), la teoria della causa (il cui fondamento della punibilità del partecipe risiede nella rilevanza dell'incidenza causale dell'attuazione del partecipe alla realizzazione del fatto); e la teoria della partecipazione all'illecito (il cui fondamento della punibilità del partecipe risiede nella violazione della proibizione di spingere o sostenere un altro fatto proibito). (BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 1987, p. 341-342).

[103] Traduzione in lingua italiana: "non è nella corruzione dell'autore, né nella causa del risultato, e semplicemente nel disvalore intrinseco della collaborazione prestata a un fatto socialmente intollerabile: questa teoria si chiama "della promozione."

[104] «*Esto fue definido por aquella conocida frase de Bockelmann: La participación es, necesariamente, accesoria, es decir, dependiente de la existencia de un hecho principal. Esa accesoriedad no es producto de la ley, ella está en la naturaleza misma de la cosa. Complicidad e instigación presuponen conceptualmente algo al cual se prestan. La esencia de la participación, en la doctrina dominante, consiste en la motivación o en el apoyo de un ilícito típico ajeno, sin consideración de la causalidad del aporte del partícipe para la punibilidad ni tampoco de si la causalidad deba ser reconocida como elemento esencial fundante de la pena junto a otros*». (Cf. DONNA, Edgardo Alberto. **Asociación Ilicita**. Revista de Derecho Penal, Montevideo, n.° 13, diciembre, 2002, p. 47). Informa N. BATISTA que: «*forte fuzilaria doutrinária foi desfechada contra a teoria da acessoriedade, especialmente na Itália. Nouvolone [Pietro Nouvolone. Pluralidad de delitos y pluralidad de delinquentes. In: Trent'Anni di Diritto e Procedura Penale. v. I. Pádua, 1969, p. 337.] só lha via méritos de método de catalogação de condutas; Battaglini [Giulio Battaglini. Direito Penal. v. II. Traduzido por Paulo José da Costa Júnior e Arminda B. Miotto. São Paulo, 1973, p. 523.] afirmava secamente que ela deveria «ser repelida»*». (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 162).

[105] WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradotto da Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 175.

partecipazione è un concetto dipendente dall'azione dell'autore: partecipare è partecipare a qualcosa realizzato da altri.[106] La legge brasiliana da rifugio all'accessorietà nell'articolo 31 del suo Codice Penale, affermando che «o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado».[107] [108] In questa linea A. R. LATAGLIATA insegna che «la comisión de un delito funciona como presupuesto indispensable para la punibilidad de actividades de participación en un delito mediante acuerdo o instigación».[109] Tuttavia, l'accessorietà può essere divisa in classi o gradi, che rappresentano i possibili livelli di dipendenza dalla partecipazione. Secondo N. BATISTA: «Uma classificação empreendida por Max Ernest Mayer estabelece a *acessoriedade mínima* (quando a punição do partícipe dependa de simples conduta típica do autor direto),[110] de *acessoriedade limitada* [ou

---

[106] BACIGALUPO. Enrique. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 1987, p. 342.

[107] BRASIL. **Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984: Código Penal.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro. 07 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br /CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em 01.02.2010).

[108] Traduzione in lingua italiana: "l'adeguamento, la determinazione o l'istigazione e l'aiuto, salvo espressa disposizione contraria, non sono punibili, se il reato non giunge, almeno, ad essere tentato."

[109] LATAGLIATA, Angelo Raffaele. **El concurso de personas en el delito**. Buenos Aires: Depalma, 1967, p. 4-5.

[110] A. R. LATAGLIATA, in questo senso, già aveva spiegato che «*se pasa, así, de la forma de la accesoriedad mínima, que entiende por delito sólo el hecho conforme al modelo legal y subordina, por lo tanto, la punibilidad de las conductas de mera complicidad a la comisión de un hecho tal*». (LATAGLIATA, Angelo Raffaele. **El concurso de personas en el delito**. Buenos Aires: Depalma, 1967, p. 66). Secondo A. L. CALLEGARI, tale adozione risulterebbe un eccesso, in quanto la tipicità è indizio solamente di reato, e a partire da lì arriverebbe all'assurdo di «*castigar ao partícipe em um fato que não é antijurídico em relação ao ordenamento (ao que colaborou ou induziu a atuar em legítima defesa ou motivado pelo estado de necessidade)*». (CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral**

média] (quando a punição do partícipe dependa de conduta típica e antijurídica do autor direto); de *acessoriedade máxima* [ou extrema] (quando a punição do partícipe dependa de uma conduta típica, antijurídica e culpável do autor direto),[111] e *hiperacessoriedade* (quando a punição do partícipe dependa até de condições pessoais com efeitos de majoração ou minoração de pena do autor principal».[112] [113] Il ripetuto utilizzo del termine «reato» nella disciplina del concorso di persone, secondo N. BATISTA, non lascia dubbi circa il gradi di accessorietà adottato dalla legislazione brasiliana, prevalendo la

---

do delito e da imputação objetiva. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 204).

[111] In questo sendo: A. R. LATAGLIATA, Angelo Raffaele. **El concurso de personas en el delito**. Buenos Aires: Depalma, 1967, p. 66. Tale teoria, secondo A. L. CALLEGARI, produrrebbe problemi irresolubili e esemplifica con l'aiuto prestato ad un minore o ad un debole mentale per la realizzazione di un reato. In quest'ipotesi non si avrebbe fatto principale, in quanto al minore o all'incapace mancherebbe la colpevolezza, quindi, non si avrebbe autore e, ovviamente, non si avrebbe partecipe. (Cf. CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 204.)

[112] BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 164. In questo senso: BACIGALUPO. Enrique. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 1987, p. 343; LATAGLIATA, Angelo Raffaele. **El concurso de personas en el delito**. Buenos Aires: Depalma, 1967, p. 66; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 586.

[113] Traduzione in lingua italiana: Una classificazione stabilita da Max Ernest Mayer stabilisce *l'accessorietà minima* (quando la punizione del partecipe dipende dalla semplice condotta tipica dell'autore diretto),[113] di *accessorietà limitata* [o *media*] (quando la punizione del partecipe dipende dalla condotta tipica e antigiuridica dell'autore diretto); di *accessorietà massima* [o estrema] (quando la punizione del partecipe dipende da una condotta tipica, antigiuridica e colpevole dell'autore diretto),[113] e *iperaccessorietà* (quando la punizione del partecipe dipende anche dalle condizioni personali con effetto di maggiorazione o minorazione della pena dell'autore principale ».

accessorietà limitata,[114] questo perché, la partecipazione permette la relazione con il fatto, e non con le persone ad esso vincolate.

Inoltre, ricordano E. R. ZAFFARONI e J. H. PIERANGELI, che la partecipazione, nel suo aspetto interno, richiede il dolo di contribuire ad un reato doloso; mentre esternamente, «requer que o fato principal se encontre numa etapa executiva, ou seja, que ao menos o injusto tenha sido tentado».[115] [116]

In un altro punto, la partecipazione può essere morale (o psicologica) e fisica (o materiale). Nel primo caso, si potrà dare per *induzione* [o *determinazione*], che consiste nel far sorgere nell'autore diretto la risoluzione e lo porta all'esecuzione;[117] o per *istigazione*, che è

---

[114] BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 165.

[115] Traduzione in lingua italiana: "richiede che il fatto principale si trovi in una fase esecutiva, ossia, che almeno il reato sia stato tentato".

[116] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 590. In questo senso: BACIGALUPO. Enrique. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 1987, pp. 343-50. Per approfondire i concetti di accessorietà interna ed esterna, vedere: SANCINETTI, Marcelo A. **El ilícito propio de particular en el hecho ajeno**. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía Del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1996.

[117] Secondo E. BACIGALUPO, «*determinar o inducir a otro a la comisión del hecho punible significa que el instigador debe haber formado su voluntad de realización del hecho como consecuencia directa de la acción del instigador*». (BACIGALUPO. Enrique. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 1987, p. 351). «*Determinatore, in senso proprio, è colui che, con la propria condotta, fa sorgere in altra persona, ehe esegue il reato, un proposito criminoso, che prima non esisteva*». (RANIERI, Silvio. **Il concorso de più persone in un reato**. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1949, p. 221.)

rinforzare e sviluppare nell'autore diretto una predisposizione già esistente, ma ancora non concretizzata.[118] Ricordano R. MAURACH, K. HEINZ GÖSSEL e HEINZ ZIPF che la partecipazione psicologica presuppone un soggetto esatto che sia il suo recettore (il destinatario) e anche un fatto determinato.[119] Nel secondo caso, quello della partecipazione fisica, l'aiuto è materiale, e significa prestare strumenti per la realizzazione del reato. Insegna. H. WELZEL che la *«cumplicidade* é

---

[118] «*Instigatore, in senso proprio, è colui che, com la propria condotta, eccita o rafforza in altra persona, che esegue il reato, un proposito criminoso già esistente*». (RANIERI, Silvio. **Il concorso de più persone in un reato**. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1949, p.221.) Secondo N. BATISTA, instigação é a «*dolosa colaboração de ordem espiritual objetivando o cometimento de um crime doloso*». (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 181.) J. WESSELS, explica que: «*é indiferente como o instigador alcança seu objetivo. Meios de instigação podem se todas as possibilidades de influência volitiva: persuasão, dádivas, promessa de recompensa, provocação de um erro de motivo, abuso de uma relação de subordinação, ameaça etc*». (WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Parte geral. Tradotto da Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFe, 1976, p.127.) «*Instigar es crear en otro (el autor) la decisión al hecho punible (dolo)*». (BACIGALUPO. Enrique. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 1987, p. 351.) Insegna H. C. FRAGOSO que «*instigar é determinar a prática do delito, atuando sobre a vontade do agente. O instigador faz nascer a decisão de praticar o crime em pessoa capaz de executá-lo com consciência e vontade. Nisso distingue-se a instigação da autoria mediata, pois nesta o agente se serve de terceiro não culpável, que funciona como mero instrumento*». (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 318.) Elucidam, E. R. ZAFFARONI e H. PIERANGELI, que «*instigador é quem, dolosamente convence outro ao cometimento de um injusto doloso*». (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 593.) No mesmo sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 367. Ainda: CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 205-6.

[119] MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**. Parte general. V. II. Tradotto da Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 437. In questo stesso senso: WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradotto da Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 179.

prestação de ajuda dolosa a um fato doloso»,[120] [121] dovendo prestare un contributo causale all'esecuzione del fatto principale[122] (nonostante oggi si abbia come fondamento l'incremento del rischio).[123]

A partire da quest'ultimo punto, pertanto, si affronterà il tema del dominio della volontà in virtù di un apparato organizzato di potere, determinandosi la sua forma, se di autoria mediata o di coautoria, perché, più avanti nella ricerca, sia possibile un qualche incremento di questo studio nella formalizzazione di una norma

---

[120] Traduzione in lingua italiana: "complicità è prestazione di aiuto doloso ad un fatto doloso"

[121] WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradotto da Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 182. Nello stesso senso: «*Cómplice, en sentido amplio, es el que dolosamente coopera en la realización de un delito doloso*». (BACIGALUPO. Enrique. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 1987, p. 355). «*Cumplicidade é a dolosa colaboração de ordem material objetivando o cometimento de um crime doloso*». (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 186). E, in questa stessa linea: «*Cúmplice é o que contribui prestando auxílio à ação delituosa, com pleno conhecimento de causa*», devendo a contribuição ser causal relativamente ao resultado. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 319). «*A cumplicidade significa ajuda dolosa do cúmplice para fato típico e antijurídico doloso do autor: o cúmplice presta ajuda material para realização de fato principal doloso e, assim como o instigador, também não controla a realização do fato punível, poder exercido exclusivamente pelo autor*». (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 371).

[122] WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradotto da Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 184.

[123] BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 183.

penale più tecnica trattando di criminalità organizzata tecnica,[124] voltata al Diritto brasiliano.

4 Il dominio della volontà in virtù di un apparato organizzato di potere: autoria mediata o coautoria?

Il dominio della volontà, caratteristica del dominio del fatto nei casi di autoria mediata, può servire a caratterizzare l'autoria nei casi di reati praticati nelle strutture organizzative di potere. Tali strutture possono essere vincolate a poteri statali, parastatali, o anche di ambito privato. In questo senso spiega C. ROXIN che «se alude así a los supuestos en que la posguerra han ocupado en creciente medida a la jurisprudencia y que se caracterizan por que el sujeto detrás tiene a su disposición una «maquinaria» personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor».[125] Per questo chiarisce N. BATISTA che, «embora concebível em

---

[124] Qui una sola osservazione necessaria: l'obiettivo della ricerca, oltre a cercare di aggregare questa materia nella costruzione di una legge speciale contro la criminalità organizzata in brasile, raggiungerà, ancora, nei prossimi capitoli, un abbordaggio puntuale della legislazione italiana di associazione a delinquere di stampo mafioso, nel senso di delimitare una forma più appurata e tecnica nella ricerca di un tipo speciale di crimine organizzato, concetto ancora mancante nell'universo giuridico brasiliano.

[125] ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradotto da Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 270. Spiega ancora il citato autore che «*debemos anticipar que somos conscientes de que crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones como los que aquí se analizan no pueden aprehenderse adecuadamente con los solos baremos del delito individual. De donde se deduce que las figuras jurídicas de autoría, indicción y complicidad,*

termos de uma estrutura privada, de linha «mafiosa», o fenômeno ocorre especialmente em estruturas estatais, e o nosso século é pródigo de exemplos, dos quais o mais evidente foi a sanguinária engrenagem nazista».[126] [127] In questi casi di autoria mediata, non si da il dominio della volontà in virtù della coazione o in virtù di errore, che caratterizzano l'autoria mediata;[128] ma il dominio della volontà per la gerarchizzazione della posizione nella struttura di potere. Di fatto, , C. ROXIN distingue tre forme di dominio del fatto (il dominio del fatto per azione, per volontà e il dominio funzionale del fatto) potendo aversi dominio per volontà in tre modalità: o si costringe l'esecutore, o si inganna l'esecutore, o, se l'esecutore non è costretto o ingannato, il dominio della volontà si da per il libero cambio di esecutore.[129]

---

que están concebidas a la medida de los hechos individuales, no pueden da debida cuenta de tales sucesos colectivos, contemplados como fenómeno global». (Idem, p. 270.)

[126] Traduzione in lingua italiana: "Per quanto inconcepibile in termini di una struttura privata, di linea "mafiosa" il fenomeno di verifica specialmente in strutture statali, e il nostro secolo è prodigo di esempi, il più evidente dei quali è stato il sanguinario ingranaggio nazista".

[127] BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 138.

[128] ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradotto da Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 270. Spiega il ciatto autore che, per quanto riguarda la coazione, si è verificato, investigando la documentazione di processi di Norimberga, che non si trovava «nessun caso» in cui qualcuno «*fosse stato fucilato perché di era rifiutato di obbedire agli ordini di fucilare*», e analogamente è quel che accade con l'ipotetico dominio di fronte all'errore da parte del soggetto che sta dietro. (Ídem. p. 271.)

[129] (ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradotto da Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 272.) Ugualmente: ROXIN, Claus. **La autoría mediata por dominio en la organización**. Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima, n° 13, pp.

I due primi casi, di costrizione e di inganno dell'esecutore (come già visto, al punto 3.4 del lavoro) fanno parte della strutturazione dell'autoria mediata propriamente detta. Invece il dominio del libero scambio dell'esecutore è caratteristica delle strutture delle strutture di dominio dell'organizzazione, che, per C. ROXIN, può esistere solo quando l'organizzazione sia a margine di un ordinamento giuridico, visto che, mentre la direzione e gli organi esecutori si mantengano legati all'ordinamento giuridico, gli ordini di commettere reati non possono basare il dominio, perché le leggi escludono l'osservanza di ordini antigiuridici.[130] Per questo sottolineano E. R. ZAFFARONI e J. H. PIERANGELI che questa forma di autoria mediata «pressupõe uma «máquina de poder», que pode ocorrer tanto num Estado em que se rompeu com a toda a legalidade, como numa organização paraestatal (um Estado dentro do Estado), ou como uma máquina de poder autônoma «mafiosa», por exemplo».[131] [132]

17-32, 2003, p.17. Nello stesso senso: AMBOS, Kai. **Domínio del hecho por domínio de voluntad em virtud de aparatos organizados de poder**. Tradotto da Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 14.

[130] In questo senso: ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradotto da Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, pp. 276-7.

[131] (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 582.) «*Como consecuencia de lo expuesto, empiezan a tener coherencia las afirmaciones en cuanto a que los integrantes de la «asociación» deben realizar las acciones de manera organizada y permanente, ya que de no existir un nexo funcional que denote en los actos que lleve a cabo la sociedad criminal, una estructura delictiva estable, no se estará ante una asociación ilícita, sino ante un mero acuerdo para cometer un hecho delictivo, previsto en el art. 45 del C. Penal; «Los acuerdos pueden ser alcanzados por emisarios o correspondencia». Por eso, este tipo de organizaciones no requieren trato personal, ni conocimiento entre alguna de sus partes, ni tampoco que todos sus integrantes se reúnan en algún sitio determinado. Piénsese en las distintas organizaciones mafiosas, y se entenderá el concepto de asociación ilícita.*

Una questione merita rilevanza in questo momento: sapere se i soggetti partecipanti alle strutture organizzate di potere devono essere imputati per i loro reati come autori mediati o coautori. E. BACIGALUPO, «Roxin, Stratenwerth, Samson y Schmidhäuser consideran que se da autoría mediata en el caso del sujeto que forma parte de una organización de poder y que es un intermediario en la ejecución de una decisión delictiva determinada».[133] Tuttavia, un'altra parte della dottrina afferma che si tratti di coautoria.[134] **L'importanza della classificazione, se ci sembra, viene dalla necessità di organizzazione sistematica della materia, per fissare il punto che ci interessa in particolare affrontare in questo studio: si utilizzerebbe questo modello di imputazione di reati oriundi del concorso di persone (il dominio della volontà in virtù di un apparato organizzato di potere) para sostenere la formazione legislativa brasiliana nella lotta contro la criminalità organizzata,[135]**

Como ejemplo se suele citar a la mafia italiana, la Camorra, el Ku-Klux-Klan, etc.» (DONNA, Edgardo Alberto. **Asociación Ilicita**. Revista de Derecho Penal, Montevideo, n.° 13, diciembre, 2002, p. 50-51).

[132]Traduzione in lingua italiana «presuppone una «macchina di potere», che può avvenire tanto in uno Stato in cui si rompe con tutta la legalità, quanto in un'organizzazione parastatale (uno Stato dentro lo Stato), o come una macchina di potere autonoma «mafiosa», per esempio»

[133] BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal.** Parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 1987, pp. 334-5.

[134] Jakobs, Jescheck, Otto, per esempio.

[135] «*A partir de los años setenta, el crimen organizado comenzó a ocupar la atención internacional de las Naciones Unidas y en particular de los gobiernos europeos en vista del proceso de unificación que se iniciaba. Desde ese primer momento se advirtieron las dificultades existentes para integrar una noción más o menos clara y razonable de criminalidad organizada*». (YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **Los tipos penales relacionados con el crimen organizado**. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Coord.). **El crimen organizado**. Buenos Aires: Depalma, 2005, pp. 94-95.) Secondo K. AMBOS: «*criminalidad organizada es la comisión planificada de delitos determinada por la*

insieme ovviamente ad altri elementi che saranno verificati a seguire, come, ad esempio, alcuni concetti della norma peninsulare sulle associazioni a delinquere di stampo mafioso.

Di fronte a questa necessità di studio, si verifica, secondo C. ROXIN, il fondamento del «dominio de la a voluntad en tales casos (que se presenta como la tercera forma de autoría mediata, delimitada claramente con respecto al dominio por coacción y por error) reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor».[136] Il fatto è che nei reati praticati nelle organizzaizoni di potere, l'esecutore del fatto risponde direttamente del fatto da lui messo in atto, non mancandogli né la libertà, né la responsabilità. L'esecutore attua, così, dolosamente. E, se non agisce, per qualsiasi ragione, un altro membro dell'organizzazione lo farà. Questa è una caratteristica fondamentale di questi apparati di potere: la

---

persecución de beneficios y poder, siendo las infracciones por sí solas o en su conjunto de considerable relevancia y colaborando (bajo determinadas circunstancia) más de dos intervinientes durante un tiempo prolongado o indeterminado». (AMBOS, Kai. **Domínio del hecho por domínio de voluntad em virtud de aparatos organizados de poder**. Tradotto da Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 47.)

[136] (ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradotto da Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 272.) Come complemento: «*Según la autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad en los aparatos de poder, el que los ejecutores sean fungibles significa que los mandos superiores tienen la posibilidad de sustituir al concreto ejecutor del hecho ante una negativa de éste para cumplir la orden recibida y garantizar así la consecución del resultado. Por esta razón, precisamente, habría que prescindir del vocablo «fungibilidad» al no existir una correspondencia semántica entre él y lo que se quiere significar cuando se le invoca. «Fungible» significa «que se consume con el uso», y tal cualidad no sólo es incompatible con la condición de persona sino que nada tiene que ver con la posibilidad de sustituir a los ejecutores del hecho antijurídico con el seno de un aparato organizado de poder. Por eso resultado preferible emplear el término «intercambiable» o «sustituible»*». (MEINI MÉNDEZ, Ivan. **Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada**. Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima, n° 14, pp. 235-263, 2004, p. 246).

gerarchizzazione degli ordini dati dal cosiddetto uomo dietro l'esecutore, non esistendo la necessità di previa conoscenza tra le parti che formano una stessa organizzazione, senza necessità nemmeno dello stesso vincolo psicologico.

Con queste considerazioni, il mandante e l'esecutore, in questi casi, sono figure anonime, sostituibili, meri «ingranaggi della macchina di potere» e, esattamente per questa ragione, figure centrali nell'evento, con dominio totale del fatto.[137] Per questo, riferisce K. AMBOS la maniera di funzionamento specifico dell'apparato organizzato di potere, che è a disposizione dell'uomo che sta dietro, permette il dominio dell'organizzazione, dato che «ese aparato funciona

[137] (ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** Tradotto da Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 273.) In questo senso, spiega J. DE FIGUEIREDO DIAS: «*A autoria mediata do homem-de-trás (do «homem sentado à secretária») fundar-se-á nestes casos em que ele detém o domínio da organização. Organizações ou centros organizados de poder existem, na verdade, que, estruturados hierarquicamente e dotados de forte disciplina interna, assumem um modo de funcionamento quase «automático» para os que a eles pertencem, adquirindo estes a natureza de meros «instrumentos» que reagem de forma mecânica às ordens ou instruções de seus chefes. Dada a grande disponibilidade de meios de tais organizações – que assim se apresentam como «unidades funcionais» com vida própria, independente dos concretos indivíduos que a compõem – o executor do crime surge como elemento fungível que, mesmo quando atue com culpa dolosa, em nada afeta o verdadeiro domínio do fato do homem-de-trás. O «domínio da organização» constitui por conseguinte – suposta a hierarquização rígida da estrutura organizatória, a fungibilidade do agente e a atuação da organização fora do quadro da ordem jurídica – uma forma de domínio da vontade que, indiferente à atitude subjetivo-psicológica do homem-da-frente, integra um fundamento autônomo da vontade mediata*». (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. T. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 788-9).

sin que sea decisiva la persona individual de quien o ejecuta, de modo prácticamente «automático»».[138]

In questo modo, spiega C. ROXIN, che «una organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona «automáticamente», sin que importe la persona individual del ejecutor. Basta con tener presente el caso, en absoluto de laboratorio, del gobierno, en un régimen dictatorial, que implanta una maquinaria para eliminar a los desafectos e a grupos de personas. Si dada esta situación el sujeto detrás que se sienta a los mandos de la estructura organizativa aprieta el botón dando la orden de matar, puede confiar en que la orden se va cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor. Tampoco es necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si una de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global».[139] Per questo, dice K. AMBOS, «los ejecutores tan sólo son ruedas intercambiables en el engranaje del aparato de poder, de modo que la figura central en el suceso — a pesar de la pérdida de cercanía con el hecho — es el hombre de atrás en virtud de su medida de dominio de organización».[140] In questo senso, spiegano E. R. ZAFFARONI e J. H. PIERANGELI che la particolarità che tale modalità di autoria mediata presenta «está em que aquele que dá a ordem está demasiadamente próximo do domínio do fato, para ser considerado um simples instigador, com a particularidade

---

[138] AMBOS, Kai. **Domínio del hecho por domínio de voluntad em virtud de aparatos organizados de poder**. Tradotto da Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 14.

[139] ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradotto da Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 272.

[140] AMBOS, Kai. **Domínio del hecho por domínio de voluntad em virtud de aparatos organizados de poder**. Tradotto da Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 15.

de que quando o determinador se encontra mais distante da vítima e da execução material do fato mais próximo ele está das suas fontes de decisão».[141] [142] Ed è a partire da quest'idea, della fungibilità dell'esecutore, che si ammette l'autoria mediata per i membri superiori dell'apparato di potere;[143] per questo afferma C. ROXIN: «En general, que quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles».[144]

Non importa, continua C. ROXIN, che lo faccia per iniziativa propria o rispondendo ad interessi di istanze superiori e sotto il suo comando, visto che la sua autoria resta configurata per avere la facoltà e il potere di dirigere la parte dell'organizzazione che gli è subordinata, senza dover lasciare a criterio di altri la realizzazione del delitto.[145] Inoltre: sarà considerato autore mediato chiunque costituisca

---

[141] Traduzione in lingua italiana «sta nel fatto che chi da gli ordini è eccessivamente prossimo al dominio del fatto, per essere considerato un semplice istigatore, con la particolarità che quando il determinatore si trova più distante dalla vittima e dall'esecuzione materiale del fatto più prossimo è alle sue fonti di decisione».

[142] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 583.

[143] BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 1987, p. 335.

[144] ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradotto da Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 275.

[145] (ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradotto da Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, pp. 275-6.) Spiega ancora, C. ROXIN, che per il «*domínio da*

l'apparato di organizzazione, in modo da poter dare ordini a persone a lui subordinate e che usi questa struttura per commettere reati.[146]

Contrariamente all'idea secondo cui il mandante dei reati realizzati da apparati organizzati di potere debba essere punito come autore mediato, G. JAKOBS, tra gli altri[147], sostiene la figura della coautoria, negando il citato dominio per organizzazione: «Não pode haver autoria mediata quando concorra uma conduta posterior plenamente responsável, posto que somente a causa por meio da natureza é uma causa direta; e tampouco é necessário que essa autoria mediata exista, posto que a produção com outras pessoas responsáveis pode constituir, por sua vez, se se dá um nível suficiente de participação na configuração, (co)autoria. O chefe do bando que o é não apenas nominalmente é (co)autor, e por isso não há necessidade alguma de convertê-lo artificialmente em autor mediato pelo desvio do domínio de aparelhos

---

vontade por meio de um aparato de poder organizado» em essência somente valem a consideração duas manifestações: a) «el caso más frecuente en la práctica será aquel en que los mismos que ostentan el poder estatal, con ayuda de organizaciones subordinadas a ellos, cometen delitos (...), puesto que normalmente sólo el poder estatal puede operar al margen de la ley, e incluso este sólo puede hacerlo cuando ya no están vigentes las garantías del Estado de Derecho. (…) La segunda forma básica de autoría mediata de estos grupos se refiere a hechos que se cometen en el marco de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales y grupos semejantes. Para que quepa hablar en dominio de la voluntad por parte de los sujetos de detrás en la ejecución de delitos, lo que debe caracterizar a tales formaciones colectivas es no sólo una organización rígida, independiente del cambio de los miembros concretos, sino también una orientación a fines del aparato en su conjunto contraria al ordenamiento jurídico estatal y que vulnere las normas penales positivas. Por expresarlo en forma de lema, debe tratarse de un Estado dentro del Estado». (ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradotto da Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, pp. 277-8).

[146] AMBOS, Kai. **Domínio del hecho por domínio de voluntad em virtud de aparatos organizados de poder**. Tradotto da Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 15.

[147] Cf. Roxin: Baumann/Weber, Jescheck/Weingend, Otto, Samson, Hoyer. (ROXIN, Claus. **La autoría mediata por dominio en la organización**. Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima, n° 13, pp. 17-32, 2003, p. 24.)

organizados de poder»[148].[149] Nella sua opinione, la fungilibilità di cui parla C. ROXIN è artificiale, nella misura in cui gli esecutori degli ordini non sono sostituibili in modo simultaneo, ma successivo (caratteristica comune nell'ambito della partecipazione), cosa che allontana dall'idea di «fungibilità»; anche se dentro le strutture organizzate di potere si permette non solo la « fungibilità » dell'esecutore, ma anche quella dell'uomo che sta dietro, eliminando il carattere di autoria mediata; e, infine, che non esiste un dominio superiore di qualità propria, ma quelli che emettono e quelli che eseguono gli ordini ad uguali condizioni, cosa che fomenterebbe la coautoria.[150]

Questo significa che l'esecutore «jurídicamente no actúa de modo automático, sino que se deja corromper por la orden»[151] saggiamente illegale, e per questo deve essere considerato responsabile come coautore.

---

[148] Traduzione in lingua italiana: "Non si può avere autoria mediata quando concorra una condotta posteriore pienamente responsabile, posto che solo la causa per mezzo della natura è una causa diretta; e non è neppur necessario che quest'autoria mediata esista, visto che la produzione con altre persone responsabili può costituire, dal canto suo, se si da un livello sufficiente di partecipazione alla configurazione, (co)autoria. Il capo della banda che non è solo nominalmente (co)autore, e per questo non si ha alcuna necessità di convertirlo artificialmente in autore mediato per disvio di dominio di strutture organizzate di potere»

[149] JAKOBS, Günther. **Crítica à teoria do domínio do fato**. Tradotto da Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 39.

[150] AMBOS, Kai. **Domínio del hecho por domínio de voluntad em virtud de aparatos organizados de poder**. Tradotto da Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 26.

[151] AMBOS, Kai. **Domínio del hecho por domínio de voluntad em virtud de aparatos organizados de poder**. Tradotto da Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 26.

Inoltre, sottolinea K. AMBOS, «para Jakobs, el carácter común de la decisión de realizar el hecho — que es necesario para una coautoría — queda configurado por la consciencia de dirigentes y ejecutores de que determinado hecho o varios hechos de las mismas características han de llevarse a cabo de acuerdo con las instrucciones de la dirección. Para ello no sería decisivo que los intervinientes se conozcan entre ellos».[152]

Nonostante la posizione di G. JAKOBS, merita più attenzione la concezione di K. AMBOS, secondo cui «la figura del dominio por organización es imprescindible para la fundamentación de la autoría mediata».[153] Questo perché, la teoria del dominio dell'organizzazione, assimilando lo specifico «injusto de organización de modo adequado y satisfactorio, resulta preferible» di fronte all'ipotesi di coautoria.[154] «Parece ser bem pouco discutível que, em tal hipótese, têm o domínio do fato tanto o executor ou determinador como o determinado, conquanto sejam ambos culpáveis, o que daria lugar a uma forma de autoria mediata especial, em que a inserção de ambos autores no aparato de poder antijurídico coloca ambos na posição de autores responsáveis, com pleno domínio do fato».[155] [156]«La circunstancia de que el hombre de atrás — a

---

[152] AMBOS, Kai. **Domínio del hecho por domínio de voluntad em virtud de aparatos organizados de poder**. Tradotto da Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 26-7.

[153] AMBOS, Kai. **Domínio del hecho por domínio de voluntad em virtud de aparatos organizados de poder**. Tradotto da Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 29.

[154] AMBOS, Kai. **Domínio del hecho por domínio de voluntad em virtud de aparatos organizados de poder**. Tradotto da Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 31-2.

[155] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 583.

diferencia de los casos «normales» de autoría mediata — no domina de modo directo, sino (sólo) indirecto a través del aparato, conduce a una responsabilidad en virtud de competencia funcional (como «autor de escritorio», emisor de las órdenes, planificador, autor intelectual, etc.), dicho brevemente: a una responsabilidad con base en un injusto de organización en lugar de injusto individual. Por consiguiente, para la imputación es decisivo que se pruebe el dominio por organización del hombre de atrás. Su autoría mediata termina sólo en aquel punto en el que «faltan los presupuestos precisamente de ese dominio por organización»».[157] Inoltre, avverte C. ROXIN: si deve essere cauti nello stimare il dominio dell'organizzazione in tali gruppi intrastatali, in quanto, «si se reúnen media docena de elementos asociales para cometer delitos en común y eligen a uno de ellos como cabecilla, ese grupo no es todavía un «aparato de poder», pues la comunidad se basa en las relaciones individuales recíprocas entre los intervinientes y no tiene esa existencia independiente del cambio de los miembros que presupone en tales casos esta forma específica del dominio de la voluntad».[158] Insomma: si deve fare una distinzione molto chiara circa quello che caratterizzerebbe delitti praticati da apparati organizzati di potere e quello che rimane come reato comune, realizzato da squadre o bande criminali. «Não se trata de qualquer associação para delinqüir, e sim de uma organização caracterizada pelo aparato de seu poder hierarquizado, e pela

---

[156] Traduzione in lingua italiana «Sembra essere ben poco discutibile che, in tali ipotesi, abbia il dominio del fatto tanto l'esecutore o il determinatore quanto il determinato, per quanto entrambi colpevoli, il che darebbe luogo a una forma di autoria mediata speciale, in cui l'inserimento di entrambi gli autori nell'apparato di potere antigiuridico colloca entrambi nella posizione di autori responsabili, con pieno dominio del fatto»

[157] AMBOS, Kai. **Domínio del hecho por domínio de voluntad em virtud de aparatos organizados de poder**. Tradotto da Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 31.

[158] ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradotto da Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 278.

fungibilidade de seus membros (se a pessoa determinada não cumpre a ordem, outro a cumprirá; o próprio determinador faz parte da organização)»[159].[160]

Di fronte alla materia fino a qui elaborata, il più corretto sarebbe il concetto di C. ROXIN, elaborato più specialmente da K. AMBOS, nel senso di riconoscere come *autoria mediata* (per il dominio della volontà per la fungibilità dell'esecutore) la forma dell'imputazione nei reati praticati da organizzazioni di potere. Questo perché, con il dominio della volontà per la fungibilità dell'esecutore, caratteristica dell'autoria mediata, si possono abbracciare come esecutori gli uomini di dietro, qualunque (per quanto minore) sia stata la loro partecipazione all'intento criminale; mentre la coautoria, difesa da G. JAKOBS, limiterebbe l'imputazione dei componenti dell'organizzazione ad una *corruzione* da un ordine illegale, il ch non è sempre possibile da dimostrare.[161]

---

[159] Traduzione in lingua italiana «Non si tratta di qualsiasi associazione a delinquere, ma di un'organizzazione caratterizzata dall'apparato del suo potere gerarchizzato, e dalla fungibilità dei suoi membri (se la persona determinata non osserva l'ordine, un altro lo osserverà; lo stesso determinatore fa parte dell'organizzazione)»

[160] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 582-3.

[161] «*Autor mediato não é somente o chefe máximo de uma organização criminosa, mas todo aquele que no âmbito da hierarquia transmite a instrução delituosa com poder autônomo para dar ordens. Pode ser autor inclusive quando age cumprindo ordens de uma instância superior, formando-se, deste modo, uma corrente completa de autores mediatos. Isso não impede que também possam existir cúmplices na estrutura organizada de poder. De fato, qualquer atividade que não promova automaticamente o movimento da estrutura pode fundamentar apenas a participação (aquele que intervém aconselhando, a pessoa que proporciona meios para assassinar, o delator que está fora da estrutura). O executor responde como autor. Os executores ocupam uma posição subordinada no aparato de poder, são intercambiáveis e não podem impedir que o homem por trás atinja o resultado. Se alguém se*

5 Brevi note conclusive

Forse il tipo penale caratteristico della criminalità organizzata, in Brasile, dovrebbe obbedire anche a tali requisiti, per consentire il rispetto delle garanzie costituzionali, identificando elementi caratterizzanti di apparati organizzati di potere, come la fungibilità dell'esecutore, la gerarchizzazione del potere e lo svincolo dallo Stato di Diritto,[162] per differenziarlo, nitidamente, da reati comuni, praticati da bande criminali.[163] Così si è già manifestato anche C. ROXIN: «Esto me lleva a resumir de la siguiente manera: la autoría mediata a través de aparatos

recusa a executar o assassinato, outro o fará. O homem por trás controla o resultado típico através do aparato, sem levar em consideração a pessoa que entra em cena como executor. Ele é um instrumento, porque estando dentro de um aparato de poder, atua automaticamente e, por tratar-se de um subordinado, pode ser intercambiável, porque é um indivíduo fungível». (MONTOYA, Mario Daniel. **Máfia e crime organizado**. Aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 235).

[162] «*En este ámbito, el criterio de la desvinculación del Derecho parece ser convincente a primera vista, ya que se pretende separar así la paja criminal (¡criminalidad organizada!) del trigo legal (¡empresas!). De este modo, la criminalidad organizada está fuera del ordenamiento jurídico estatal, pero ello sólo en la medida en que no mantenga una relación simbiótica con el Estado, como por ejemplo sucede en el caso de la mafia siciliana o de los «cárteles de la droga» colombianos. Si, en cambio, es éste el caso, si la criminalidad organizada opera como «para-Estado», es decir, no de modo desvinculado al Derecho, paralelo al ordenamiento jurídico existente o en contra él, sino estando integrada en éste, como elemento del ordenamiento, aprovechando los «causes del Derecho» (Roxin) para la común satisfacción de intereses*». (AMBOS, Kai. **Domínio del hecho por domínio de voluntad em virtud de aparatos organizados de poder**. Tradotto da Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 51-2.)

[163] «*Para realizar ulteriores diferenciaciones, puede resultar útil una distinción entre aparato de poder formal y grupo informal. Desde un principio, el dominio de organización sólo es posible en un aparato de poder formal, es decir, una organización que está estructurada de modo jerárquico-linear y que consiste en un número suficientemente grande de ejecutores intercambiables. Con ello se entra en el ámbito, apenas investigado en el plano empírico de la criminalidad organizada*». (AMBOS, Kai. **Domínio del hecho por domínio de voluntad em virtud de aparatos organizados de poder**. Tradotto da Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 47.)

organizados de poder es una figura jurídica rendidora, que se está saliendo adelante frente a algunas objeciones; ella permite abarcar como autores a los hombres de atrás, sobre todo en delitos cometidos por órganos estatales y delitos de la criminalidad organizada y de terrorismo. Pero se le exige demasiado cuando se la quiere aplicar a todas las relaciones jerárquicas y cuando se quiere imputar el dominio del hecho a directivos de empresas económicas, sin tener en cuenta la forma de su cooperación, en caso de delitos cometidos por los subordinados en el marco del funcionamiento de estas. Aquí tendrán que entrar a tallar otras construcciones complementarias del dominio de la organización».[164]

Pertanto, con la valutazione fatta sul concorso di agenti e, principalmente, considerando la valutazione dell'autoria mediata (punto su cui si valutano i reati messi in atto da «apparati organizzati di potere»), la ricerca si lancia sull'analisi della legislazione brasiliana e italiana, perché in un momento finale e conclusivo, si possa determinare lo sfruttamento della materia relativa all'autoria mediata nelle strutture organizzate di potere, così come di alcune circostanze utilizzate nella costruzione del tipo di associazione a delinquere di *stampo* mafioso, per la creazione di un tipo penale di crimine organizzato nella legislazione brasiliana [più specificamente in quello che si riferisce alla separazione e alla differenziazioni di pene privative della libertà ai mandanti, partecipanti e agli esecutori di una stessa

---

[164] ROXIN, Claus. **La autoría mediata por dominio en la organización**. Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima, n° 13, pp. 17-32, 2003, p. 32. No mesmo sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. **¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?** Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología. Madrid, pp. 501-531, nov. 2000.

associazione, così come ai vettoriali (di radici sociologiche)[165] della forza di intimidazione (*forza intimidatrice*), assoggettamento (*assoggettamento*) e il silenzio (*omertà*)].

[165] Nell'espressione della dottrina italiana: «*Quando fu emanata questa norma, un'osservazione critica fu che in essa era rappresentata una nozione "sociologica", più che "giuridica". In effetti, la descrizione del terzo comma riguarda la dimensione sociale e storica concreta del fenomeno mafioso; come si evince pure dal riferimento dell'ultimo comma « alla camorra e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, che perseguono scopi e con metodo corrispondenti a quelli delle associazioni mafiose*». (ALEO, Salvatore. **La definizione della criminalità organizzata nella prospettiva iternazionalistica. I problemi metodologici per un approccio di carattere generale e sistematico.** In: La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo. Bassiouni, M. Cherif (Dir.). Milano: Giuffrè, 2005, p. 175).

Capitolo II –

ANALISI DEL CONTESTO LEGISLATIVO BRASILIANO IN RELAZIONE AL TEMA DELLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

Sommario: 1) Assenza di un concetto di criminalità organizzata nell'ordinamento giuridico brasiliano: una constatazione necessaria; *1.1) Il sorgere della Legge brasiliana di lotta al crimine organizzato (Legge n° 9.034/95 e, in seguito, Legge nº 10.271/2001): discussioni legislative e il seguimento di un nuovo ordine punitivo; 1.2) Le attuali proposte legislative brasiliane sul tema della criminalità organizzata. Ancora alla ricerca di un concetto;* 2. Il concetto adottato in Brasile per crimine organizzato, a partire dalla Convenzione di Palermo; 3. Brevi note conclusive.

In questo capitolo, sarà affrontato il tema della criminalità organizzata in Brasile, a partire dall'analisi puntuale della legislazione speciale che, fino a questo momento, è stata dibattuta e trattata dal Potere Legislativo del Paese; oltre all'esame di due Progetti di legge che, attualmente, sono in passaggio su questo tema, alla ricerca di una definizione per il fenomeno del *crimine organizzato*, così come delle determinazioni della Convenzione di Palermo,[166] a cui il Governo

[166] Solo per avere un'idea iniziale di questo dispositivo: «2. Lo standard di incriminazione su scala mondiale: la Convenzione ONUI di Palermo sul crimine organizzato transnazionale. *Una prima alternativa per adottare a livello europeo uno standard di incriminazione dell'organizzazione criminale potrebbe consistere nel recepire in sede di Unione europea l'apposita previsione contenuta nella Convenzione delle Nazioni Unite sul crimine organizzato transnazionale, che è stata aperta alla firma delle parti*

brasiliano ha aderito, e le sue ripercussioni nel contesto giuridico, dottrinario e giurisprudenziale del Brasile.

1 Assenza di un concetto di criminalità organizzata nell'ordinamento giuridico brasiliano: una constatazione necessaria.

La prima affermazione da fare sul tema della *criminalità organizzata* è che l'ordinamento giuridico brasiliano, così come altri in

---

contraenti a Palermo nel dicembre 2000. Si tratta della risposta più recente all'esigenza di contrastare il fenomeno in questione mediante un'azione coordinata a livello non solo sovranazionale, ma tendenzialmente globale. Invero, le Nazioni Unite hanno fatto ricorso ad una tecnica già collaudata nella propria attività relativa alla prevenzione del crimine: l'adozione di standard normativi comuni ai vari ordinamenti. (...) Quanto al primo profilo, la Convenzione di Palermo definisce il gruppo criminale organizzato accostando elementi di tipo naturalistico e di tipo normativo, a loro volta bisognosi di ulteriore precisazione. Fra i primi, si indica la partecipazione di almeno ter persone e l'esistenza di un'attività prolungata nel tempo e concordata fra i soggett che fanno parte del gruppo; all'altra categoria appartengono invece i due riferimenti all'esistenza di un "gruppo strutturato" ed a un "reato grave". Per maggiore certezza, il texto definisce ulteriormente i contenuti di questi due concetti, anche se i riferimenti adottati risultano in un caso troppo rigidi e nell'altro non sufficientemente determinati. La nozione di "reato grave" come oggetto dell'attività del gruppo è riferita ad un parametro fisso: si richiede che il reato sia punito con una pena detentiva massima non inferiore a quattro anni. In questo modo però la norma finisce per comprendere gruppi di soggetti che compiono attività criminali molto differenziate a seconda dei paesi in cui operano. Infatti la scelta di un livello sanzionatorio rigido come riferimento per la nozione di reato grave trascura le profonde differenza esistenti tra i vari sistemi giuridici degli oltre 190 Stati membri delle Nazioni Unite in relazione alle scale sanzionatorie che ciascuno ordinamento adotta in materia penale». (MILITELLO, Vincenzo. **Partecipazione all'organizzazione criminale e standards internazionali d'incriminazione: la proposta del Progetto comune europeo di contrasto alla criminalità organizzata.** In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, vol. 46, fasc. 1/2, jan./jun. 2003. Milano, p. 186-188).

America Latina, non è ancora riuscito a elaborare una *fattispecie* propria per combattere il fenomeno del *crimine organizzato*.[167]

La dottrina indica – come esempi dell'associativo di *crimine organizzato* – il traffico di droghe, il traffico internazionale di bambini e adolescenti, il commercio illegale di armi, le significative transazioni

---

[167] Nella dogmatica brasiliana, A. SCARANSE FERNANDES ha fatto un lavoro di critica alle regole sulla criminalità organizzata, che viene trascritto «*A lei seguiu um caminho próprio. Não definiu a organização criminosa, desprezando a linha inicial do projeto. Não definiu, através de seus elementos essenciais, o crime organizado. Não elencou condutas que constituiriam crimes organizados. Preferiu deixar em aberto os tipos penais configuradores de crime organizado, mas, ao mesmo tempo, admitiu que qualquer delito pudesse se caracterizar como tal, bastando de decorresse de ações de bando ou quadrilha. É o que se depreende da leitura do art. 1º, segundo o qual é organizado o "crime resultante de ações de bando ou quadrilha". Não foi boa essa orientação*». (FERNANDES, Antonio Scarance. **O conceito de crime organizado na Lei 9034**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.° 31, p. 03, jul. 1995.) E, qui, G. FÖPPEL EL HIRECHE, dottrinatore brasiliano, rinforza l'idea secondo cui «erroneamente, il legislatore penale non ha concettuato (e se avesse voluto trattarlo avrebbe dovuto farlo) 'crimine organizzato', a dimostrare, con ciò, la presenza di manifesta e insuperabile incostituzionalità, in ragione dell'affronto al principio della riserva legale». (EL HIRECHE, Gamil Föppel. **Organizações Criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 73). Sulla stessa linea, seguendo la verifica del concetto adottato dalla norma di lotta al cimine organizzato, M. A. RIBEIRO LOPES ha esplicitato una posizione di ineadeguatezza dei termini legali «*Não existe um conceito satisfatório para o crime organizado mesmo porque constitui este um fenômeno ainda pouco estudado tanto pela perspectiva criminológica quanto sob o ponto de vista normativo. Na verdade inexiste qualquer rigor científico nessa expressão, que é mais uma figura de linguagem do que um conceito jurídico ou sociológico. Crime organizado não é apenas aquele assim denominado nos EUA, senão também qualquer estrutura sistematizada apta à prática lucrativa de ilícitos penais, à margem de qualquer empreendimento que reúna pessoas e capitais, sob uma direção única, para a consecução de objetivos pré-estabelecidos*». (LOPES. Maurício Antônio Ribeiro. **Apontamentos sobre o crime organizado e notas sobre a Lei 9.034/95**. In: Justiça Penal: Críticas e Sugestões. Vol. 3. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. Coordenador: Jaques de Camargo Penteado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 174). Di fronte a questo dibattito è comune avvicinarsi al concetto di crimine organizzato per sottolineare l'organizzazione criminale, inglobando qualsiasi associazione destinata alla pratica di illeciti penali. (Cf. BORGES, Paulo César Corrêa. **O Crime Organizado**. São Paulo: UNESP, 2002, p. 15).

illegali di denaro (evasioni di valute e lavaggio di denaro),[168] le forme di corruzione di persona legate al Potere Pubblico,[169] tra gli altri, tutti i

---

[168] In merito a questi reati contro il sistema economico degli stati, un interessante pensiero si trova nella dottrina portoghese: «*As estimativas acerca da dimensão do branqueamento de capitais à escala mundial não são credíveis. Na literatura da especialidade são, no entanto, referidos valores na ordem dos 500 biliões de dólares por ano (2 a 5% do Produto Bruto mundial). Ao nível macro-económico, o fenómeno do branqueamento de capitais constitui uma ameaça às "políticas estabelecidas, dando sinais errados aos mercados e decisores e podendo afectar seriamente a estabilidade das vulneráveis economias dos chamados mercados emergentes. Com efeito, os pontos de passagem e os destinos, em termos de países e sectores de actividade, dos capitais objecto de branqueamento são determinados não em função das melhores expectativas de rendibilidade, mas sim da menor probabilidade de detecção da sua origem criminosa. Dados os enormes montantes normalmente envolvidos nas operações de reciclagem e a velocidade a que esses valores circulam, este critério de decisão confunde os operadores e pode originar situações de instabilidade monetária pelos efeitos que produz nas taxas de câmbio e de juro. Esse factor de decisão leva também a que os capitais deixem de ser aplicados nos sectores de actividade onde se verifica a procura do mercado ou que as políticas económicas definiram como sectores de investimento prioritário, o que acarreta distoções no mercado e põe em causa o respectivo desenvolvimento económico. Ao nível micro-económico, o branqueamento de capitais provoca situações de concorrência desleal e perturba a circulação dos bens no mercado, na medida em que "são frenquentemente usadas empresas de fachada, as quais para manter uma aparência de legalidade acabam por entrar no mercado e concorrer com as outras empresas já instaladas. O desafogo financeiro em que vivem, fruto das regulares injecções de capitais, permite-lhes subverter as regras do jogo, praticando preços mais baixos e políticas comerciais, que a concorrência não consegue acompanhar. Ao nível político, o branqueamento de capitais ameaça a estabilidade e o funcionamento das instituições do Estado democrático, pois anda normalmente associado à criminalidade altamente organizada (quer dizer: os cartéis, as máfias, as tríades, a Yakuza, etc.), que usa o produto do branqueamento para a corrupção das estruturas de poder, o controlo dos media, etc. O branqueamento de capitais ameaça também a boa administração da justiça, na medida em que dificulta a investigação, a identificação e a punição dos autores dos crimes subjacentes, sejam quais forem. Finalmente, o branqueamento de capitais aparece cada vez mais associado ao financiamento do terrorismo, não obstante este poder ser também financiado com capitais de proveniência inteiramente lícita. Nessa medida, o branqueamento de capitais constitui uma das piores ameaças da nossa época*». (MENDES, Paulo de Sousa. **O branqueamento de capitais e a criminalidade organizada.** In: Estudos de direito e segurança. GOUVEIA, Jorge Bacelar; PEREIRA, Rui (Coord.). Coimbra: Almedina, 2007, p. 338-339). JOSÉ DE FARIA COSTA ha scritto in merito al riciclaggio di denaro, e si applica perfettamente all'analisi che si intende fare della criminalità organizzata: "É preciso ter consciência, e consciência aguda e desperta, de que os fenómenos sociais — qualquer que sejam — se desenvolvem em um espaço e um tempo culturalmente identificados. E olhando à nossa volta — falamos aqui exclusivamente dentro do quadro da realidade portuguesa, mas pensamos que realidades outras não se afastarão muito daquilo que se avança como características determinantes —, vamos, sem grande dificuldade, que o que se vangloria e se erege

reati di forte gravità di fronte alla legislazione penale, che possono coinvolgere l'associazione di persone in maniera organizzata, e che possiedono, ognuno, separatamente, previsione legale propria nel sistema legislativo brasiliano.[170] Non esiste, tuttavia, in questa

---

em regra de ouro são os êxitos fáceis, as formas arbitrárias de comportamentos, descosidas de quaisquer pontos referenciais, a lógica do lucro a qualquer custo. O que nada mais é, digamo-lo de forma sintética e precisa, do que a exaltação de uma vertente chamada "cultura da corrupção". Impõe-se-nos, assim, enquanto simples inferência lógica do que se disse em momento anterior, que se tenha de aceitar que o fenómeno do branqueamento, mesmo em termos jurídico-penais, não pode deixar de ser apreciado dentro daquele conjunto de valorações. Vê-lo ou analisá-lo de outro jeito é cometer o erro — aliás, tantas vezes praticado e a que se ligam tantas e tão nefastas conseqüências — de querer ver a árvore sem querer olhar minimamente para a floresta". (COSTA, José de Faria. **O branqueamento de capitais**. *In*: Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários. Problemas especiais. Coimbra: Coimbra Editora, Vol. II, p. 301/320, p. 307).

[169] Come ha scritto L. ANIYAR DE CASTRO: «*La Mafia se sostiene, pues, sobre* ***la corrupción****. La corrupción no siempre viene de los delincuentes. A veces es generada por losmismos funcionarios que ponen precio a sus tareas u omisiones. Como dice Whyte, la corrupción no produce una relación unívoca, sino más bien de beneficio mutuo, el cual ambas partes tratarán de preservar. A veces se hace uso de la policía, es decir, del Estado, para expulsar a la competencia, monopolizando la protección oficial para monopolizar la actividad delictiva. Se ha dicho que: "los vínculos com los clientes-víctima, com sectores importantes de las clases gobernantes y com sus organismos de imposición de la ley se construyen a lo largo de lapsos prolongados y forman parte del sistema político y económico de la sociedad". Y que: "este sistema organizativo depende, más que ningún outro, de los vínculos con los sectores no criminales de la sociedad" ... "la única manera como puede funcionar una organización permanente y de gran escala es cuando los agentes de la represión están neutralizados de algún modo, generalmente por la corrupción. Esto, a su vez, sólo es factible cuando el crimen y la corrupción no lesionan los intereses de los grupos dominantes de la sociedad*». (ANIYAR DE CASTRO, Lolita. **La mafia hoy: qué hacer**. In: Revista de las disciplinas del control social, Fasc. 21, 1993. Maracaíbo, p. 52.

[170] Questa è l'espressione riferita dalla dottrina brasiliana «*A lei seguiu um caminho próprio. Não definiu a organização criminosa, desprezando a linha inicial do projeto. Não definiu, através de seus elementos essenciais, o crime organizado. Não elencou condutas que constituiriam crimes organizados. Preferiu deixar em aberto os tipos penais configuradores de crime organizado, mas, ao mesmo tempo, admitiu que qualquer delito pudesse se caracterizar como tal, bastando que decorresse de ações de bando ou quadrilha. É o que se depreende da leitura do art. 1.º, segundo o qual é organizado o 'crime resultante de ações de bando ou quadrilha'*». (LOPES. Maurício Antônio Ribeiro. **Apontamentos sobre o crime organizado e notas sobre a Lei 9.034/95**. In: Justiça Penal: Críticas e Sugestões. Vol.

legislazione, come si è detto, un concetto tecnico sulla *criminalità organizzata*.[171]

In questo modo i reati associativi, analizzati in modo autonomo, che possiedono già una previsione normativa propria (il traffico di droghe, per esempio, in Brasile, quando verificata la forma associativa, trova previsione espressa di punizione nella Legge n° 11.343/2006), non possono essere semplicemente confusi con una nuova figura, quella della *criminalità organizzata*, senza che si sappia esattamente la definizione di questo nuovo fondamento delittuoso, senza che la norma penale indichi i limiti normativi diretti alla protezione di questa modalità di reato associativo, considerandosi la

---

3. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. Coordenador: Jaques de Camargo Penteado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 185.)

171 Solo una nota iniziale sulla confusione concettuale esistente nella dottrina brasiliana: «*Após a Constituição foram editadas diversas leis tendentes a regular os crimes graves ou organizados. A Lei 8.072/90 deu concretude ao art. 5°, XLIII, dispondo sobre os crimes hediondos e equiparados. Posteriormente, o rol dos crimes hediondos foi ampliado pela Lei 9.695/98. Em 1995, foi editada a Lei 9.034, que dispôs a respeito da "utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas". Na época, escrevemos sobre a Lei 8.072/90 e sobre a Lei 9.034/95. Agora, retornamos ao tema do crime organizado , depois de mais de uma década. De lá pra cá, foram editadas outras leis importantes: a Lei 10.217/2001 alterou e ampliou a Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/95); a Lei 9.296/96 tratou das interpretações telefônicas e do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática; a Lei 9.613/98 dispôs sobre os crimes de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; a Lei 9.807/99 cuidou da organização e da manutenção de programas especiais de proteção às vítimas e testemunhas ameaçadas, também aplicáveis aos acusados colaboradores; a LC 105/2001 regulou o sigilo das operações das instituições financeiras; a Lei 10.409/2002 dispôs sobre infrações relativas a entorpecentes, sendo revogada pela Lei 11.343/2006, atualmente vigente*». (FERNANDES, Antonio Scarance. **O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 16, fasc. 70, jan./fev. 2008. São Paulo, pp. 236-237).

protezione del principio di legalità.[172] Questa è, senza dubbio, una grande difficoltà che la legislazione penale brasiliana sta affrontando

[172] Íl potere punitivo statale, per l'intensità dei mezzi usati nella repressione del reato e per l'aggressione che la sanzione causa ai diritti più fondamentali dell'uomo, deve sottomettersi alla legge, espressione della volontà popolare. E tale subordinazione, in questa misura, è imperativo decorrente dal principio della legalità, che regola la necessità di limitazione dell'esercizio del potere e controlla la forza punitiva arbitraria ed eccessiva. (In questo senso, il testo di MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1975, p. 81.) Ma, solo come riferimento, sembra più specifico il testo di E. R. ZAFFARONI e N. BATISTA sulla differenziazione dei termini legalità e riserva legale, come si trascrive: «*A legalidade penal se completa com o princípio geral de legalidade, que Pontes de Miranda preferia chamar de 'legaliteraliedade' e também costuma ser designado por princípio da reserva legal, segundo o qual 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' (art. 5°, inc. II CR). Legalidade e reserva constituem dói indícios da própria garantia de legalidade, correspondentes a um único requerimento de racionalidade no exercício do poder, emergente do princípio republicano de governo*». (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro. Parte I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 203-204). Per queste ragioni, la legalità deve essere elaborata con una definizione imprescindibile a determinazioni degli standard di incriminazioni portati dalla legge penale, avendosi la possibilità della sua flessibilizzazione quando si affronti una materia benefica al diritto di libertà, nella misura sempre protettiva delle garanzie costituzionali. garantias individuais. Quindi il principio della legalità ha sostituito, fin dalla sua nascita, l'allora modello di fonti imprecise e aperte nella costruzione del crimine da parte di un altro che, per mezzo dell'esigenza della *lex praevia*, ha stabilito una prevedibilità minima per il cittadino, nella misura in cui ha obbligato lo Stato a specificare il contenuto e il fondamento dei suoi interventi sui cittadini. (BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán. Lecciones de derecho penal. Vol. I. Madrid: Trotta, 1997, p. 81). Così, sarebbero legittime solo le interferenze del potere dello Stato nella sfera individuale del cittadino se fossero per mezzo della legalità. Tuttavia, la coniugazione dei cncetti di legalità e legittimità ha originato una teoria giuridica basata sul dogma della presunzione di regolarità degli atti di potere, identificando la validità delle norme con la sua esistenza giuridica. La nozione di validità, quindi, finì col restringersi alla sua incorporazione formale nel sistema: ossia sarà valida la norma, l'atto o la decisione prodotto di un procedimento previsto da una norma gerarchicamente superiore. Come si può percepie, si è operata una coniugazione equivocata tra legalità e legittimità, implicando, di conseguenza, una semplificazione e unificazione dei concetti di validità e vigenza. Naturale, questa misura, che si fosse proceduto per un modello dogmatico che si voleva immune a qualsiasi analisi critica, ossia, adatto a creare dogmi che non sarebbero stati oggetto di indagine critica. Tuttavia, avvisa L. FERRAJOLI qche la positivizzazione e la costituzionalizzazione di diritti fondamentali (**Diritto e ragione**. Teoria del garantismo penale. Ottava edizione. Roma: Laterza, 2004) spinsero una necessaria revisione delle categorie di vigenza e

negli ultimi anni: la non definizione del binomio *crimine organizzato*, e, ancora, di conseguenza, la creazione di una confusione legislativa sul tema.

Su questo punto, si concorda con la dottrina di E. R. ZAFFARONI, quando spiega che si possono «*destacar certos fenômenos com o nome de crime organizado*», mas ainda não se pode montar «*a explicação dos fenômenos que se aspira categorizar*», tendo em vista que «*a diversidade que aquela categoria pretende abranger continua dispersa e carente de uma análise particularizada, prescindindo de uma falsa classificação que, por não alcançar seus objetivos, obstaculiza a compreensão dos fenômenos no campo científico*».[173]-[174] Questo decorre dalla realtà attuale, che ha motivato la creazione esagerata della legislazione

validità, tratto caratteristico e distinto del moderno Sttao di Diritto, caratterizzato dalla forma positiva del suo diritto e dalla disciplina costituzionale dei suoi contenuti. A causa di questo fenomeno, le norme dovrebbero osservare la regolarità della loro creazione e, ancora, la necessità di non contraddizione con i contenuti materiali, orizzontali e verticali del sistema giuridico, il che ha significato la separazione del concetto di validità da quello di vigenza, dmostrando così, che la separazione tra validità e vigeza impone un ruolo critico-normativo alla dogmatica giuridica. Si noti che vigenza, così, tratta strettamente della forma degli atti normativi, intendendosi con quest'espressione il congiunto di requisiti empirici (formalità, procedimenti, competenza e simili) che fanno di un atto linguistico precettivo una decisione giuridica. Il tribunale della vigenza, mentre stabilisxe che la normasia frutto di un atto normativo, esige che questo fatto vada d'accordo con la regola di produzione delle norme.

[173] Traduzione in lingua italiana: «*sottolineare certi fenomeni con il nome di crimine organizzato*», ma ancora non si può giungere «*alla spiegazione dei fenomeni che si vogliono categorizzare*», considerando che «l*a diversità che quella categoria pretende di abbracciare continua dispersa e carente di un'analisi particolareggiata, prescindendo da una falsa classifica che, non raggiungendo i suoi obiettivi, ostacola la comprensione dei fenomeni nel campo scientifico*»

[174] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crime organizado: uma categorização frustrada**. In: Discursos Sediciosos: crime, direito, sociedade. Instituto Carioca de Criminologia. Ano I, n.° 1, jan./jun. de 1996. Rio de Janeiro: Relume Dumará [pp. 45-67], p. 45.

speciale, con i propositi di contenere e dominare i fenomeni della criminalità,[175] per mezzo di un'idea di «*emergenza*»,[176] generatrice del seguente conflitto: la difesa dello Stato dall'attacco dei criminali e la protezione del cittadino dagli eccessi della criminalizzazione. A partire da questo confronto si sono create nel Diritto interno brasiliano una serie di confusioni e contraddizioni per il trattamento dell'istituto del crimine organizzato, come si dimostrerà immediatamente.

Per avere un'idea segue qui la trascrizione dell'art. 1° della Legge n° 9.034/95, che ha disposto dell'utilizzo di mezzi operativi per la prevenzione e la repressione di azioni praticate da *organizzazioni criminali*:

---

[175] DIAS, Jorge de Figueiredo. **As "associações criminosas" no Código Penal Português de 1982 (arts. 287.º e 288.º)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 6.

[176] Per analizzare questo contesto, si sottolinea la dottrina brasiliana: «*No caso da 'guerra contra o crime organizado', palavra de ordem uníssona em todos os escalões da vida nacional, de alto a baixo, da esquerda à direita, essa figura chega a beirar o ridículo num país em que sequer ainda obteve-se uma definição jurídica precisa de crime organizado. Como essa 'guerra' tem sido diariamente proclamada pelos governantes, cabe salientar um ponto despercebido e que, talvez, seja o único que, por um ato falho, justifique a simetria proposta pela metáfora: o crime organizado só existe, se mantém e se desenvolve apoiado em estreitas ligações com o Estado: a infiltração do crime na máquina estatal é o seu traço marcante, seu ponto forte. Na verdade, não há um 'Estado paralelo', posto que paralelas nunca se cruzam. Há uma organização trançada, envolvendo o tráfico (de drogas, de armas, etc.), a lavagem de dinheiro, a corrupção e membros dos três poderes. Contudo, isso não aparece na retórica vazia dos paladinos da lei e da ordem. Por isso, é possível afirmar que qualquer plano minimamente decente de combate ao crime organizado deve estar pautado pela investigação das ramificações crime/Estado e pelo corte da ligação de tais organizações com a máquina estatal. Certamente, isso traria mais preocupação a tais criminosos do que a fantasia de mais 5 ou 10 anos de pena prevista num diploma legal qualquer, que, apenas, cumpre função diversiva, desviando o foco*». (SICA, Leonardo. **Medidas de emergência, violência e crime organizado**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 11, n.° 126, pp. 7-9, maio de 2003).

> «Art. 1º Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando.»[177] [178]

Questa è esattamente la prima contraddizione rilevabile nella stesura della norma: nel testo inaugurale di questa legge speciale, il legislatore menziona che le misure protettive saranno destinare alle azioni messe in atto da *organizzazioni criminali*, ma lo stesso art. 1° di questa norma si riferisce a reati che risultano da azioni praticati da *gruppi o bande*, concetti esistenti già in un'altra legge, quella contenuta nell'art. 288 del Codice Penale brasiliano. Ora, non si sa se il legislatore volle produrre misure protettive destinate al reato già esistente, quello di *gruppo o banda* (*ut* art. 288 del Codice Penale), o se ha voluto elaborare un altro concetto, quello delle *organizzazioni criminali*.

La stessa stesura della norma è confusa, come dimostrato, nella misura in cui sovrappone concetti tecnicamente diversi, direzionando l'interprete a una confusione nell'esatto limite di abrangenza della norma, in un primo momento, e nella norma indicata da applicare realmente, il che rimanda all'idea di inefficienza del regolamento, o

---

[177] Traduzione in lingua italiana: «Art. 1º Questa legge definisce e regola mezzi di prova e procedimenti investigativi che trattino reati risultanto da zioni di gruppo o banda.»

[178] Si sono sottolineate le espressioni, perché fin dall'inizio, sia possibile verificare l'inadeguatezza dei termini usati dalla legge brasiliana.

anche di maggiori chance di arbitrio nei giudici che coinvolgano illeciti associativi.[179]

Il relazione alle definizioni portate dalla Legge n° 9.034/95, di fatto, si deve sottolineare che, fin dall'inizio, hanno presentato un carico pesante di precetti punitivi, che seguono la linea di una politica criminale disposta e indurire la risposta a determinati tipi di delitti (o

---

[179] Esiste evidentemente un'esacerbata riduzione del principio nullum crimen, nulla poena sine lege, visto che la "definizione legale" di cosa sia una "associazione" o una "organizzazione", come si percepisce dalla semplice lettura della Legge speciale brasiliana, droga illelaglmente le norme generali della compartecipazione (e trasforma, ingiustificatamente, reati individuali in reati di organizzazione) Ossia, finisce con l'assumere come crimine organizzato qualunque fatto risultante da azioni di gruppo o bande, che, sotto ogni angolo, non rappresentano neppure, un grande problema per il Diritto criminale. D'altro lato, effettivi legami criminali, con transazioni economiche illegali tra Stati, con l'aiuto di alta tecnologia, e l'implementazione di diverse persone in catena di reati, che presentino una certa organizzazione, possono rappresentare una mera imputazione di banda o gruppo, visto che la Legge penale brasiliana non determina il significato di quello che desidera, realmente, sostenere come "crimine organizzato", e questa è la grande confusione dei concetti lanciati nelle norme speciali di lotta alle organizzazioni criminali, che feriscono il principio della legalità. Su questo principio, si annota il riferimento della dottrina spagnola: «*La interpretación que se hace de este principio eje de la reforma es torcida. Contrariamente, el art. 25 de la Constitución al consagrar el principio de legalidad en el ámbito penal lo que dispone es que no puede haber pena si previamente no existe una ley de carácter orgánico que defina como delito la conducta: lo que la reforma proclama es el derecho de terceros a saver con certeza la pena que otro va a cumplir. Por su parte, el principio de seguridad juridica en el ámbito penitenciário no puede ser practicado si no es desde la perspectiva de los principios que inspiran la ejecución de penas: la reeducación y reinserción social a través del sistema progresivo de individualización científica. El fundamento de la reforma es pues incluir criterios preventivo generales negativos en el sentido no ya de intimidación sino de mero show durante una fase en la que deben primar exclusivamente criterios penitenciarios: con ello, el castigo se convierte em espectáculo y por tanto, los condenados en meros actores de una pantomima. Afirma Baratta que "el Estado de la prevención o Estado de la seguridad, precisando entonces, es aquel en el que la producción normativa y los mecanismos decisionales también tienden a reorganizarse permanentemente como respuesta a una situación de emergencia estructural*». (ACALE SÁNCHEZ, Maria. **Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas.** In: Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización. FARALDO CABANA, Patricia (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 350-351.)

tutti),[180] e nel modo più rapido possibile perché — seguendo i passi di altre Nazioni — anche il Brasile possa dare inizio ad un processo di lotta al crimine organizzato, nel tentativo di bloccare i deficit economici e i grandi oneri di violenza che sono supportati dallo Stato sotto l'attuazione della criminalità. Nella dottrina, L. F. GOMES e R. CERVINI hanno affermato che il legislatore brasiliano ha creato «*una nuova tipologia*»,[181] criticando — in seguito — questo tentativo, considerando che la regola speciale non ha portato il contenuto minimo di definizione di una norma incriminatrice, non caratterizzando, neppure implicitamente, l'istituto del crimine organizzato.

---

[180] In questo senso: «*A tendência da política criminal atualmente é no sentido de superar o modelo de garantias penais e processuais penais, adquiridas após anos de muito debate e esforço, e substituí-lo por outro de segurança do cidadão ou, ao menos que demonstre esta suposta segurança. Isso pode ser visto claramente nos discursos dos políticos e nos debates sobre segurança pública. Também se revela na hora da aprovação de novas leis penais imbuídas de caráter repressivo com supressão de garantias ou ampliação das condutas típicas. Dito de outro modo, a revelação dessa nova legislação muitas vezes de imediato não demonstra este viés, porém, nunca se viu uma abertura tão grande nos tipos penais, onde o princípio da taxatividade que norteava o Direito Penal foi olvidado. Assim, se de um lado aparecem cada vez mais lei penais no sentido de "frear' a crescente criminalidade, de outro, aparecem leis simbólicas, que visam mais a uma resposta social ou cultural a determinados problemas do que propriamente à solução deles. A política criminal se "rearma": o Direito Penal e as penas se expandem. O Direito Processual Penal está se adaptando as elevadas exigências que resultam disso. A execução da pena favorece cada dia mais a mera custódia e a "custódia de segurança" que havia quase sido esquecida, experimentando um inesperado renascimento. Repressão e punitivismo são os nomes das idéia diretrizes da nova política criminal*». (CALLEGARI, Andé Luís. **A expansão do Direito Penal: uma aproximação à tipificação do crime organizado**. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, n. 5, 2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 240).

[181] GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Crime Organizado – Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 100.

Si nota, quindi, che le misure di protezione, di natura processuale, come la previsione di pene più gravi, impossibilità di determinazione della libertà provvisoria, vantaggio legale per il caso della collaborazione con la giustizia penale etc., vennero anche prima della definizione giuridica sulla *criminalità organizzata*, peccando la legge brasiliana nel raggiungere all'universo giuridico una serie di circostanze processuali (destinate alla lotta al *crimine organizzato*), prima di chiarire il suo concetto. E ancora: oltre a non preoccuparsi della definizione di questo fenomeno, il legislatore brasiliano fece nascere una gamma di norme contraddittorie e confuse, che, come verificato precedentemente in questa ricerca, giunsero al punto di confondere il concetto di *gruppo* o *banda* con quello di *criminalità organizzata*, come se fossero sinonimi, con le stesse forme e conseguenze giuridiche.

Inoltre, la regola della lotta al *crimine organizzato* in Brasile (Legge n° 9.034/95), nel modo in cui fu inserita nell'universo giuridico, si è costituita in una norma penale dai precetti assolutamente aperti, le cui definizioni dei termini necessari alla sua applicazione furono pericolosamente esposti al criterio dell'interprete (operatori di diritto che conducono l'investigazione, sia del Pubblico Ministero che della Magistratura).[182]

---

[182] «*Um recado inicial do diploma legal em testilha é a indefinição de seus termos, que destrói pela base qualquer possibilidade de aplicação eficiente de suas disposições. Quando o legislador utiliza expressões de conteúdo vulgar, ou impreciso, sem se preocupar com a definição de seus contornos jurídicos, corre o risco de tornar inócua a disposição legal, não só pela insegurança jurídica que se instaura como, ainda, pela ampliação da margem de arbítrio do julgador, ficando a aplicação da lei ao sabor do subjetivismo conceitual de cada juiz, de*

In questo modo, come si verifica dalla lettura della norma speciale brasiliana relativa al *crimine organizzato*, non ci si è neppure preoccupati di proporre all'interprete una relazione specifica dei reati a cui la legge è destinata, come si era verificato in altre legislazioni,[183]

---

cada autoridade policial, de cada membro do Ministério Público. Quanto mais se relativizam o Direito Penal e o Direito Processual Penal, mais incerta fica a proteção dos direitos do cidadão comum e das vítimas dos delitos, o que, em contrapartida, equivale a segurança maior por parte dos que se entregam à atividade delinqüencial. A Lei 9.034/95 não define 'organizações criminosas', apesar de a elas se reportar com freqüência». (NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **A lei da "Caixa Preta"**. In: Justiça Penal: Críticas e Sugestões. Vol. 3. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. Coordenador: Jaques de Camargo Penteado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 152-153).

[183] Per esempio, in Spagna per quanto la dottrina considera non ci sia consenso in relazione alla definizione giuridica del fenomeno della criminalità organizzata, almeno si ebbe la riforma della Ley de Enjuiciamiento Criminal, attraverso la Ley Organica 5/1999, che ha disposto dell'aggravamento di una serie di reati, quando commessi con l'associazione di tre o più persone, in modo permanente o reiterato. Il numero questi reati è tassativo nella norma spagnola, trovandosi tra essi i reati di sequestro di persone, prostituzione, reati contro il patrimonio e contro l'ordine socioeconomico, reati contro i diritti dei lavoratori, reati ambientali, falsificazione di moneta, traffico fi droghe e armi, terrorismo e contro il patrimonio storico. Nella dottrina spagnola, J. A. CHOCLÁN MONTALVO asseverò che «*el legislador español debería aclarar qué se entiende por organización criminal, estableciendo lãs notas características de la estructura organizativa (de la asociación), pues el art. 282 bis 4 ofrece un concepto exageradamente amplio de delincuencia organizada, de difícil delimitación con la conspiración para delinquir y la coautoría, que, desde luego, no puede extrapolarse a la interpretación, necesariamente restrictiva, de los tipos penales*». (CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. **La organización criminal. Tratamiento penal y precesal.** Madrid: Dykinson, 2000, p. 10-11). Ancora, perché si rinforzi questa parte della ricerca con la dottrina spagnola sulla formazione del tipo penale di criminalità organizzata, deve essere trascritta la teoria di M. CANCIO MELIÁ: «*En la doctrina, predominan los esfuerzos por recortar a través de interpretación el alcance de los delitos de organización a una medida racional (en comparación con su potencial de aplicación con base en su redacción literal). La concepción antes esbozada también puede servir a este objetivo. Si la definición del contenido de injusto de los delitos de organización se orienta –como aquí de ha propuesto- con base em la arrogación de organzación colectiva cometida respecto del monopolio estatal de la violencia, desde el punto de vista político-criminal aparece la necesidad de desecar diveros segmentos de tipificación derivados de un aluvión no justificado. Como sucederá más adelante en lo que se refiere a la configuración concreta de los delitos de terrorismo, ha de advertirse que la presente perspectiva teórica en diversos aspectos, no es*

in cui sono stati inseriti, espressamente, i reati sottomessi alle difficoltà di quella norma.

---

compatible con la actual configuración típica de los delitos de organización. Mediante unas pocas tesisse formualarán algunos puntos de partida a este respecto: — La pena amenazada no puede ser tan drástica como la actualmente amenazada. Si de lo que se trata es (también) del significado colectivo de la organización, y no (sólo) de la prevención de hechos futuros, el sistema penal podrá contentarse con menos severidad: se trata de responder, no de inocuizar. — Un elemento de definición típica que surge con especial fuerza del punto de partida aquí adoptado, es la necesidad de delimitar claramente las características de las organizaciones que pueden ingresar en el ámbito típico: tal y como sucede en la praxis, no puede ser asociación criminal cualquier agrupación cuyo objeto sea la comisión de delitos. Para generar un potencial de amenaza que realmente pueda entenderse en términos de desafío del Estado, es necesario un determinado grado de fortaleza –de estructura a interna- de la organización. — También deriva con facilidad de la aproximación aquí seguida para la definición del injusto, la necesidad de limitar mediante un catálogo las infracciones cuya comisión, por parte de la asociación criminal, justifica la incriminación autónoma de la intervención en la organización: al menos deberá formar parte de éstas la violencia dirigida por medios típicos ad intra o ad extra. — La conducta del miembro, su integración en el colectivo, partiendo de la definición de injusto aquí propuesta, no puede quedar limitada a formas de integración «pasiva»: los colectivos que presentan las características necesarias para suponer una puesta en cuestión del monopolio de violencia del Estado, exigen una actualización clara y permanente de la pertenencia. — Finalmente, la aproximación al injusto esbozada, genera una fuerte tendencia hacia el recorte de las modalidades de conducta periféricas (colboración externa o incluso modalidades de propaganda) a la integración en el colectivo: decidido el protagonismo del coletivo, la diferencia decisiva es si el sujeto se integra en la organización o no». (CANCIO MELIÁ, Manuel. **El injusto de los delitos de organización: peligro y significado; arrogación de organización y significado político.** In: Revista Peruana de Ciencias Penales, fasc. 20, 2008. Lima, pp. 126-127). Ainda, e por fim: «*En el Estado español, no es hasta la década de los años noventa que empiezan a aparecer toda una serie de normas penales orientadas a la prevención y a la represión de las diferentes manifestaciones de las actividades relacionadas con grupos de criminales o delincuencia organizada. Los ámbitos de prevención y represión han sido principalmente dos: las actividades ilícitas relacionadas con el tráfico de drogas y el blanqueo de capitales. En el caso del tráfico de drogas, la influencia de las políticas de seguridad en esta materia a nivel europeo y a nivel internacional ya hacía tiempo que habían propiciado la mejora de la legislación penal española. Por ello no sorprende la regulación de nuevos mecanismos judiciales y policiales para luchar contra el tráfico de drogas, y la mejora constante del régimen jurídico en esta materia. En el caso del blanqueo de capitales, hay que destacar las 40 recomendaciones del GAFI, a fin de que se adecuara la legislación en materia de represión del delito de blanqueo de capitales y se adoptaran las medidas necesarias para la prevención*». (PLANET ROBLES, Sílvia. **Políticas de seguridad y prevención en el estado español en materia de delincuencia organizada.** In: La seguridad en la sociedad del riesgo. DA AGRA, Cândido (Org.). Barcelona: Atelier, 2003, pp. 163).

Sulla base della conoscenza della Legge penale brasiliana sul tema della *criminalità organizzata*, e dei testi già pubblicati dalla dottrina che si sono proposti di discuterlo, si permette al massimo un universo di figure trattate come "associazioni di persone", costitutive, semmai, nella modalità illecito - tipica della *formazione di gruppi o bande* (art. 288 del Codice Penale), mai concettuando, inconfutabilmente (sulla base delle esigenze scolpite nelle linee principio logiche della legalità), un concetto sicuro – e richiesto.[184]

La definizione di crimine organizzato porta con sé una serie difficoltà di tipificazione legale, non riuscendo a distinguerla dalla criminalità comune: Così, parlare di *organizzazione criminale* sembra più ampio, e pertanto, più facile pensare al suo istituto; usare l'espressione *crimine organizzato*, quindi, sembra sempre più complicato, perché non si hanno concetti, definizioni, parametri di questo comportamento criminale. Ora, qualunque pratica di reati, con un numero superiore a tre persone, potrà essere considerata dentro

---

[184] Di sicuro, la verifica delle specie di associazioni di persone deve essere fatta in modo sufficientemente tecnico, a pena di trasmettere un'idea equivocata della realtà; nel testo di A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, perché si verifichi un esempio, questa distinzione è una circostanza essenziale, come si può indicare: «*En la vida diaria, asociaciones, reuniones y propagandas son fenómenos que guardan una íntima conexión, que aparecen entrecruzados, porque – con frecuencia - la constitución de una asociación – lícita o ilícita - y su normal funcionamento requieren una serie de actividades de promoción, impulso, organización y comunicación*». GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas.** In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. 29, fasc. 1, jan./abr. 1976. Madrid, p. 105). Su questo punto, un'interessante opera nella dottrina italiana è presentata da G. GUZZETTA. **Il diritto constituzionale di associarsi. Libertà – Autonomia – Promozione**. Milano: Giuffrè, 2003, 235p.

uno spettro di *organizzazione criminale*, e ciò è inammissibile di fronte all'esigenza di certezza di legge già definita (legalità penale).[185]

Quindi, non basta analizzare solamente i testi legali perché si giunga a una definizione giuridica sul *crimine organizzato*, che determina problemi nel campo del significato, in quanto è impraticabile concettuale l'inesistente, ancor di più nella forma ristretta di un tipo penale.[186] Da qui l'imprescindibilità di un'analisi, per affrontare questo tema (un'alleanza di sforzi), analisi sociologica, criminologica e, ancora, di politica criminale,[187] sempre nel tentativo

---

[185] BORGES, Paulo César Corrêa. **O Crime Organizado**. São Paulo: UNESP, 2002, p. 15.

[186] (EL HIRECHE, Gamil Föppel. **Organizações Criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 55-57). In questo senso, sono pertinenti le seguenti considerazioni: «*(...) Conquanto essas observações de Hassemer sejam de claro sabor lógico, o legislador brasileiro incidiu em cheio na armadilha, como se verá oportunamente, ao construir o seu instrumento repressivo: confusão entre organização criminosa e bando de criminosos*». (LOPES. Maurício Antônio Ribeiro. **Apontamentos sobre o crime organizado e notas sobre a Lei 9.034/95**. In: Justiça Penal: Críticas e Sugestões. Vol. 3. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. Coordenador: Jaques de Camargo Penteado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 174-175). Ancora: «*Aqui se junta a idéia de Guaracy Mingardi ao expor como um dos requisitos da criminalidade organizada a simbiose com o Estado. O delineamento ora proposto por Hassemer, com esses adendos, significaria um passo decisivo no sentido de se encontrar um núcleo objetivo e palpável de criminalidade organizada*». (LOPES. Maurício Antônio Ribeiro. **Apontamentos sobre o crime organizado e notas sobre a Lei 9.034/95**. In: Justiça Penal: Críticas e Sugestões. Vol. 3. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. Coordenador: Jaques de Camargo Penteado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 176).

[187] Sull'alleanza tra le nuove tendenza della politica criminale di fronte al tema della criminalità organizzata si trascrive il testo di G. J. YACOBUCCI: «*Básicamente, un relevamiento comparado de los regímenes penales muestra que la decisiones de política criminal en materia de tipificación contra el crimen organizado responden a tres modelos. El primero considera suficiente la elaboración de tipos penales específicos que describen las conductas propias de lo que se define como criminalidad organizada. En este caso, la*

estrategia pone el acento en un grupo de delitos o crímenes que por sus características exigen una organización criminal que al mismo tiempo pone en crisis intereses estatales o supranacionales de gran significación. Dentro de ese orden, aparece lo vinculado con el narcotráfico, la defensa del orden político institucional, el tráfico de materiales sensibles – armas, explosivos, etc. -, culturalmente significativos – obras de arte, informaciones técnicas- o humanamente irrenunciables – trata de blancas, inmigrantes, partes anatómicas- y los relativos al orden económico y financiero nacional y supranacional. En esta variada lista de bienes jurídicos tutelables, se aprecia que lo importante es el interés del Estado por la regulación de estas cuestiones y la disputa que observa en cada uno de esos campos por parte de organizaciones ilícitas. Este modo de encarar la cuestión tuvo su época de desenvolvimiento hasta la década de los años ochenta. Una segunda opción es la de tipificar como delito la instancia misma de formación de la organización criminal, con cierta independencia de los delitos-fines que pueda perseguir. En este punto, las legislaciones recurren según la antigüedad del tipo penal a formas tradicionales de perseguir la reunión de personas con fines ilícitos que pueda producir cierta alarma social. Aquí se muestra como problemático hacer una distinción políticamente eficaz y jurídicamente exigible, entre el concurso más o menos orgánico de individuos con objetivos ilícitos, y lo que, según quedó visto en el capítulo anterior, cabe definir como delincuencia organizada. Como de dijo ya, no toda asociación, ilícita o criminal merecerá la denominación técnica de "crimen organizado". De todos modos, en tanto fenómeno de tipo asociativo, la criminalidad organizada tiene puntos em común con la asociación ilícita. Por eso, puede haber dificultades a la hora de interpretar estos tipos penales y distinguirlos adecuadamente de las bandas, cuadrillas o meros concursos de personas. En este punto, habría que definir cuáles son los delitos proprios del crimen organizado: si sólo los de mayor gravedad o cualquiera que realice la organización sin importar la trascendencia del ilícito. Por ejemplo, si será crimen organizado el hecho que un grupo de personas se asocien con el fin de explotar ilícitamente el bingo o el juego clandestino; si también lo será si la finalidad es explotar una red de contraventores policiales (venta ilegal en la vía pública, mendicidad, etc.), o si, por el contrario, sólo habrá crimen organizado en casos de delitos graves, buscando en este punto un estándar adecuado (p. ej., importancia de las penas). Repárese que en la experiencia de la Unión Europea las referencias primarias a la delincuencia organizada han surgido de los delitos económicos y financieros relacionados con aspectos de la burocracia directiva de la Comunidad. Han quedado fuera del interés primario delitos de gravedad relacionados con los derechos personales. Finalmente, hay una tercera opción, que es en nuestro tiempo la más extendida. En estos casos, la decisión de política criminal asume la criminalización no sólo de la instancia asociativa en sí misma, sino también la de un universo de delitos considerados graves y propios de la criminalidad organizada. De este modo, se castiga fuertemente la formación de la asociación con independencia de su exteriorización delictiva concreta y, al mismo tiempo, se pune de manera extremadamente grave cada hecho específico de tipo ilícito que ejecuta. En este punto es donde se plantean graves dificultades de cara a los principios que regulan la política criminal del Estado de derecho, ya que se pone en duda la proporcionalidad, legalidad y fundamentación del reproche personal respecto de los integrantes de la asociación. A ese orden pertenecen las discusiones acerca de la legitimidad de fórmulas anticipadas de punición, criterios de pertenencia a la asociación, imputación de autoría o participación en los delitos-fines y consecuentemente a todo ello, los requisitos de culpabilidad. En buena medida enconces, la opción político-criminal más extendida es la de constituir un tipo penal autónomo de crimen organizado – aspecto propuesto en los encuentros internacionales – mediante la enumeración de sus elementos constitutivos, mencionando entre ellos la vinculación con los delitos

di maggior sicurezza della propria norma penale, ma ben equiparata nelle necessità sociali e con una maggiore ampiezza di sicurezza giuridica.[188]

In conformità a S. J. SELIM DE SALES — facendo un'osservazione tra Brasile e Italia (*dove tanto si studia la 'criminalità organizzata'*) —, i concetti chiamati "tradizionali" non accompagnano l'evoluzione delle modalità criminose, nei seguenti tratti:

> «No Brasil, em especial no âmbito dos estudos sociológicos, a investigação científica sobre o tema não pode ser considerada definitiva, e em países como a Itália, onde tanto se estuda a 'criminalidade organizada', os conceitos 'tradicionais' já não mais servem como paradigma, por causa da eficiência e da sofisticação

---

considerados más graves y a la vez, en virtud de esos mismos intereses internacionales, asumir en el catálogo de tipos penales ciertos comportamientos. Un ejemplo de ello se muestra en los casos del lavado de dinero y el terrorismo». (YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **Los tipos penales relacionados con el crimen organizado.** In: El crimen organizado. YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Coord.). Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, pp. 74-76).

[188] E questa ricerca di definizione, sotto tutti i titoli, non è compito facile, e non può essere trattata come untema minore, come attesta la dottrina di A. SILVA FRANCO e R. STOCO, trabalhando diretamente os postulados da Lei n° 9.034/95: «*Não obstante todo esforço interpretativo de que Luiz Flávio Gomes lançou mão na sua tarefa salvífica do texto legal, não há como fugir à conclusão de que o art. 1.º da Lei 9.034/95 viola, de modo flagrante, o princípio constitucional da legalidade. Definir uma figura criminosa, nos termos do art. 5.º, inc. XXXIX, da Constituição Federal, tem duas acepções. Pela primeira, quer dizer explicitar com marcos precisos os contornos de um tipo para que não se confunda com outro, nem sirva de parâmetro para situações fáticas avizinhadas. Já definir, na segunda acepção, significa estruturar com clareza as condutas criminosas para que possam ser, com facilidade, compreendidas por seus destinatários. Se o legislador, desavisado ou malicioso, emprega, na construção típica, termos indefinidos para a descrição do comportamento humano, corre-se o sério risco de estabelecer a insegurança do cidadão e transferir-se ao juiz a incumbência do legislador, com a possibilidade de que a arbitrariedade judicial possa campear à solta, sem rei, nem roque*.» (FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (Coords.) **Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial**. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 576).

> desta forma de criminalidade para renovar e inovar sua estrutura e suas formas de emergir e atuar».[189_190]

Alcuni anni dopo, è sorta nell'ordinamento giuridico brasiliano la Legge n° 10.271, dell'11 aprile 2001, in cui la *criminalità organizzata* era equiparata all'*associazione criminosa di qualunque tipo*, ma che non si preoccupò di creare l'illecito penale in relazione al crimine organizzato.[191] E ancora: non ha neppure comunicato nessuna specie di caratteristica, di forma di attuazione, di modalità delittuosa di questo fenomeno, lasciando all'operatore qualunque interpretazione quanto alla definizione. A partire da ciò, è stato un altro tentativo vano del legislatore di trattare il tema del *crimine organizzato*, presentando una nuova norma complicante, confusa, e senza alcun proposito pratico dell'universo giuridico del Paese.[192]

---

[189] SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de Direito Penal**. Belo Horzionte: Del Rey, 2005, p. 134.

[190] Traduzione in lingua italiana: «In Brasile, soprattutto nell'ambito degli studi sociologici, l'investigazione scientifica sul tema non può essere considerata definitiva, e in paesi come l'Italia, dove tanto si studia la 'criminalità organizzata', i concetti 'tradizionali' sono servono come paradigma, a causa dell'efficienza e della sofisticatezza di questo tipo di criminalità per rinnovare e innovare la struttura e i suoi modi di emergere e attuare»

[191] Secondo A. L. CALLEGARI: «*A doutrina dominante considera que na prática é difícil ou quase impossível a aplicação desse preceito, já que não se oferece uma definição de organização criminosa. O Código Penal brinda uma denominação para os crimes praticados por quadrilha ou bando, mas que não coincide com a que o legislador pretendeu dar em relação à organização criminosa. (...) O legislador não manteve este conceito e, com isto, ficamos sem saber, precisamente, o que significa uma organização criminosa para efeitos penais*». (CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 161).

[192] In dottrina, E. W. DE SIQUEIRA FILHO dimostra l'utilizzo di questo criterio, nel caso concreto, per determinare l'incidenza della legge: «*Portando, por uma injunção*

La ricerca di una definizione legale, nei parametri di validità ed efficacia, sotto la protezione dei precetti costituzionali, si mostra ogni volta di più una missione d'*urgenza* per il Diritto penale brasiliano, nella misura in cui varie leggi applicano già sanzioni processuali più severe senza, tuttavia, indicare il concetto di criminalità organizzata, che è divenuto un istituto che tutti conoscono, ma che nessuno sa definire. In questo senso, merita di essere dettagliata la nascita della norma speciale brasiliana di lotta alla *criminalità organizzata,* perché s'identifichi, a partire da questa analisi, in quale momento, si ebbe, effettivamente, la mancanza di attenzione del legislatore nella formazione della legge.

1.1 Il sorgere della Legge brasiliana di lotta al crimine organizzato (Legge n° 9.034/95 e Legge nº 10.271/2001): discussioni legislative e l'accompagnamento di un nuovo ordine punitivo.

Il fenomeno della *criminalità organizzata* si è costituito tardivamente come tema di dibattito giuridico in Brasile. Trascorsi vent'anni dalla prima discussione legislativa su questa specie di

---

lógica, as regras emanadas da Lei 9.034/95 se aplicarão, tão-somente, quando verificada a prática de delitos em concurso material com o crime de quadrilha ou bando, sendo, pois indispensável a visualização dos vários elementos componentes do tipo deste último, inclusive, no que tange às características do vínculo que une os agentes. Há que existir o concurso material porque, à medida em que se fala em "crimes praticados por organizações criminosas", pressupõe-se, logicamente, que aquelas conseguiram, pelo menos em parte, atingir seus objetivos, violando bens juridicamente protegidos, com a cominação de sanção de natureza penal, através de ações autônomas distintas, imponde-se, daí, o somatório das respectivas penalidades». (SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. **Repressão ao Crime Organizado – Inovações da Lei 9.034/95**. Curitiba: Juruá, 1995, p. 40).

criminalità associativa, la materia presenta ancora più dubbi che possibili soluzioni. Di fatto, la Legge n° 9.034/95, conosciuta anche come «Legge di lotta al crimine organizzato», è sorta con l'idea di aiutare tutti gli organi e le istituzioni coinvolte e legate alla lotta di questa specifica criminalità.[193]

Il suo passaggio nel procedimento legislativo può essere considerato tumultuoso e polemico (dalla data di presentazione del progetto alla sua promulgazione, per avere un'idea più realistica, si è avuto un *iter* legislativo di quasi sei anni[194]). In decorrenza di ciò, si è avuta disparità tra il progetto iniziale e la norma effettivamente

---

[193] Come si evince dalla presentazione del Progetto di Legge, pubblicato nel Diario del Congresso Nazionale il 19/09/1989: «*Os órgãos encarregados do combate ao crime organizado que, de acordo com o art. 144 da Constituição Federal são a Polícia Federal e as Polícias Civis dos Estados-membros, têm empreendido esforços no sentido de debelar a saga criminosa dos grupos delinquentes que atuam no tráfico ilícito de drogas, exploração de lenocínio, tráfico de crianças, furto de veículos, contrabando e descaminho, terrorismo e os chamados crimes do colarinho branco, exemplos de organizações criminosas, sem a obtenção de significativo êxito da ação combativa. Pelas projeções assumidas e os imensuráveis danos causados à sociedade internacional, à ordem econômico-financeira e instituições públicas e privadas, necessária se faz a utilização diferenciada dos meios de prevenção e repressão das atividades desses grupos que se assemelham, sem exageros, a "empresas multimilionárias" a serviço do crime e da corrupção generalizada. É óbvio que o remédio combativo há que ser diverso daquele emprego na prevenção e repressão às ações individuais, isoladas, tal qual se verifica quando de um atropelamento ou o furto de um botijão de gás, ainda que doloso. O projeto de lei que ora se defende, e que tem por objeto jurídico a proteção da sociedade organizada, visa a proporcionar meios operacionais mais eficientes às instituições envolvidas no combate ao crime organizado - (Polícia, Ministério Público e Justiça) - dotando-as de permissivos legais controlados, como ocorre nos mais civilizados e democráticos países do mundo, onde os resultados obtidos no combate à ação delituosa são bem melhores que no Brasil*».

[194] Il progetto di Legge 3516/1989 fu presentato alla Camera dei Deputati dal Deputato Michel Temer (PMDB-SP) il 24/08/1989, ma promulgato dal Presidente della Repubblica Fernando Henrique Cardoso solo il 03/05/1995.

promulgata, il che ha portato problemi intrinseci che hanno contaminato l'obiettivo primario della Legge e la sua efficacia.

Come si è avuto opportunità di dimostrare, la dottrina è assolutamente unanime quanto alla maggiore disfunzione della Legge n° 9.034/05: la completa assenza di un concetto di *crimine organizzato* e di *organizzazione criminosa*. Difficile, è quindi, definire l'ambito di incidenza della norma senza un criterio delimitatore. Mancando questo concetto, ossia la definizione di *crimine organizzato*, la legge è divenuta inefficace e inapplicabile.

In realtà il concetto di criminalità organizzata fu dibattuto, per la prima volta in Brasile, nel progetto di Legge n° 3516/1989, *in verbis:*

> «Capitolo I – Delle Definizioni e delle Disposizioni Processuali.
>
> Art. l^{o} Questa legge regola l'utilizzo dei mezzi operativi destinati alla prevenzione e alla repressione del reato decorrente dall'organizzazione criminosa.
>
> Art. 2^{o} Per gli effetti di questa Legge, si considera organizzazione criminosa, quella che, per le sue caratteristiche, dimostri l'esistenza di struttura criminale, operando in modo sistematizzato, con attuazione regionale, nazionale e/o internazionale.»[195]

---

[195] Vediamo le indicazioni della dottrina brasiliana su questo concetto: «*Não é tarefa simples traduzir em uma regra jurídica tais características e definir legalmente a organização criminosa. O PL 3.516/89 definia, no art. 2°, a organização criminosa da seguinte forma: "aquela que, por suas características, demonstre a existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional e/ou internacional'. Deu origem á Lei 9.034/95, a qual, contudo, não mais definiu a organização criminosa, determionando a*

Sottomesso il progetto all'analisi nel Senato Federale del Brasile, fu approvato un testo sostitutivo, che attribuiva il seguente tenore ai dispositivi responsabili della definizione di un concetto:

> «Art. 1º Questa Legge definisce e regola mezzi di prova e procedimenti investigativi permessi nelle indagini e nei processi che trattino di crimine organizzato.
>
> Art. 2º Si considera crimine organizzato l'insieme di atti delittuosi che decorrono o risultano dalle attività di gruppo o banda, definiti nel § 1º do art. 288 del Decreto-legge nº 2.848, del 7 dicembre 1940 – Codice Penale.
>
> Art. 3º L'art. 288 del Decreto-legge nº 2.848, del 7 dicembre 1940 – Codice Penale – passa ad avere la seguente stesura:
>
> "Art. 288. Parteciperà gruppi, bande o organizzazioni criminali che si servono delle strutture o che sono strutturati come società, associazioni, fondazioni, imprese, gruppi d'imprese, unità o forze militari, organi, enti pubblici o che prestano servizi pubblici, concepite, qualunque sia il principio, pretesto, motivazione o causa, per commettere reati o raggiungere obiettivi la cui realizzazione implica la pratica di illeciti penali.
>
> Pena: reclusione, da uno a tre anni.

---

aplicação de seus dispositivos aos crimes resultantes de "ações de quadrilha ou bando" (art. 1.°). Em outros artigos continuou usando a expressão "organização criminosa", apesar de não tê-la definido (arts. 2.°, II, 4.°, 5.°, 6.°, 7.° e 100. São três as linhas doutrinárias e legislativas normalmente adotadas para a definição de crime organizado: 1: - a que parte da noção de organização criminosa para definir o crime organizado, o qual, assim, seria aquele praticado pelos membros da organização; 2: - a que define o crime organizado, se especificação de tipos penais, com base nos seus elementos essenciais, em regra os que servem para identificar a existência de uma organização criminosa; 3: - a que especifica um rol de crimes como sendo crimes organizados. A primeira posição era a adotada no PL 3.516/89, como se percebe do seu art. 2.°, antes citado. Trabalha com a noção de organização criminosa, mediante a indicação dos elementos que a caracterizam». (FERNANDES, Antonio Scarance. **O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 16, fasc. 70, jan./fev. 2008. São Paulo, p. 241.)

> §1º se il gruppo o la banda si servono di strutture o sono strutturate come società, associazioni, fondazioni, imprese, gruppi di imprese, unità o forze militari, organi, enti pubblici o che prestano servizi pubblici:
>
> Pena: reclusione, da due a cinque anni.»

Risulta evidente, in questa versione proposta dal Senato dai primi articoli della Legge, l'esistenza di un primo punto di discussione: grande parte del *caput* della nuova stesura dell'288 del Codice Penale è rimasta trascritta subito sotto il primo paragrafo. Ora, in questo modo, sarebbe difficile, se non impossibile, definire quale delle due leggi dovrebbe essere applicata. La delineazione tra i concetti di *organizzazione criminosa*, *gruppo* e *banda*, se fosse mantenuta questa proposta di testo, sarebbe praticamente la stessa, come se tutti i fenomeni fossero sinonimi.[196]

Ritornato alla Camera dei Deputati, spettò al Deputato Miro Teixeira (PDT-RJ), in sostituzione alla Commissione di Costituzione e

---

[196] Come puro riferimento, si trascrive la dottrina di M. CHIAVARIO sulle organizzazioni criminose: «*[são] Organizações robustamente radicadas sobre o território, mas já também com estreitas ligações e ramificações internacionais, ligadas sobretudo aquele narcotráfico que aqui na América Latina se sente com uma intensidade ainda mais assustadora. Organizações capaz de criar uma espécie de anti-ordenamento jurídico com próprias regras, próprios tribunais e, sobretudo, próprios executores de sentenças, mas também, como já dizíamos, de insinuar-se nas fibras mais íntimas das próprias instituições estatais: em um rede de conivência e de solidariedade que se exprimem em inércias difusas quando não em trocas de apoios ativos (e suspeitos, entre os mais inflamados, chegaram também a roçar personalidades já colocadas nos vértices do aparato estatal). Organizações, enfim, que nos últimos anos puderam aproveitar também da degeneração das relações entre o mundo dos negócios, com a ampliação do assim chamado sistema de propina (isto é, das compensações distribuídas por baixo do pano pelos empreendedores públicos e privados, para partidos e homens de partido para obter vantagens de todos os gêneros)*». (CHIAVARIO, Mario. **Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 5, p. 28, jan./mar., 1994).

Giustizia e di Redazione, offrire un Parere scritto al Progetto citato. Il Relatore ha raccomandato, quindi, la censura del Sostitutivo del Senato per l'imposizione delle modifiche al Codice penale,[197] con la giustificazione che si trascrive a seguire:

> «Hoje, na reunião de Lideranças, por unanimidade foi aprovado o substitutivo do Senado. Todavia, agora, sentado ao lado do Deputado Michel Temer, percebi que o substitutivo do Senado (...) introduz uma alteração ao texto do Código Penal, mais exatamente ao art. 288. Isso não produz um prejuízo à idéia da Câmara dos Deputados. Nós apenas optamos pela fórmula de reproduzir um dispositivo sem fazer remissão ao Código Penal, para evitar a reedição do Código e a confusão entre advogados e estudantes de Direito, que já têm os seus livros, os seus códigos e seus comentários».[198]

Nella revisione e riformulazione del suo Parere, il Relatore lottò per l'approvazione del sostitutivo del Senato Federale, richiedendo, tra le altre cose, la rilevanza per la soppressione degli articoli 2° e 3°, ossia, i dispositivi che implicano modifiche del Codice Penale, tuttavia anche gli unici a versare su concetti legali.

Insieme al suo Parere, il Relatore inviò modifiche alla stesura legale, giustificandole come «*mero adeguamento ai termini utilizzati dal*

---

[197] Diario del Congresso Nazionale del 23/11/1994, p. 14.082, col. 01.

[198] Traduzione in lingua italiana: "Oggi, nalla riunione delle Leadership, è stato approvato all'unanimità il sostitutivo del Senato. Tuttavia, ora, seduto a fianco del Deputato Michel Temer, ho notato che il sostitutivo del Senato (…) introduce una modifica al testo del Codice Penale, più precisamente all'art. 288. Questo non produce un pregiudizio all'idea della Camera dei Deputati. Non solo optiamo per la formula di riprodurre un dispositivo senza fare remissione al Codice Penale, per evitare la riedizione del Codice e la confusione tra avvocati e studenti di Diritto, che hanno già i loro libri, i loro codici e i loro commenti."

Codice Penale »,[199] richiedendo la sostituzione dell'espressione «*crimine organizzato*» in «*azione praticata da organizzazione criminosa*», *in verbis*:

> «Art. 1º Questa Legge definisce e regola mezzi di prova e procedimenti investigativi che trattano di reati risultando da azioni di gruppo o bande».

Si è approvato il sostitutivo, così come le soppressioni e le modifiche sostenute nel Parere del Deputato MIRO TEIXEIRA, allora Relatore del progetto. Pertanto, il Progetto di Legge, per quanto riguarda gli articoli che, nella sua prima stesura, avevano la funzione di tracciare i concetti, ebbe la seguente stesura:

> «Art. 1º. Questa Legge definisce e regola mezzi di prova e procedimenti investigativi che trattano di reati risultando da azioni di gruppi o bande.
>
> Art. 2º. In qualsiasi fase di persecuzione criminale che versi su un'azione praticata da organizzazioni criminose sono permessi, oltre a quelli concessi dalla legge, i seguenti procedimenti di investigazione e formazione di prove:
>
> I – l'infiltrazione dio agenti di polizia specializzati in gruppi o bande, vietata qualsiasi compartecipazione delittuosa, fatta eccezione per il disposto dell'art. 288 del Decreto-legge nº 2.848, del 7 dicembre 1940 - Codice Penale, della cui azione si esclude previamente, nel caso, l'antigiuridicità;
>
> II – l'azione controllata, che consiste nel ritardare l'interdizione di polizia di quella si suppone azione praticata da organizzazioni criminose o ad essa vincolato, purché mantenuta sotto osservazione e seguimento perché la misura legale si concretizzi nel momento più efficace dal punto di vista della formazione di prove e della fornitura di informazioni;

[199] Diario del Congresso Nazionale del 06/04/1995, p. 5.632, col. 01.

III – l'accesso a dati, documenti e informazioni fiscali, bancarie, finanziarie ed elettorali».

Questa stesura finale fu votata e approvata. Portato il Progetto al presidente, fu vietato solo il comma I dell'articolo 2° («*I - l'infiltrazione dio agenti di polizia specializzati in gruppi o bande, vietata qualsiasi compartecipazione delittuosa, fatta eccezione per il disposto dell'art. 288 del Decreto-legge nº 2.848, del 7 dicembre 1940 - Codice Penale, della cui azione si esclude previamente, nel caso, l'antigiuridicità*»). Non apposto il veto quanto alla parte restante del progetto di legge, fu finalmente promulgata in Brasile la Legge n° 9.034/1995.

Insomma, il concetto (e la discussione) sul *crimine organizzato* e *organizzazione criminosa* rimane dimenticato nel ritorno del progetto di Legge alla camera dei Deputati. La definizione originale, effettivamente, fu sostanzialmente alterata durante il suo passaggio nel Senato Federale brasiliano. Proposta la soppressione di questa dalla Camera, non si è avuta richiesta per modificare un nuovo dispositivo di definizione del fenomeno associativo del *crimine organizzato*, creando, quindi, il vuoto legale più problematico di questa norma. Per quanto quest'omissione, *per se*, già conduca all'impossibilità di applicazione della Legge, la dottrina, con grande difficoltà, ha abbandonato un ampio esercizio dialettico per cercare un'interpretazione che la risolva, con esito dubbio.[200]

---

[200] La divergenza dottrinaria sorge anche prima delle proposizione di un'interpretazione corretta della Legge 9.034/95. La dottrina trova difficoltà di stabilire un consenso sui concetti crimine organizzato e organizzazione criminosa su un piano ideale, ossia, fuori dai confusi limiti di questa legge. Tuttavia, BRAZ identifica un elemento comune intrinseco alla maggioranza dottrinaria: «*Podemos*

L'articolo 1° induce, per quanto si percepisce, a un errore diretto: in modo isolato, è possibile concludere, per la sua lettura, che *organizzazione criminosa* è mero sinonimo del tipo legale mero previsto nell'articolo 288 del Codice penale. Tuttavia, come bene fanno notare L. F. GOMES e R. CERVINI, dopo l'articolo 2°,[201] l'interpretazione sistematica della Legge avrà senso solo se tratteremo l'azione tipica descritta nell'articolo 288 del Codice Penale come mero requisito essenziale per configurare il fenomeno criminologico distinto di *organizzazione criminosa*.[202] I concetti non si confondono: *organizzazione criminosa* non è *squadra o banda*, ma necessita della somma delle

---

observar que, a despeito da inexistência de uma definição precisa sobre a "criminalidade organizada" predomina, na doutrina, um consenso acerca das principais características atribuídas à categoria, isto é, existe um núcleo comum que nos permite concluir que a expressão em apreço está sendo usada para se referir àquela modalidade de organização criminosa que, atuando de forma empresarial e transnacional na exploração de uma atividade ilícita, impulsionada por uma demanda de mercado, utiliza, para tanto, os modernos meios tecnológicos colocados à nossa disposição, as práticas mercantis usuais e, principalmente, a conivência dos órgãos responsáveis por sua repressão, os quais restam imobilizados por força da corrupção». (BRAZ, Graziela Palhares Torreão. **Crime Organizado x Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 35-36.)

[201] GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Crime Organizado – Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 68.

[202] Nello stesso senso: «*(...) inclinamo-nos a concordar com Luiz Flávio Gomes no sentido de que a presença do crime de quadrilha ou bando seja necessária para a aplicação da lei em questão, embora não constitua critério único, tendo em vista a imprescindibilidade da fixação de requisitos outros a serem estipulados pelo intérprete. Inadmissível, no entanto, se afigura a simples equiparação entre a 'associação criminosa' e o crime de de formação de quadrilha ou bando, vez que a complexidade e a abrangência da primeira não permite sua equiparação ao segundo*». (BRAZ, Graziela Palhares Torreão. **Crime Organizado x Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 41). Differisce da questa visione E. ARAUJO DA SILVA, afirmando que «*[o legislador] Optou tão-somente, num primeiro momento, por equiparar a organização criminosa às ações resultantes de quadrilha ou bando (art. 1º)*». (SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime Organizado – Procedimento Probatório**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 37).

caratteristica indicate nell'articolo 288 del Codice Penale con i suoi altri requisiti peculiari.[203]

Nel tentativo di dirimere il conflitto scientifico, è sorta nell'ordinamento giuridico brasiliano la Legge n° 10.217/2001, con il fine di definire e regolare i mezzi di prova e i procedimenti investigativi per la lotta a illeciti decorrenti da azioni praticate da gruppi o bande o organizzazioni o associazioni criminose di qualsiasi tipo, *in verbis*:

> «IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA Faccio sapere che il Congresso Nazionale decreta e io sancisco la seguente Legge:
>
> Art. 1° — Gli articoli 1° e 2° della Legge n° 9.034, del 3 maggio 1995, entrano in vigore con le seguenti modifiche:
>
> 'Art. 1° Questa Legge definisce e regola mezzi di prova e procedimenti investigativi che trattano di reati risultando da azioni di gruppi o bande o organizzazioni criminose o associazioni di qualsiasi tipo.' (NR)
>
> 'Art. 2° In qualsiasi fase di persecuzione criminale sono permessi, oltre a quelli concessi dalla legge, i seguenti procedimenti d'investigazione e formazione di prove:: (NR)
>
> .....

[203] D'accordo con L. F. GOMES e R. CERVINI: «*o conceito de 'quadrilha ou bando' não se identifica exatamente com o de 'organização criminosa'. Um coisa é a 'quadrilha ou bando' (associação criminosa ou associação ilícita) e outra bem distinta é a organização criminosa (associação ilícita organizada)*». (GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Crime Organizado – Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 68).

IV – la captazione e l'intercettazione ambientale di segnali elettromagnetici, ottici o acustici e la sua registrazione e analisi, mediante una circostanziata autorizzazione giudiziale;

V – infiltrazione di agenti di polizia o d'intelligenza, in compiti investigativi, costituita da organi specializzati pertinenti, mediante una circostanziata autorizzazione giudiziale.

Paragrafo unico. L'autorizzazione giudiziale sarà strettamente riservata e rimarrà tale per tutta la durata dell'infiltrazione.'

Art. 2° Questa legge entra in vigore alla data della sua pubblicazione».

In verità, questa legge posteriore ha solo abbandonato completamente tutta la difficile costruzione elaborata da tribunali e dottrinari per la sua applicabilità. Per quanto i Congressisti abbiano emesso pareri contrari alla modifica legale,[204] la Legge n° 10.217/01 è stata promulgata *ipsis litteris* come proposta.

Si deve dire qui, che la legge n° 10.217/01, portò alla distinzione di tre diverse figure associative: il *gruppo o banda*, le *associazioni*

---

[204] In particolare: «*Inicialmente, acrescenta ao texto vigente do art. 1º da Lei nº 9.034/95 a expressão "ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo", como alternativa ao conceito de quadrilha ou bando. Ora, quadrilha ou bando é aassociação de "mais de três pessoas (...) para o fim de cometer crimes (art. 288 do Código Penal). Vê-se, claramente, que "organizações oassociações criminosas de qualquer tipo" estarão, quase que na totalidade incluídas noc onceito de quadrilha ou bando. A associação de duas pessoas para o cometimento de umdelito, melhor que ser considerada como uma "associação criminosa", no sentido de "organização criminosa", é, sim,um casos imples de concurso de pessoas (art. 29 do Código Penal). Três pessoas associadas com intenções criminosas, com mais um agente infiltrado, constituem uma quadrilha ou bando. Logo, a expressão cujo acréscimo é pretendido nos parece expletiva e, por não ter definição jurídica, só concorre para a indefinição e imprecisão do texto*». (Parere n° 1090/2000-CCJ, Relatore Senatore ROMEU TUMA, pubblicazione il 15/11/2000, nel Diario del Senato Federale Brasiliano p. 2246/2246).

criminose, e le *organizzazioni criminose*. Questo perché l'art. 1° di questa legge speciale ha detto di definire e regolare «meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo».[205] Con questa norma, pertanto, passarono a coesistere nell'ordinamento giuridico brasiliano le figure di *formazione di gruppi o bande* (art. 288 del Codice penale), di *organizzazioni criminose* (solo riferite nella legge, ma senza alcun contenuto determinato in nessun'altra legislazione del Paese), e di *associazioni criminose* (concetto utilizzato, per esempio, nella Legge sulla Tossicodipendenza e nella Legge n° 2.889/56, che presenta la definizione di «associazione per la pratica di genocidio» al suo art. 2°).

Di fronte a quest'indicazione sul tema, merita riferimento il fatto che il concetto di *criminalità organizzata* è stato, gradatamente, inserito nell'universo giuridico brasiliano, a partire dalla costruzione di legislazioni diverse, che hanno portato aumenti di pena, circostanze processuali cautelari, distinzioni in relazione ai procedimenti, senza esistere (e qui il controsenso) una definizione normativa del fenomeno del *crimine organizzato*.

Per esemplificare questa questione, si analizzi che, nella legge brasiliana, nella fase di applicazione della pena, esiste la forma speciale di tenere il detenuto in «regime disciplinare differenziato»,

---

[205] Traduzione in lingua italiana: mezzi di prova e procedimenti investigativi che trattano di reati risultanto da azioni di gruppi o bande o organizzazioni criminose o associazioni di qualsiasi tipo

quando vi siano «fondati sospetti di coinvolgimento o partecipazione, a qualsiasi titolo, ad organizzazioni criminose, gruppi o bande».[206] Anche senza la dovuta definizione di « organizzazioni criminose », questa legge speciale è entrata in vigore e vige ancora oggi. L'art. 52 della Legge nº 10.792, del 1º dicembre 2003, così riferisce:

> «Art. 52. La pratica di un fatto previsto come crimine doloso costituisce una mancanza grave e, quando provochi sovversione dell'ordine o di discipline interne, porta all'arrestato in via provvisoria o al condannato, senza pregiudizio della sanzione

---

[206] Quanto a questo tema, si trascrive la dottrina di R. DELMANTO: «*A sociedade brasileira, entre aturdida e perplexa, pensa que o Direito Penal e Processual Penal, com leis mais severas, como a dos crimes hediondos, lhe trará a sonhada segurança. Ledo engano, pois só a diminuição do nosso enorme desnível social, a contínua luta pela erradicação dos bolsões de miséria, e o investimento na infância e na juventude nos darão um futuro melhor. Todavia, ao invés de leis penais e processuais-penais mais inteligentes, editamos leis mais rigorosas. A delação premiada entre nós não dá para o denunciante a mínima segurança; com exceção da lei de lavagem de dinheiro, não concede ao delator isenção de pena, mas apenas a diminuição desta. Ou seja, ao ser preso, ele sabe que irá ser morto na cadeia... Outro exemplo é o RDD (Regime Disciplinar Diferenciado), com o qual, ferindo a Constituição e tratados internacionais por nosso país assinados, o governo paulista pretendeu retomar o controle dos presídios e desbaratar as organizações criminosas que os dominam. De forma cruel e desumana, causadora de distúrbios psicológicos e psiquiátricos, os que nele entram podem permanecer em diminutas celas, com pequenas aberturas para o exterior pelas quais passam apenas as mãos, por até mais de um ano. Em absoluto isolamento, sem rádio, televisão ou revistas, só saem das celas uma hora por dia... O resultado disso só fez aumentar a revolta dos detentos e o número de rebeliões. Exemplo maior ocorreu agora, quando o governo estadual, para tentar evitar possíveis distúrbios no Dia das Mães, resolveu remover cerca de 750 presos, supostamente da cúpula de conhecida organização criminosa, para um presídio de segurança máxima, colocando parte deles no RDD... Foi o estopim de uma crise carcerária que há tempos vinha se acumulando e chegou ao fundo do poço. O Estado bandeirante, principalmente sua Capital, viveram dias de verdadeira guerra civil, que só cessou - a exemplo do que costuma suceder na Colômbia, entre o governo e a guerrilha que controla parte considerável daquele país - com um não tão secreto acordo entre as autoridades estaduais e os líderes da facção criminosa. Que o triste e histórico episódio nos sirva de alerta para corrigir os rumos enquanto ainda há tempo: o combate ao crime organizado só será eficaz com maciços investimentos sociais e em infra-estrutura, com a edição de leis penais e processuais – penais que priorizem o uso da inteligência e da psicologia, ao invés da força, e com o estrito respeito à ordem legal e ao regime democrático, fora dos quais não haverá jamais salvação*». (DELMANTO, Roberto. **Da máfia ao RDD**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 14, n. 163, p. 5, jun. 2006).

> penale, al regime disciplinare differenziato, con le seguenti caratteristiche:
>
> (...)
>
> § 2.º Sarà ugualmente soggetto al regime disciplinare differenziato l'arrestato in via provvisoria o il condannato su cui ricadano fondati sospetti di coinvolgimento o partecipazione, ad **organizzazioni criminose**, squadre o bande».

Così, anche in mancanza di un concetto, o della differenza tra *organizzazioni criminose* e il reato di *gruppo o banda* (secondo l'art. 288 del Codice penale, come abbiamo visto), esiste nella legge brasiliana un indurimento del modo di applicazione della pena corporale. Il cittadino può scontare la pena corporale in *regime disciplinare differenziato*, nella fase di esecuzione della pena o anche nella fase di conoscenza della causa (considerando che questa legge presenta la possibilità di applicazione della regola anche all'arrestato in via provvisoria), nel caso di partecipazione ad «organizzazioni criminose», anche senza un concetto esatto, previamente pubblicato e vigente nell'ordinamento giuridico del Brasile.

Altri esempi sono verificabili nella legge brasiliana, e con la conseguenza dell'aumento della pena detentiva. L'attuale Legge sulla tossicodipendenza, n° 11.343, vigente in Brasile dal 23 agosto 2006, ha fatto riferimento espresso alla figura dell'*organizzazione criminosa*, la riduzione di (1/6) un sesto a (2/3) due terzi della sanzione, nel seguente modo:

> «Art. 33. Importare, esportare, rimettere, preparare, produrre, fabbricare, acquistare, vendere, esporre alla vendita, offrire, avere in deposito, trasportare, portare con sé, conservare, prescrivere, somministrare, consegnare per il consumo o fornire droghe, anche se gratuitamente, senza autorizzazione o in disaccordo con la determinazione legale o regolamentare: pena – reclusione da 5 (cinque) a 15 (quindici) anni e pagamento da 500 (cinquecento) a 1.500 (millecinquecento) giorni-multa.
>
> (...)
>
> § 4. Nei reati definiti nel caput e nel § 1º di quest'articolo, le pene potranno essere ridotte da un sesto a due terzi, vietata la conversione in pene restrittive di diritto, purché l'agente sia primario, dai buoni precedenti, non si dedichi ad attività criminose e non integri un'**organizzazione criminosa**».

Di fronte a questa figura tipica, si noti che, in caso di esistenza dell'imputazione di partecipazione ad *organizzazione criminosa*, il soggetto non avrà la possibilità di ricevere i benefici legali, anche senza la certezza determinata nella legislazione sul concetto di *organizzazione criminosa*.

La verità, a partire da questa lettura storica sulla formazione della legge di lotta alla criminalità organizzata in Brasile, è quella secondo cui il fenomeno associativo ha continuato, a partire dalla promulgazione delle diverse norme, senza la necessaria definizione. Così, in questo momento della ricerca, merita di essere analizzata la stesura delle due proposte legislative che sono in passaggio presso il Potere Legislativo del Brasile, intorno alla definizione di un concetto.

1.2 Le attuali proposte legislative brasiliane sul tema della criminalità organizzata: ancora alla ricerca di un concetto.

Attualmente, esistono due progetti di Legge in passaggio al Senato Federale, entrambe con la pretesa di delimitare (più precisamente) l'applicazione delle regole specifiche per il *crimine organizzato*.

In primo luogo, il Progetto di Legge del Senato n° 67, del 1996 — che d'accordo con il testo della sua Ementa, «*definisce e regola i mezzi di prova e i procedimenti investigativi, destinati alla prevenzione e alla repressione dei reati praticati da organizzazioni criminose*» — porta un'idea del concetto di *crimine organizzato*, a partire dalla proposta di stesura del paragrafo unico dell'art. 1°, immaginata, come chiaramente si percepisce, sulla stessa base della definizione stabilita nella Convenzione di Palermo:

> «Paragrafo unico. Si considera organizzazione criminosa, per gli effetti di questa legge, l'associazione di tre o più persone, nella forma dell'art. 288 del Decreto-Legge n° 2.848, del 7 dicembre 1940 (Codice Penale), per commettere i seguenti reati:
>
> I – omicidio doloso (art. 121, caput e § 2o, del Codice Penale);
>
> II – traffico di stupefacenti (art. 12 della Legge no 6.368, del 21 ottobre 1976);
>
> III – estorsione (art. 158, caput e §§ del Codice Penale);

IV – estorsione mediante sequestro (art. 159 e §§ del Codice Penale);

V – contrabbando e disvio (art. 334, caput e §§ del Codice Penale);

VI – traffico di donne (art. 231 e §§ del Codice Penale);

VII – traffico internazionale di bambini (art. 239 della Legge no 8.069, del 13 luglio 1990);

VIII – reati contro il Sistema Finanziario Nazionale (Legge no 7.492, del 16 giugno 1986);

IX – reati contro l'ordine tributario (Legge no 8.137, del 27 dicembre 1990);

X – reati conro l'ordine economico e le relazioni di consumo (Legge no 8.137, del 27 dicembre 1990, e Legge no 8.176, del 8 febbraio 1991);

XI – moneta falsa (art. 289 e §§ del Codice Penale);

XII – peculato doloso (art. 312, caput e § 1o del Codice Penale)».

Per quanto questo Progetto porti qualcosa di concreto al nostro ordinamento giuridico, dovrà essere sottomesso a migliore analisi entro il termine del passaggio bicamerale, tra Camera dei Deputati e Senato Federale, per evitare, come in momenti precedenti, la dimenticanza di una discussione più approfondita sul concetto di *crimine organizzato*. Il criterio adottato dal Progetto, come si verifica, per quanto porti una relazione tassativa dei reati, non soddisfa la complessità del tema e, in diversi casi, potrà bloccare l'inclusione di

casi concreti che meritino di essere trattati come *organizzazione criminosa* nella *persecutio criminis*, a causa della sua tassatività.

Il secondo Progetto di Legge, n° 150, del 2006, si dimostra più adeguato: forse in quanto formulato dopo la ratifica della Convenzione di Palermo nel nostro Paese, segue una definizione di *crimine organizzato* più fedele all'idea consolidata e controversa nella nostra dottrina nazionale. Si presenta la proposta di redazione di questo progetto:

> «Art. 1º Questa legge definisce il crimine organizzato e dispone dell'investigazione criminale, dei mezzi di ottenimento della prova, di reati correlati e del procedimento criminale da applicarsi.
>
> Art. 2º Promuovere, costituire, finanziare, cooperare o integrare, personalmente o per interposta persona, associazione, in forma lecita o meno, di cinque o più persone, con stabilità, struttura organizzativa gerarchica e divisione di compiti per ottenere, direttamente o indirettamente, con l'uso della violenza, minaccia, frode, traffico di influenza o atti di corruzione, vantaggi di qualunque natura, praticando uno o più dei seguenti reati:
>
> I – traffico illecito di sostanze stupefacenti o che diano dipendenza fisica o psichica (Legge no 6.368, del 21 ottobre 1976);
>
> II – terrorismo;
>
> III – contrabbando o traffico illecito di armi da fuoco, accessori, artefatti, munizioni, esplosivi o materiali destinati alla sua produzione (Legge no 9.437, del 20 febbraio 1997);
>
> IV – estorsione mediante sequestro e sue forme qualificate (art. 159, caput e §§ 1o, 2o e 3o, del Decreto-Legge no 2.848, del 7 dicembre 1940 – Codice Penale);

V – contro la pubblica amministrazione (art. 312, caput e § 1o, 313- A, 313-B, 314, 315, 316, caput e § 2o, 317, 318, 319, 320, 321, 325, 326, 332, 334, 335, 337, 337-A, 337-B, 337-C, 342, 344 e 347 del Decreto-Legge no 2.848, del 7 dicembre 1940 – Codice Penale);

VI – contro il sistema finanziario nazionale (Legge no 7.492, del 16 giugno 1986, salvo il paragrafo unico dell'art. 4º);

VII – contro l'ordine tributario o economico (artt. da 1o a 6o della Legge no 8.137, del 27 dicembre 1990);

VIII – contro le imprese di trasporto di valori o carichi e il ricevimento doloso di beni o prodotti ottenuti attraverso tali pratiche criminose;

IX – lenocinio e traffico di donne (arts. 227 a 231 del Decreto-Legge no 2.848, del 7 dicembre 1940 – Codice Penale);

X – traffico internazionale di bambini o adolescenti (art. 239 della Legge no 8.069, del 13 luglio 1990);

XI – lavaggio di denaro, occultamento di beni, diritti e valori (Legge no 9.613, del 3 marzo 1998);

XII – traffico illecito di tessuti, organi o parti del corpo umano (Legge no 9.434, del 4 febbraio 1997);

XIII – omicidio qualificato (art. 121, § 2o, del Decreto-Legge no 2.848, del 7 dicembre 1940 – Codice Penale);

XIV – falsificazione, adulterazione o alterazione del prodotto destinato a fini terapeutici o medicinali (art. 273, caput e §§ 1o, 1o-A e 1o-B, del Decreto-Legge no 2.848, del 7 dicembre 1940 – Codice Penale);

XV – contro l'ambiente e il patrimonio culturale (Legge no 9.605, del 12 febbraio 1998);

XVI – altri reati previsti in trattati o convenzioni internazionali di cui il Brasile sia parte.

Pena – reclusione da cinque a dieci anni, e multa, senza pregiudizio delle pene corrispondenti agli altri reati commessi.

§ 1º Nelle stesse pene incorre chi, per mezzo del crimine organizzato:

I – gestisce, direttamente o indirettamente, o controlla, in qualsiasi modo, attività economiche o servizi pubblichi al fine di ottenere profitto economico;

II – froda appalto, in qualsiasi delle sue modalità, o concessioni, permessi e autorizzazioni amminitrative;

III – intimida o influenza, per qualunque dei modi di esecuzione riferiti nel caput di questo articolo, testimoni o funzionari pubblici per la verifica di attività del crimine organizzato; impedisce o rende difficile, valendosi degli stessi modi, l'investigazione del cimine organizzato;

IV – finanzia campagne politiche destinate a elezione di candidati con la finalità di garantire o facilitare le azioni del crimine organizzato o l'impunità dei suoi membri.

§ 2º Incorre nelle stesse pene, ancora, chi fornisce, occulta o ha in deposito armi, munizioni e strumenti destinati al crimine organizzato; chi fornisce loro locali per riunioni e, in qualsiasi modo, accoglie nuovi membri.

§ 3o La pena è aumentata da un terzo alla metà:

I – se la struttura del crimine organizzato è costituita da venti o più persone;

II – se, nell'attuazione del crimine organizzato, si impeghino armi da fuoco, concorso di agente pubblico responsabile per la repressione penale o la collaborazione di bambini o adolescenti;

> III – se qualunque dei concorrenti è funzionario pubblico, valendosi il crimine organizzato di questa condizione per la pratica dell'infrazione penale;
>
> IV – se il prodotto o il vantaggio dell'infrazione penale è destinato, in tutto o in parte, all'estero.
>
> § 4º La pena è aumentata della metà per chi esercita il comando, individuale o collettivo, del crimine organizzato, per quanto non pratichi personalmente atti di esecuzione.
>
> § 5º Se uno dei concorrenti del crimine organizzato è un funzionario pubblico, il ricevimento della denuncia quanto a lui, dopo la difesa preliminare nel termine di dieci giorni, potrà provocare l'allontamento cautelare dall'esercizio delle sue funzioni, senza prgiudizio di remunerazione e degli altri diritti previsti dalla legge, fino al giudizio finale dell'azione penale.
>
> § 6º La condanna porterà alla perdita della funzione, dell'impiego o del mandato elettivo per il funzionario pubblico nonché all'interdizione dall'esercizio della funzione o della carica pubblica per il doppio della pena applicata ».

Effettivamente, il Progetto della Legge del Senato n° 150, del 2006, si avvicina al piano ideale, nella ricerca di una definizione giuridica sulla criminalità organizzata, e segue, come si nota, una tecnica legislativa che indica per quali reati la legge è dedicata, a partire da una lista di delitti, permettendosi maggior protezione rispetto al rispetto costituzionale della legalità.

Entrambe i progetti si trovano in una fase prossima al termine del procedimento legislativo. A proposito, chiama l'attenzione come due testi incompatibili tra essi, che regolano lo stesso tema, stiano passando simultaneamente nella stessa Casa Legislativa. Un'altra

osservazione è necessaria: il Progetto della Legge del Senato n° 150/2006, ha tuttavia una movimentazione assai più attiva, per quanto il Progetto della Legge del Senato n° 67/1996 sia sei anni più vecchio.

Qualora sia promulgata la legge, con il decreto del Potere Esecutivo (a partire dall'approvazione presidenziale), in relazione al Progetto n° 150/2006, l'ordine giuridico sarà premiato con un regolamento da molto necessario. Anche prima di rispondere a tutte le domande dei ricercatori dell'area, la Legge deve soddisfare, almeno in parte, la condizione sociale del paese, che ha necessità dell'efficacia di una regola speciale che possa reprimere (almeno in grande parte) il fenomeno del *crimine organizzato*.

Mentre si discute la formulazione di questa norma, il Brasile ha adottato come circostanza di definizione di *crimine organizzato* la determinazione della Convenzione di Palermo, che riceverà, da questo momento, attenzione speciale da parte della ricerca, nella misura in cui, fin dalla sua ratifica da parte del Governo brasiliano,[207] è stata applicata in decisioni giudiziali in tutto il territorio nazionale.

---

[207] Solo come nota esplicativa, si verifichi il seguente testo della dottrina italiana: «*Cionostante, negli ultimi dieci anni le Nazioni Unite sono intervenute nel campo del diritto penale con strumenti normativi di grande portata. Constatazione questa indubbiamente valida in relazione all'attività complessiva dell'ONU, nel cui quadro, accanto alla elaborazione di trattati di settore, quali quelli in materia di terrorismo, massimamente spicca la Costituzione della Corte penale internazionale con l'adozione del suo Statuto, avvenuta a Roma nel 1998; ma constatazione ugualmente valida anche in relazione al solo Programma per la prevenzione del crimine e la giustizia penale, all'interno del quale sono state elaborate la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, detta anche "Convenzione di Palermo", assieme ai suoi tre protocolli contro la tratta di persone, il*

2 Il concetto adottato in Brasile per crimine organizzato, a partire dalla Convenzione di Palermo.

Il Brasile, per mezzo del Decreto n° 5.015, del 12 marzo 2004, ha ratificato la Convenzione delle Nazioni Unite contro il Crimine Organizzato Transnazionale, adottata a New York, il 15 novembre 2000. Si può constatare, quindi, che sono in vigore nel paese le determinazioni che constano nelle Leggi n° 9.034/95 e 10.217/2001 e le istanze normative portate dalla Convenzione di Palermo, norme che coesistono nel sistema giuridico brasiliano e che, in modo costante, necessitano nell'esercizio interpretativo per l'adeguamento della legge da applicare, considerando i conflitti che possono suscitare, infine, trattando il tema della *criminalità organizzata*, questi si presentano cronici e sempre problematici.

---

traffico di migranti ed il traffico di armi da fuoco. Questi cinque strumenti sono oggi generalmente ritenuti il fiore all'occhiello degli organi e degli uffici che nella sede ONU di Viena hanno cura di quel programma. (...) Ora, si può dire che la Convenzione di Palermo concerne un isieme concettualmente unificato di comportamenti criminali, quello della criminalità organizzata e transnazionale. La unificazione che deriva da queste due qualificazioni in un certo senso la accomuna a tutti gli altri trattati di settore elaborati dalle Nazioni Unite dei quali, fra l'altro, ripete la struttura contenutistica fondamentale: obblighi di criminalizzazione e misure di cooperazione internazionale giudiziaria e di polizia. Nello stesso tempo, però – anticipando quanto nel prossimo Capitolo sarà analizzato in dettaglio – si deve notare che il campo di applicazione delle sue disposizioni (v. art. 3) comprende tutte le attività di prevenzione e di giustizia penale che riguardino un reato, commesso da un gruppo criminale organizzato ed avente natura transnazionale, che rientri tra quelli espressamente descritti nella Convenzione medesima (partecipazione in un gruppo criminale organizzato; riciclaggiio; corruzione; intralcio alla giustizia), ovvero che ppartenga alla classe dei serious crimes, cioè, secondo quanto stabilito dalla stessa Convenzione, dei reati punibili secondo la legge nazionale con una pena detentiva di almeno quattro anni nel massimo». (MICHELINI, Gualtiero; POLIMENI, Gioacchino. **Il fenomeno del crimine transnazionale e la convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale.** In: Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. ROSI, Elisabetta (Dir.). Roma: IPSOA, 2007, pp. 2-4).

Anche così, le determinazioni deliberate nella Convenzione di Palermo del 2000 (come fu conosciuta), il cui testo finale è stato ratificato da quasi 120 Paesi - membri, tra cui Italia e Brasile, chiariscono all'universo giuridico la situazione di estrema necessità nella ricerca di uno strumento efficace nella lotta alla *criminalità organizzata*, ma, soprattutto, che sia ampia in relazione ad una criminalità che non è più regionale, controllabile per mezzo delle misure sociali e della politica criminale che raggiungano una determinata regione del pianeta,[208] ma *transnazionale*[209] e attiva nel campo internazionale[210] (diretta anche alla formazione di un diritto

---

[208] Nella dottrina italiana, su questo tema: «*In particolare, le possibili scelte incriminatrici a livello metanazionale in relazione alle organizzazioni criminali configurano un terreno privilegiato tanto di verifica, quanto di proposta per un minimo di tutela comune al diritto penale moderno. Innegabile è ormai l'allargamento dell'azione della criminalità contemporanea al di là delle barriere formate da lingue, culture, religioni, popoli, che sono tradizionalmente segnate dai confini nazionali. Un processo nel quale un ruolo predominante hanno assunto le organizzazioni criminali, che sono meglio attrezzate per gestire la complessità dei traffici illeciti su scala internazionale. D'altra parte, le scelte di politica criminale in materia di reati associativi rappresentano da tempo un settore cruciale per verificare il rapporto autorità-libertà nei sistemi penale nazionali: una problematica che, se proiettata in una dimensione sovranazionale, può solo accrescersi di significativo. (...) Analoghi motivi di interesse hanno indotto a scegliere proprio l'organizzazione criminale fra i modelli di incriminazione sovranazionale, che sono stati proposti a conclusione del "Progetto comune europeo di contrasto alla criminalità organizzata". Si tratta di una recente esperienza di ricerca comparata, in cui dopo una prima analisi delle esperienze normative, teoriche ed applicative maturate in Italia, Germania e Spagna sul tema del crimine organizzato, in una prospettiva politico-criminale è stato messo a punto e discusso un nucleo comune a livello europeo di norme penali in materia*». (MILITELLO, Vincenzo. **Partecipazione all'organizzazione criminale e standards internazionali d'incriminazione: la proposta del Progetto comune europeo di contrasto alla criminalità organizzata.** In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, vol. 46, fasc. 1/2, jan./jun. 2003. Milano, p. 185-186).

[209] In questo senso, sottolinea B. SOUSA SANTOS che «*estamos hoje a assistir a globalização do Direito... Portanto, começa prevalecer a idéia de que o Direito já não é nacional, é transnacional e, naturalmente, tem a responder a toda uma emergência de negócios, de actividades económicas e sociais, lícitas e ilícitas, que têm lugar a nível transnacional*». (SANTOS, Boaventura Sousa. **Que formação para os Magistrados nos**

dias de hoje? In: Que formação para os Magistrados de hoje? Edição do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa, Editorial Minerva, 2000, p. 39). Ancora nella dottrina portoghese, che si è impegnata nell'elaborare le radici di un diritto penale economico e transnazionale, J. DE FARIA COSTA: «*A resposta à criminalidade, desde a gênese do actual Estado moderno, tem sido encabeçada unicamente pela própria estrutura e intencionalidade jurídico-política decorrentes, precisamente, desse mesmo Estado moderno. Sucede, porém, que a criminalidade económica – e só dessa agora curamos – tem cada vez menos um espaço, um território nacional, onde se desenvolva perpetre. Efetivamente, se até os anos oitenta essa mesma criminalidade já tinha plúrimos territórios onde se desenvolvia, hoje, está, cada vez mais, em lugar nenhum*». (COSTA, José de Faria. **O fenómeno da globalização e o Direito Penal económico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 9, n° 34, Abr./Jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 13-14). Adiante, J. DE FIGUEIREDO DIAS e M. DA COSTA ANDRADE, solo come complemento al tema del diritto penale economico, insegnano: «*O seu aparecimento tem sido marcado pelo imprevisto: o Direito Penal Económico, dum modo geral, alimenta-se das seqüelas das crises económicas ou dos afrontamentos bélicos. Deve mais à urgência duma mobilização para a guerra, para a reconstrução dos escombros, que à serena reflexão dos juristas. Até dentro das mesmas fronteiras o que acontece é que a teorização dos estudiosos se situa no tempo face a realidades jurídico-económicas profundamente diferentes, não conseguindo a dogmática lavar-se duas vezes na mesma água*». (DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Problemática geral das infrações contra a economia nacional**. In: PODVAL, Roberto (Org.). Temas de Direito Penal Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 67-8). Sullo stadio di trans nazionalità delle attività criminose organizzate, interessante passaggio di G. SCIACCHITANO: «*Oggi la criminalità organizzata ha però un'altra caratteristica: essa è spesso formata da gruppi di persone che appartengono non più alla stessa nazione, ma a nazioni diverse, addirittura ad etnie diverse, che si interessano contemporaneamente a molti trafficiilleciti ed operano contemporaneamente in più Stati; questi gruppi trovano la base dell'acordo unicamente nei grandi guadagni procurati dai diversi traffici: questo tipo di criminalità organizzata viene chiamata transnazionale. Nessun Paese infatti può affrontare da solo il fenomeno, proprio perché le varie fasi o i molti anelli della lunga catena si verificano in Paesi diversi anche molto lontani tra loro*». (SCIACCHITANO, Giusto. **La lotta alla criminalità organizzatà elemento essenziale della società civile.** In: Revista da AJUFE, vol. 21, fasc. 72, 2002. Brasília, p. 41). Ancira su questo punto: «*Podemos afirmar sin riesgo a equivocarmos que el fenómeno de la globalización de los mercados, de la demanda de productos ilegales y del sistema financiero, es el elemento clave que ha atraído a las organizaciones criminales a superar el marco nacional y a realizar actividades a nivel internacional o transnacional. Es cierto que sólo algunos grupos criminales operan a nivel internacional, aunque también es evidente que existen conexiones entre los grupos que operana nivel nacional con aquellos con lo hacen a nivel internacional. En efecto, las posibilidades que ofrece la actuación transnacional han actuado como un imán que atrae a un número importante de grupos criminales que tradicionalmente operaban sobre todo a nivel nacional a adquirir una dimensión internacional. Podemos afirmar, con Bassiouni/Vetere, que la dimensión internacional del crimen organizado tiene un alcance sin precedentes*». (BLANCO CORDERO, Isidoro; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. **Principales instrumentos internacionales de Naciones Unidas y la Unión Europea relativos al crimen organizado : la definición de la participación en una organización criminal y los**

penale economico[211]), che attinge con forza i numeri dell'economia su scala globale,[212] e ha i suoi maggiori alleati stabiliti esattamente nella

---

problemas de aplicación de la ley penal en el espacio. In: Revista Penal, fasc. 6, jul. 2000. Barcelona, p. 4). Infine, di R. CERVINI: «*Hoy día son muy frecuentes los actos delictivos caracterizados por esa suerte de ubicuidad con que se despliega el proceso ejecutivo del delito que se sitúa en diferentes territorios nacionales. Es el caso de la nueva criminalidad organizada que causa la crisis de nuestra cultura socio-política, fenómeno no sólo internacionalizado, sino de características transnacionales.* ***Estra transnacionalización es, sin duda, el aspecto más importante, la nota más saliente de la criminalidad organizada contemporánea****, ante la cual los Estados aislados pueden verse reducidos a uma virtual impotencia. Así las cosas, los delitos financieros internacionales, los descalabros de bancos, los delitos tributarios, el quebrantamiento de disposiciones sobre moneda extranjera, el tráfico de armas, el narcontráfico y hasta el proprio blanqueo del <dinero sucio> producto de las actividades de estos grupos, como delitos a distancia, adquieren mayor grado de eficacia y estan màs a salvo de la acción del sistema penal*». (CERVINI, Raúl. **Tóxicos - criminalidad organizada: su dimensión econômica.** In: Actualidad Penal, fasc. 1, 1989. Madrid, p. 873-895).

[210] Nella dottrina portoghese, questa à l'indicazone data dall'autrice A. M. PINTO MIRANDA RODRIGUES: «*1. Neste quadro, é evidente que os sistemas penais, individualmente considerados, são inoperantes para responder ao desafio da criminalidade. Torna-se cada vez mais imperioso recorrer, no âmbito punitivo, à cooperação internacional. Neste sentido, o mundo "regionalizou-se" e nasceram vários espaços judiciários penais europeus. Não é mais possível conservar intactas as fronteiras jurídicas entre os Estados, quando, em muitos casos, os controles das fronteiras físicas desapareceram*». (RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. **Criminalidade organizada: que política criminal?** *In*: Estudos jurídicos de Coimbra. SILVA, Luciano Nascimento (Coord.). Curitiba: Juruá, 2007, pp. 94-95.) Nello stesso senso, merita trascrizione in testo di L. FLOSI: «*Come si è visto, la criminalità organizzata oggigiorno è internazionale e multinazionale nella sua attività criminale. Per avere successo, la guerra contro la criminalità organizzata dovrà essere internazionale. Non ci possiamo limitare alle frontiere nazionali per scoprire e perseguire le attività della criminalità organizzata: fare cosi significherebbe fallire. Dobbiamo costruire qualcosa servendoci dell'esperienza passata. Dobbiamo diffondere anche in altri paesi lo spirito di cooperazione, che ha avuto cosi tanto successo tra Italia e Stati Uniti. Solo in questo modo possiamo sperare di sconfiggere la minaccia della criminalità organizzata*». (FLOSI, Leone. **La dimensione internazionale della criminalità organizzata.** In: Forme di organizzazioni criminali e terrorismo. Milano: Giuffrè, 1988, p. 87.)

[211] Il diritto penale economico soffre costantemente ampliamenti e dinamizzazioni a partire da diversi studi, principalmente a partire da quelli diretti alla caratterizzazione tipologica dei reati fiscali. (Vedere studio di TIEDEMANN, Klaus. **Tecnica legislativa nel diritto penale economico**. Revista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia. Ano XIX, n. 1-2, 2006, p. 1) Questo perché i reati che prima erano elaborati rispetto ai beni giuridici individuali, ora (in un universo di verifica globalizzata, anche della materia penale) iniziarono ad esistere con un aspetto ben più ampio, permissivi alla protezione di beni giuridici diffusi, di aspetto collettivo,

spesso portando serie difficoltà quanto alla formalizzazione delle figure illecite tipiche. Secondo la dottrina straniera: «*El orden económico es objeto de protección en el Derecho penal económico. Pero hemos sostenido que ese orden económico tiene dos formas de manifestación: una estricta y una amplia. En sentido estricto, el orden económico ha de entenderse como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la económia. En sentido amplio, el orden económico es la regulación jurídica de la produción, distribuición y consumo de bienes y servicios*». (BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Centro de Estúdios Ramón Areces, 2001, p. 17) È in questo senso che «*a criminalidade refinada, técnica hábil, se desenvolveu paralelamente com o aumento da complexidade da vida moderna, especialmente no campo da economia*». (PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, pp. 4-5) Tuttavia, per quanto riguarda i principi che delineano la norma, esiste impossibilità di dissociazione tra questo settore di protezione penale economico e la regola criminale (cmune), tanto protettiva di beni individuali o collettivi, a pena di sostenere la sua incostituzionalità. Secondo J. DE FIGUEIREDO DIAS, «*a verdadeira característica do bem jurídico colectivo ou universal reside pois em que ele deve poder ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva ficar excluído desse gozo: nessa possibilidade de gozo reside o legítimo interesse na integridade do bem jurídico coletivo. (...) Nesta acepção os bens jurídicos devem gozar, face aos bens jurídicos individuais, de verdadeira autonomia. Autonomia que não é afectada mesmo que deva concluir-se que não existem bens jurídicos coletivos que não possuam um qualquer suporte em legítimos interesses individuais, por muito simples que eles se afigurem, como o mero prazer de contemplar o vôo e uma ave marinha. A relevância dos bens jurídicos coletivos – generosos, em nada egoístas – provirá precisamente da potencial multiplicação indeterminada de interesses de toda e qualquer pessoa, se bem que não individualizáveis em concreto*.» (DIAS, Jorge de Figueiredo. **O papel do Direito Penal na proteção das gerações futuras**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Volume Comemorativo, n° 75. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2003, pp. 1131-2.) Come complemento a quest'idea si propone la citazione di F. ARGIRÒ, a partire dalla seguente linea: «*Stando ai principi di legalità e frammentarietà dell'illecito penale, non costituisce, infatti, reato ogni comportamento genericamente diretto alla lesione od alla messa in pericolo di um dato bene giuridico, sibbene quelle sole condotte che abbiano concretizzato determinate modalità di offesa, espressamente tipizzate dal legislatore*.» (ARGIRÒ, Flavio. **Note dommatiche e politico-criminali sulla configurabilità del concorso esterno nel reato di associazione di stampo mafioso**. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Fasc. 3, luglio-settembre de 2003, Ano XLVI. Milano: Giuffrè, 2003 [pp. 768-808], pp. 787).

[212] Perché si abbia una nozione di questo studio, si trascrive la seguente dottrina: «*... la letteratura economica ha una visione unanime nel sostenere che la presenza di organizzazioni criminali in una certa area territoriale ostacoli lo sviluppo economico della stessa, dato che le attività imprenditoriali, seppur in modo e misura diversi, vengono penalizzate. Su tale punto scrivono Felli e Tria (2000, p. 84): "L'attività della Mafia nei mercati legittimi 'spiazza' i rivali imponendo in numerose industrie barriere all'entrata effetive, sia nei mercati dei prodotti, sia in quello del lavoro. Sotto molti aspetti, questi mercati sono di gran lunga meno contendibili nelle regioni colpite dal crimine organizzatopiuttosto che nelle altre. In alcuni casi estremi, nei quali la Mafia riece a*

velocità dei mezzi di comunicazione e nelle facilitazioni portate dall'ordine globalizzato tra le Nazioni.[213] Basta immaginare il risparmio di tempo e spazio che gli strumenti di *internet* hanno portato con la comunicazione elettronica, e come questa facilitazione può essere utilizzata per la pratica di transazioni economiche[214] illecite in tutto il mondo.[215]

---

controllare sia il lato dell'offerta, sia quello della domanda dei beni forniti dello Stato, i mercati – sia il mercato della corruzione, sia quelli normali – sono soppressi e si afferma un'organizzazione economica gerarchica, nella quale imprese esterne al cartello o gli entranti potenziali, sono costretti a fronteggiare costi di transazione molto elevati. Questo ambiente istituzionale è una fonte di ineficienza e di bassa crescita di produtività». (CENTORRINO, Mario; OFRIA, Ferdinando. **L'impatto criminale sulla produttività del settore privato dell'economia**. Milano: Giuffrè, 2001, p. 67-68).

[213] Nelle parole di M. DONINI: «*Il termine globalizzazione, com'è noto, è usato nei significati più diversi. L'accezione nella quale preferisco adottare la categoria, in questo scritto, è quella di um fenomeno di diffusione su scala mondiale, non più divisa in blocchi (per es. occidentale/orientale, capitalista/comunista), di scambi, decisioni, mutamenti e modelli economici e d'informazione in rete, di espansione di culture e ideologie ormai 'deterritorializzate' che – nell'essenza di un visibile e unitario attore politico a cui imputarne la regia – si sovrappongo alle regioni della politica, lê quale rischiano di restare regionali e settoriali. (...) L'esigenza specifica di un diritto della globalizzazione discende evidentemente dell'estensione mondiale del fenomeni regolati, e nel caso del diritto penale, dall'interrelazione sovrastuale dei mercati di taluni tipi di criminalità, rispetto alla quale la risposta tradizionale di tipo nazionalistico appare del tutto inadeguata*.» (DONINI, Massimo. **Un novo medievo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del Diritto Penale economico**. *In*: FOFFANI, Luigi. Diritto Penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI Secolo. Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92 compleanno. Milano: Giuffrè, 2006, p. 69).

[214] In merito alla verifica della *criminalità organizzata* e al tema dei reati economici, possiamo riferire, a titolo di esempio, i seguenti testi: MUÑOZ CONDE, Francisco. **¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?** *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología.* Madrid, pp. 501-531, nov. 2000; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **Los tipos penales relacionados con el crimen organizado**. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Coord.). **El crimen organizado**. Buenos Aires: Depalma, 2005; RINALDI, Stanislao. **Mafia, economia, istituzioni : appunti di lavoro.** In: Il diritto e la differenza. DE GIORGI, Raffaele (Org.). Lecce: Pensa Multimedia, 2002, p. 437-473; CENTORRINO, Mario; OFRIA, Ferdinando. **L'impatto criminale sulla produttività del settore privato dell'economia**. Milano: Giuffrè, 2001; COSTA, José de Faria. **O**

fenómeno da globalização e o Direito Penal económico. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 9, n° 34, Abr./Jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; DI LORETO, Gian Paolo. **Un approccio critico al crimine transnazionale.** In: Rassegna Italiana di Criminologia, vol. 16, fasc. 1, jan. 2005. Milano; DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Problemática geral das infrações contra a economia nacional**. *In*: PODVAL, Roberto (Org.). Temas de Direito Penal Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; DONINI, Massimo. **Un novo medievo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del Diritto Penale economico**. *In*: FOFFANI, Luigi. *Diritto Penale comparato, europeo e internazionale*: prospettive per il XXI Secolo. Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92 compleanno. Milano: Giuffrè, 2006; PLANET ROBLES, Sílvia. **Políticas de seguridad y prevención en el estado español en materia de delincuencia organizada.** In: La seguridad en la sociedad del riesgo. DA AGRA, Cândido (Org.). Barcelona: Atelier, 2003; RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. **Criminalidade organizada: que política criminal?** *In*: Estudos jurídicos de Coimbra. SILVA, Luciano Nascimento (Coord.). Curitiba: Juruá, 2007; TIEDEMANN, Klaus. **Tecnica legislativa nel diritto penale economico**. Revista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia. Ano XIX, n. 1-2, 2006; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crime organizado: uma categorização frustrada**. *In*: Discursos Sediciosos: crime, direito, sociedade. Instituto Carioca de Criminologia. Ano I, n.° 1, jan./jun. de 1996. Rio de Janeiro: Relume Dumará [pp. 45-67]; REALE JÚNIOR, Miguel. **Crime organizado e crime econômico.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 4, fasc. 13, jan./mar. 1996. São Paulo, p. 182-190; ESTELLITA, Heloisa. **Criminalidade de empresa, Quadrilha e Organização Criminosa**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; MUSACCHIO, Vincenzo. **Derecho penal económico, criminalidad organizada y Unión Europea.** *In*: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 14, fasc. 60, maio/jun. 2006. São Paulo, p. 208-222; KINZIG, Jörg. **La criminalità organizzata e le sue infiltrazioni nella politica, nell'economia e nella giustizia in Germânia.** *In*: Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale. MILITELLO, Vincenzo, PAOLI, Letizia, ARNOLD, Jörg (Orgs.). Milano/Freiburg im Breisgau: Giuffrè/Edition Iuscrim, 2000, p. 267-271; MILITELLO, Vincenzo. **Partecipazione all'organizzazione criminale e standards internazionali d'incriminazione: la proposta del Progetto comune europeo di contrasto alla criminalità organizzata.** *In*: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, vol. 46, fasc. 1/2, jan./jun. 2003. Milano, p. 184-223.

[215] I reati informatici sono sempre più legati al senso che viene attribuito alla criminalità organizzata. In questo senso: «*Il crimine, ed in particolare il crimine organizzato, appare sempre più impegnato in alcune attività (che vanno dal traffico di armi ed esseri umani ai computer crimes, dalla corruzione su vasta scala al terrorismo, fino ad arrivare alla ormai « classica » fattispecie costituita dal traffico di droga e dal riciclaggio dei proventi da esso ricavati) che oltre ad avere un crescente grado di intensità e sofisticatezza sono transnazionali, vale a dire caratterizzate da uno scenario operativo (sia per quanto riguarda gli attori, sia per l'azione, sia per le conseguenze della stessa) geograficamente ed economicamente globale, o quanto meno non più limitato ad un solo Stato. Questo trend, che per certi versi rappresenta una minaccia persino per le strutture democratiche ed il sistema economico delle entità statuali (Williams, 1994; Shelley, 1995; Lupsha, 1996), tende a far apparire la criminalità transnazionale come un fenomeno complesso, non solo per la varietà e*

E, per rendere possibile lo sfruttamento di un concetto su scala mondiale, il Trattato portò in dibattito la creazione di una definizione ampia, assolutamente aperta,[216] ma che serva ad orientare le legislazioni di vari paesi-membri: quella del «gruppo criminoso organizzato», la cui stesura fu così determinata nell'Articolo 2:

> «Per gli effetti della presente Convenzione, s'intende con: a) 'Gruppo criminoso organizzato' — gruppo strutturato di tre o più persone, esistente da tempo e che attua in maniera concertata con il proposito di commettere una o più infrazioni gravi o enunciate nella presente convenzione, allo scopo di ottenere, direttamente o indirettamente, beneficio economico o un altro beneficio materiale».

Anche questa definizione, salvo il miglior giudizio, non soddisfa la nozione di certezza quanto all'azione dell'*organizzazione criminosa*, considerando che, in una maniera diretta, si può affermare

---

per l'ampiezza delle figure di reato che ad esso accedono, quanto per la conessione con una serie di dinamiche riferibili ad un mondo caratterizzato da sempre maggiore interdipendenza economica e mobilitá di persone, beni, capitali attraverso le frontiere nazionali, a cui stenta ad accodarsi una corrispondente crescita ed adeguamento di misure giurisdizionali condivise ed efficaci». (DI LORETO, Gian Paolo. **Un approccio critico al crimine transnazionale.** In: Rassegna Italiana di Criminologia, vol. 16, fasc. 1, jan. 2005. Milano, pp. 29-30).

[216] Prima di ciò, l'Europa aveva già aperto la discussione sulle definizioni relative alla criminalità organizzata in un altro Trattato, d'accordo con il testo di L. FOFFANI: «"*Criminalidad organizada" es el nombre, con más carga sugestiva que efectivo significado semántico, del nuevo "fantasma" que se cierne sobre Europa a las puertas del siglo XXI: Hasta qué punto este fantasma se há "corporeizado" y se ha hecho inquietante en los países de ámbito europeo se ha hecho evidente ya al más alto nivel normativo, en los objetivos que los gobiernos europeos se han fijado en el Tratado de Amsterdam, a través del cual el concepto de criminalidad organizada ha entrado oficialmente a formar parte del léxico normativo de la Unión Europea por primera vez. Efectivamente, la atención que le brinda este texto no es casual, ya que precisamente este conjunto normativo – es decir, el Tratado de la Unión Europea - demuestra que, en el ámbito supranacional, la atención institucional sobre el tema de la "lucha contra la criminalidad organizada" se ha situado precisamente en el contexto de la formación del mercado único europeo y de la adopción de la moneda única: es decir, en los dos acontecimientos que en mayor medida han marcado las instituciones de la economia europea de la segunda mitad del siglo XX*». (FOFFANI, Luigi. **Criminalidad organizada y criminalidad econômica.** In: Revista Penal, fasc. 7, jan. 2001. Barcelona, p. 55).

che il reato di formazione di *gruppo o banda*, se percepito in alcune situazioni di ottenimento di beneficio economico, si adatta ai parametri di quello che la Convenzione ha trattato come un «gruppo criminoso organizzato».[217] Per quanto il Trattato spieghi il concetto, si

---

[217] A. PECCIOLI sottolinea alcune questioni sul tema nella dottrina italiana — tanto abituata al dibattito di questo argomento, principalmente a partire dalle nozioni di lotta ai gruppi criminosi affiorati in territorio italiano, in innumerevoli operazioni, con o senza risultato, la più importante delle quali è stata «l'operazione mani pulite» — tratando das características: «*Il disvalore penale delle organizzazioni è incentrato, in primo luogo, sulla creazione di una struttura composta da tre o più persone e con un'articolazione interna dei compiti (l'articolazione interna dei ruoli è il requisito, assente nella Convenzione ONU e nell'azione comune, idoneo a garantire la sopravvivenza della complessa struttura di un'organizzazione la cui attività criminosa ha una dimensione transnazionale) e, in secondo luogo, sulla finalizzazione alla realizzazione di diverse tipologie di gravi reati, la cui individuazione in concreto viene lasciata alla discrecionalità dei singoli ordinamenti. Diversamente dalla Convenzione ONU e dall'azione comune il progetto ha il pregio di indicare espresamente i requisiti minimi della condotta di partecipazione in conformità con gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali italiani: dal punto di vista materiale, il contributo partecipativo debe essere continuato nel tempo, finalizzato ad aiutare e a sostenere l'organizzazione nel suo complesso e non i singoli appartenenti e, dal punto di vista dell'elemento soggettivo, deve essere sorretto dall'animus socii e non necesariamente dal dolo dei singoli reati scopo*». (PECCIOLI, Annamaria. **Unione Europea e Criminalità Transnazionale. Nuovi sviluppi**. Torino: G. Giappichelli, 2005, p. 145-146). Ainda, podemos verificar no texto de V. MILITELLO: «*La formula adottata in relazione all'atro elemento normativo richiamato dalla norma, la definizione di "gruppo strutturato", risulta invece non altrettanto determinata, in quanto si esclude solo l'ipotesi estrema che il gruppo sia "casualmente formato per la commissione immediata di un reato". Si potrebbe allora pensare che si sia con ciò inteso limitare la portata del riferimento alle situazioni in cui il gruppo presenti una qualche stabilità dei componenti e nei rispettivi ruoli criminali. Ma ciò viene espressamente escluso: la norma specifica che "non è necessario che il gruppo abbia ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità dei partecipanti o una struttura sviluppata" (art. 2, lett. C). Si tratta di un importante punto distintivo rispetto ai requisiti richiesti in altri recenti documenti internazionali in materia: ad esempio, la prima risoluzione del già inizialmente richiamato Congresso dell'Association Internacional de Droit Pénal di Budapest del settembre 1999 richiede l'esistenza di una "organizzazione altamente strutturata". Un requisito che però restringe immotivamente la fenomenologia contemporanea del crimine organizzato. L'adozione di un rigido modello organizzativo è solo una possibilità, storicamente concretizzatasi in determinati contesti socio-geografici. Sarebbe però erroneo escludere la compresenza di aggregazioni mutevoli di soggetti in relazione alla tipologia di interessi criminali perseguiti, alla modilità dei gruppi sociali o etnici di riferimento, all'obiettivo di ostacolare una facile ricostruzione dall'esterno da parte degli organi inquirenti*». (MILITELLO, Vincenzo. **Partecipazione all'organizzazione criminale e standards internazionali d'incriminazione: la proposta del Progetto**

tratta solo di aiuto interpretativo dello stesso strumento.[218] Come si è già detto, questa definizione non osserva i requisiti di complessità peculiare per differenziare, ad esempio, l'*organizzazione criminosa* da *gruppo o banda*.

---

comune europeo di contrasto alla criminalità organizzata. In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, vol. 46, fasc. 1/2, jan./jun. 2003. Milano, p. 189-190).

[218] Vediamo qui il riferimento fatto da S. PLANET ROBLES: «*Uno de los principales problemas que surge en el estudio de la delincuencia organizada es la dificultad de definir este concepto caracterizado por su ambigüedad, a pesar de los esfuerzos por ofrecer una definición que abarque los diversos factores que la componen y dad su conceptualización multidisciplinar: jurídica, sociológica, criminológica, etc. No obstante lo anterior, existen numerosas definiciones que no podrán analizarse en este estudio ya que no es el objeto principal y porque sobre este tema se han escrito obras que tratan rigurosamente esta cuestión que todavía hoy día plantea muchos debates y reflexiones. Por lo tanto, nuestro punto de partida será la definición jurídico-positiva de este concepto que fue introducido en el ordenamiento jurídico español por la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero de 1999, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves. Esta ley responde a las previsiones de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha Viena el 20 de diciembre de 1988, dónde se requería a las partes firmantes que adoptaran de acuerdo con su régimen jurídico interno, las medidas legales y administrativas necesarias para hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos que en este ámbito tuvieran una proyección internacional. La LO 5/1999, también se caracteriza por introducir mejoras en la técnica legislativa en materia de entregas vigiladas y regular ex novo la figura del agente encubierto, sólo para temas de delincuencia organizada. El artículo 282 bis que se introduce en la ley de enjuiciamiento criminal, establece la definición procesal del concepto delincuencia organizada, considerando como tal <la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos delitos>, y acto seguido el texto legal hace una enumeración que para algunos autores constituye un listado numerus clausus (Gascón, 2001, 136). Esta definición coincide en esencia con la formulada en la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, adoptada en Palermo en noviembre del 2000. No obstante, hay que destacar que la Convención de Palermo, a diferencia de la definición jurídico-procesal española, no la vincula a determinadas actividades ilegales sino que define los elementos comunes a la mayoría de las organizaciones que podrán ser consideradas delincuencia organizada (Rubio, 2001, 96)*». (PLANET ROBLES, Sílvia. **Políticas de seguridad y prevención en el estado español en materia de delincuencia organizada.** In: La seguridad en la sociedad del riesgo. DA AGRA, Cândido (Org.). Barcelona: Atelier, 2003, p. 164-165).

Di fatto, in Brasile, la giurisprudenza[219] iniziò ad adottare questo concetto di «gruppo criminoso organizzato» per applicare le misure di repressione al crimine organizzato, portate già dalle già analizzate Leggi n° 9.034/95 (che ha disposto dell'utilizzo di mezzi operativi per la prevenzione e la repressione di azioni praticate da organizzazioni criminose) e 10.271/2001 (in cui la *criminalità organizzata* è stata equiparata all'associazione criminosa di qualsiasi tipo), esistendo un vero insieme di legislazioni speciali quando si cerca l'applicazione di questa specie di criminalità associativa.[220]

Per avere un'idea della maniera in cui il tema del *crimine organizzato* è stato applicato dai Tribunali del Brasile, si trascrive qui la

---

[219] Solo una nota di G. ZAGREBELSKY: «*Viene qui naturale la contrapposizione, del più profondo significato originario si è persa oggi la percezione, tra 'scientia juris' e 'juris prudentia', la prima come razionalità formale, la seconda come razionalità materiale, orientata cioè ai contenuti. Aristotelicamente, 'episteme' contro 'phronesis'; scolasticamente, 'ratio speculativa' contro 'ratio practica'. Mentre il criterio delle prime è l'opposizione qualitativa vero-falso, tutto-niente, delle seconde è una progressione quantitativa dal meno al più opportuno, dal meno al più adequato e dal meno al più produttivo. Sono due mentalità che si confrontano in generale. Nel linguaggio oggi corrente, questa attenzione al possibile, nella realizzazione dei principî, si denomina <ragionevolezza>: una discutibile espressione per indicare cio che classicamente si indicava come la <prudenza> nella tradizione del diritto*». (ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il Diritto Mite**. Legge, diritti, giustizia. Torino: Einaudi, 1992, p. 168).

[220] In questo senso, la decisione del Tribunale Regionale Federale della 4ª Regione: PROFESSORA, POR FAVOR TRADUZA ESSA DECISÃO DO TRF/4ª REGIÃO, ASSIM COMO SE FEZ EM RELAÇÃO ÀQUELAS QUE ESTÃO LANÇADAS NO CORPO DO TEXTO. «*PENALE. PROCESSUALE. CONFLITTO DI COMPETENZA. ORGANIZZAZIONE CRIMINOSA. TERMINOLOGIA. RISOLUZIONE Nº 42/2006. — Il concetto di "organizzazione criminosa" ai fini della Risoluzione nº 42/2006 di questa Corte è stato concepito dalla Convenzione delle Naizoni Unite contro il Crimine Organizzato Transnazionale/2000 nel suo articolo 2º, "terminologia" (Decreto nº 5.015/2004)*». (Tribunale Regionale Federale della 4ª Regione — Conflitto di competenza nº 2007.04.00.003565-3/RS — Relatore Giudice d'Appello Federale LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO — Quarta Sezione — Decisione pubblicata: Diario di Giustizia del 07/05/2007).

recente decisione del Tribunale Regionale Federale della 4ª Regione (Corte Federale della Regione Sud del Brasile, la cui competenza abbraccia gli Stati federativi di Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná), indicando, giustamente, la possibilità di applicazione di tutti i meccanismi processuali d'investigazione e d'indurimento sanzionatorio della Legge n° 9.034/95, nella misura in cui, a partire dalla ratifica delle determinazioni della Convenzione di Palermo, iniziò ad esistere nel campo legislativo dello Stato brasiliano una definizione di *criminalità organizzata*:

> «(...) 5. Nonostante non sia stato tipificato il reato autonomo di associazione criminosa, come raccomanda l'articolo 5º della Convenzione delle Nazioni Unite contro il Crimine Organizzato Transnazionale, introdotto nel nostro ordine giuridico dal Decreto 5.015/2004, l'articolo 2º della Convenzione di Palermo definisce, indubitabilmente, gruppo criminoso organizzato come quello "strutturato di tre o più persone, esistente da qualche tempo e che attua in maniera concertata con il proposito di commettere una o più infrazioni gravi enunciate nella presente convenzione, allo scopo di ottenere, direttamente o indirettamente, un beneficio economico o un altro beneficio materiale, considerando che il concetto di infrazione grave dato dalla Convenzione corrisponde a quell'atto che costituisca infrazione punibile con una pena detentiva, il cui massimo non sia inferiore a quattro anni o con una pena superiore ".
>
> 6. Considerando che l'Egregio Superiore Tribunale di Giustizia (HC 77771/SP, Relª. Ministro Laurita Vaz, Quinta Classe, DJe 22-09-2008) considera che la "capitolazione della condotta nel comma VII dell'art. 1.º della Legge n.º 9.613/98, che non richiede nessun reato precedente specifico per l'effetto della configurazione del reato di lavaggio di denaro sporco, bastando che sia praticato da un'organizzazione criminosa, disciplinata nell'art. 1.º della Legge n.º 9.034/95, con la stesura data dalla legge n.º 10.217/2001, c.c. il Decreto Legislativo n.° 231, del 29 maggio 2003, che ha ratificato la Convenzione delle Nazioni Unite contro il Crimine Organizzato Transnazionale, promulgata dal Decreto n.º 5.015, del 12 marzo 2004", è obbligatorio concludere che la commissione di qualsiasi infrazione(i) grave(i), reati con una pena massimo superiore a quattro anni di reclusione, da parte di tre o più persone, strutturate

da qualche tempo, configura il reato precedente al lavaggio di denaro sporco previsto dal comma VII dell'articolo 1º della Legge nº 9.613/98.

7. Non si parla di incostituzionalità del comma VII dell'articolo 1º della Legge sul Lavaggio, per quanto, a dispetto del fatto che questo dispositivo include qualsiasi reato nella lista di reati precedenti, l'elemento normativo organizzazione criminosa è stato debitamente incorporato all'ordinamento giuridico nazionale nel modo previsto dalla Costituzione della Repubblica (art. 49, I e art. 84, IV e VIII). In questo modo, la repressione degli effetti nefasti del lavaggio di denaro sporco ottiene lo spazio necessario per disidratare, in un unico momento, il patrimonio di potenti gruppi criminosi, così come fornire alla società brasiliana il diritto fondamentale alla pubblica sicurezza, , previsto nell'art. 144 da CF». (Tribunale Regionale Federale della 4ª Regione — Appello Penale n° 2006.71.00.032684-2/RS — Ottava Classe — Relatore Giud. Federale PAULO AFONSO BRUM VAZ — Pubblicazione della decisione: Diario di Giustizia del 22/07/2009.)

A volte, l'utilizzo di un concetto differenziato, com'è il caso della definizione di «gruppo criminoso organizzato», può provocare confusione anche nell'ambito di decisione dei Tribunali federali del Brasile, come si percepisce dalla mistura dei concetti tra *crimine organizzato* e *formazione di gruppo*:

«(...) Infine, non meno importante è il fatto che, il 03/4/09, fu preso in flagrante (...) per la pratica, anche, del reato di traffico internazionale di armi (pag. 76-80), il che dimostra ancora che il gruppo criminoso si addentra anche nell'ambito di questo tipo di reato, oltre al traffico di droghe propriamente detto.
Si conclude, pertanto, che esistono forti indizi del fatto che i rappresentati integrano il crimine organizzato, formando un vero gruppo per le pratiche dei reati indicati nella rappresentazione di polizia ». (Tribunale Regionale Federale della 4ª Regione — *habeas corpus* nº 2009.04.00.015277-0/PR — Settima Classe — Rel. Giud. Federale NÉFI CORDEIRO — Decisione pubblicata: Diario di Giustizia del 13/05/2009).

Nell'ambito dottrinario brasiliano, il concetto ha ricevuto severe critiche, principalmente in ragione dell'apertura semantica dell'espressione *criminalità organizzata*, che abbraccerebbe innumerevoli situazioni che, se verificate con totale cautela, non farebbero parte di un ambito d'imputazione penale. In questo senso, L. FELDENS ha riferito che «subito si percepisce che il criterio che sostiene la competenza speciale, differentemente da quanto si verifica di regola, non si è fatto concentrare in un dato oggettivo, nel rispetto del bene o dell'interesse pubblico toccato, se non che risiede in un predicato esterno all'infrazione penale, allusivo al livello associativo che vincola i suoi autori: si deve trattare di un'**organizzazione criminosa.** Si deve costatare, su questo tono, che la terminologia impiegata si presta ad articolazioni dialettiche parecchio ampie. La sua apertura semantica permette che s'inquadrino nei suoi domini testuali tante situazioni quante da essa se ne allontanino, tutto a seconda dei preconcetti utilizzati per la caratterizzazione di ognuno degli elementi che servano alla sua configurazione concettuale. (...) Se il concetto normativo di "organizzazioni criminose", in quanto edificato internazionalmente e multi lateralmente, non può più avanzare, tutto indica che la sua operazionalizzazione nell'ambito del Diritto interno meriti un'aggiudicazione nel senso che gli garantisca applicabilità. Ad ogni modo, questo compito dovrebbe iniziare con il confronto del concetto con altri parametri normativi già esistenti che servano come riferimento (positivo o negativo). In questo contesto, e già allo scopo di produrre un "possibile senso" per l'espressione analizzata, un'ipotesi deve essere immediatamente contestata. Precisamente quella che induca sinonimia tra i reati di gruppo o banda (art. 288 do CP) o di associazione per il traffico di stupefacenti (art. 35 da Lei nº 11.343/2006) e il concetto stabilito dalla Convenzione di Palermo. Non esiste, in questo caso, relazione di giustapposizione. Non fosse che per il fatto che, se esistesse, sarebbe inutile all'incorporazione del documento internazionale al Diritto interno. Inoltre, se a prima vista saremmo autorizzati a cogitare che ogni "organizzazione criminosa" costituisce, in tesi, un gruppo o una banda, il fatto è che

non ogni banda o gruppo configura di per sé, una "organizzazione criminosa».[221] In questo modo, anche se si è ottenuto un concetto prima assente nella norma speciale brasiliana, attraverso l'inserimento del «gruppo criminoso organizzato», gli operatori di Diritto devono fare attenzione nell'utilizzo ampio del concetto, per evitare la banalizzazione nell'applicazione delle misure processuali e repressive delle legislazioni di lotta al crimine organizzato, nella misura in cui, a volte, l'associazione tra agenti denota una specie di reato più blando, come quello della *formazione di gruppo*, ad esempio, descritta nell'art. 288 del Codice Penale, la cui pena è da 1 a 3 anni di reclusione, non avendosi possibilità di un'imputazione più severa, sollevando il cittadino da un'ingiustizia nell'ambito dell'attuazione penale.[222]

---

[221] FELDENS, Luciano. **Organizações criminosas como critério determinante de competência jurisdicional: problemas à vista**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 14, n. 170, p. 13-14, jan. 2007, p. 13.

[222] Nella dottrina, autori brasiliani indicano il pericolo di tali confusioni, anche avvertendo in merito al costante utilizzo del reato di gruppo nelle denunce realizzate dal Pubblico Ministero, imputando agli amministratori di imprese la pratica di questo illecito indiscriminatamente, come la costituzione dell'impresa, di per sé, fosse il vincolo di permanenza necessario alla caratterizzazione del reato: «*Tem sido freqüente a orientação do Ministério Público, federal e estadual, de agregar o tipo do art. 288, CP, ao lado da atribuição de determinados ilícitos de autoria coletiva. Nos chamados crimes societários e, em particular nas hipóteses típicas da Lei nº 7.492/86 e da Lei nº 8.137/90, o acusador parte do pressuposto factual de que o número de quatro ou mais pessoas (diretores, gerentes etc.) por si mesmo é suficiente para a caracterização de um grave delito contra a paz pública. Como é notório, o impacto social provocado pela criminalidade organizada nos grandes centros urbanos dos últimos anos, envolvendo o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e drogas afins, a atuação dos grupos de extermínio e as chacinas, além de outros eventos similares de violência e terror, provocam o sentimento coletivo de insegurança. Surge, então, uma nova fisionomia social da quadrilha ou bando. Entre os principais efeitos dessa mutação podem ser destacados:* ***a)*** *o significativo aumento da pena privativa de liberdade, servindo de exemplos a Lei nº 6.368/76(2) (entorpecentes)(3) e na Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos);* ***b)*** *a possibilidade da prisão temporária (Lei nº 7.960/89);* ***c)*** *a restrição ou a supressão de garantias individuais nos meios operacionais de investigação e colheita de provas, proibição de apelar em liberdade e início do cumprimento da pena em regime fechado (Lei nº 9.034/95, sobre organizações criminosas);* ***d)*** *é um dos delitos*

Il compito di scegliere quale tecnica legislativa utilizzare, principalmente quando si tratta di contorni di definizione per un fenomeno associativo che ha già ricevuto, in legislazioni precedenti, molte considerazioni, si dimostra essenziale per garantire la forza di una norma adeguata ai dettami costituzionali, considerando che «il problema della tipicità nei reati economici appare, quindi, in tutta la sua complessità», facendo in modo che, effettivamente, il legislatore debba essere «più che un sociologo, più che un osservatore astuto della realtà del mezzo sociale».[223] Nelle parole di M. P. PIMENTEL: «Deve ir além, buscando nessa realidade fática o substancial 'dever ser' para tornar efetiva a tutela dos bens e interesses considerados relevantes».[224] [225] Tuttavia, per questo, si deve, essere attenti agli elementi essenziali della costruzione del tipo penale, per non commettere eccessi nella determinazione delle sanzioni, o

---

antecedentes do crime de lavagem de dinheiro (cf. Lei nº 9.613/98, art. 1º, VII). 3. Além dessas situações, a compreensão popular do fenômeno da quadrilha ou bando está igualmente vinculada a delitos especialmente graves como homicídio qualificado, roubo, latrocínio e seqüestro. A mídia impressa ou eletrônica se encarrega de ampliar o impacto dos episódios denunciados. Aliás, essa parceria entre o Ministério Público e a imprensa tem sido freqüentemente percebida quando os meios de comunicação publicam documentos submetidos por decisão judicial a sigilo ou ao exame de medidas cautelares (busca e apreensão, indisponibilidade de bens etc.) ou denúncia criminal, com detalhes quanto aos fatos e à tipificação antes mesmo de sua distribuição ao juízo competente. Cria-se com esse tipo de inconfidência forense um formidável paradoxo: o público toma conhecimento de elementos da acusação e de sua apresentação formal antes do magistrado ao qual a Constituição e a legislação atribuem o exercício do controle das atividades de investigação, das providências de cautela e dos termos da denúncia». (DOTTI, René Ariel. **Um bando de denúncias por quadrilha**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 174, p. 6-8, maio 2007).

[223] PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 37.

[224] Traduzione in lingua italiana: «Deve andare oltre, cercando in questa realtà di fatto, il sostanziale 'dover essere' per rendere effettiva la tutela dei beni e degli interessi considerati rilevanti».

[225] PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 38.

anche violazioni alle regole costituzionali di garanzia della legge intellegibile, esatta, dai precetti definiti e coerenti con le realtà degli stessi beni giuridici protetti, allontanata dall'indesiderabile apertura delle sue incriminazioni.[226] Quando s'implementa solo un concetto elaborato nell'ambito internazionale, nel caso a partire dalla Convenzione di Palermo, senza tracciare i limiti che il contesto sociale del paese esige, il pericolo è quello dell'imputazione eccessiva per casi semplici, rendendo l'emergenza[227] alla ricerca di un concetto in una forma di arbitrio.[228]

---

[226] Importante critica è realizzata dalla dottrina italiana, anche sul vettore costituzionale, nel seguente senso: «*Il reato associativo, quale modello criminoso tipicament strumentale alla repression di forme di criminalità collettiva, solleva- com'è noto – problematiche complesse sotto svariati profili: dalla sua giustificazione politico-criminale alla sua legittimità costituzionale; dalla sua composizione strutturale al suo accertamento probatorio.* ***a)*** *Dal punto di vista politico-criminale, la fattispecie associativa assolve, quantomeno in linea teorica, una funzione di anticipazione della tutela penale: incriminando l'associazione in sé, quale entità caratterizzata da speciale pericolosità, si tende a scongiurare il pericolo che vengano lesi i singoli beni aggrediti dai reati-scopo oggetto del programma criminoso degli associati. Se è pacifica questa funzione di protezione anticipata, costituisce invece ancora oggi oggetto di disputa dogmatica il seguente dilemma: se la proiezione offensiva del reato associativo si esaurisca nella esposizione a pericolo dei beni (finali) coinvolti dai reati programmati, o piuttosto sfoci altresì nell'offesa di un bene specifico e autonomo, tradizionalmente individuato nell'ordine pubblico. (...)* ***b)*** *Sul versante costituzionale, la fattispecie associativa è sospettabile di incostituzionalità sotto un quadruplice punto di vista: i) della sua compatibilità con la libertà costituzionale di associazione: ii) del rispetto del principio di tassatività, nonché degli ulteriori due princípi di: iii) offensività e iv) personalità della responsabilitá penale*». (FIANDACA, Giovanni. **Criminalità organizzata e controllo penale.** In: L'indice Penale, vol. 25, fasc. 1, jan./abr. 1991. Padova: p. 14-16.)

[227] Su questo punto: PAVARINI, Massimo. **Per aprire un dibattito su criminalità organizzata e legislazione di emergenza.** In: Dei Delitti e delle Pene, fasc. 3, dez. 1992. Torino, p. 31-38.

[228] Relativamente a questo punto, ci si deve riferire al denominato «efficientismo» penale, nelle parole di A. BARATTA: «*O eficientismo penal é uma nova forma do direito penal da emergência, que é a doença crônica que sempre molestou a vida do direito penal moderno. Apesar da especificidade dos conflitos que existem nos distintos países europeus e americanos, o eficientismo penal corresponde a um denominador comum da potencialidade de*

Nel prossimo capitolo, sarà aperto lo spazio solo per una semplice analisi più dettagliata della legislazione italiana di lotta alle azioni della mafia, perché si possa, infine, nell'ultima fase del presente studio, verificare eventuale sfruttamento di alcune circostanze della norma peninsulare di fronte alla costruzione legislativa immaginata per il Brasile.

3 Brevi note conclusive.

In Brasile, il concetto di *crimine organizzato*, o *gruppo criminoso organizzato*, portato dalla Convenzione di Palermo, è adottato come strumento caratterizzante di quest'attività illecita, per quanto abbia ricevuto diverse critiche, principalmente in ragione dell'apertura

---

conflitos que pode ser localizado numa dupla crise. Em primeiro lugar, uma crise do sistema econômico-social, que emerge dos problemas derivados da globalização e da condução neoliberal do mercado. Em segundo lugar, uma crise da política, dos partidos, dos sistemas representativos: a potencialidade de conflitos que aumenta devido às distorções do desenvolvimento não encontra mediação suficiente no sistema político. A polarização social e a concorrência entre grupos poderosos, a fraqueza do Estado frente a esses fenômenos, criam exigências disciplinárias e de legitimação dos equilíbrios do poder, das quais o sistema penal se apropria. O direito penal não é mais a extrema mas sim a prima ratio para uma nova solução dos problemas sociais, que é, ao mesmo tempo , repressora (com o aumento da população carcerária e a elevação das penas em muitos países) e simbólica (com o recurso às leis manifestos, com o qual a classe política tenta recuperar perante a opinião pública a legitimidade perdida, acolhendo a sua demanda por aumento da penalidade). Nesse processo, o eficientismo penal tenta tornar mais eficaz e mais rápida a resposta penal, inclusive renunciando ao respeito às garantias substanciais e processuais, definidas na tradição do direito penal liberal, pelas Constituições e convenções internacionais. Em relação à função punitiva, a diminuição dos níveis das garantias jurídicas afeta em particular o equilíbrio entre a verdade substancial e a verdade processual, com um retorno às formas pré-modernas: o processo cria a prova, o processo cria o criminoso, o processo já é a pena». (BARATTA, Alessandro. **Defesa dos direitos humanos e política criminal.** In: Discursos sediciosos; crime, direito e sociedade, vol. 2, fasc. 3, 1997. Rio de Janeiro, p. 65.)

semantica dell'espressione *criminalità organizzata*, che abbraccerebbe innumerevoli situazioni che, come si è verificato, non farebbero parte di questo ambito di applicazione penale. Anche così, per quanto non esista l'applicabilità di un concetto determinato in maniera soddisfacente alla realtà brasiliana, questa è stata l'espressione legislativa preponderante nelle decisioni giurisprudenziali, esistendo la seguente situazione: la caratterizzazione dell'illecito penale di *crimine organizzato* si verifica a partire dal concetto portato dalla Convenzione di Palermo, ma le questioni processuali, caso per caso, si trovano sparse in leggi speciali, che trattano del tema e che non concettuano il fenomeno delittivo.

Tale separazione tra legislazioni porta confusione agli operatori del Diritto, che richiedono la caratterizzazione di varie leggi penali per trattare il problema del crimine organizzato in Brasile, correndo sempre il rischio di, eventualmente, per il grado di complessità e conflitto tra legislazioni, passar sopra a diritti e garanzie costituzionali del cittadino, cosa che non può essere ammessa.

Capitolo III –

IL CONCETTO ITALIANO DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA DI STAMPO MAFIOSO

Sommario: 1) Chiarimenti iniziali necessari; 2) Il tipo italiano dedicato all'associazione a delinquere di stampo mafioso: indicazioni sulla nascita della norma; 3) Analisi della logica strutturante del tipo penale a partire dalle sue indicazioni innovative, in quello che interessa per una futura legislazione brasiliana: «forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti»; *3.1) La forza di intimidazione del vincolo associativo; 3.2) Condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti;* 4) Dell'effettiva necessità, applicabilità e accettabilità del concetto.

Obiettivo del presente capitolo non è, in alcun modo, quello di delimitare storicamente e concettualmente il fenomeno della mafia nell'universo di studio del diritto penale italiano, anche perché «le mille contraddizioni che ne accompagnano la storia, lungi dal ricomporsi integralmente in un mosaico di eventi realmente accaduti, in cui ciascuno di essi ne costituisca un tasselo, possono risolversi solo in pertinenti e ponderate congetture, fondate su elementi obiettivi, storicamente accertati, che diano del fenomeno la la spiegazione più plausibile e criminologicamente correta».[229] Al contrario, ha come obiettivo quello di presentare i principali punti (differenti e innovatori, per la prossimità con la materia sociologica, e poco utilizzata dallo

[229] ANNICCHIARICO, Pasquale. **Associazione mafiosa. Profili giuridici e storico-criminologici**. Bari: Cacucci, 2006, p. 11.

scenario giuridico) inseriti nella legislazione di lotta al reato di *associazione a delinquere di stampo mafioso*, in quello che interessa più prossimamente al contesto di elaborazione legislativa vissuto in Brasile.[230]

1 Chiarimenti iniziali necessari.

In senso di *mafia* non è lo stesso di quello pensato riguardo al concetto di *criminalità organizzata*,[231] giustamente in ragione del fatto

---

[230] Nel 1996, L. DE LIGOURE ha detto, nell'introduzione del suo libro **Concorso e contiguità nell'associazione mafiosa**. Milano: Giuffrè, 1996, p. 3, che «contro la mafia l'impegno deve essere globale e di tutti ed in particolare del Governo e del Parlamento perchè restabiliscano il primato dello Stato e della Legalità non attraverso i segni esteriori del «potere», ma con i concreti interventi si sostegno che solo una politica sociale consapevole e non demagogica può produrre», ed è a partir da quest'idea che si propone, in questo momento della ricerca, la valutazione di principali punti relativi al tema della criminalità organizzata in Italia, specialmente dal punto di vista della sua legislazione contro l'associazione a delinquere di stampo mafioso.

[231] Su questa linea: «*El término Mafia y crimen organizado no son propiamente sinónimos: la primera hace referencia a un tipo específico de organización criminal*». (FLORES PÉREZ, Carlos Antonio. **Poder y corrupción.** *In*: Revista de Ciencias Penales, fasc. 10, mar./abril 2007. México, pp. 32). Interessante, a questo punto, il riferimento che l'autore fa in relazione a questa distinzione, nel senso seguente: «*El término "crimen organizado" es un concepto estadounidense. (...) El concepto comenzó a emplearse en 1919, en Estados Unidos, entre los miembros de la Comisión de Crimen de Chicago, una organización cívica que se creó en ese mismo año por banqueros y abogados que promovían cambios en el sistema de justicia criminal, con el objeto de enfrentar mejor el problema del crimen. Hacia la época de la depresión, el sentido original de la idea de crimen organizado se modificó y dejó de hacer referencia a una amorfa "clase criminal" para comenzar a equipararle con "sindicatos del crimen", gangs, "organizaciones criminales, entre otras denominaciones. El concepto desaparece del debate público y es recuperado hasta finales de los años 50. El Buró Federal de Narcóticos tomó un papel activo en la concepción del crimen organizado y proveyó testimonios que permitieron al Senado estadounidense establecer la*

che *mafia* è un concetto più prossimo alla lente di studio della criminologia[232] e della sociologia,[233] portato in seguito al campo del

existencia de la Mafia em Estados Unidos, por medio de la denominada "Comisión Kefauver". En ese periodo, los conceptos de crimen organizado y Mafia italiana virtualmente se volvieron sinónimos. El crimen organizado era percibido como una organización integrada homogéneamente por individuos pertenecientes a un origen étnico determinado. A partir de esta imagen, las autoridades federales y locales de Estados Unidos pretendieron establecer estrategias de combate a la criminalidad organizada. Sin embargo, la equiparación del crimen organizado con una estructura tipo Mafia era producto de un análisis centrado em la ciudad de Nueva York, que no compartía sus condiciones criminológicas y sociales con otras partes de la geografia estadounidense. En los 80 y 90, la concepción del crimen organizado más generalizada continuó privilegiando un modelo próprio de la Cosa Nostra italiana, y meramente lo transfirió a otros grupos identificados a partir de sus raíces étnicas. Es notable la discrepancia entre el estereotipo del crimen organizado, concebido como una estructura tipo mafia, y la definición amplia y laxa que ofrecen de él diversas leyes y documentos normativos». (FLORES PÉREZ, Carlos Antonio. **Poder y corrupción.** In: Revista de Ciencias Penales, fasc. 10, mar./abril 2007. México, p. 25-27). Nello stesso senso, la dottrina italiana chiarisce che i concetti di mafia e di *criminalità organizzata* sono completamente diversi, anche riguardo al modo in cui appaiono nella percezione attuale, come si va a verificare: «*La serie di definizioni che si sono proposte e che un arco temporale che va dal 1973 al 1983, anche se colgono, specie l'ultima, alcuni tratti caratteristici del fenomeno indicato come criminalità organizzata, devono essere integrate con alcune notazioni utili a comprendere il più moderno atteggiarsi di quella realtà. Una precisazione da introdurre – e che vale a distinguere la criminalità 'ordinaria' da quella 'organizzata' – sta nel fatto che la prima offende e lede direttamente beni che fanno capo a singoli cittadini, mentre la seconda porta il suo attacco all'economia di un paese ed alle regole democratiche. Le moderne forme di criminalità organizzata, dunque, possono porre in pericolo sia lo Stato che il mercato. Occorre poi tener presente che il concetto di criminalità organizzata non coincide con quello di mafia. Il primo è una categoria all'interno della quale possono catalogarsi varie specie di crimine organizzato: mafioso, terroristico e comune*». (DELL'OSSO, P.L.M.; LAUDATI, A. e VIGNA, P.L.. **Sistema Criminale ed Economia**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1998, p. 1-2). Infine, solo come aggiunta alla à presente nota, si deve fare una considerazione quanto al trattamento della Legge penale italiana all'universo della *criminalità organizzata*, a partire dalla teoria di P. P. C. BORGES: «*As leis italianas n.º 15/80 e n.º 304/82 fizeram alusões expressas à figura de organizações destinadas à prática de crimes de terrorismo ou de subversão da ordem democrática, tipificando os crimes de atentado à vida ou à incolumidade das pessoas, bem como o seqüestro, com aquelas mesmas finalidades (cf. ibidem, p.15-6). A legislação italiana distingue a associação criminosa comum, na forma de quadrilha ou bando, sem caráter de perpetuação de sua atividade, daquela de tipo mafioso, que se vale da intimidazione, interna ou difusa, do assoggettamento (vínculo hierárquico e eterno) e da ormetá (lei do silêncio) (cf. Maierovitch, 1995a, p. 62)*». (BORGES, Paulo César Corrêa. **O Crime Organizado**. São Paulo: UNESP, 2002, pp. 16-17).

[232] Si verifichi il seguente riferimento fatto nella dottrina italiana: «*Sul versante criminologico – nel cui ambito le ricerche a carattere rigorosamente scientifico risultano,*

Diritto Penale,[234] e, per comprenderlo, si devono investigare le origini di questo fenomeno a partire dai modelli legislativi, dalle tendenze di evoluzione implementata dall'origine ai giorni nostri e come lo Stato italiano si è atteggiato quanto al modo di combatterlo.[235]

---

come già anticipato, assai meno numerose di quanto a tutta prima ci si attenda – si tend attualmente a circoscrivere la nozione (altrimenti latissima) di criminalità organizzata, richiedendosi qualche requisito ulteriore rispetto a una semplice attività criminosa realizzata in forma associativa e sia pure finalizzata all'objetivo di conseguire profitti economici di qualche entità». (FIANDACA, Giovanni. **Criminalità organizzata e controllo penale.** In: L'indice Penale, vol. 25, fasc. 1, jan./abr. 1991. Padova, p. 6-7).

[233] Si annoti l'importante passaggio di G. FIANDACA, in un altro testo: «*Dall'esame dell'ormai copioso materiale giurisprudenziale maturato intorno all'art. 416 bis c.p. si ricava l'impressione che i punti più meritevoli di messa a fuoco e approfondimento trascendano, in realtà, le questioni dogmatico interpretative di stampo più tradizionale. Ciò a dispetto del fatto che il reato di associazione di stampo mafioso presenta una struttura molto complessa, anche a causa della sua fisionomia a prevalente impronta sociologico-ambientale, tale da dare luogo a non poche difficoltà in sede di sistemazione dogmatica dei singoli elementi costitutivi della fattispecie. Da qui il sorgere, in dottrina, di un dibattito abbastanza articolato e persino assai sofisticato, ai limiti della teorizzazione cavillosa. Ma quel che preme rilevare è che questo dibattito teorico, interno soprattutto alla dottrina, non ha per nulla ostacolato la brillante carriera dell'art. 416 bis c.p. nell'ambito della prassi giudiziaria: la nuova fattispecie dell'associazione mafiosa - per riconoscimento pressoché unanime dei magistrati - ha infatti funto e continua a fungere da strumento assai efficace e duttile di repressione delle organizzazioni criminali; in termini di politica criminale e di politica giudiziaria, l'art. 416 bis c.p. ha dunque riscosso un notevole successo*». (FIANDACA, Giovanni. **La criminalità organizzata e le sue infiltrazioni nella politica, nell'economia e nella giustizia in Italia**. In: Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale: forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna. Milano: Giuffrè, 2000, p. 249.)

[234] Ancora in questo senso: «*Criminalità organizzata e mafia possono essere considerate la stessa cosa non soltanto per ragioni storiche, essendo quella nata da questa, ma anche per ragioni psicologiche e culturali; tuttavia, se si vuole realmente capire la criminalità organizzata bisogna evitare la distorsione percettiva causata dagli aspetti folkloristici e formali, legati ad una concezione mitica e superficiale del fenomeno mafioso, per andare viceversa alle radici ed alla sostanza dell'associazione organizzata vera e propria*». (FERRACUTI, Franco; BRUNO, Francesco. **La criminalità organizzata nella prospettiva criminológica.** In: Forme di organizzazioni criminali e terrorismo. Milano: Giuffrè, 1988, p. 68).

[235] Questa è l'espressione scelta nella dottrina italiana: «*La serie di definizioni che si sono proposte e che un arco temporale che va dal 1973 al 1983, anche se colgono, specie l'ultima, alcuni tratti caratteristici del fenomeno indicato come criminalità organizzata,*

In questo senso, il concetto italiano di *mafia* trasborda gli orizzonti della semplice analisi del Diritto Penale, e si fa molto più una circostanza sociologica di ricerca, di comportamento di una determinata classe di persona in una determinata regione,[236] le cui radici di identificazione giunsero molto prima del concetto immaginato per *criminalità organizzata*.[237]

---

devono essere integrate con alcune notazioni utili a comprendere il più moderno atteggiarsi di quella realtà. Una precisazione da introdurre – e che vale a distinguere la criminalità 'ordinaria' da quella 'organizzata' – sta nel fatto che la prima offende e lede direttamente beni che fanno capo a singoli cittadini, mentre la seconda porta il suo attacco all'economia di un paese ed alle regole democratiche. Le moderne forme di criminalità organizzata, dunque, possono porre in pericolo sia lo Stato che il mercato. Occorre poi tener presente che il concetto di criminalità organizzata non coincide con quello di mafia. Il primo è una categoria all'interno della quale possono catalogarsi varie specie di crimine organizzato: mafioso, terroristico e comune». (DELL'OSSO, P.L.M.; LAUDATI, A. e VIGNA, P.L.. **Sistema Criminale ed Economia**. Padova: Casa Editrice Dotti. Antonio Milani, 1998, p. 1-2).

[236] Con questa valutazione, mostriamo il testo di C. F. PALAZZO: «*Caracteres fundamentales y tradicionales de la delincuencia de tipo mafioso son el recurso constante a una violencia despiadada y la presencia capilar y difusa, en el tejido y en los centros esenciales de la vida económico-social y político-administrativa, de sujetos ligados en algún modo con las "centrales" criminales. La interacción recíproca de estos dos factores asegura a la mafia la cortina de impenetrabilidad sustentada sobre condiciones de sujeción y de intimidación em la cual aparecen envueltos todos los complicados en el fenómeno mafioso, lo quieran o no lo quieran, como prevaricadores o como víctimas. Si a ello se agrega la difundida postura psicológico-cultural, resabio del pasado, de sustancial desconfianza em el poder constituído, se puede comprender cómo la lucha contra la mafia reclama, sobre todo, una movilización de las conciencias. No obstante significar la "mafia" un fenómeno delincuencial geograficamente delimitado, a lo menos en sus origenes, sus caracteres esenciales son comunes a otras asociaciones criminales, localmente denominadas de diversos modos (camorra, 'ndrangheta, por ejemplo). Oportunamente, por tanto, la reciente ley 646 del 13 de setiembre de 1982, parte de la definición de "mafia" para designar un modelo general de asociación delictuosa, con prescindencia de su denominación local y de su ubicación geográfica (art. 416 bis, último apartado, C.P., introducido ex novo por el art. 1, ley 646/1982, y art. 1, ley 575/1965, como modificado por el art. 13, ley 646/1982)*». (PALAZZO, Francesco Carlo. **Perfiles generales de la reciente legislación antimafia en Itália.** In: Doctrina Penal : teoría y práctica en las ciencias penales, vol. 6, fasc. 21/24, 1983. Buenos Aires, p. 346).

[237] Ci si può riferire qui ad alcuni testi sulla tematica della criminalità mafiosa, che rimandano quest'istituto già al XIX secolo, e all'inizio del XX secolo, come ad

Come ha già riferito S. RINALDI, «*Se la presenza di forme cosiddette pre-mafiose viene individuata già nei sec. XVII e XVIII, commista a disparati altri fenomeni di esercizio organizzato della violenza, è generalmente con riferimento alla situazione socio-economica e politico-istituzionale esistente al momento dell'Unità d'Italia e alla formazione dello Stato italiano (1860-61) che viene fatta risalire l'apparizione delle prime forme di mafia*».[238] Tuttavia, di fronte agli studi presentati in dottrina ai giorni nostri, il concetto italiano di *mafia* si mostra come una «specie» di

---

esempio: ALONGI, Giuseppe. **La mafia Nei suoi fattori e nelle sue manifestazioni: studio sulle classi pericolose della Sicilia**. Roma: Bocca, 1886; ALONGI, Giuseppe. **La mafia: fattori, manifestazioni, rimedi**. Milano: R. Sandron, 1904; DE FELICE GIUFFRIDA, Giuseppe. **Mafia e delinquenza in Sicilia**. Milano: Società Editrice Lombarda, 1900. [Os textos citados encontram-se disponibilizados na Biblioteca Central da cidade de Roma, junto à Suprema Corte italiana.] Allostesso modo, i reati associativi, nella forma generica, sono anch'essi fenomeni antichi nella letteratura penalista, e questo riconoscimento è sempre citato dalla dottrina: «*De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, parece claro que puede afirmarse que, efectivamente, las infraciones relacionadas con una asociación penalmente ilícita forman parte de modo destacado del marco político-criminal general de la expansión cuantitativa y cualitativa del sistema jurídico-penal. Sin embargo, desde el principio llama ya la atención el hecho de que dentro de este marco genérico, estos delitos ocupan una posición específica. En primer lugar, y a diferencia de lo que sucede con otros segmentos de criminalización de la evolución expansiva que caracteriza al momento actual, las infracciones asociativas no son un fenómeno nuevo para el ordenamiento penal. Por el contrario, estaban presentes desde el principio, es decir, también en el "bueno y viejo" Derecho penal liberal del siglo XIX; también entonces, con efectos negativos desde la perspectiva del Estado de Derecho: como es sabido, el origen de los preceptos en cuestión en la época de la codificación está en la lucha contra la resistencia o disidencia políticas. En consecuencia, la actual revitalización de estas infracciones desde un principio alimenta la sospecha de que bajo la vieja chapa jurídico-penal está funcionando un nuevo motor social: la fuente de revitalización de los delitos de organización ha de estar en una nueva situación fáctica, pues ni la situación político-institucional general ni las organizaciones correspondientes en el siglo XXI son idénticas con las del siglo XIX, como es evidente*». (CANCIO MELIÁ, Manuel. **El injusto de los delitos de organización: peligro y significado; arrogación de organización y significado político.** In: Revista Peruana de Ciencias Penales, fasc. 20, 2008. Lima, pp. 92-93).

[238] (RINALDI, Stanislao. **Mafia, economia, istituzioni: appunti di lavoro.** In: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. Salamanca: CISE: Universidad Salamanca, 2004, p. 570). Solo come riferimento storico, si trascrive il seguente passaggio dell'autore citato: «*Si rende necessaria a questo punto una precisazione sulle modalità con cui avvenne il processo di unificazione nazionale in Italia. Esso non fu fruto di un consapevole preogetto unitario dell'insieme delle classi dominanti dell'epoca, sotto cui sottostava una compiuta formazione di un mercato interno, ma si caratterizzò piuttosto come estensione al Meridione d'Italia (dove la struttura economica andava dal dinamismo commerciale e imprenditoriale delle*

quello che il *crimine organizzato* è «genere». In questo modo si può che dire che ogni *associazione a delinquere di stampo mafioso* è, nell'essenza concettuale, considerata un reato associativo inglobato nel concetto di *crimine organizzato*, ma non tutte le specie di *criminalità organizzata* portano con sé, nelle loro definizioni e caratteristiche, le circostanze proprie e assolutamente speciali del cosiddetto fenomeno mafioso.[239]

---

principali aree urbane e costiere, e di taluni settori agricoli, all'ampia presenza del latifondo in paticolare nelle aree interne) dell'embrione di Stato nazionale costruito nel resto del Paese (dove relativamente più avanzata era l'organizzazione di tipo capitalistico nel settore industriale e in una parte di quello agricolo). In questo contesto, il processo di unificazione avvenne all'insegna di una alleanza tra borghesia imprenditoriale del Nord e borghesia fondiaria del Sud, dalla quale furono escluse sin dall'inizio le sia pur minoritarie componenti meridionali della borghesia liberale, e di quella democratica (mazziniani, garibaldini) che godevano di un qualche consenso in ambiti popolari, gruppi che pura avevano avuto un ruolo di rilievo nella liberazione dal dominio borbonico. L'impronta fortemente moderata e compromissoria che caratterizzò sin dall'inizio il nuovo Stato, comportò il mantenimento dei rapporti di produzione fondati sul latifondo, cheesistevano nella gran parte del Mezzogiorno (con la limitata eccezione delle zone nelli quali già in periodo preunitario erano emerse forme di sfruttamento di tipo emprenditoriale della terra), e l'elusione delle esigenze di modernizzazione dell'agricoltura nelle aree meridionali. Più in generale, le scelte politiche ed economiche post-unitarie produssero una progressiva accentuazione delle disparità economico-sociali tra il Nord e il Sud del Paese, già esisteni in periodo pre-unitario, e tuttavia contenute entro ambiti relativamente modesti, se considerate in un quadro di paragone internazionale che vedeva l'Italia intera in una posizione arretrata rispetto ai principali paesi europei in piena fase di industrializzazione. Dopo la svolta protezionistica della politica economica, nel 1887 - che si tradusse in un sostegno ai più forti settori industriali (siderurgia, settore tessile) e finanziari, e alla grande proprietà terriera che prevalentemente esercitava la cerealicoltura - con l'avvio del «decollo industriale» di fine Ottocento e con la formazione di una base industriale nelle regioni della Lombardia, Piemonte e Liguria, le disparità tra Nord e Sud «si trasformarono in un meccanismo economico in un certo senso autodinamico, che tendeva a divaricare fra loro queste due grandi aree del paese», producendo un andamento a forbice dello sviluppo industriale tra il Nord e il Sud e una caratterizzazione prevalentemente agricola dell'economia meridionale, dando così vita ad un dualismo economico, che si sarebbe trascinato sotto diversi aspetti sino a periodi recenti, e assegnando alla realtà meridionale una condizione subordinata e dipendente rispetto alle aree più avanzate del Paese». (RINALDI, Stanislao. **Mafia, economia, istituzioni: appunti di lavoro.** In: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. Salamanca: CISE - Universidad Salamanca, 2004, pp. 568-569).

[239] Si trascrive l'osservazione della dottrina italiana: «*Il primo elemento costitutivo è rappresentato dalla presenza di un'associazione criminosa. Con il termine «associazione» la legge denomina il fatto associativo e nel contempo il risultato della condotta associativa,*

Di fatto, quando un operatore del Diritto straniero si trova davanti il tipo penale destinato alla lotta contro l'*associazione a delinquere di stampo mafioso* percepisce che il legislatore ha utilizzato una stesura propria e destinata alle radici sociali, per combattere un determinato fenomeno storico nel mezzo sociale, parecchio particolareggiato nelle sue definizioni, con l'utilizzo, anche, di nomi propri, necessari alla caratterizzazione delle *mafie* in Italia, situazione che sfugge, almeno in un primo momento, al senso pragmatico che è stabilito per le norme di convivenza/punizione proposte dal Diritto,[240]

---

com'è chiaramente evindibile dalle seguenti espressioni: «Chiunque promuove, costituisce... associazione ... chiunque partecipa a tali associazioni ... » (artt. 270, 270-bis, 426-bis, c.p.), ovvero indirettamente dalla descrizione della condotta associativa: «Quando tre o più persone si associano... » (artt. 304, 426 c.p., 75, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309). È evidente, allora, che «associazione» è termine normativo. Ad avviso di taluni, l'art. 416-bis c.p. ha sostituito il requisito della struttura organizzativa dell'associazione con il ricorso alla forza intimidatrice. Tale opzione ermeneutica non è, tuttavia, per alcun verso condivisibile, giacché anche dai lavori preparatori è deducibile che il legislatore ha consapevolmente adottato il termine «associazione» e non quello di «gruppo», in tal modo dimostrando di recepirlo nella sua accezione di riunione durevole di più persone, caratterizzata da un minimum *di stabilità e di organizzazione per realizzare un programma di attività illecita, in nome proprio ed in autonomia dai singoli*». VERRINA, Gabriel Lino. **L'associazione di stampo mafioso.** Torino: UTET Giudicia, 2008, p. 13.

---

[240] La maniera di punire nel Diritto Penale sta subendo modifiche, come ha annotato H-H. JESCHECK nel seguente passaggio: «*Inizierò a parlare del diritto penale comparato, nel quale si riconosce già da lungo tempo un mutamento strutturale, che si può intendere come una "ritirata del diritto penale" dal campo della piccola e media criminalità. Il vecchio principio della indisponibilità del diritto penale come garanzia del potere coercitivo dello Stato per l'affermazione dell'ordinamento giuridico si è allentato negli ultimi decenni: il suo posto è stato preso da una crescente depenalizzazione nei confronti della piccola criminalità, mentre nel campo della media criminalità si sono adottate altre forme di reazione statale diverse dalla pena. I motivi per la rinuncia al diritto penale sono molteplici. Per l'illecito bagatellare cresce la convinzione della sostanziale superfluità della pena criminale. Nel campo della media criminalità è la preoccupazione per l'integrazione sociale dell'autore a spingere in misura crescente verso sanzioni non stigmatizzanti, ma al tempo stesso repressive. A ciò si aggiunge, come importante ragione in entrambi i settori, lo scopo di alleggerimento della giustizia da quelle infrazioni quotidiane, che possono essere affrontate senza processo penale o attraverso un procedimento semplificato*». (JESCHECK, Hans-

che si destinano a tutti nel convivio sociale, in protezione di un determinato evento.

2 Il tipo italiano dedicato all'associazione a delinquere di stampo mafioso: indicazioni sulla nascita della norma.

Il Diritto italiano una percorso un cammino legislativo proprio, pensato per seguire l'evoluzione del fenomeno mafioso, il cui primo tentativo di verifica degli eventi criminosi, possiamo dire, sia avvenuto in Sicilia, per mezzo della Legge 27 dicembre 1956, n. 1423, che prevedeva misure di prevenzione per il contenimento di individui pericolosi, e, di conseguenza, intenzione della protezione della sicurezza pubblica e della morale. In verità, questa legge «nacque infatti come strumento da utilizzarsi in particolare per la repressione del fenômeno mafioso in Sicilia»,[241] ma può essere considerata, in un contesto storico, una prima intenzione legislativa di contrastare l'aumento della violenza in quella regione del Paese,[242] quando già si presentava alla società un

---

Heinrich. **Nuove prospettive del diritto penale comparato, europeo e internazionale: Quale politica criminale per il XXI secolo?**. In: Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo – Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92° compleanno, 2006. Milano: Giuffrè, p. 1-2).

[241] DE LIGUORI, Luigi. **Concorso e contiguità nell'associazione mafiosa**. Milano: Giuffrè, 1996, p. 24.

[242] Nella dottrina italiana: «*Le ricerche sulla mafia siciliana hanno fatto nell'ultimo decennio notevoli passi in avanti: storici, sociologi, antropologi hanno cominciato a porre in rilievo alcuni elementi fondamentali di una forma di delinquenza particolare e con caratteristiche proprie che essa ha mantenuto nel tempo: per mafia, infatti, si intende non soltanto una forma di criminalità particolarmente pervicace e "organizzata", ma una delinqueza che tende ad assumere su un determinato territorio funzioni di sovranità tipiche*

nuovo ordine di commissione dei reati, che includeva un'attività associativa dalle caratteristiche proprie.

Tanto che, nel 1962, pochi anni prima della promulgazione della Legge 27 dicembre 1956, n° 1423, fu creata in Sicilia la Commissione Parlamentare per l'investigazione del fenomeno della mafia.[243] Proprio a partire dai lavori realizzati da questa Commissione (e questo registro è di estrema rilevanza per l'analisi della genesi legislativa della lotta alla criminalità mafiosa), fu emanata la prima legge specifica antimafia diretta a tutto lo Stato italiano, Legge 31 maggio 1965, n. 575, che portava il titolo di «Disposizioni contro la Mafia», testo che, considerato dalla dottrina semplice e dalla poca base tecnica, servì come cammino per il consolidamento di un consenso circa la necessità di approfondire questo campo di criminalizzazione e

---

dello Stato (normative, repressive, fiscali, ecc.). L'aspirazione alla sovranità si è notevolmente rafforzata negli ultimi venti anni, ma è una caratteristica originaria della criminalità mafiosa, ciò che spiega in ultima analisi la sua persistenza nella lunga durata, la capacità di adattarsi al cambiamento sociale, di inserirsi in meccanismi di modernizzazione. La mafia, infatti, contrariamente a quanto si riteneva fino a qualche anno fa, non è una realtà che derivi dall'arretratezza: essa è composta da reticoli criminali radicati socialmente che si inseriscono in gangli vitali del sistema economico e politico-istituzionale, condizionando i processi di modernizzazione che hanno investito l'isola negli ultimi 150 anni (sia pure una modernizzazione con squilibri e distorsioni particolari)». (PEZZINO, Paolo. **La mafia siciliana come industria della violenza : caratteri storici ed elementi di continuità.** In: Dei Delitti e delle Pene, fasc. 2, nov. 1993. Torino, p. 67-68).

[243] Come abbiamo detto per G. TURONE, «*altrettanto importante, per la genesi del nuovo reato associativo di tipo mafioso, è stata l'imponente attività parlamentare iniziata nel 1962 con l'istituzione della Commissione d'inchiesta sul fenomeno della máfia in Sicília. I lavori di tale prima commissione parlamentare, nonostante abbiamo sortito risultati relativamente esigui rispetto alle aspettative del Parse, hanno comunque portato ad una conoscenza più approfondita del fenomeno mafioso, creando lê premesse per una più adeguata risposta istituzionale al fenomeno stesso*». (TURONE, Giuliano. **Il delito di associazione mafiosa**. Milano: Giuffrè, 2008, p. 3).

di protezione della società, di fronte al modo delittivo mafioso.[244] Inoltre, è stato a partire da quest'istanza legislativa che sorse, pe la prima volta nell'universo giuridico italiano, «la categoria criminologica della associazione mafiosa (art. 1: "La presente legge si applica agli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose")»,[245] come chiarisce TURONE.

---

[244] Sobre a evolução da atividade mafisosa em relação ao plano social e econômico, interessante análise foi apresentada por S. RINALDI: «*Nella sua oramai più che centenaria storia, lo sviluppo del fenomeno mafioso è stato caratterizzato dalla sua ampia capacità ad un tempo di conservazione delle sue caratteristiche di fondo (uso della violenza per acumulare ricchezze; specifico codice culturale), e di adattamento alle evoluzioni economico-sociali e politiche. Vengono tuttavia distinte alcune fasi di questo sviluppo: – il periodo della cd. mafia agraria, che va dalla creazione dello Stato unitario agli anni '50, in cui le attività mafiose si concentrano prevalentemente in ambito rurale. E' da sottolineare in questo contesto la funzione repressiva costantemente svolta nei confronti del movimento contadino organizzato, che, particolarmente virulenta negli anni '45-'50, periodo di grandi lotte contadine per il superamento del latifondo e l'assegnazione delle terre, non cesserà nemmeno con la riforma dagraria del '50, che segnò in Italia la fine del latifondo; – il periodo della cd. mafia urbano-imprenditoriale, dalla metà degli anni '50 agli anni '70, in un contesto che vede la trasformazione dell'economia in senso industriale-terziario. In questa fase, anche le attività mafiose si spostano sempre più dalle campagne alle città. Gli ambiti in cui essa opera sono quelli del controllo dei mercati edilizi e alimentari, delle assunzioni nel pubblico impiego, del credito. Le sue fonti di accumulazione di tipo illecito sono costituite dal contrabbando, e dalle pratiche estorsive sulle attività commerciali e industriali, mentre quelle lecite, sempre intrecciate a quelle illecite, derivano dalla presenza nel settore degli appalti di opere pubbliche, e dall'avvio di autoome attività imprenditoriali. E' in questa fase che inizia la diffusione della mafia (o meglio delle sue tecniche) a livello nazionale. Ed è in questa fase che i rapporti tra mondo politico, specialmente negli enti di governo locale, e organizzazioni mafiose, divengono sempre più stretti e intrecciati; – il periodo dagli anni '70 in poi, per il quale si è parlato, a seconda degli autori e in prospettive di analisi anche diverse, di mafia imprenditrice, e di mafia finanziaria. Il salto di qualità è dato da una serie di fattori, quali la crescente presenza della mafia nel mercato legale con proprie imprese, e il sempre più alto inserimento nei circuiti finanziari internazionali per l'esigenza di riciclare i notevoli capitali illeciti accumulati attraverso lo sviluppo dei traffici di droga, ma anche di armi e dello smaltimento illegale di rifiuti tossici. Sul piano dell'incontro-scontro con le istituzioni, ad una capacità di permeare di sé molti ambiti della vita politica e istituzionale, si accompagnato in particolare in fase di acuta crisi della convivenza con le istituzioni, modalità di azione violenta simili alle azioni dei vari terrorismi internazionali*». (RINALDI, Stanislao. **Mafia, economia, istituzioni: appunti di lavoro**. In: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. Salamanca: CISE - Universidad Salamanca, 2004, p. 574-575).

[245] TURONE, Giuliano. **Il delito di associazione mafiosa**. Milano: Giuffrè, 2008, p. 19.

Tuttavia, è stato per mezzo dell'art. 416 *bis*, inserito nel Codice Penale nell'articolo 1 della Legge 13 settembre 1982, n. 646, che il legislatore italiano creò una formula legislativa per combattere più severamente (e tecnicamente) la delinquenza della *mafia*. Questo tipo penale fu immaginato, secondo la dottrina, a partire momento in cui si è costatata l'inefficienza della norma incriminatrice dell'associazione a delinquere in alcuni casi speciali, che presentavano caratteristiche proprie legate all'esistenza della *mafia*.[246] Questa è l'espressione usata da G. FIANDACA: «Cominciando dal *processo genetico*, è noto che l'art. 416-*bis* c.p. deve la sua origine a una duplice motivazione: per un verso, all'esigenza di rimarcare anche simbolicamente, mediante la creazione di una apposita fattispecie associativa, il particolare disvalore della delinquenza di stampo mafioso; per altro verso, alla ritenuta necessità di superare le difficoltà probatorie che si erano tradizionalmente frapposte alla possibilità di ricondurre le associazioni mafiose al generale paradigma criminoso di cui all'art. 416 c.p.. A ben vedere, questa seconda motivazione di ordine probatorio non deve, tuttavia, far pensare che la lamentata insufficienza repressiva dell'associazione per delinquere « semplice » dipendesse realmente da una sua intrinseca inadeguatezza strutturale. A prescindere dal problema della ammissibilità, in termini di principio, di soluzioni legislative volte ad aggirare problemi di prova grazie a una diversa strutturazione della fattispeci sostanziale, i processi di mafia esemplificano « da sempre » un terreno di scontro, sul quale la stessa applicazione giudiziale dell norme incriminatrici finisce – in misura ben maggiore che in altri casi – col soggiacere a forti condizionamenti di ordine politico- ideologico e socio-culturale».[247] Inoltre, la norma dell'*associazione a*

[246] La dottrina italiana presenta la seguente ponderazione: «*La formulazione del nuovo precetto penale ha costituito il frutto di una lunga e tormentata gestazione. All'origine di questa originale previsione normativa vi è stata innanzi tutto una convinzione che si era gradualmente fatta strada fra gli operatori del diritto e fra le forze politiche: la convinzione, cioè, che il genérico reato associativo di cui all'art. 416 c.p. fosse largamente inadeguato per reprimere la criminalità mafiosa, e che fosse necessario quindi introdurre una nuova figura di reato associativo ritagliata a misura di tale peculiare fenomeno*». (TURONE, Giuliano. **Il delito di associazione mafiosa**. Milano: Giuffrè, 2008, p. 3).

delinquere, nella sua forma semplice, esigeva (per la sua caratterizzazione) il dolo specifico, quello di commettere reati, situazione che non sempre era verificata, su un piano diretto, dai comportamenti implementati dall'azione mafiosa, il che impediva un migliore adeguamento della norma alla realtà del fenomeno.[248]

In merito alla creazione dell'art. 416 *bis*, ancora, esiste una'ltra osservazione interessante: sono esistite posizioni dottrinarie opposte in relazione alla collocazione del reato associativo mafioso nello spazio già esistente del tipo penale di associazione a delinquere. Questa controversia, solo per citare un esempio, è stata descritta da G. TURONE, quando ha riferito che «appare pertanto più aderente alla realtà del fenomeno mafioso la posizione di queli autori che ano ritenuto certamente applicabile alle aggregazioni mafiose il reato di associazione per delinquere. Fra questi citiamo Manzini, che si contrappone così a Antolisei, e che tuttavia osserva che 'poiché il diritto penale non punisce le collettività criminose come tali, bensì i singoli individui che le compongono, così si dovrà accertare, di caso in caso, se le persone sottoposte a giudizio si siano veramente associate per commettere più delitti, mentre non basterebbe assodare soltanto la loro appartenenza ad una siffatta collettività'».[249] Tuttavia, l'idea di inserire il tipo mafioso nel reato di associazione a delinquere prevalse, con l'elaborazione dell'art. 416 *bis*

---

[247] FIANDACA, Giovanni. **Criminalità organizzata e controllo penale.** In: L'indice Penale, vol. 25, fasc. 1, jan./abr. 1991. Padova, p. 19-20.

[248] Su questo punto specifico: «*In altri termini, la insufficienza dello strumento legislativo di cui al citato articolo, è stata riscontrata próprio partendo della considerazione che il reato di associazione a delinquere rechiede, come dolo specifico, quello di 'commettere più delitti', mentre spesso i fenomeni mafiosi nin consentirebbero di verificare in cincreto e quindi di provare tale finalità*». (DE LIGUORI, Luigi. **Concorso e contiguità nell'associazione mafiosa**. Milano: Giuffrè, 1996, p. 28).

[249] TURONE, Giuliano. **Il delito di associazione mafiosa**. Milano: Giuffrè, 2008, p. 8.

del Codice Penale italiano a partire da una compilazione di fattori penalistici, sociologici e criminologici, che cercarono di prevedere tanto caratteristiche di un'associazione di "tipo gangsteristico",[250] che sfrutta meccanismi di onore dei partecipanti, oltre all'uso della violenza fisica e morale;[251] quanto caratteristiche di un'associazione

---

[250] Espressione utilizzata con grande proprietà nel testo di TURONE, Giuliano. **Il delitto di associazione mafiosa**. Milano: Giuffrè, 2008, p. 7.

[251] In una analisi criminologica presentata nella dottrina italiana, merita solo una nota di riferimento la situazione dei pentiti, nei seguenti termini: «*Costantemente nel tempo, i mafiosi sono soggetti che si specializzano nell'offerta di protezione privata ed il cui finanziamento avviene sulla base di prestazioni estorte che assumono carattere di versamenti stabili e periodici in cambio della fornitura di una garanzia di sicurezza: offrono un bene che lo Stato in Sicilia non è sempre stato in grado di offrire (Catanzaro, 2002). L'attività di protezione – estorsione richiede e comporta un controllo politico – militare del territorio ma, concordando con quanto emerso da approfonditi studi sul fenomeno dello psichismo mafioso coordinati dal Dipartimento di Psicologia dell'Università di Palermo, la mafia di origine siciliana è un genere specifico ed irripetibile di criminalità organizzata che ha creato un sistema atropo-psichico ed è riuscito a far coincidere cultura, cominità, famiglia, individui. (...) Ancora più importante è ricordare che prima di loro un altro pentito, Leonardo Vitale, aveva tentato di intraprendere la medesima strada della collaborazione, ma non aveva trovato nessuno nel mondo delle istituzioni con la voglia di cogliere l'esatto valore di quella scelta, che venne cosi relegata nell'emisfero della follia, come emerge anche da pronfondito studio psicodinamico e psicopato-logico compiuto da Girolamo Lo Verso sul caso Vitale, il quale dopo essere stato dichiarato infermo di mente e testimone inattendibile venne ucciso dalla mafia ul 2 dicembre 1984, sebbene pochi mesi dopo proprio Tommaso Buscetta riportò sostanzialmente quanto detto da Vitale dieci anni prima. Si può concludere, quindi, che l'elemento storicamente eccezionale di questa fase è stato sicuramente il giudice Giovanni Falcone che con un ristrettissimo gruppo di colleghi, come Paolo Borsellino, e con l'asilio delle forze dell'ordine, per primo ha rotto con un stanco atteggiamento delle istituzioni che, nella migliore delle ipotesi, si arrendeva alla presunta eternità del fenomeno mafioso e per primo, quindi, ha saputo prestare ascolto, con entusiastica fiducia, ai primi collaboratori di giustizia (Falcone, 1991). A merà degli anni novanta si apre la seconda fase della « razionalità » nella quale aumentano i soggetti che all'interno di Cosa Nostra scelgono la strada della collaborazione e, mentre nelle sentenze di numerosi processi diventa prevalente una giurisprudenza che valuta come determinanti le chiamate in correità, il legislatore finalmente adotta specifiche norme per disciplinare il complesso fenomeno del petitismo. In questa seconda fase, nella scelta di collaborazione con la giustizia, prevalgono motivazioni più intime, più personali e forse qualche volta meno confessabili; si parla ad esempio perché si sente la propria vita in pericolo e ci si affida cosi alla protezione dello Stato, o perché forse cosi si può realizzare una storia d'amore avversata dalle regole di Cosa Nostra ecc.. In questi anni gli apparati statali si trovano di fronte ad un fenomeno criminale che per quanto segreto, forte e violento, è comunque un fenomeno che può essere sconfitto. Oggi la storia del pentitismo*

"di tipo imprenditoriale", diretta alle questioni economiche e politiche, che sfrutta i meccanismi statali e del potere economico per realizzare la sua attività illecita.[252]

Per seguire una stessa metodologia, si preferisce trascrivere la norma descritta nell'art. 416 *bis* nel corpo del lavoro, per una miglior comodità di valutazione del testo nel corso della ricerca. Questo è il testo normativo:

> «**416-bis Associazione di tipo mafioso** (Così modificato dall'articolo 1, comma 2, legge n. 251 del 2005.):

---

mafioso deve fare i conti con una situazione che presenta nuovi caratteri e che rischia di apparire come la terza fase della « possibile decadenza ». I pentiti di quest'ultima generazione hanno caratteristiche diverse, hanno vissuto meno, nella quasei totalità dei casi, quel senso di appartenenza al gruppo una volta creduto invincibile, decidono di collaborare in tempi decisamente rapidi (poche ore dal loro arresto), si presentano psicologicamente disarmati, cosi da apparire quasi indididui che sperano in una sorta di identificazione con lo Stato cui chiedono non solo protezione, ma anche una nuova dignità (Patronaggio, 1998)». (SORIANO, Luigi. **Programmi di protezione: considerazioni su collaboratori di giustizia e criminalità organizzata.** *In*: Rassegna Italiana di Criminologia, vol. 16, fasc. 2, abr. 2005. Milano, p. 319-321).

[252] Solo come nota esplicativa: «*Dal canto suo, l'ordinamento italiano rientra invece tra gli ordinamenti cha non solo prevedono speciali metodi di indagine e peculiari strumenti sanzionatori di natura interdittiva e ablativa, analoghi in parte a quelli introdotti adalla statunitense « Rocketeer Influenced and Corrupt Organizations Act », ma che altresí incriminano in forma autonoma la stessa appartenenza alle organizzazioni criminali mediante il ricorso al modello del reato associativo: per cui, sul terreno del diritto penale sostanziale, buona parte delle questioni sollevate dal crimine organizzato finiscono con lo sfociare nella complessa problematica dei reati associativi (v. infra, parr. 4 e 5). Per completezza di riferimenti normativi, va ricordato che il fenomeno in esame interessa il diritto penale sostanziale anche sotto angolazioni ulteriori, che qui possono essere però soltanto accennate: la legge Rognoni- La Torre (l. 13 settembre 1982, n. 646) ha introdotto, oltre all'art. 416-bis c.p. che configura l'associazione di tipo mafioso (v. infra, par. 4), la nuova figura criminosa dell'illecita concorrenza con minaccia o violenza (art. 513-bis c.p.); successivamente, in sede di modifiche (l. 19 marzo 1990, n. 55) della legge antimafia dell'82, è stata riformulata la fattispecie di riciclaggio (art. 648-bis) ed è stato introdotto il nuovo reato di impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648-ter)*». (FIANDACA, Giovanni. **Criminalità organizzata e controllo penale.** In: L'indice Penale, vol. 25, fasc. 1, jan./abr. 1991. Padova, p. 11).

1. Chiunque fa parte di un associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni.

2. Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da sette a dodici anni.

3. L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali.

4. Se l'associazione è armata si applica la pena della reclusione da sette a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da dieci a ventiquattro anni nei casi previsti dal secondo comma.

5. L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della finalità dell'associazione, di armi o materie esplodenti, anche se occultate o tenute in luogo di deposito. Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà.

6. Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego.

7. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo

perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso».[253]

Dopo il sorgere del tipo penale dell'art. 416 *bis*, si registri, il testo non subì modifiche o interferenze fino al 1990, quando restò *abrogata* la parte del settimo comma di questo art. 416 *bis*.[254] Da questo momento in poi, si ebbe solo l'introduzione del terzo comma (la finalità di condizionare il libero esercizio di voto in occasione di

---

[253] Solo per fare gli altri riferimenti legislativi si trascrivono, ancora, gli articoli 416 ter, 417 e 418 del Codice Penale italiano: «***416-ter. Scambio elettorale politico-mafioso**: 1. La pena stabilita dal primo comma si applica anche a chi ottiene la promessa di voti prevista dal terzo comma del medesimo articolo 416-bis in cambio della erogazione di denaro. **417. Misura di sicurezza**. 1. Nel caso di condanna per i delitti preveduti dai due articoli precedenti, è sempre ordinata una misura di sicurezza. **418. Assistenza agli associati**: 1. Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato o di favoreggiamento, da rifugio o fornisce vitto, ospitalità, mezzi di trasporto, strumenti di comunicazione a taluna delle persone che partecipano all'associazione è punito con la reclusione da due a quattro anni.* (Comma così dall'articolo 1, comma 2, legge n. 251 del 2005.) *2. La pena è aumentata se l'assistenza è prestata continuamente. 3. Non è punibile chi commette il fatto in favore di un prossimo congiunto*».

[254] Su questo punto, «*c) **L'ultimo comma dell'art. 416-bis c.p**. precisa i limiti di estensione della fattispecie in esame, affermando che le disposizioni contenute nello stesso articolo si applicano altresí « alla camorra e alle associazioni comunque localmente denominate, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso ». È evidente l'intento legislativo di reprimere cosí non solo le associazioni mafiose strettamente intese, ma ogni altro tipo di organizzazione che, pur estranea in base a parametri sociologici e a insediamento territoriale alla mafia tradizionale, operí comunque con metodi di stampo mafioso. Ecco che, da questo punto di vista, l'art. 416-bis c.p. è potenzialmente destinato a operare come strumento repressivo di portata assai ampia, tale da fronteggiare anche forme nuove di criminalità associata di tipo economico-affaristico sempre piú diffuse in tutto il territorio nazionale. Certo, potrebbe ache essere sollevato il problema di fondo, se sia davvero giustificata, sotto un profilo innanzitutto scientifico-criminologico, l'enucleazione di una categoria « criminalità di stampo mafioso » come fenomeno generalissimo, avulso da precise coordinate sociologiche. Ma, in questa sede, ci limitiamo a prendere atto del dato di fatto che il legislatore ha optato per una configurazione dell'associazione mafiosa come modello criminoso di portata generale, per cui dobbiamo entro questi limiti chiederci soltanto se la conformazione normativa della fattispecie incriminatrice risulti idonea a far conseguire gli obiettivi di tutela presi di mira*». (FIANDACA, Giovanni. **Criminalità organizzata e controllo penale.** In: L'indice Penale, vol. 25, fasc. 1, jan./abr. 1991. Padova, p. 23).

consultazioni elettorali) e, infine, il considerevole aumento delle pene relative a questo reato, specialmente ai commi primo, secondo e quarto, a partire dalla Legge 5 dicembre 2005, n° 251.[255]

Per quanto si percepisce, la legislazione italiana di lotta all'illecito associativo di tipo mafioso è di previsione nazionale, con caratteristiche sociologiche intrinseche alla stesura degli articoli, come si è avuto opportunità di riferire, ma che, in determinati punti, merita la totale attenzione degli altri Stati, nella misura in cui **queste circostanze speciali della norma, che trasmettono l'attenzione per il modo di comparsa del fenomeno mafioso in territorio italiano, possono essere presenti anche in altre modalità di *criminalità organizzata*, e servirebbero, pertanto, in queste condizioni, oltre a realizzare una previsione penalistica interna, anche per l'aiuto e l'identificazione delle altre associazioni in ambito internazionale**. In questo modo, le caratteristiche di queste associazioni di tipo mafioso «ben possono manifestarsi anche in talune vaste organizzazione criminali e imprenditorial-criminali di natura eterogenea, operanti su scala nazionale e spesso

---

[255] Questa legge introdusse modifiche rilevanti nel sistema penale italiano, principalmente quanto all'analisi prescrizionale, e entrò in vigore il 8/12/2005 con il nome di "ex Cirielli", dal suo originario proponente, il Senatore Edmondo Cirielli. Tra le modifiche che interessano il presente studio, la dottrina ha chiarito: «*Le nuove sanzioni stabilite dell'art. 1 della legge in commento prevedono: — la pena della reclusione da cinque a dieci anni (da sette a quindici se l'associazione è armata) nel caso di mera partecipazione all'associazione (...); — la pena della reclusione da sette a dodici anni (da dieci a ventiquattro se trattasi di associazione armata) per i promotori, diretori ed organizzatori. Trattasi di sanzioni indubbiamente elevate che però si giustificano con la gravità del fenomeno mafioso nel nostro Paese*». (IZZO, Fausto; SCOGNAMIGLIO, Paolo. **La riforma della prescrizione. Commento orgânico allá Legge 5-12-2005, n 251 — ex Cirielli**. Napoli: Esselibri, 2006, p. 27).

internazionale»[256], e, pertanto, potrebbero essere anche d'aiuto all'elaborazione della norma di lotta alla *criminalità organizzata* in Brasile.

Così, si passa subito alla verifica della struttura di questo regolamento penale di lotta alle associazioni di tipo mafioso, dentro i limiti proposti nella presente ricerca, diretti e limitati all'aspetto della formazione della norma incriminatrice,[257] perché, in seguito, sia possibile la verifica di eventuale sfruttamento della norma penale italiana da parte della legislazione brasiliana.

---

[256] TURONE, Giuliano. **Il delito di associazione mafiosa**. Milano: Giuffrè, 2008, p. 107.

[257] Su queste caratteristiche dell'associazione, e della stessa creazione della norma italiana di lotta alla criminalità associativa di tipo mafioso, si trova la seguente spiegazione nella dottrina italiana, solo come nota di rinforzo all'idea che si sta elaborando: «*In realtà, a me pare che, pur non potendosi contestare tale caratteristica del reato associativo, non possa revocarsi in dubbio che l'aspetto più interessante della indubbia natura della permanenza sia dato proprio dalla capacità dell'associazione per delinquerer di perdurare, anche a prescindere dalla circonstanza che vi sia stata permanenza. L'associazione, in ultima analisi, è ontologicamente tale quando rappresenti una entità distinta dalle singole deliberazioni criminose e sia, per ciò stesso, idonea ad agire anche dopo la realizzazione dei singoli delitti, con «ruoli» e «compretenze» non identificabili tout court con le attività correlate alla commissione delle singole fattispecie criminose, essendo predisposte i n vista di un programma criminoso «generico», in virtù del quale non è consentito configurare una condotta associativa caratterizzata dalla partecipazione ad un reato determinato. Va da sé che tale caratteristica precipua del reato associativo non può non spiegare i suoi effetti anche sull'elemento soggettivo della fattispecie criminosa in esame e, conseguentemente, come sarà dimostrato, sulla sua incompatibilità con il c.d. concorso esterno. Ed invero, il fatto che gli associati intendano realizzare un progetto indeterminato di reati (sequestri di persona, rapine, omicidi, ecc.), suppone, naturaliter, la volontà di dar vita a ruoli e competenze ben finalizzati, ab initio, rispetto alle singole deliberazioni criminose e, pertanto, già valutati a priori come momenti sutrutturali permamenti del vincolo associativo. Da qui la permanenza del vincolo fino al momento della decisione del suo scioglimento per conseguimento definitivo del programma concordato dai membri del sodalizio criminoso. Tali caratteristiche rappresentano un momento significativo di differenziazione tra l'associazioe e il concorso di persone nel reato*». (VERRINA, Gabriel Lino. **L'associazione di stampo mafioso.** Torino: UTET Giudicia, 2008, p. 2-4).

3 Analisi della logica strutturante del tipo penale a partire dalle sue indicazioni innovative, in quello che e interessa per una futura legislazione brasiliana: «forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti».

Prima di tutto, perché si sfrutti la materia già elaborata nel primo capitolo del lavoro, si deve fare la seguente osservazione: si deve attaccare la dottrina italiana quando chiarisce che esiste una necessaria distinzione tra «associazione» e «concorso di persone», materia essenziale per la visualizzazione di questo speciale aspetto della struttura di un'organizzazione. Nel campo dell'associazione, le persone si organizzano per la delibera di una serie di relazioni e competenze che vanno al di là della mera sistematica di atti preparatori per la realizzazione di reati, e, pertanto, questa forma esige una predisposizione costante nell'elaborazione nell'esecuzione di un programma criminoso di carattere indeterminato, «il quale impedisce che la condotta associativa possa assumere, in quanto tale, la fisionomia di un atto di partecipazione nella commissione di uno specifico fatto delittuoso»,[258] situazione speciale che dipenderà dall'analisi del grado organizzativo e dalla vera intenzione del gruppo, con appurata analisi del congiunto probatorio,[259] perché si possa implementare un'imputazione criminale

---

[258] ANNICCHIARICO, Pasquale. **Associazione mafiosa. Profili giuridici e storico-criminologici**. Bari: Cacucci, 2006, p. 16.

[259] In questo senso: «*Dal complesso dei rilievi fin qui svolti sembra dunque potersi ricavare l'impressione che l'art. 416-bis c.p., considerato nell'attuale conformazione strutturale, riesca forse a mantenere meno di quanto prometta. Ma è pur vero che non pochi degli ostacoli, che*

più prossima ai principi costituzionali di determinazione e di tassatività.[260]

Fatta questa prima osservazione, si passa ad analizzare il terzo comma dell'art. 416 *bis*, spazio normativo in cui appaiono le principali situazioni innovative portate dalla legislazione italiana:

> 3. L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali.

---

in questo campo si frappongono all'intervento del giudice, emergono sul terreno dell'accertamento probatorio, per cui con orgni probabilità non sarebbero eliminabili neppure modificando la struttura della fattispecie incriminatrice. Sotto il profilo della valutazione delle prove dell'appartenenza all'associazione mafiosa, una delle difficoltà piú ricorrenti, sempre con riguardo alla «mafia in guanti gialli», è stabilire nei diversi casi concreti se l'imprenditore o l'uomo politico o il professionista «compiacenti» siano vittima, favoreggiatori o veri e propri affiliati. Siccome i giudici tendono a richiedere, ai fini del riconoscimento del ruolo di associato in capo ad uno dei predetti soggetti, un grado di certezza probatoria piú elevato che in altri casi sorge oltretutto il rischio di un uso (anche inconsapevolmente) discriminatorio dei criteri probatori dell'appartenenza all'associazione (nel senso di esigere un diverso livello di rigore e certezza a seconda, appunto, che la condotta oggetto di valutazione sia riferibile a soggetti di «bassa» ovvero di «alta» máfia». (FIANDACA, Giovanni. **Criminalità organizzata e controllo penale**. In: L'indice Penale, vol. 25, fasc. 1, jan./abr. 1991. Padova, p. 26).

[260] Nuovamente, la lettura realizzata da G. FIANDACA: «*Verosimilmente, questa scarsità di (espliciti) riferimenti legislativi si spiega considerando che la locuzione in esame ha una matrice piú sociocriminologica che penalistica e che soltanto di recente essa è andata diffondendosi nell'ambito del linguaggio corrente, dove peraltro mantiene un ampio alone di genericità che contrasta con quel principio di determinatezza che dovrebbe sempre informare la legislazione penale*». (FIANDACA, Giovanni. **Criminalità organizzata e controllo penale**. In: L'indice Penale, vol. 25, fasc. 1, jan./abr. 1991. Padova, p. 10).

La struttura della norma, in quello che ci interessa, ha portato almeno due descrizioni che saranno verificate separatamente, ossia: «la forza di intimidazione del vincolo associativo» e «la condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti». Queste caratteristiche, di sicuro, furono immaginate dallo stesso legislatore italiano dell'82 al fine specifico di trattare il problema associativo regionale, che distruggeva il Paese con una criminalità pienamente specifica,[261] dai contorni mafiosi, e che ancora non aveva alcuna previsione legale di incriminazione.[262] Sono, di fatto,

---

[261] Verificare la spiegazione di INGROIA, Antonio. **L'associazione per delinquere e criminalità organizzata: l'esperienza italiana**. In: MILITELLO, Vincenzo, PAOLI, Letizia, ARNOLD, Jörg (orgs.). Crimine organizzato come fenomeno transnazionale. Milano/Freiburg im Breisgau: Giuffrè/Edition Iuscrim, 2000, p. 235-245.

[262] Ancora una nota esplicativa di G. FIANDACA: «***Ragioni di dubbio sulla validità della tecnica legislativa adottata, invero, non ne mancano. A cominciare dal problema, già anticipato, del rispetto dei princípi di legalità e tassatività da parte di una disposizione come quella di cui all'ultimo comma dell'art. 416-bis, che, nel ricompredere associazioni non mafiose insenso stretto, potrebbe dar luogo a tali incertezze interpretative da rendere la norma assai poco determinata***. *A ben vedere, tuttavia, il modo per porre il comma in parola al riparo da censure di costituzionalità esiste, e precisamente consiste nel considerare il contenuto del comma medesimo come una puntualizzazione superflua del 3° comma: e cioè, la possibilità di sussumere una organizzazione « comunque denominata » sotto il paradigma della norma incriminatrice dipenderà dalla verifica che detta organizzazione integri, tanto sotto il profilo strumentale che sotto quello finalistico, tutti gli elementi caratterizzanti l'associazione mafiosa. Ma, una volta fugati i dubbi di legittimità costituzionale, residuano ulteriori ragioni di perplessitá che attengono pur sempre al problema dei limiti di estensione della fattispecie, avuto riguardo alla tecnica tipizzatrice adottata dal legislatore dell'82. In altri termini, è lecito chiedersi se la scelta politico-criminale di costruire la fattispecie di cui all'art. 416-bis c.p. come figura associativa dallo spettro potenzialmente assai ampio, abbia poi trovato congrua attuazione sul piano della tecnica legislativa, posto che il legislatore ha finito con l'adottare parametri definitori dell'associazione mafiosa sociologicamente riferibili sopratutto alle mafie « classiche ». In termini ancora piú espliciti, è insomma da chiedersi se « forza di intimidazione del vincolo associativo », « assoggettamento » e « omertà » si prestino davvero a fungere da elementi caraterizzanti (non solo le tradizionali organizazzioni mafiose, ma) anche moderne organizazzioni gangsteristico-imprenditoriali, che ricorrono a forme di prevaricazione violenta per raggiungere obiettivi di illecito arricchimento e che sono, nondimeno, prive di*

circostanze che accompagnano la composizione della norma, ma che portano con sé un fardello di diversità propria (indipendentemente dalla precisione legislativa con i parametri del principio di legalità)[263] di un tipo penale creato per la lotta contro un evento speciale, nell'universo sociale italiano.[264]

---

autentiche connotazioni di mafiosità». (FIANDACA, Giovanni. **Criminalità organizzata e controllo penale.** In: L'indice Penale, vol. 25, fasc. 1, jan./abr. 1991. Padova, p. 24).

[263] «*È proprio la logica del "doppio binario" ad imporre una costante riflessione sul bilanciamento tra principi, sostanziali e processuali, del diritto penale e ragioni del loro sacrificio o della loro compressione nella lotta alla criminalità organizzata. Il nostro tema – quello di una definizione normativa di quest'ultima – diventa cosi preliminare. La pluralità di aree che ho cercato di indicare pone un'evidente questione di legalità nel momento in cui le conseguenze, sul piano della compressione delle garanzie, non corrispondano ad una precisa indicazione normativa, ma derivino da logiche di identificazione generiche ed instabili*». (INSOLERA, Gaetano. **La nozione normativa di criminalità organizzata e di mafiosità : il delitto associativo, le fattispecie aggravanti e quelle di rilevanza processuale.** In: L'Indice Penale, vol. 4, fasc. 1, jan./abr. 2001. Padova, p. 27).

[264] In relazione ad alcuni aspetti processuali, merita di essere citato il testo di G. FIANDACA: «*Se gli inconvenienti del gigantismo processuale affiorano sul versante individualgarantistico, e cioè sotto una angolazione prospettica tutt'altro che estranea all'ispirazione di fondo del nuovo codice di rito, non ci si può per altro verso sottrarre a un tormentoso interrogativo che va facendosi sempre piú assillanta sul contrapposto terreno dell difesa sociale: fino a che punto il nuovo processo di stampo accusatorio risulterà idoneo a fronteggiare le forme attualmente piú insidiose di crimine organizzato? È da premettere che il codice nuovo contiene norme che sotto diversi aspetti fanno diretto o indiretto riferimento alle esigenze specificamente conesse ai processi per reati di criminalità organizzata. Tra queste norme, spicca l'art. 371 che disciplina lo svolgimento di « indagini collegate » sotto forma di coordinamento di uffici diversi del pubblico ministero. Almeno in linea teorica, questa previsione di indagini collegate si presta, potenzialmente, a facilitare quella visione panoramica d'insieme dei fenomeni di criminalità associata che contribuisce ad assicurare una maggiore efficacia repressiva. Di fatto, il rendimento pratico dell'istituto è tuttavia subordinato, in base all'attuale disciplina, alla «volontaria» disponibilità dei diversi magistrati inquirenti a collaborare in modo costruttivo: per cui sorge il problema di introdurre correttivi per le ipotesi in cui non tutti i pubblici ministeri interessati aderiscano a una prospettiva di lavoro coordinato. (...) La capacità di rendimento del nuovo rito sul fronte specifico della criminalità organizzata dipende, peraltro, da fattori ulteriori che attengono piú direttamente al livello della funzionalità operativa in termini di risorse umane e di strutture disponibili. Da questo punto di vista, è illusorio pretendere che la magistratura, sulla base delle attuali risorse personali e di mezzi, possa efficacemente fronteggiare tanto la criminalità di tipo individuale quanto la criminalità organizzata. Piuttosto, per affrontare adeguatamente i problemi di efficienza repressiva, si impongono scelte mequasi sempre di misure « simboliche », che per un verso mirano illusoriamente a placare l'allarme diffuso*

Vediamo, pertanto, una per una, separatamente, per opzione, queste espressioni legislative, in ragione di cui la forza di intimidazione è un elemento interno dell'associazione, dall'altro lato, la condizione di assoggettamento e omertà, elementi verificati nell'ambiente esterno. Su questo punto, in particolare, merita di essere trascritta una decisione giurisprudenziale della Corte di Cassazione:

> «CORTE DI CASSAZIONE – Sez. V pen. – 19 dicembre 1997-9 aprile 1998, n. 4307 Pres. Palmisano – Rel. Amato – P.M. Viglietta, parz. diff. – Ric. Magnelli e altri.
>
> Reati contro Pordine pubblico – Associazione di tipo mafioso – Configurabilità del reato – Esplicazione di una concreta attività intimidatoria – Necessità – Semplice "avviamento mafioso" – Sufficienza – Esclusione (Art. 416-*bis* c.p.).
>
> Dopo la data di entrata in vigore della lege n. 646/1982 che há introdotto il reato di associazione mafiosa, ai fini della configurabilità della figura criminosa di cui all'art. 416-bis del codice penale è necessaria l'esplicazione di una concreta attività intimidatoria, non essendo sostenibile la tesi del cosidetto "avviamento mafioso" ossia del patrimonio di relazioni con personaggi mafiosi che, contrassegnando l'associazione renderebbe superflua la commissione di specifi episodi criminosi di violenza o minaccia da parte degli accoliti.
>
> È stato – è vero – tavolta sostenuto che l'assoggettamento e l'omertà possono collocarsi anche all'interno di un cotesto mafioso derivando l'uno dalla forza di intimidazione all'interno del gruppo o dalla consapevole accettazione dei valori e delle gerarchie criminali, l'altra dalla inderogabile disciplina, in forza della quale l'associato

---

nell'opinione pubblica ma che, per altro verso, servono da comodo diversivo per distogliere l'attenzione dai nodi veramente cruciali: la soluzione dei quali presuppone, in realtà, l'adozione di misure radicali potenzialmente in grado di minare la tenuta di consolidati assetti di potere e di posizioni di privilegio interne a un sistema socio-economico clientelare, parassitario e in parte colluso com la grande criminalità». (FIANDACA, Giovanni. **Criminalità organizzata e controllo penale.** In: L'indice Penale, vol. 25, fasc. 1, jan./abr. 1991. Padova, p. 28-30).

> "appartiene" al gruppo cui ha aderito, operando un'irrevocabile scelta di vita. È preferibile, però, ritenere che assoggettamento e omertà sono effetti psicologici che si producono esclusivamente all'esterno della realtà associativa di mafia o di camorra, riverberati e proiettatti nell'ambiente circostante, mentre la succubanza e l'omertà degli accoliti, dovute ad intimidazione o ad una specifica subcultura, sono solo eventuali ed attegono al profilo criminologico e sociologico del fenomeno, più che a quello strettamente giuridico.
>
> È stato deciso in tal senso che assoggettamento ed omertà devono riferirsi non ai componenti interni – essendo siffatti caratteri presenti in ogni consorteria – ma ai soggetti nei cui confronti si dirige l'azione delittuosa, essendo i terzi a trovarsi, per effetto della diffusa convinzione della loro esposizione ad un concreto ed ineludibile pericolo, di fronte alla forza dei "prevaricanti", in uno stato di soggezione (Cass., sez. I, 7 aprile 1992, n. 4153, Barbieri).
>
> La sentenza impugnata, dunque, va annullata limitatamente ai capi A e L1, in ordine alla sussistenza dell'elemento specializzante che qualifica l'associazione per delinquere di stampo mafioso, com rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Milano».[265]

Non si rifiuta, comunque, l'opinione di dottrinari che credono nella possibilità che le circostanze di assoggettamento e dell'omertà siano dirette agli integranti della propria associazione di tipo mafioso;[266] tuttavia, per comodità nell'organizzazione degli

---

[265] La decisione fu trascritta nella parte destinata alla *Giurisprudenza*, nella Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, vol. 42, fasc. 4, out./dez. 1999. Milano, p. 1475-1480.

[266] Per citare un altro esempio dottrinario: «*A nostro avviso, la forza di intimidazione del vincolo associativo, e la condizione di assoggettamento e di omertà derivante da quella carica intimidatoria, non si manifestano esclusivamente all'esterno dell'associazione, ma possono anche manifestarsi al suo interno. (...) L'assunto, in verità, è abbastanza controverso. Secondo una parte della dottrina, infatti, assoggettamento e omertà sarebbero effetti psicologici che si producono esclusivamente all'esterno della realtà associativa di mafia (nel generico ambiente circostante e soprattuto nella cerchia delle potenziali vittime), mentre, all'interno del sodalizio mafioso, "il cemento che lega tra loro gli associati, più che dal timore e dalla soggezione, è costituito della comune adesione ad una specifica subcultura. Una diversa dottrina ammette invece che la condizione di assoggettamento e di omertà possa*

argomenti, il lavoro seguirà la linea adottata dalla Corte di Cassazione, in quella già citata decisione.

3.1 La forza di intimidazione del vincolo associativo.

Nella struttura della legislazione ora in analisi, il primo punto innovativo è l'implementazione nel corpo strutturale della norma della «forza intimidatrice del vincolo associativo», posta nel terzo comma dell'art. 416 *bis* del Codice Penale italiano. Tale elemento è determinato dalla capacità della *associazione mafiosa* di trasmettere paura per far valere le sue attitudini e attività, e imporre una dipendenza psicologica, costringendo le persone a partire dall'uso dell'intimidazione, della minaccia, della forza di comportamenti che stabiliscano una relazione di paura.[267]

---

essere presente anche all'interno del sodalizio, anche se qualche autore ha osservato, giustamente, che "ciò non è richiesto della norma". Ed invero, poiché l'apparato strutturale-strumentale mafioso è proiettato verso la realizzazione del programma, è evidente che quella che viene innanzitutto in considerazione – e che viene rechiesta dal dato normativo – à l'intimidazione (e quindi l'assoggettamento e la omertà) degli estranei. Ma ciò non toglie che eventuali casi di assoggettamento e di omertà che si manifestassero all'interno del sodalizio ben potrebbero entrare utilmente nel quadro probatorio ad esso relativo». (TURONE, Giuliano. **Il delito di associazione mafiosa**. Milano: Giuffrè, 2008, p. 157-158).

[267] Su questo elemento specifico, ha scritto G. FIANDACA: «*E cioè, se si ritiene sufficiente che l'uso della forza intimidatrice rientri nel programma criminoso degli associati, l'art. 416-bis c.p. finisce con il configurare (al pari del tradizionale art. 416 c.p.) un « reato meramente associativo », vale a dire che è tale per il solo fatto che piú soggetti si associano allo scopo di avvalersi della forza di intimidazione del vincolo associativo per commettere delitti, oppure per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione di attività economiche, ecc. Se si accede invece alla tesi, per cui occorre che gli affiliati facciano ricorso effettivo alla forza intimidatrice, ci troviamo di fronte non ad una semplice associazione per delinquere, sia puere connotata da caratteristiche piú specifiche, bensí ad una « associazione che delinquere,*

La struttura attribuita alle associazioni di stampo mafioso, pertanto, permette l'insorgere di una caratteristica rilevante nella formazione del tipo penale stesso, la circostanza dell'intimidazione con uso della forza, la quale, di per sé, non costituisce un reato-mezzo, ma si presenta come un vettore che da forma alla dimensione del reato, e che deve essere analizzata come un elemento costitutivo,[268] vero «elemento strumentale tipico di cui gli associati si avvalgono in vista della

---

almeno a livello di tentata violenza privata ». In tal modo, l'art. 416-bis c.p. rientrerebbe nel diverso modello tipologico dei « reati associativi a struttura mista », cioè caratterizzati dalla presenza di una attività strumentale esterna ed ulteriore rispetto al mero fenomeno associativo, diretta alla realizzazione della finalità del sodalizio criminoso (nello stesso modello rientrerebbero altresí il reato di riorganozzazione del disciolto partito fascista e la nuova fattispecie dell'associazione segreta)». (FIANDACA, Giovanni. **Criminalità organizzata e controllo penale.** In: L'indice Penale, vol. 25, fasc. 1, jan./abr. 1991. Padova, p. 21-22.) Fazendo a indicação de que a força de intimidação sempre esteve presente na formação estrutural das organizações criminosas, L. FLOSI escreveu: «*Storicamente l'attività del crimine organizzato tradizionale era limitata alle frontiere nazionali, o addirittura regionali, provinciali o ai confini municipali. Questi erano i confini ben noti ai gruppi del crimine organizzato, e nei quali essi avevano acquisito il livello desiderato di influenza e di controllo (sia legitimo che illegittimo). Queste garanzie permettevano loro di agire con un grado relativamente alto di immunità dalle interferenze e dalla punizione legale. Questo schema è stato lo stesso praticamente in tutti i gruppi di criminalità organizzata, dalla Mafia siciliana ai Tong cinesi, alla Camorra napoletana, ecc. L'influenza ed il controllo desiderato venivano di solito ottenuti mediante l'uso della paura, della intimidazione, dell'estorsione e della corruzione di cittadini e pubblici ufficiali*». (FLOSI, Leone. **La dimensione internazionale della criminalità organizzata.** In: Forme di organizzazioni criminali e terrorismo. Milano : Giuffrè, 1988, p. 79).

[268] Ancora un'analisi verificata nella dottrina italiana: «*Il primo passo che l'interprete deve muovere per verificare l'esistenza o meno degli elementi costitutivi postulati dal 3° comma dell'art. 416-bis deve essere diretto appunto alla ricerca del contenuto della studetta carica intimidatrice. L'accertamento di tale requisito, tuttavia, è complicato non solo dal fatto di dover identificare un fenomeno di per sé relativo, tale da poter essere constatato principalmente grazie all'impatto ed alla reazione che la carica del sodalizio suscita nei destinatari; ma anche dalla consapevolezza che il compimento di atti di intimidazione riferibili al gruppo delinquenziale potrebbe non essere sempre la spia di um sodalizio mafioso ancora "acerbo" ed embrionale, risultando invece ricollegabile all'esigenza, avvertita dalle associazioni mafiose già costituite, di conservare, e magari potenziare, la propria capacità intimidatrice*». (NOTARO, Domenico. **Art. 416-bis CP e metodo mafioso, tra interpretazione e riformulazione del dettato normativo**. In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, vol. 42, fasc. 4, out./dez. 1999. Milano [pp. 1475-1496], p. 1475-1476).

realizzazione degli scopi propri dell'associazione»,[269] situazione che dovrà essere identificata caso per caso, anche per amenizzare l'apertura concettuale realizzata dalla norma penale, su questo punto, nel rispetto dei precetti costituzionali.[270] Questo vettore, per quanto si nota, è destinato agli integranti della propria associazione, che si avvalgono di questa circostanza per portare timore e minaccia a chi non fa parte dell'organizzazione.

E, pensando specialmente a questa caratteristica, per quanto si verifica nella pratica, le *mafie*, per la loro stessa esistenza, causano già una inerente forza di intimidazione. In questo modo, la realizzazione dell'intimidazione non necessita di un comportamento concreto, e, per

---

[269] TURONE, Giuliano. **Il delito di associazione mafiosa**. Milano: Giuffrè, 2008, p. 113.

[270] Importante riferimento è delineato da A. BARATTA: «*La seconda tesi è che fare i conti con i limiti della giustizia criminale come mezzo di controllo della mafia non vuol dire solamente rispettare i suoi limiti di efficacia, ma anche rispettare i limiti giuridici, normativi, fissati dalla Costituzione, dalla legge e dai principi del "diritto penale liberale" (e perché non anche del "diritto penale minimo"?) per l'impiego e per le procedure di impiego degli strumenti punitivi. Riprendo qui anche la nozione di diritto penale liberale come è stata introdotta in questo dibattito da Pio Marconi. Però voglio aggiungere che il diritto penale liberale, i cui principi sono ancora quelli vigenti, almeno in teoria, nel nostro sistema punitivo, deve la propria origine storica a una distinzione fondamentale e programmatica tra i "nemici", oggetto di uma azione bellica, e gli "infrattori di norme penali", oggetto di una azione, appunto, penale, che è tutt'altro che una azione bellica. Il sistema della giustizia penale, nel nostro ordinamento giuridico, non è, come dice anche il nome, un sistema di guerra, anche se oggi il linguaggio bellico è quello più diffuso per indicare i suoi compiti ("guerra alla droga", "guerra alla corruzione", "guerra alla mafia"!). Non si può fare la "guerra" alla mafia con il diritto penale: non solo perché una "guerra" fatta solamente con questo strumento sarebbe, come è stato fino a poco tempo fa in Italia, perduta in partenza; ma anche perché il diritto penale non è uno strumento di guerra, bensi uno strumento giuridico di regolazione di obblighi, diritti e potestà che presidiano l'attribuzione di responsabilità a cittadini e l'uso della reazione punitiva nei confronti degli infrattori dichiarati tali secondo procedure stabilite*». (BARATTA, Alessandro. **La violenza e la forza. alcune riflessioni su mafia, corruzione e il concetto di política.** In: Dei Delitti e delle Pene, fasc. 2, nov. 1993. Torino, p. 120).

questo, la speciale difficoltà di stabilire la sua esistenza, come ebbe opportunità di stabilire la dottrina italiana: «A voler prendere adesso le distanze da quella ricostruzione « a caldo », forse troppo condizionata da aspettative del momento, la preoccupazione contraria di evitare di subordinare l'interpretazione della fattispecie all'aggiramento di ostacoli probatori, acquista indubbiamente maggior peso. Tanto più che, tra le possibili ricostruzioni alternative dell'apparato strumentale dell'associazione mafiosa, se ne prospetta una che in realtà occupa uno spazio intermedio. Si tratta cioè dell'interpretazione, con ogni probabilità piú corrispondente alla stessa volontà del legislatore storico, secondo la quale la forza di intimidazione di cui gli associati « si avvalgono » non deve necessariamente consistere nella realizzazione, puntualmente comprovata, di concreti atti intimidativi: piuttosto, un'associazione può essere definita « mafiosa » (a partire da) quando abbia acquisito una sufficiente « fama » di violenza ed abbia, quindi, sprigionato intorno a sé una *carica autonoma di intimidazione diffusa*, tale da provocare assoggettamento e omertà anche a prescindere dalla attuale perpretazione di concreti atti di violenza o minaccia».[271] Questa costatazione, di conseguenza, permette di chiarire quanto segue: l'elemento costitutivo della forza di intimidazione può consistere nell'imputazione penale indipendentemente dall'identificazione nel caso concreto, nella misura in cui le associazioni qui identificata possiedano già "fama", abbiamo una forza sufficiente all'intimidazione e alla minaccia in qualsiasi relazione sociale, non dovendo queste essere imposte per mezzo di attività, di comportamenti, necessariamente.[272] È come se il semplice

---

[271] FIANDACA, Giovanni. **Criminalità organizzata e controllo penale**. In: L'indice Penale, vol. 25, fasc. 1, jan./abr. 1991. Padova, p. 22.

[272] In verità, in alcuni casi questo elemento sarà di più facile visualizzazione, come ha scritto G. TURONE: «*Da ciò consegue che, se l'intimidazione implicita e indirettamente allusiva può assumere una certa rilevanza probatoria sotto il profilo dei reati di storsione e violenza privata (sempre che essa sia reconducibile in concreto alla condotta di una o più persone determinate), a maggior ragione essa assumerá una rilevanza probatoria ben più*

fatto della menzione del suo nome, in modo automatico, già portasse l'intimidazione per l'uso della forza e della minaccia, circostanza che si presenta inerente a questo tipo di associazione, giustamente perché porta con sé, nella sua propria essenza, la "fama", come abbiamo letto nella dottrina già citata, che porta la forza di intimidazione in un modo velato, e, allo stesso tempo, presunto.

Non si può chiarire qui la tesi presentata da G. TURONE[273] nel senso che il carico intimidatorio causato dall'associazione mafiosa produce, in modo diretto, specifiche condizioni di «assoggettamento» e «omertà», senza aver bisogno di un'attività che faccia parte del programma criminoso (è, quindi, una circostanza inerziale, che si verifica indipendentemente da un'azione), e che — per questa caratteristica, indicata dall'autore come una "*quid plus*" —, è capace di distinguere le associazioni mafiose dalle associazioni comuni, nella misura in cui i comportamenti criminosi iniziano anche prima della realizzazione dei crimini verificati nel programma delittuoso a cui l'associazione di persone si destina.

La norma italiana ha sì portato una novità, in quanto ha richiesto all'interprete, a partire dall'inclusione di questo elemento, la valutazione di un vettore di fatto più speciale della semplice minaccia

---

immediata sotto il profilo del nuovo reato associativo, essendo sufficiente che essa — una volta eretta a elemento strutturale in termini di forza di intimidazione immanente — sia genericamente riconducibile al gruppo associativo nel suo complesso». (TURONE, Giuliano. **Il delitto di associazione mafiosa**. Milano: Giuffrè, 2008, p. 120).

[273] TURONE, Giuliano. **Il delitto di associazione mafiosa**. Milano: Giuffrè, 2008, p. 135-139.

alla persona, per esempio, ragion per cui la sua identificazione merita totale attenzione al momento della sua imputazione.[274] Si tratta di un comportamento implementato dall'*associazione mafiosa*, descritto nella legge come un elemento costitutivo del tipo penale stesso, e, tecnicamente, per aiutare nell'identificazione dell'attività delittuosa. La difficoltà, come già diceva la dottrina italiana,[275] sarà sempre nella

---

[274] In questo senso, deve essere citata la dottrina sul termine « si avvalgono», che ha portato anche una serie di note esplicative, necessarie alla comprensione del significato del tipo di associazione a delinquere di tipo mafioso: «*In realtà il 3° comma dell'art. 416-bis esige che gli associati "si avvalgano" «della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva». La locuzione «si avvalgono», che ha impegnato a lungo gli sforzi ermeneutici dei commentatori, non può essere ignorata ed evoca giocoforza nei sodalizi il riscontro di um'attitudine dinamica. Le modalità secondo le quali dovrebbe trovare esplicazione la dimensione dinamica dell'associazione punita nell'art. 416-bis, costituiscono a dire il vero, un problema persistente, tuttora oggetto di valutazioni discordanti. Tuttavia, è sul punto dell'interpretazione letterale della locuzione «si avvalgono», secondo il significato "avere intenzione" o "proporsi di", che il surriferito orientamento ha incontrato un elemento di crisi, attraverso cui è riuscita a guadagnare consensi una diversa soluzione ermeneutica. In particolare si è sostenuto che la formulazione letterale della disposizione consentirebbe di punire un'associazione in quanto mafiosa soltanto allorché essa utilizzi in maniera effettiva, oltre che abituale, metodi intimidatori per reggiungere gli scopi tipici*». (NOTARO, Domenico. **Art. 416-bis CP e metodo mafioso, tra interpretazione e riformulazione del dettato normativo**. In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, vol. 42, fasc. 4, out./dez. 1999. Milano [pp. 1475-1496], p. 1475-1476).

[275] Si verifichi il testo di S. ALEO: «*Un'altra osservazione fu che la norma poteva avere, e serviva a svolgere, una funzione di "supplenza probatoria", e perciò comunque di abbassamento della soglia probatoria e della motivazione, in relazione mafiosa non sarebbe in ipotesi necessaria la dimostrazione della direzione alla commissione di delitti, bensì solo quella del "metodo mafioso". In effetti, la figura dell'associazione mafiosa può essere considerata speciale in confronto a quella dell'associazione per delinquere: cioè, ha tutti gli elementi costitutivi della prima più elementi ulteriori, specializzanti (Per questa posizione può vedersi Spagnolo, L'associazione di tipo mafioso, Padova, 4ª ed., 1993, p. 176); anzi, l'associazione di tipo mafioso può essere considerata nella realtà come il risultato della "evoluzione", ovvero della «transformazione> di fatto, della comune associazione per delinquere (Turone, Il delitto di associazione mafiosa, Milano, 1995, pp. 112 ss.). Infatti, l'attività di "avvalersi della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti ecc.", che è definitoria dell'associazione di tipo mafioso, qualifica e anzi presuppone l'attività delittuosa effettivamente realizzata dai componenti e nel contesto dell'associazione di tipo mafioso, con caracteristiche tali, di violenza, di intimidazione e di diffusività, da aver determinato la*

possibilità della sua identificazione negli elementi di prova, caso per caso.

3.2 Condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti.

In questo momento del lavoro, si è deciso si analizzare gli elementi di «assoggettamento» e «omertà» in una stessa dimensione del testo, per la prossimità che queste circostanze stabiliscono per interprete, e, ancora, in ragione del fatto che sono vettori che si stabiliscono al di fuori dell'ambiente interno dell'*associazione mafiosa*.[276]

---

situazione di condizionamento e di controllo ambientale, di cui appunto gli associati "si avvalgono". In tal senso l'associazione di tipo mafioso è stata appunto definita un'associazione « che delinque » (Spagnolo, op. cit., p. 51), e la relativa figura delittuosa associativa « a struttura mista » ovvero « a struttura complessa », a differenza cioè dei delitti « meramente associativi » (Ivi, pp. 64 ss.). Così, nel caso di un'associazione i cui componenti devono esercitare la violenza e l'intimidazione per commettere i delitti, per esempio di estorsione, dovrebbe essere ancora configurabile la comune associazione per delinquere». (ALEO, Salvatore. **La definizione della criminalità organizzata nella prospettiva iternazionalistica. I problemi metodologici per un approccio di carattere generale e sistematico.** In: La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo. Bassiouni, M. Cherif (Dir.). Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 175-176).

[276] In questo senso, si deve seguire il testo di G. TURONE: «*L'assoggettamento e l'omertà — vale a dire i due ulteriori parametri caratterizzanti del "metodo mafioso" — si presentano quindi come risvolti naturali e conseguenziali del primo parametro caratterizante costituito dalla carica intimidatoria autinoma: quest'ultima, infatti, si configura come tale proprio in funzione dell'assoggettamento e dell'omertà che essa è in grado di produrre creando un effettivo stato di paura all'esterno dell'associazione*». (TURONE, Giuliano. **Il delito di associazione mafiosa**. Milano: Giuffrè, 2008, p. 152).

Di fatto, la condizione di «**assoggettamento**» presuppone la dipendenza diretta che l'attività mafiosa obbliga agli individui che sono al di fuori dell'associazione criminosa, obbedendole nelle relazioni illecite. È possibile trovare nella dottrina la caratterizzazione della condizione di assoggettamento come una sottomissione incondizionata, ossia una sottomissione all'*associazione di stampo mafioso*, ai suoi ordini e alle sue determinazioni specifiche che coinvolgano queste attività. In questa linea di pensiero, ha scritto P. ANNICCHIARICO che «sotto il primo profilo, va osservato che la norma richiama l'attenzione su di una caratteristica tipica delle organizzazioni di stampo mafioso attualmente operanti, e cioè sulla circostanza che tali associazioni, a causa della "fama" acquistatasi con atti di violenza o di minaccia a danno di chiunque ne ostacolasse l'attività, sono ormai in grado di includere timore per la loro stessa esistenza, *generando in coloro con cui vengono a contatto una condizione di "assoggettamento", e cioè di sottomissione incondizionata*, e un conseguente atteggiamento di "omertà", di reticenza e rifiuto di collaborare con gli organi inquirenti dettato della paura di eventuali ritorsioni e rappresaglie da parte dell'organizzazione».[277] I soggetti che stanno a contatto dell'*associazione di tipo mafioso*, pertanto, rimangono sottomessi a qualunque specie di determinazione dei mandanti, organizzatori ed esecutori, e obbediscono agli ordini in conseguenza della forza intimidatoria stabilita dall'associazione; pertanto, la condizione di assoggettamento è una derivazione diretta del potere della paura intimidatoria imposta dal gruppo associativo mafioso.

---

[277] ANNICCHIARICO, Pasquale. **Associazione mafiosa. Profili giuridici e storico-criminologici**. Bari: Cacucci, 2006, p. 20

D'altro lato, si deve fare riferimento alla condizione di «**omertà**», anch'essa una variabile che deriva dal potere della forza di intimidazione imposta dall'associazione, ma che si differenzia per il seguente aspetto: è la manifestazione del consenso di persone esterne all'associazione, che si omettono di fronte a situazioni imposte per la manipolazione dell'attività illecita. La preoccupazione che si presenta, in un primo momento, è relativa alla possibilità di elaborare la prova di quest'attitudine di segreto,[278] «l'omertà», come elemento caratterizzante del tipo penale stesso, e il reale potere di effettività della norma di fronte ai problemi reali, in virtù del carattere generico e vago di quest'espressione. In questo senso ha scritto G. INSOLERA: «Ad un primo sguardo la questione potrebbe apparire quasei paradossale: la già descritta genericità dell'art. 416, sotto il profilo dei delitti scopo e della struttura (sufficienza dell'organizzazione e dello scopo criminoso), avrebbe dovuto facilitarne l'applicazione ciò sopratutto rispeto alla ben più "ricca" fattispecie dell'art. 416 *bis*, introdotta nel 1982. Sensazione che, tuttavia, può attenuarsi se si pone mente al fatto che le problematiche applicative dell'art. 416 riguardavano principalmente l'acquisizione della prova in un contesto dominato dall'omertà, con il frequente esito assolutorio dei processi con formula dubitativa. Ancora un versante processuale capace di influenzare le scelte di incriminazione, quindi. Ed è significativo che

---

[278] Sulla questione del «segreto», del silenzio inserito nella filosofia delle mafie italiane, vista questa caratteristica come una circostanza di fondo della stessa struttura delle organizzazioni delle famiglie, si trova interessante l'osservazione di R. DE GIORGI: «*Todavia, a estrutura da mafiosidade é essa: o segredo e a impossibilidade de violá-lo. (...) No ambiente da máfia não é preciso falar:* ***Vá, mate-o****. É absurdo pensar nisso. Comunica-se através do segredo. Então, quando foi possível fazer algo contra a máfia? Quando se conseguiu romper o segredo. E como foi possível violar o segredo? Oferecendo um prêmio a quem violava o segredo. Diz-se* ***arrependimento****, mas não é necessária essa figura da Igreja Católica para descrever o que realmente foi feito*». (DE GIORGI, Raffaele. **Evolução dos sistemas de justiça diante da criminalidade mafiosa**. *In*: TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; *et alli*. Repressão penal e crime organizado. Os novos rumos da política criminal após o 11 de setembro. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 152-153.) [Os grifos constam no original.]

quanto costituiva un ostacolo per l'accertamento del reato previsto dall'art. 416, divenga, nell'art. 416 *bis*, elemento costitutivo del metodo mafioso».[279] Possiamo verificare che, quanto a questo elemento «dalla misteriosa e inquietante segretezza»,[280] la mancanza di un elemento costitutivo, porrebbe in dubbio tutto un processo di investigazione, o anche, in seguito, lo stesso potere di imputazione contro le attività delittuose dell'*associazione mafiosa*.

È innegabile che la stessa dottrina italiana sulla caratterizzazione di questi elementi che compongono la *fattispecie* di delinquenza di stampo mafioso, fino ai giorni d'oggi, confessa una difficoltà nella differenziazione tra le circostanze di composizione del tipo, e la ragione di quest'incertezza decorre, innanzitutto, dalla

---

[279] INSOLERA, Gaetano. **La nozione normativa di criminalità organizzata e di mafiosità : il delitto associativo, le fattispecie aggravanti e quelle di rilevanza processuale**. In: L'Indice Penale, vol. 4, fasc. 1, jan./abr. 2001. Padova, p. 21.

[280] In questa stessa linea di pensiero, D. NOTARO ha scritto: «*È stato giustamente posto in evidenza come lo studio intorno alla fattispecie di cui all'art. 416-bis, prima ancora che di questioni teoriche, abbia dovuto farsi carico di problemi pratici ode risolvere soprattutto difficoltà di ordine probatorio a rinvenire elementi sicuri (e non meramente indizianti) su cui fondare l'imputazione e la condanna per il delitto in esame. I principali ostacoli al riguardo derivano dalla misteriosa e inquietante segretezza, assistita da omertà interna ed esterna e dal riferimento a peculari valori culturali, compreso um linguaggio spesso imperscrutabile, di cui si ammantano i gruppi di natura mafiosa. C'è da suppore che queste difficoltà, nella loro drammatica entità, abbiano suggestionato soprattutto i magistrati, certo non estranei alle questioni speculative, ma altresi assillati dalla necessità di poter disporre dell'art. 416-bis come di uno strumento pratico che non sia continuamente paralizzato da certi suoi ventilati vizi strutturali. A ciò, forse, si deve, sul piano sostanziale, la preferenza, manifestata dai giudici in questi ultimi anni, per il modello associativo "misto" come quello che poteva escludere dalla fattispecie le ipotesi in cui, per la mancanza di uma più immediata constatazione di atti di violenza o minaccia, riusciva assai difficile la prova degli elementi costitutivi tipici*». (NOTARO, Domenico. **Art. 416-bis CP e metodo mafioso, tra interpretazione e riformulazione del dettato normativo.** In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, vol. 42, fasc. 4, out./dez. 1999. Milano [pp. 1475-1496], p. 1475-1476).

necessità di interpretazione di questi elementi in congiunto con la prova,[281] terreno che necessita di (e lavora con) uno strumento inesatto, impreciso.[282] In questo modo, per determinare che persone di un'*associazione mafiosa* hanno beneficiato della situazione di assoggettamento e omertà, in decorrenza di reati, dipenderà soprattutto dall'investigazione minuziosa in relazione ai diversi aspetti tecnici che compongono la norma penale destinata alla

---

[281] In questo senso, ha scritto G. J. YACOBUCCI: «*La respuesta al fenómeno criminal organizado modifica criterios vinculados al tipo penal, la autoría y la participación, la pena y las medidas de seguridad e incluso el sistema de garantías e instituciones del proceso penal. Pero esta situación no es un atributo exclusivo y excluyente de las formas de lucha contra la criminalidad organizada, sino que se aprecia en comportamientos ajenos a esos campos; circunstancia que demostraría una característica propia o general de la política criminal de nuestros días. Esto significa que hablar hoy de crimen organizado supone también entender qué está pasando con la discusión acerca de los contenidos tradicionales de la teoría del delito. (...) Algunos cambios en el derecho penal tradicional que influyen en la cuestión. – la estructura del derecho penal de la modernidad se basa en la legalidad. En materia de tipos penales, ese princípio funda de manera especial las exigencias de precisión y determinación de los elementos que lo componen. La reserva de ley en materia penal, dicen Marinucci y Dolcini, comporta la obligación del legislador de disciplinar con precisión el delito y la sanción penal, evitando la discrecionalidad de la autoridad judicial. Con la noción de determinación ("determinatezza") los professores italianos expresan la exigencia de que la norma penal describa hechos o conductas susceptibles de ser probados en el proceso penal. Es decir, comportamientos o situaciones comprobables por el juez a través de una consideración empírica o experiencial*». (YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **Los tipos penales relacionados con el crimen organizado.** In: El crimen organizado. YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Coord.). Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 77-78).

[282] Così, importante complemento presentato da G. FIANDACA: «*Nell'ambito della primissima letteratura formatasi sull'art. 416-bis c.p., è stato proprio chi scrive a tentare di ricondurre l'associazione di tipo mafioso al tradizionale modello dei reati meramenti associativi. In verità, a sostegno di una tale proposta ricostruttiva militava una preoccupazione di ordine politico-criminale, e cioè il timore di deludere le aspettative di maggiore efficacia repressiva alimentate dall'introduzione della nuova fattispecie. Preoccupazione questa che, a sua volta, traeva origine dal seguente rilievo: se per la configurabilità del reato in esame si dovesse sempre richiedere l'accertamento di una utilizzazione « attuale » e « concretta » della forza di intimidazione, i giudici finirebbero col ricadere in quella tradizionalmente lamentata difficoltà di provare il compimento di reali atti intimidativi da parte degli associati di máfia*». (FIANDACA, Giovanni. **Criminalità organizzata e controllo penale.** In: L'indice Penale, vol. 25, fasc. 1, jan./abr. 1991. Padova: p. 22).

caratterizzazione di questa attività illecita, e, come visto sopra, dipenderà molto dalla verifica della presenza di questi altri elementi di composizione sociologica e culturale, legati nella prova raccolta nel processo investigativo o giudiziale, che fanno parte della descrizione del fatto tipico e hanno bisogno, anche, di una minima prova per sussistere e dare supporto all'investigazione e alla condanna di cittadini per questo reato.

4 Dell'effettiva necessità, applicabilità e accettabilità del concetto.

Per quanto si sia a conoscenza dell'emergenza a partire dalla quale è stata stabilita la norma di incriminazione della delinquenza *mafiosa*, i punti generici e ampi toccati dalla legge portano con sé la possibilità di sfruttamento dei suoi concetti per diversi universi associativi che, con il passare degli anni, sorgono e fanno parte della preoccupazione punitiva dello Stato [e, oggi, tra gli Stati].[283]

---

[283] Nell'espressione di M. DELMAS-MARTY: «*Il processo di mondializzazione in atto non è di certo il primo della storia; tuttavia, in termini assolutamente nuovi, esso si distingue per l'esistenza di tecnologie che rendono la circolazione di merci e di capitali – ma anche di informazioni, generiche o scientifiche – pressoché istantanea e per la capacità di rafforzare le interrelazioni indebolendo al contempo gli Stati ed i loro ordinamenti. Ed infatti, sotto il profilo squisitamente giuridico, la mondializzazione presenta una duplice connotazione: da un lato la globalizzazione economica, che apre le frontiere del mercato ad attività – commerciali, ma anche criminali – di natura transnazionale; dall'altro, i diritti dell'uomo – fondati sulla Dichiarazione del 1948 – che sanciscono l'esistenza di valori universali e richiedono una tutela di tipo sovranazionale. La simmetria tra mercato e diritti dell'uomo è, tuttavia, solo apparente: la globalizzazione economica sembra infatti caratterizzata da maggiore rapidità ed efficacia rispetto al progressivo avvicinamento delle legislazioni*

Come si nota, in un primo momento, la creazione del tipo di associazione delinquere fu immaginato per includere tutte le specie di reati associativi, a partire da un *processo di progressiva astrazione generalizzatrice*, come ebbe opportunità di riferire G. FIANDACA. Poi, tuttavia, si è verificato un nuovo ordine di determinazione della legge, quando, allora, si è iniziato a pensare al modo più adeguato di specializzare l'imputazione, per renderla più adeguata, più rigorosa rispetto ai parametri costituzionali. Esempi di questa ricerca di specialità della norma, sono verificati nella creazione stessa del tipo di associazione a delinquere di stampo mafioso e nell'introduzione di nuovi parametri di imputazione contro il traffico di stupefacenti.[284]

---

nazionali determinato dal diritto dei diritti dell'uomo. Non di rado, infatti, lo spirito di sollidarietà di cui risulta permeata l'idea stessa di universalismo entra in conflitto con lo spirito di competizione che invece, impone le sue regole alla società del mercato». (DELMAS-MARTY, Mireille. **Il diritto penale come etica della mondializzazione.** In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, n. 1, 2006. Milano, pp. 3).

[284] Questo è il riferimento realizzato in dottrina: «*La vicenda evolutiva del modello normativo dell'associazione per delinquere è, nel nostro ordinamento, storicamente contraddistinta dall'oscillazione tra oriendamenti di segno contrario. In una prima fase, e cioè dai codici preunitari al codice Rocco, si assiste in realtà a un processo di progressiva astrazione generalizzatrice: nel senso che il passaggio dall'associazione di malfattori di ascendenza napoleonica, avente come referente criminologico sopratutto il banditismo sociale, alla generale associazione per delinquere, riva di referenti criminologici specifici, ha appunto corrisposto all'intento politico-legislativo di introdurre una fattispecie incriminatrice dalla portata amplissima, come tale estensibile a tutte le forme di criminalità associata. Alla luce di questo processo evolutivo, non può non apparire frutto di una preconcetta forzatura – dovutta probabilmente alla preoccupazione politico-propagandistica di enfatizzare la portata innovativa della nuova legge antimafia dell'82 che ha indotto l'art. 416-bis c.p. – la tesi di chi ha sostenuto che il codice Rocco fosse originariamente sprovvisto di strumenti repressivi capaci di penalizzare moderne forme di criminalità organizzata. A ben vedere, un simile assunto finisce oltretutto col confondere due piani che vanno mantenuti distinti: quello delle previsioni normative astratte da quello delle concrete prassi interpretative e applicative (v. infra par. 6). In una seconda fase, coincidente all'incirca con l'ultim' quindicennio, è andata invece affermandosi una tendenza favorevole alla specializzazione delle fattispecie associative, coerentemente col sopravvenuto proposito di cogliere, a livello di conformazione normativa, le peculiari caratteristiche delle nuove forme di criminalità da fronteggiare: questa tendenza è*

Evidentemente, «quanto alla *struttura*, il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p. tipicizza un modello di associazione mafiosa che ricalca molto da vicino la definizione di mafia maturata sul terreno applicativo delle misure di prevenzione. Questo decisivo influsso della prassi preesistente, costretta dalla mancanza di precedenti definizioni legislative a tratteggiare in concreto la fisionomia delle organizzazioni mafiose, spiega d'altronde la vaga connotazione sociologica di requisiti di fattispecie pur caratterizzanti quali «forza di intimidazione del vincolo associativo», «condizione di assoggettamento e omertà», «controllo di attività economiche», ecc. Tanta indeterminatezza, peraltro censurabile anche nell'originario terreno delle misure di prevenzione, avrebbe dovuto a maggior ragione apparire poco accettabile in sede penal. Ma, stante la eccezionale situazione di emergenza che ha spinto a varare la nuova legge antimafia, era pressoché inevitabile che la genesi dell'art. 416-*bis* c.p. risentisse soprattutto delle preoccupazioni di efficienza repressiva privilegiate dai giudici in prima linea sul fronte antimafia, con conseguente arretramento di istanze individualgarantistiche peraltro non adeguatamente supportate da una dottrina sempre meno capace di trovare ascolto nei circuiti della produzione legislativa».[285] Nello scenario storico e giuridico di creazione della norma, pertanto, indicata in dottrina come una «eccezionale situazione di emergenza», il rischio di determinare una norma troppo ampia, permissiva di imputazioni che rimangano esposte all'interpretazione degli operatori di Diritto, è stato diluito dalla necessità di stabilire una linea di lotta a questa modalità di reato associativo, esattamente perché la legge fu creata al fine di amenizzare un fenomeno proprio dello Stato italiano, senza l'intenzione di

---

emblematicamente esemplificata, sul terreno della criminalità organizzata « comune », dall'introduzione – accanto alla originaria figura codicistica della generale associazione per delinquere ex art. 416 c.p. – dell'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti (art. 75 l. n. 685/75) e dell'associazione di tipo mafioso (art. 416-bis c.p., introdotto dall'art. 1 l. n. 646/82)». (FIANDACA, Giovanni. **Criminalità organizzata e controllo penale**. In: L'indice Penale, vol. 25, fasc. 1, jan./abr. 1991. Padova, p. 17-18).

[285] FIANDACA, Giovanni. **Criminalità organizzata e controllo penale.** In: L'indice Penale, vol. 25, fasc. 1, jan./abr. 1991. Padova, p. 20-21.

abbracciare tutte le situazioni illecite associative e di *organizzazioni criminali*, e per questo si deve intendere il perfetto inquadramento della norma speciale italiana a determinati fatti che sono indicati con caratteristiche di *mafia*.

In questo senso, per quanto la critica della dottrina italiana sia l'incertezza della norma, principalmente in funzione degli elementi strutturali dei contorni sociologici e culturali, che consentono un'apertura concettuale che dipende da una costante interpretazione e da una minima prova[286] — capaci di caratterizzare la forza di intimidazione, dell'assoggettamento e dell'omertà, che non è un compito facile — tali vettori sono ausiliari e possono aiutare, in determinati casi, nell'identificazione esatta e nell'esistenza del fenomeno *mafioso*, e, per questa ragione, non possono essere scartate.

E ancora: questi vettori possono, forse, essere sfruttati e testati nella composizione legislativa di altri Stati. Di fatto, in base a quanto si può costatare in questo capitolo dell'investigazione, per quanto diretta

---

[286] Con queste espressioni: «*Neppure un simile modo di concepire l'estremo dell'« avvalersi » della forza intimidatrice, recepito peraltro da una parte della giurisprudenza, risulta – a ben vedere – esente da pregiudiziali di ordine probatorio: ed infatti, quale che sia il livello di fedeltà alla formulazione testuale della norma incriminatrice (« forza di intimidazione del vincolo associativo »), l'accontentarsi, ai fini della configurabilità del reato, dell'accertamento di un alone di diffusa intimidazione, presuppone la consapevolezza di quanto sia tradizionalmente difficile nei processi di mafia addurre, appunto, la prova di concreti atti intimidativi. Per altro verso è pur vero che il ricorso aq concetti inediti e generici (quali alone permanente di intimidazione, condizione di assoggettamento e omertà, ecc.), in sé oscillanti tra l'approccio sociologico e le suggestion del « tipo d'autore », contribuisce inevitabilmente ad accentuare il tasso di elasticità e vaghezza della fattispecie incriminatrice*». (FIANDACA, Giovanni. **Criminalità organizzata e controllo penale.** In: L'indice Penale, vol. 25, fasc. 1, jan./abr. 1991. Padova: p. 23).

alla norma di lotta alle mafie per l'ambito interno dello Stato italiano, con circostanze proprie e immaginate per la lotta contro il determinato fenomeno sociologico criminale che toccava – e tocca ancora direttamente – lo Stato italiano, certe caratteristiche (com'è il caso della forza intimidatrice, dell'assoggettamento e dell'omertà) possono essere sfruttate per la composizione e il perfezionamento di norme internazionali di lotta alla *criminalità organizzata*.

Nel prossimo capitolo, pertanto, verrà affrontata la ricerca di un concetto applicabile nella legislazione brasiliana, inserendosi in questo tentativo alcune caratteristiche della norma italiana di lotta alle associazioni mafiose, con l'intenzione di perfezionare e specializzare la norma, per rendere la legge più precisa in merito all'identificazione del *crimine organizzato* nell'universo giuridico brasiliano.

Capitolo IV –

DEFINIZIONE DI UN TIPO DE ILÍCITO DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA PER LA LEGISLAZIONE BRASILIANA A PARTIRE DAL PROGETTO DI LEGGE Nº 150/2006, DI SFRUTTAMENTO DEL MODELLO NORMATIVO ITALIANO E DELLE STRUTTURE DEGLI ORGANI DI POTERE.

Sommario: 1) Dal crimine di gruppo o banda: concetto e nota esplicativa su questo reato associativo; *1.1) Strutturazione tpica del concetto di criminalità organizzata, a partire dalla struttura del reato di formazione di gruppo: impossibilità; 1.2) Annotazione conclusiva su questo punto;* 2) Aspetti della norma penale italiana di lotta alle organizzazioni mafiose che potrebbero essere sfruttati nell'ordinamento giuridico brasiliano: un'approssimazione necessaria; *2.1) L'elemento strutturante della forza dell'intimazione: possibilità; 2.2) Elementi di assoggettamento e omertà come circostanze da sfruttare nella norma brasiliana: possibilità;* 3) L'inserimento degli elementi delle strutture di potere nella formazione della norma penale brasiliana: possibilità; 4) Un passo avanti: un tipo di illecito nuovo di criminalità organizzata a partire dalla proposta brasiliana già delineata nel Progetto nº 150/2006, e i possibili sfruttamenti;

Fin dall'inizio, si sottolinei che questo momento della ricerca sarà destinato alla verifica più da vicino dell'elaborazione di un tipo di *criminalità organizzata* per la legislazione brasiliana, utilizzandosi, a questo fine, i termini che erano già disposti nel Progetto di Legge nº 150 (in passaggio presso il Senato Federale brasiliano), studiato alla

fine del Capitolo II, così come di elementi sfrutttati [287] dalla norma italiana di lotta contro l'associazione a delinquere di stampo mafioso, oltre agli elementi studiati a partire dalle strutture degli organi di potere, nel tentativo di comporre una proposta di definizione più

---

[287] La connotazione di «sfruttamento» della norma italiana proposta, vale qui una nota di riferimento, tratta di determinati elementi specializzati del reato di associazione a delinquere di stampo mafioso che potrebbero essere portati alla composizione di una legge brasiliana di lotta alla criminalità organizzata, e alla maniera per cui si avrebbe questa composizione. Non si è voluto, in questo topico, aggiungere alla ricerca una connotazione di studio comparato, ma analizzare la possibilità di una maggiore ampiezza tecnica della norma brasiliana che deve essere redatta, al fine di specializzare questo elemento normativo nell'identificazione dei casi di crimine organizzato in Brasile, partendo da alcuni atteggiamenti della legislazione peninsolare, in vigore dal 1982, con il sorgere dell'*art. 416bis* del Codice Penale italiano. Anche perché, come annota la dottrina italiana, «*quando fu emanata questa norma, un'osservazione critica fu che in essa era rappresentata una nozione "sociologica", più che "giuridica". In effetti, la descrizione del terzo comma riguarda la dimensione sociale e storica concreta del fenomeno mafioso; come si evince pure dal riferimento dell'ultimo comma 'alla camorra e alle altre associazioni, comunque localmente denominate', che perseguono scopi e con metodo corrispondenti a quelli delle associazioni mafiose*.» (ALEO, Salvatore. **La definizione della criminalità organizzata nella prospettiva iternazionalistica. I problemi metodologici per un approccio di carattere generale e sistematico.** In: La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo. Bassiouni, M. Cherif (Dir.). Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, pp. 175). In questo modo, come sottolineato dalla dottrina brasileira, «*a nonostante l'uso equivocato lacategoria frustrata del* crimine organizzato *come sinonimo di* Mafia*, il discorso della criminologia italiana pretende di chiarire la realtà domestica del fenomeno mafioso, nel contetso delle sue contraddizioni storiche, economiche, politiche e culturali. Da questo punto di vista,* il discorso criminologico italiano è utile per mostrare che organizzaizoni di tipo mafioso – *ossia, di strutture dotate dell'organizzazione impresariale definibile come gruppo o banda* – non sarebbero prodotti anomali delle società capitaliste, e nemmeno fenomeni patologici di società intrinsecamente salutari, ma prodotti organici dell'ecosistema sociale, secondo Santino, espressioni di sviluppo economico difettoso, secondo Baratta, o escrescenze parassitarie dannose alla comunità e all'organizzazione democratica della vita, per Cerroni. *Seja como for, o discurso italiano sobre a* Mafia *não pode, simplesmente, ser transferido para outros contextos nacionais – como o Brasil, por exemplo –, sem grave distorção conceitual ou deformação do objeto de estudo: os limites de validade do dircurso da criminologia italiana sobre organizações de tipo mafioso são fixados pela área dos dados da pesquisa científica respectiva, e qualquer discurso sobre fatos atribuíveis a organizações de tipo mafioso em outros países precisa ser validado por pesquisas científicas próprias*». (SANTOS. Juarez Cirino dos. **Crime organizado**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 42, São Paulo, 2003, p. 220).

completa per gli operatori giuridici del Brasile di fronte al fenomeno della *criminalità organizzata*, con aspetti specializzati ed inediti nella legislazione brasiliana.

Prima di ciò, tuttavia, meritano di essere elaborate le cause per cui non sarà proposta la creazione di un tipo penale di criminalità organizzata in Brasile a partire dalla costruzione tipica del reato di *formazione di gruppo o banda* (art. 288 del Codice Penale brasiliano), optandosi, in un altro senso, per la creazione di un nuovo tipo penale, vincolato alle determinazioni già risultanti dal progetto di Legge n° 150/2006, in cui esiste l'intenzione del legislatore di concettuare la figura della *criminalità organizzata*.

1 Dal reato di gruppo o banda: concetto e note esplicative su questo reato associativo

Nel regolamento giuridico criminale brasiliano, il reato di gruppo o banda si trova descritto nell'articolo 288[288] del Codice Penale, appartenente al Titolo IX, relativo ai reati contro la pace pubblica. Per quanto la legge, così come l'espressiva maggioranza della dottrina, utilizzi i termini *gruppo* e *banda* senza reale

[288] Si trascrive ora la norma brasiliana, per una migliore comprensione del tema ora affrontato: «*Art. 288 – Qualora più di ter persone si uniscano, in um gruppo o banda, AL fine di commettere reati: Pena – reclusione, da 1 (uno) a 3 (tre) anni. Paragrafo unico – La pena è raddoppiata se Il gruppo o la banda sono armati*». Professora, por favor faça a tradução...

distinzione[289] — non solo per la tecnica legislativa utilizzata, ma anche per la poca utilità pratica—, troviamo difensori dell'esistenza di un criterio differenziale tra essi, il più comune dei quali è il fattore organizzativo: il «gruppo» avrebbe una struttura gerarchica interna tra tra i suoi integranti, mentre, da parte sua, il «gruppo» consisterebbe in un raggruppamento di posizioni ugualitarie, con meno organizzazione strutturale.[290]

Quest'inclusione, in Brasile, è sorta solo con l'avvento del Codice Penale del 1940. Si aveva, tuttavia, nel Codice Penale del 1890, il reato di *raggruppamento illecito*. Tuttavia, non si tratta di figure di reato equivalenti. Il raggruppamento illecito «se referia a uma reunião eventual de pessoas, não havendo previsão de estabilidade na união».[291] [292] Inoltre, secondo la stessa redazione del reato[293], la consumazione si

---

[289] Un chiarimento realizzato dalla dottrina brasiliana: «*Quadrilha ou bando são termos que a lei emprega como sinônimos*», de acordo com FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 288.

290 In questo senso: FIGUEIREDO, Ariovaldo Alves de. **Comentários ao Código Penal**. 2º v. São Paulo: Saraiva, 1985-1986, p. 383. Solo un'ossewrvazione: nell'universo pratico, tuttavia, questa distinzione è irrilevante, essendo trattati indistintamente i termini «gruppo» e «banda».

[291] Traduzione in lingua italiana: ".. Si riferiva ad una riunione eventuale di persone, non avendosi previsione di stabilità nell'unione"

[292] ESTELLITA, Heloisa. Criminalidade de empresa, Quadrilha e Organização Criminosa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 15.

[293] «*Art. 119 – Ajuntarem-se mais de tres pessoas, em lugar publico, com designio de se ajudarem mutuamente, para, por meio de motim, tumulto ou assuada: 1º cometer algum crime; 2º privar ou impedir alguem do gozo ou exercicio de um direito ou dever; 3º exercer algum acto de ódio ou desprezo contra qualquer cidadão; 4º perturbar uma reunião publica, ou celebração de alguma festa civica ou religiosa: Pena – de prisão cellular por um a tres meses*».

aveva con il "raggruppamento" destinato alla pratica di «reato e non di «reati». In questa linea, si confondo l'ingiusto con le ipotesi di mero raggruppamento occasionale.[294]

Così, ai giorni nostri, è possibile definire il reato di gruppo o banda, come la riunione, insieme, raggruppamento stabile o permanente de di quattro o più individui (la legge para di "più di tre"), allo scopo di perpetrare un numero indeterminato di reati, essendo inoltre visto come un reato collettivo, di verifica penale autonoma[295]. Quindi, il reato di gruppo si caratterizza per essere oltre ad un reato collettivo, semplice, commissivo[296], un reato plurisoggettivo, ossia, a concorso necessario[297].

---

294 Cf. TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. **Crime de Quadrilha ou Bando e Associações Criminosas**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 24

295 Nella lezione di M. REALE JÚNIOR, «*caracteriza-se o delito de quadrilha ou bando a circunstância de se associarem quatro ou mais pessoas, permanecendo associadas por algum tempo, determinado ou não, em vínculo estável mesmo que rudimentar, colocando em perigo o bem jurídico paz pública, em vista do fim especial de se unirem para cometer crimes. Na quadrilha ou bando, há um acordo sobre a duradoura atuação conjunta, voltada à comissão de delitos*». (REALE JÚNIOR, Miguel. **Cartel e quadrilha ou bando: bis in idem**. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo: ano 3, vol. 5, jul/dez. de 2006, p. 139).

296 Cf. TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. **Crime de Quadrilha ou Bando e Associações Criminosas**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 40.

297 Per tipi penali di concorso necessario, o plurisoggettivo, «*entende-se a descrição típica que exige a reunião de dois mais sujeitos ativos para a realização do fato incriminado. (...) Os modelos legais assim constituídos determinam a realização plúrima do fato incriminado. Em se tratando de uma forma de realização do fato, podemos, portanto, afirmar que a pluralidade de sujeitos ativos, nos tipos penais da Parte Especial, trata-se de elemento atinente ao desvalor de ação do fato incriminado*». (SALES, Sheila Jorge Selim de. **Do sujeito ativo na parte especial do Código Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 123). Si noti la differenza tra il reato di gruppo e il concorso eventuale di agenti; nella dottrina di N. FAYET JÚNIOR, si definisce il concorso eventuale di agenti come

Un altro punto da trattare in merito a questo reato: nonostante sia classificato dal legislatore brasiliano come un reato «contro la pace pubblica», la dottrina nega che questa abbia la natura di bene giuridico[298]. Di fatto, il tipo penale in questione mira a proteggere tutte le caratteristiche intrinseche a essa[299] (*v.g.* il convivio sociale, la sicurezza degli individui e il senso di tranquillità), necessarie al suo mantenimento che, in congiunto, possono essere pensate come «ordine pubblico».[300] Questa è la concezione predominante tra i

---

«*figura jurídica que se individualiza pela transitoriedade ou momentaneidade da conjugação de esforços entre os agentes para a prática de determinado crime*». (FAYET JÚNIOR, Ney. **Da (in)combinalidade do tipo legal de quadrilha (ou bando) e delitos societários**. In: FAYET JÚNIOR, Ney e MAYA, André Machado (coord.). Ciências Penais e Sociedade Complexa. 1ª ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 286-287). Non bastando il mero accordo delle volontà, la discrepanza più marcante del reato di gruppo è il carattere permanente dell'associazione. «*Enquanto a estabilidade ou permanência é traço essencial da quadrilha ou bando, a precariedade e a limitação temporal são características essenciais do concurso eventual de agentes*». (ESTELLITA, Heloisa. **Criminalidade de empresa, Quadrilha e Organização Criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 24). Nonostante ciò, l'autrice citata elenchi una lista di differenze: a) Nel concorso eventuale di agenti è necessario, almeno, il tentativo di un qualche reato. Il reato di gruppo non dipende da un'altra pratica criminosa; b) nel reato di gruppo, i reati da eseguire sono indeterminati, mentre nel concorso eventuale di agenti, l'unione si da per la pratica di un determinato reato [in questo senso: «*ainda que se verifique a autoridade do argumento (...), não se mostra viável o reconhecimento do delito do art. 288 do CP quando a reunião dos indivíduos se der para a prática de certos fatos determinados, pois a figura se aproximará, em verdade, de um simples concurso de pessoas*». (FAYET JÚNIOR, Ney. **Da (in)combinalidade do tipo legal de quadrilha (ou bando) e delitos societários**. In: FAYET JÚNIOR, Ney e MAYA, André Machado (coord.). Ciências Penais e Sociedade Complexa. 1ª ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 298]; infine, c) il concorso eventuale può accettare la pratica di reati tanto dolosi quanto colposi, ma i reati a concordo necessario saranno sempre dolosi.

[298] Cf. PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização Criminosa: nova perspectiva do tipo legal**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 117.

[299] La pace pubblica in verità è «*uma conseqüência da ordem pública, e, ao tutelar a primeira, nossa lei penal tem em vista o sentimento coletivo de segurança, evitando-se que este seja abalado com a prática de crimes*». (SALES, Sheila Jorge Selim de. Dos tipos plurissubjetivos. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 126).

dottrinari visto che «com efeito, a aliança para a prática de delitos gera uma presunção de perigo para a sociedade».[301] [302]

Quanto alla consumazione e al tentativo nei reati di formazione di gruppo o banda, alcune considerazioni devono essere fatte in questo momento: questa modalità di reato, come già detto, prescinde dall'esecuzione di un altro reato, ossia, la consumazione si ha nel momento dell'associazione voltata alla pratica delittuosa[303]. Tuttavia, la consumazione si prolunga nel tempo, in quanto si tratta di un reato permanente, scomparendo solo nel momento in cui l'associazione si smembra. A dispetto di ciò, afferma N. FAYET JÚNIOR: «Convém anotar que, embora a consumação do crime se perfectibilize com a mera associação — sem a necessária prática dos crimes que impulsionaram a união dos agentes —, para a constatação da existência da quadrilha será necessária a exteriorização de alguma conduta, ação, diligência que revele a sua formação. (...) Vale lembrar, a propósito, que na prática essa constatação não é simples, sendo mais comum o descobrimento da quadrilha quando já houver o seu funcionamento, pela concreção dos crimes para

---

[300] JOSÉ LAFAIETI BARBOSA TOURINHO difende l'idea contraria: «*No crime de quadrilha ou bando previsto no Código Penal brasileiro a intervenção ocorre em momento anterior ao efetivo abalo da ordem pública, mas quando haja situação de fato que implique perigo de turbamento daquela, e, ao mesmo tempo, signifique violação da paz pública*». (TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. **Crime de Quadrilha ou Bando e Associações Criminosas**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 27).

[301] Traduzione in lingua italiana: "con effetto, l'alleanza per la pratica di reati genera una presunzione di pericolo per la società".

[302] FAYET JÚNIOR, Ney. **Da (in)combinalidade do tipo legal de quadrilha (ou bando) e delitos societários**. In: FAYET JÚNIOR, Ney e MAYA, André Machado (coord.). Ciências Penais e Sociedade Complexa. 1ª ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 290.

[303] TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. **Crime de Quadrilha ou Bando e Associações Criminosas**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 46.

os quais se organizou».[304] [305] Quanto alla forma tentata, si verifica che la dottrina dominante crede nell'inammissibilità, visto che il nucleo *associarsi* non è passibile di frazionamento nell'*iter criminis*, oltre ad essere un reato insussistente, che mira alla punizione dell'atto preparatorio per la commissione di altri reati. Tuttavia, in teoria, S. J. SELIM DE SALES prevede la possibilità dell'esistenza del tentativo di formazione di gruppo, quando si abbiano atti preparatori da parte di agenti per il reato che sarà da essi eseguito, una volta formata l'organizzazione criminosa[306]. Ossia, nella lezione di quest'autrice, secondo la spiegazione contenuta nel testo citato, sarebbe tentativo di *formazione di gruppo* la situazione in cui quattro individui, separatamente, sono colti in flagrante nel travestirsi e nel pulire le armi per incontrarsi in seguito in un determinato posto e rapinare insieme una banca. La nota di osservazione, secondo la dottrina dominante, sarebbe diretta a caratterizzare le attitudini di questo esempio come meri atti preparatori dell'esecuzione dei reati, non

---

[304] FAYET JÚNIOR, Ney. **Da (in)combinalidade do tipo legal de quadrilha (ou bando) e delitos societários**. In: FAYET JÚNIOR, Ney e MAYA, André Machado (coord.). Ciências Penais e Sociedade Complexa. 1ª ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 292.

[305] Traduzione in lingua italiana «Conviene annotare che, nonostante la consumazione del reato che ha spinto l'unione degli agenti -, per la constatazione dell'esistenza del gruppo sarà necessaria l'esteriorizzazione di una qualche condotta, azione, diligenza che riveli la sua formazione. (...) Si ricordi, a proposito, che nella pratica questa costatazione non è semplice, essendo più comune la scoperta del gruppo dopo il suo funzionamento, per l'esecuzione dei crimine ai fini dei quali si è organizzata»

[306] SALES, Sheila Jorge Selim de. **Dos tipos plurissubjetivos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 134-136.

raggiungendo la forma tentata del reato di formazione di gruppo o banda.[307]

Di fatto, sembra più ragionevole il primo scopo, visto che la formazione di gruppo non è altro se non il mero atto preparatorio per la consumazione dei reati in gruppo[308]. Così, sarebbe pleonasmo giuridico parlare di esistenza di "atti preparatori agli atti preparatori". Effettivamente, lo Stato punisce, eccezionalmente, condotte incipienti

---

[307] Troviamo il dibattito su questo tema nella dottrina italiana, nel seguente senso: «*È evidente, allora, che la punibilità dell'associazione, finalizzata alla perpetrazione di reati o, comunque, di altri illeciti, trova la sua ragion d'essere nell'esigenza di prevenire in via anticipata tali violazioni e tende ad impedire che uomini e strutture siano predisposti per realizzarli. La ratio della punibilità sta nell'offensività del fatto associativo e, quindi, nel maggior pericolo di aggressione a beni meritevoli di tutela: le gravi pene comminate per il reato associativo in genere sono correlate al rilevante disvalore delle relative condotte, indicative di una incontestabile capacità a delinquere. L'associazione criminosa, lungi dal rappresentare un atto meramente preparatorio, costituisce, infatti, il risultato dello svolgimento di una specifica fattispecie, prevista come reato tipico e consumato e non come mero tentativo. Se il legislatore avesse previsto la punibilità dell'associazione come mera attività preparatoria dei futuri delitti-scopo, avrebbe incriminato atti qualificabili nemmeno come tentativo delle future condotte criminose, proprio perché non <diretti in modo non equivoco> verso un ben determinato delitto (art. 56, 1º comma, c.p.). Ma così non è, com'è evincibile dal fatto che l'associazione non poche volte è punita più gravemente del delitto-scopo. Non può revocarsi in dubbio, pertanto, che il reato associativo sia stato prefigurato dal legislatore al fine precipuo di realizzare un'anticipata difesa dello Stato o della colletività. La diversa punibilità prevista dal legislatore per le condotte antigiuriche, necessarie in egual misura per la realizzazione del delitto, è correlata, evidentemente, alla valutazione compiuta in rapporto alla natura, alle modalità dell'azione, alla posizione del soggetto, alle situazioni degli altri partecipi e, comunque, ad altre circostanze. Quel che qui preme sottolineare, peraltro, è che appunto l'unicità della lesione e l'unità causale dei diversi, molteplici contributi alla stessa lesione, rendono único il titolo di colpevolezza dell'agente*». (VERRINA, Gabriel Lino. **L'associazione di stampo mafioso.** Torino: UTET Giudicia, 2008, p. 6-7).

[308] In questo senso: TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. **Crime de Quadrilha ou Bando e Associações Criminosas**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 49; e FAYET JÚNIOR, Ney. **Da (in)combinalidade do tipo legal de quadrilha (ou bando) e delitos societários**. In: FAYET JÚNIOR, Ney e MAYA, André Machado (coord.). Ciências Penais e Sociedade Complexa. 1ª ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 291.

alla consumazione del reato, ma a tale scopo, le eleva alla categoria di reato.[309]

Fatta quest'analisi iniziale su alcuni punti relativi al tipo di formazione di gruppo o banda, si inizia una breve spiegazione circa l'impossibilità di sostenere una concettuazione tipica del crimine organizzato a partire da questo reato, chiarendosi, alla fine di questo topico, la preferenza per la creazione di una nuova figura delittuosa, da immaginare a partire da altri testi normativi, alla ricerca di una

---

[309] Na doutrina brasileira, encontra-se a seguinte nota explicativa: «*Por conseguinte, tem-se a motivação para entender o delito em tela como habitual. Segundo Luiz Regis Prado, "delito habitual: é o que contém comportamentos idênticos e repetidos, que só se perfazem em decorrência de uma ação reiterada (ex: arts. 229 – casa de prostituição; 230 – rufianismo; 284 – curandeirismo, CP)".(10) Cai como uma luva, para os fins deste trabalho, a observação de Miguel Reale Júnior, de que, no crime habitual, deve "o agente estar imbuído da intenção de realizar uma série de ações que revelam o exercício da atividade ilegal, pois só pela reiteração põe-se em risco o bem jurídico tutelado". Logo, uma única reunião, desligada de um contexto de estabilidade, não indica, por si só, a ocorrência do tipo penal. Mas, adverte-se: se o grupo se reúne várias vezes, corporificando, sim, a associação, não é possível, pensa-se, neste meio tempo, fora de uma dessas manifestações externas da affectio sceleris, promover-se a prisão em flagrante de algum de seus agentes. Para melhor visualizar o argumento, apresenta-se um outro exemplo. Um mês após o décimo encontro do bando (sem ainda a prática de qualquer das concussões planejadas), uma das agentes, uma senhora de setenta anos, sai com seu neto para acampar nas montanhas, sem levar consigo qualquer meio de comunicação. Seria adequado prendê-la em flagrante, dentro de sua rústica barraca, no meio do nada, sob o argumento de que se trata o art. 288 de crime permanente? Estaria ela, nas circunstâncias, a expor o bem jurídico paz pública a risco? Impõe-se a resposta negativa. Tal qual no crime de manutenção de casa de prostituição, é necessário que a autoridade policial proceda a sindicância para se evidenciar a habitualidade dos encontros, ou dos contatos, a fim de se identificar o vínculo associativo, de tal arte a, então, e só então, proceder-se à prisão em flagrante dos agentes quando da ocorrência de alguma conduta que, efetivamente, afete o bem jurídico tutelado. Poder-se-ia, ainda, pensar na seguinte hipótese: dez pessoas se reúnem em um hotel, por quinze dias, a fim de planejar a prática de três homicídios. Existe, então, crime de quadrilha? Pensa-se que sim, consolidando-se a habitualidade nos seguidos contatos havidos ao longo de tais dias. Entretanto, após o check out do hotel e, fora da execução dos delitos acordados, não se poderia falar em flagrância do art. 288*». (MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. **Quadrilha ou bando: crime habitual**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 185, p. 9-10, abr. 2008).

definizione migliore del fenomeno della *criminalità organizzata* per il contesto giuridico brasiliano.

1.1 Strutturazione tipica del concetto di criminalità organizzata, a partire dalla struttura del reato di formazione di gruppo: impossibilità.

Indiscutibile l'esistenza e l'applicabilità della figura tipica di bande o gruppi nell'ordinamento giuridico brasiliano quando esistano gruppi di più di tre persone, unite per la pratica di reati (art. 288 del Codice Penale brasiliano), essendo indispensabile in vincolo stabile[310] e permanente tra gli agenti, che si uniscono allo scopo esclusivo di delinquere reiteratamente.[311]

---

[310] Su questo punto, la dottrina brasiliana fa la seguente annotazione: «*A caracterização do crime de quadrilha ou bando pressupõe a reprovabilidade de conduta em sua formação, ou seja, como deliberada e permanente reunião para o fim de cometer crimes. Em linguagem simplificada pode-se dizer que a culpabilidade consiste na reprovabilidade pela formação da vontade.(23) De todo modo, para se medir a pena adequada à reprovação da conduta, a culpabilidade deve ser aferida com base em elementos concretos. O STJ sentenciou: "Penal. Habeas corpus.Quadrilha armada. Dosimetria da pena. Exasperação da pena-base. Culpabilidade do réu. Motivos do crime. Fundamentação genérica e abstrata. Demais circunstâncias judiciais reconhecidas como favoráveis. Constrangimento ilegal. As assertivas de que o réu possui culpabilidade com grande grau de reprovação e de que os motivos não o favorecem mostram-se vagas e abstratas, já que não amparadas em dados concretos. Não havendo fundamentação idônea para a exasperação da pena-base, deve esta ser fixada no mínimo legal*». (DOTTI, René Ariel. **Um bando de denúncias por quadrilha**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, Ano 15, n. 174, p. 6-8, maio 2007, p. 7).

[311] SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. **Repressão ao Crime Organizado**: Inovações da Lei 9.034/95 (com as alterações promovidas pelas Leis 9.303/96 e 10.217/01). 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 26.

Questa categoria di reato, disposta nella legislazione brasiliana, è ancora oggi confusa con altre modalità di associazione, questo in ragione del fatto che la Legge nº 9.034/95 (creata per contenere la criminalità organizzata, anche se carente in relazione ad un concetto di organizzazione criminosa) ha portato l'espressione «reato risultante da azioni di gruppo e banda » al suo art. 2º, e, nell'utilizzare innumerevoli volte il termine «organizzazione criminosa», ha consacrato una confusione concettuale,[312] come si è verificato nel Capitolo II della presente ricerca.

Di fronte a questa prima osservazione, si sottolinea che la determinazione di *crimine organizzato* non è la stessa di quella diretta alla caratterizzazione di gruppi o bande (art. 288 del Codice penale brasiliano), né in gruppo con una divisione più organizzata (o complessa) di compiti, come annota la dottrina.[313]

Non basta, quindi, l'esistenza di una «associazione» con pluralità di persone, in vista della pratica di reati (a pena di confusione tra associazione e compartecipazione) per parlare di

---

[312] Il riferimento alla "confusione" dell'art. 2º da Lei nº 9.034/95 è sfruttato nel testo di FERNANDES, Antonio Scarance. **O conceito de crime organizado na Lei 9034**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n° 31, p. 03, jul. 1995, p. 35.

[313] Con questa posizione nella dottrina brasiliana, si verifica il testo di EL HIRECHE, Gamil Föppel. **Organizações Criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 76-77.

«crimine organizzato»;[314] è altresì necessario che siano presenti caratteristiche speciali, come la ricerca di fini speciali, di un'«istituzione» che si sovrapponga alle volontà individuali dei componenti del gruppo, gerarchia tra i membri,[315] vincoli politici, uso dei mezzi tecnologici, divisione territoriale delle attività illecite, oltre ad altre caratteristiche specializzanti che, studiate e verificate in altre legislazioni, portano l'idea nel senso che una norma formata da elementi semplici non può raggiungere il grado tecnico necessario alla persecuzione della criminalità organizzata, principalmente a partire

---

[314] In questo senso merita citazione il testo di A. SILVA FRANCO e R. STOCO, nel menzionare l'approssimazione della legislazione contro il crimine organizzato e le forme legali di gruppo o banda: «*O art. 1.º da Lei 10.217/01 equipara rigorosamente quadrilha ou bando a organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. Essa equiparação deixou ainda mais vulnerável o dispositivo penal na medida em que não foi formulada – tal com havia ocorrido anteriormente – a descrição da organização criminosa e, agora, da associação criminosa de qualquer tipo. (...) A organização criminosa é qualitativamente diversa: é o efeito direto e imediato do processo de globalização que assola o mundo moderno. O modelo globalizador produziu novas formas de criminalidade que se caracterizam, fundamentalmente, por ser uma criminalidade supranacional, sem fronteiras limitadoras; por ser uma criminalidade que possui uma estrutura hierarquizada; por ser uma criminalidade que permite a separação da equação "tempo-espaço" entre a ação das pessoas que realizam o plano criminoso e a danosidade social provocada; por ser, enfim, uma criminalidade na qual os limites entre atividades criminosas e atividades lícitas tornam-se frouxos, esvanescentes. Tal criminalidade, desvinculada do espaço geográfico fechado de um Estado-nação, espraia-se por vários outros e se distancia nitidamente dos padrões de criminalidade que tinham sido até então objeto de consideração penal*». (FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (Coords.) **Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial**. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 576-577).

[315] Su questo punto: HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. **La codelincuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada.** In: Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad. HIRSCH, Hans Joachim, CEREZO MIR, José, DONNA, Edgardo Alberto (Dir.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 409-449.

dalle varie forme di comparsa di questo fenomeno, come si verifica nello scenario sociale brasiliano.[316]

In questo modo, solo con questa norma, il legislatore brasiliano ha lasciato aperta la possibilità di considerare organizzazione criminosa, illimitatamente, tutta l'immagine di reato legata «gruppo o banda», il che impedisce il regolare esercizio del diritto di difesa.[317] Impossibile pertanto la costruzione di una norma relativa alla criminalità organizzata sulla base esclusivamente di questa figura di reato.[318]

---

[316] Indicazioni su questo punto, principalmente quanto all'analisi del fenomeno di reato della criminalità organizzata, possono essere trovate nei seguenti testi: DIAS, Jorge de Figueiredo. **As "associações criminosas" no Código Penal Português de 1982 (arts. 287.º e 288.º)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 32-33. Ver, sobre a questão das características, o texto de GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Crime Organizado – Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 94-98.

[317] Con quest'idea nella dottrina brasiliana: FERNANDES, Antonio Scarance. **O conceito de crime organizado na Lei 9034**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n° 31, p. 03, jul. 1995, p. 37-39.

[318] Si noti l'importante critica fatta nella dottrina brasiliana sull'imputazione del reato di gruppo o banda e di reati societari: «*Tem sido freqüente a orientação do Ministério Público, federal e estadual, de agregar o tipo do art. 288, CP, ao lado da atribuição de determinados ilícitos de autoria coletiva. Nos chamados crimes societários e, em particular nas hipóteses típicas da Lei nº 7.492/86 e da Lei nº 8.137/90, o acusador parte do pressuposto factual de que o número de quatro ou mais pessoas (diretores, gerentes etc.) por si mesmo é suficiente para a caracterização de um grave delito contra a paz pública. Como é notório, o impacto social provocado pela criminalidade organizada nos grandes centros urbanos dos últimos anos, envolvendo o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e drogas afins, a atuação dos grupos de extermínio e as chacinas, além de outros eventos similares de violência e terror, provocam o sentimento coletivo de insegurança. Surge, então, uma nova fisionomia social da quadrilha ou bando. Entre os principais efeitos dessa mutação podem ser destacados:* ***a)*** *o significativo aumento da pena privativa de liberdade, servindo de exemplos a Lei nº 6.368/76 (entorpecentes) e na Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos);* ***b)*** *a possibilidade da prisão temporária (Lei nº 7.960/89);* ***c)*** *a restrição ou a supressão de garantias individuais nos meios operacionais de investigação e colheita de provas, proibição de apelar em liberdade e*

1.2 Annotazione conclusiva su questo punto.

Considerando la semplicità e l'imprecisione dei termini giuridici nella composizione del tipo di illecito, l'idea di «banda o gruppo» è ristretta a quanto descritto nell'art. 288 del Codice Penale ("si associano più di tre persone..."), come già citato, nella misura in cui «organizzazione criminosa» rappresenta, nella sua composizione,[319] l'insieme delle caratteristiche di maggiore estensione e specialità, circostanze ancora non utilizzate dalla norma brasiliana.[320]

---

início do cumprimento da pena em regime fechado (Lei nº 9.034/95, sobre organizações criminosas); ***d)*** *é um dos delitos antecedentes do crime delavagem de dinheiro (cf. Lei nº 9.613/98, art. 1º, VII)*». (DOTTI, René Ariel. **Um bando de denúncias por quadrilha**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 174, p. 6-8, maio 2007, p. 6).

[319] Indimenticabili, su questa linea, le riflessioni di A. BARATTA: «*Com «eficientismo» ou «funcionalismo» se designam formas de perversão do direito penal atualmente difusas na Europa e na América Latina, isto é, em países nos quais as Constituições contém os princípios do Estado social de direito e do direito penal liberal. (...) Sob a ótica da teoria sistêmica, o eficientismo penal é um exemplo clássico de círculo vicioso da resposta à desilusão, devida à percepção da ineficiência da resposta penal a determinados problemas. O eficientismo, para utilizar a terminologia de Luhmann, não responde cognitivamente mas sim normativamente, quer dizer, se nega a aprender e, em vez de buscar outras respostas mais eficazes, trata de tornar mais efetiva a resposta penal, aumentando sua intensidade ainda que à custa da justiça. (...) O fato de que o eficientismo possa ser visto como resultado da violência e dos conflitos na sociedade, não deve significar que a única via de controle desta perversão do sistema penal seja a indireta: a mobilização de todas as forças disponíveis para limitar a violência e o conflito social. É certo também o inverso: que a mobilização dos juristas, políticos e cidadãos pela normalização do direito penal é parte integrante da luta pela paz, pela liberdade e pela justiça social. A violência dos conflitos barbariza o direito penal e, por outro lado, a violência punitiva – fora das regras e dos limites do Estado social e direito – barbariza os conflitos. O programa de um direito penal mínimo, do direito penal da Constituição, não é somente o programa de um direito penal mais justo e eficaz; é também um grande desafio de justiça social e de pacificação dos conflitos*». (BARATTA, Alessandro. **Defesa dos direitos humanos e política criminal.** In: Discursos sediciosos; crime, direito e sociedade, vol. 2, fasc. 3, 1997. Rio de Janeiro, pp. 65-67).

[320] Imprescindibile la citazione, per la sua chiarezza argomentativa, dell'osservazione di A. SILVA FRANCO e R. STOCO sobre esse tema: «*Ora, afirmar que 'crime resultante de ações de quadrilha ou bando' signifique 'organização criminosa' é, sem dúvida, extrapolar*

L'opzione, pertanto, è diretta alla creazione di un nuovo strumento legislativo, che contenga nella composizione del reato di criminalità organizzata una stesura meglio strutturata, a partire da elementi nuovi e specializzanti, che consentano una maggiore forza d'imputazione osservati, in qualunque misura, le riserve costituzionali di formazione della norma.[321]

---

os limites de atuação do legislador. Nem se argumente com o fato de que o legislador pode preencher, em determinadas situações, o conteúdo do elemento normativo do tipo. Aqui, não se trata de um mero componente de um tipo completo, mas da própria arquitetura típica: não há verbo indicador da conduta humana; não há pólos subjetivos, ativos ou passivos; não há menção a meios instrumentais ou modo de execução; não há referência a nenhuma circunstância que gire em torno do comportamento proibido. Há apenas o nada, ou melhor, um vazio, que não pode ser substituído por uma armação tipológica. Por outro lado, preencher o significado da locução 'organização criminosa' com o apelo à criminologia é fazer uso de uma conceituação que está longe de ter, nessa aérea, contornos definidos. Aliás, sob esse aspecto, observa Eugenio Raúl Zaffaroni ("Palavras de Bienvenida", Revue Internacionale de Droit Penal, p. 637-640, Pau, Éres, 3.º e 4.º trimestres de 1998) que 'se trata de um concepto difuso en el próprio âmbito criminológico. Por ende, es muy poco propicio para ser transferido al derecho penal. No se lucha contra conceptos, sino contra conductas concretas. La eficacia de la lucha depende de la capacidad de particularizas as respuestas y no de generalizaciones que, por regla, llevan a golpear en el lugar errado. Reconozco que el término crimen organizado está de moda, pero la moda no cancela la critica, sobre todo cuando puede desviar nuestro objetivo'. Não parece, por tanto, razoável que, para preservar um tipo descrito, se empregue um expediente de socorro que desrespeita o princípio constitucional da legalidade». FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (Coords.) **Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial**. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 576.

[321] Merita riferimento il testo di A. BARATTA: «*A) Nel primo caso, si tratta di chiarire meglio quali sono le conseguenze dell'accoglimento della tesi sceondo la quale* ***lo strumento punitivo e quello giudiziario hanno limiti strutturali nel loro intervento nei confronti della criminalità organizzata.*** *Si tratta di limiti che già da tempo sono stati messi in luce per quanto riguarda ogni oggetto di intervento del sistema della giustizia criminale, ma che emergono particolarmente quando questo oggetto è, appunto, la criminalità organizzata. Durante il seminario ci siamo resi conto, ritengo, che è estremamente riduttivo e inefficace definire la questione mafiosa esclusivamente come una questione criminale, applicando ad essa il codice interpretativo-pratico "delitto-pena".* ***Si è sottolineato che quello che conta, sopratutto, è comprendere il fenomeno mafioso dentro il contesto delle relazioni sociali e dello sviluppo economico e politico dello Stato italiano, anche tenendo conto della dialettica Nord-Sud che lo caratterizza.*** *Detto questo, però, quali conseguenze ne derivano per quel che concerne l'impiego dello strumento penale, oggi? Vorrei enunciare due tesi, di segno diverso, apparentemente, ma in realtà complementari. (...) La prima è che, se c'è e finché c'è un sistema della giustizia criminale, con le sue*

Deve essere inoltre verificato un altro dettaglio: lavorare solo con il concetto di «associazione criminosa» può essere insufficiente, a causa dell'imprecisione del concetto, che serve e si inserisce in qualunque altra figura associativa, anche nella formazione di gruppo o banda, anche in quella dell'immaginato crimine organizzato;[322] anche per questo motivo, deve essere proposta una nuova stesura, a partire da nuovi elementi normativi, che faccia sorgere nell'universo delle leggi brasiliane una regola strutturata, meglio *crimine organizzato* in Brasile, nelle sue varie forme di comparsa, come i gruppi legati alla corruzione politica, al traffico internazionale (e interno) di droghe, alla realizzazione del riciclaggio di denaro, di illeciti contro l'ordine tributario e contro il Sistema Finanziario Nazionale, al traffico internazionale i persone e organi, al traffico internazionale di armi, solo portando un'analisi esemplificativa.[323]

---

inadeguatezze e con le sue contraddizioni, è necessario usarlo, con tutto il rigore e la giustizia possibili, anche e sopratutto nei confronti della mafia. Pur se l'intervento penale non esercitasse che una funzione "simbolica" in questo come in tanti altri casi, questa funzione sarebbe comunque essenziale per rompere la funzione simbolica dell'impunità. È infatti anche e sopratutto attraverso l'impunità che si consolida quella che è stata correttamente definita la "legalità materiale", di cui la mafia sinora ha godutto. O vogliamo invece dare la prevalenza, nell'uso della giustizia criminale, a tutti quei tossicodipendenti che, per essere più vulnerabilie sprovveduti di altri, restano presi nelle sue maglie, invece che ai criminali mafiosi? La mafia non è solo un fenomeno criminale, ma è anche un fenomeno criminale». (BARATTA, Alessandro. **La violenza e la forza. alcune riflessioni su mafia, corruzione e il concetto di política.** In: Dei Delitti e delle Pene, fasc. 2, nov. 1993. Torino, p. 119-120).

[322] Come ha sotttolineato S. J. SELIM DE SALES: «*A terminologia utilizada no texto legal, entretanto, é um dado ulterior que confirma não somente a ausente tipificação do fato, per se, mas remete o aplicador da lei ao mencionado art. 288. (...) Evidentemente, a definição legal da quadrilha ou bando é muito ampla: pode suprir, também, os casos de 'criminalidade organizada' e bem demonstra o desconcerto do legislador e, pior ainda, o constrangimento dos intérpretes, na tentativa de encontrar uma definição em grau de exprimir com necessária e imprescindível taxatividade o fenômeno, impedindo que mencionada lei, cuja operatividade endurece o sistema, não se aplique a todos os casos de quadrilha ou bando*».(SALES, Sheila Jorge Selim de. **Dos tipos plurissubjetivos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 146).

Qui, pertanto, sembra che il problema concettuale affrontato dalla legislazione brasiliana meriti il sostegno dei progressi fatti dal Diritto italiano, e che l'elaborazione di un nuovo tipo di illecito di *crimine organizzato* deve considerare (**a**) elementi già previamente elaborati dagli operatori di Diritto nell'ordinamento giuridico brasiliano (anche partendo dalla struttura del Progetto nº 150/2006) e, magari, (**b**) contare sulla collaborazione di altri ordinamenti, di altre idee, che permettano una maggiore certezza quando dall'imputazione di queste modalità di delinquenza organizzata.[324]

---

[323] La preoccupazione per una norma più tecnica, più specializzata è sempre stata una delle principali degli operatori di Diritto in materia penale; vale la pena citare: «*En ocasiones y sin razón alguna, a la autoridad se le ocurre dictar leyes penales; (...) esto resulta absurdo y falto de imaginación para buscar otras y mejores vías para resolver el problema; (...) a las sociedades debe de educar para una adecuada y justa convivencia social y sólo, como último instrumento, se debe amenazar con la imposición de una sanción, cuya sustentación se encuentra en la ley penal*». (BETANCOURT, Eduardo López. **Introdución al Derecho Penal**. 7ª ed. Cidade do México: Porrúa, 1999, p. 68). Ancora, nella dottrina brasiliana: «*A questão da criminalidade organizada costuma suscitar, mesmo nos espíritos mais liberais, a idéia de que somente o apelo a formas mais 'duras' de repressão, inclusive com o enfraquecimento das garantias penais e processuais, seria capaz de fornecer respostas eficazes no combate desse mal que afeta a sociedade moderna. Semelhante postura não constitui nenhuma novidade na história do direito punitivo, marcada pela freqüente instabilidade das relações Estado- indivíduo; ao contrário, a menção à gravidade de certas condutas sempre socorreu os aparatos repressivos na justificação de providências excepcionais, em detrimento das liberdades do cidadão*». (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O crime organizado e as garantias processuais. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.° 21, setembro de 1994, p. 8).

[324] Queste approssimazioni, come si va a verificare, sono esistite anche in ragione delle somiglianze tra fenomeni associativi organizzati di Italia e Stati Uniti, per esempio, e tali situazioni hanno portato la necessità di verifica, da parte della dottrina, di questi legami comparativi, come si va ad analizzare: «*Desde los inicios del siglo XX puede encontrarse legislación en materia de represión del crimen organizado en los Estados Unidos, sobre todo en lo referente al tráfico de seres humanos. También destaca la delincuencia organizada propia de los grupos mafiosos de Sicilia, Campania, Calabria, Pulla, y otros grupos de criminales también de origen italiano; el crimen organizado ruso euroasiático (Tolle, 1998, 114), de principios del siglo XX, etcétera. Como señala Ansgar*

Visto che l'istituto del crimine organizzato, anche senza un tipo definito (in Brasile), è utilizzati nell'universo giuridico per l'indurimento delle sanzioni corporali (tanto in fase esecutoria della pena, quanto in fase di conoscenza della causa, a partire dagli esempi analizzati nel Capitolo II della presente ricerca), e che, in precedenza, sono stati importati dal Diritto italiano diversi sostegni legislativi, **si dovrà avere una vera fusione tra il progetto di legge attualmente in passaggio nel Congresso Legislativo del paese, e il reato di associazione a delinquere di stampo mafioso (art. 416-*bis* del Codice Penale italiano)**. Tuttavia, questa fusione, da quanto analizzato, merita la seguente annotazione conclusiva: non potrà contare sui postulati descritti nel reato di gruppo o banda (art. 288 del Codice Penale brasiliano), in quanto questa modalità

Tolle « en lo que concierne al origen étnico, no hay grupos que puedan calificarse como realmente nuevos dentro del crimen organizado en Europa », sin embargo a consecuencia de los cambios económicos y políticos se ha producido una ampliación del « campo de acción, de manera que dentro de las organizaciones étnicas conocidas se han creado estructuras nuevas » (Tolle, 1998, 124). Castells (1999, 1970 considera que en las fuentes de los que denomina « crimen global » se encuentran organizaciones con «arraigo nacional, regional y étnico, la mayoría con una larga historia enlazada con la cultura de países y regiones específicos, su ideología, códigos de honor y sus mecanismos de vinculación ». En cualquier caso, lo que no puede negarse es que las consecuencias de la globalización han contribuido a la expansión de las actividades ilegales realizadas por grupos de criminales, aunque en unos ámbitos más que em otros, como por ejemplo, en materia de criminalidad informática, blanqueo de capitales, tráfico ilegal de personas y los delitos ecológicos (Tolle, 1998, 117). No obstante el anterior, Castells (1999, 201) pone de manifiesto que el principal negocio es el tráfico de drogas y considera que « la legalización de las drogas sea probablemente la mayor amenaza a la que el crimen organizado tendría que enfrentarse », a pesar que estas redes de criminales « pueden confiar en la ceguera política y la moralidad equivocada de unas sociedades que no asumen la base del problema: la demanda impulsa la oferta » (...) « y el crimen global organizado encontrará los medios de suministrar esta demanda ». En definitiva, la realización de actividades criminales que se traduzcan en un beneficio económico se continuarán produciendo, es innegable la relación entre el capital y la delincuencia organizada y esta telación se ve favorecida con la globalización (Silva, 1999, 65). Ahora bien, hay que analizar si esto puede significar que la delincuencia organizada supone nuevos riesgos para la sociedad». (PLANET ROBLES, Sílvia. **Políticas de seguridad y prevención en el estado español en materia de delincuencia organizada.** In: La seguridad en la sociedad del riesgo. DA AGRA, Cândido (Org.). Barcelona: Atelier, 2003, p. 156).

semplice di reato associativo,[325] che manca degli elementi necessari alla caratterizzazione della criminalità organizzata.

Pertanto, allontanata la possibilità di sfruttamento della norma dell'art. 288 del Codice Penale brasiliano, si deve affrontare l'elaborazione di un concetto a partire da altri elementi, che conterebbe (a) sul testo in discussione presso il Potere Legislativo del Paese, (b) i vettori già utilizzati nell'ordinamento giuridico italiano, ritirati dal reato di associazione a delinquere di stampo mafioso, oltre che sulla (c) previsione delle strutture degli organi di potere; questa costruzione di un tipo di illecito, di sicuro, sarà proposta come forma di dotare meglio il sistema punitivo per perseguire e punire la *criminalità organizzata*,[326] a partire da definizioni che trattino di diverse forme di comparsa del problema, ampliando gli strumenti destinati all'identificazione del reato di *crimine organizzato*.

---

[325] Questa difficoltà si è già presentata nell'ordinamento giuridico italiano, al momento della creazione del reato di associazione a delinquere di stampo mafioso, come si percepisce in dottrina: «*Le fattispecie criminose di associazione per delinquere e di associazione di tipo mafioso rientrano nella categoria dei «delitti contro l'ordine pubblico». In particolare, c'è da ricordare che, mentre l'art. 416 c.p. è riferibile al codice Rocco, l'art. 416-bis, c.p. è stato introdotto dal legislatore con l'art. 1, 1. 13 settembre 1982, n. 646, al fine precipuo di superare le difficoltà riscontrate, sul piano applicativo, ogni qualvolta si era tentato di ricomprendere il fenomeno mafioso all'interno dello schema tradizionale prefigurato dall'art. 416 c.p*». (VERRINA, Gabriel Lino. **L'associazione di stampo mafioso.** Torino: UTET Giudicia, 2008, p. 1).

[326] In base all'indicazione fatta da ALEO, Salvatore. **Sistema Penale e Criminalità organizzata. Le figure delittuose associative**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 220 e ss..

2 Aspetti della norma penale italiana di lotta alle organizzazioni mafiose che potrebbero essere sfruttati nell'ordinamento giuridico brasiliano: un'approssimazione necessaria.

Come si è avuto modo di chiarire, soprattutto nel Capitolo II di questa ricerca, il Brasile cammina verso la creazione di una nuova legislazione penale destinata alla lotta della criminalità organizzata, come si percepisce dalle discussioni legislative che, durante questi ultimi anni, sono rimati bloccate nelle Case Legislative del Paese. Per questa ragione, seria **attenzione dovrà prestarsi in relazione alle aperture legislative che si vogliono realizzare, principalmente quanto alla definizione di quello che si immagina come *crimine organizzato***, a pena di pubblicare, ancora una volta nella nostra storia, una legge speciale innocua, senza la protezione costituzionale del principio di legalità, e, soprattutto, senza la dovuta attenzione per i piani di validità e efficacia della norma.[327]

A questo punto della ricerca si deve indicare la **necessità di rivedere concetti precedenti**, che hanno già fatto parte di norme di lotta alla criminalità organizzata in momenti anteriori, come si ha

---

[327] Importante la citazione, in questo momento, dell'osservazione di L. FERRAJOLI: «*Di fronte a questa crisi regressiva del diritto penale à oggi necessaria ed urgente una battaglia politica e culturale su di un programma penale garantista. Un simile programma, che ho chiamato per un diritto penale minimo, dovrebbe puntare a restituirei l diritto penale allá sua natura di strumento costoso, quale 'extrema racio', e per altro verso al suo ruolo di legge del più debole finalizzata alla minimizzazione della violenza e alla tutela di beni fondamentali*». (FERRAJOLI, Luigi. **Criminalità e globalizzazione**. *In*: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, ano 11, n.° 42, p. 79-89, jan.-mar., 2003, p. 86.)

avuto opportunità di vedere in questo studio, al momento della verifica delle determinazioni lanciate nella Legge nº 9.034/95, nella misura in cui, solo così, sarà permesso di affrontare i punti equivocati, quelli mancanti, quelli che meritano attenzione più precisa del legislatore, per costruire ferramenta legislativi più prossimi all'ideale tecnico richiesto per i contorni di una *politica criminale* efficace.[328]

---

[328] Necessaria una nota di riferimento sulla politica criminale, passandosi immediatamente all'analisi iniziale del testo di J. M. DE ARAUJO JÚNIOR: «*A história do Direito Penal caracteriza-se por uma evolução constante. Cada época possui sua marca, porém, por mais completa que pareça estar a construção doutrinária de um tempo, sempre algo novo surge, para agitar, ainda mais, as águas revoltas do oceano criminal. É o que ocorre no Brasil, hoje*». (ARAUJO JÚNIOR, João Marcelo de. **Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo; aspectos**. In: Sistema penal para o terceiro milênio. Atos do colóquio Marc Ancel. ARAUJO JÚNIOR, João Marcelo de. (Org.). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 65-79). De acordo com C. ROXIN, «*Il diritto penale è piuttosto la forma nella quale obiettivi di politica criminale vengono tradotti in termini giuridicamente validi. Se su queste basi la teoria del reato viene costruita teleologicamente, vengono a cadere completamente le obiezioni che possono sollevarsi contro la dommatica concettualistico-astratta, risalente ai tempi del positivismo. Separare nettamente la costruzione dommatica delle giuste scelte di politica criminale non è assolutamente possibile. Anche la consueta contrapposizione tra il lavoro dommatico-penalistico e quello criminologico perde il suo significato: infatti trasformare acquisizioni criminologiche in istanze di politica criminale in regole giuridiche 'de lege lata o ferenda', rappresenta un procedimento i cui singoli stadi sono tanto necessari quanto importanti per la realizzazione del socialmente giusto*». (ROXIN, Claus. **Politica criminale e sistema del diritto penale**. A cura di Sergio Moccia. Napoli: Guida, 1989, p. 68). Come base di complemento, si aggiunge all'analisi la dottrina di F. BRICOLA secondo cui «*quando agli interessi individuali e, soprattutto, collettivi Che vengono coinvolti dall'esplicarsi dell'attività produttiva, si registrano notevoli vuoti di tutela penale; quand'essa è normativamente prevista, la sua attuazione procede in forma svogliata, tramite e meccanismi applicativi ed assume spesso un ruolo subalterno. Fra l'altro, nella cornice attuale della crisi, la tematica degli interessi collettivi e della loro tutela di fronte all'attività produttiva à destinata a subire una fase di regressione. Infatti, mentre la particolare recrudescenza delle forme di violenza pone in primo piano l'esigenza di tutela dell'ordine pubblico democratico, la crisi economica spinge soprattutto i sindacati a privilegiare l'interesse all'occupazione rispetto alla tutela della sicurezza e degli altri interessi collettivi coinvolti dall'attività produttiva*». (BRICOLA. Franco. **Politica criminale e scienza del diritto penale**. Bologna: Il Mulino, 1997, p. 131). Por fim, expressão de H. ZIPF: «*La subordinazione del concetto di delitto ai diversi ordinamenti giuridici e sociali comprende due aspetti d'interesse per lo studioso di politica criminale: il reato è un'entità legata ad un giudizio di valore ed è necessaria la decisione legislativa per attuare tale valutazione in modo universalmente vincolante per la comunità giuridica. Il reato deriva della transgressione della*

In questo senso, oltre alle necessarie revisioni, **punti rilevanti e innovatori di altre legislazioni dovranno essere considerati nell'elaborazione della nuova norma**, e questa è la sfida che qui ci si propone, nella misura in cui elementi differenti possono aiutare l'identificazione e la tipicizzazione di questo fenomeno (che si presenta a partire da una struttura complessa e di difficile caratterizzazione),[329] così come per un grado maggiore di certezza a quello che la norma si condiziona, come mezzo efficace nell'identificazione, nella ricerca, nel processo e nell'esecuzione di un limite a questa modalità di reato.[330]

---

norma e la norma deriva della decisione legislativa, che stabilisce quali condotte vedano sanzionate penalmente; 'non esiste un reato naturale, svincolato dal diritto positivo' (amplius sull'arg., Maurach-Zipf AT 1, 174 segg)». (ZIPF, Heinz. **Politica criminale**. Traduzione di Adriano Bazzoni. Milano: Giuffrè, 1989, p. 153). Di tutte queste citazioni, merita di essere detto che il movimento di criminalizzazione mirata alla caratterizzazione del reato di crimine organizzato in Brasile deve obbedire ad una necessità verificata nel mezzo sociale, che richiede l'esistenza di una figura di reato propria, che abbia il dovere di obbedienza alle garanzie costituzionali, allontanandosi l'attuale implementazione di una politica criminale che mira solo alla punizione, con aspetto di emergenza, che, a volte, non si interessa delle istanze legali di repressione penale.

[329] L'idea di sfruttamento nella formalizzaizone di una norma più ricca e tecnica, è già stata dibattuta da V. R. PRADO SALDARRIAGA: «*Existe, pues, de momento, un notorio desconcierto conceptual que se expresa en la posibilidad real de contabilizar hasta más de doscientas definiciones diferentes sobre lo que se entiende que es la criminalidad organizada. Esta insólita situación se reproduce negativamente no sólo en el plano del debate teórico, sino también en la selección de las decisiones de política criminal que deben adoptar los Estados*». (PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. **Criminalidad Organizada.** Lima: IDEMSA, 2006, p. 35-36). Prosegue l'autore citato: «*Pero todas estas limitaciones e inconvenientes sólo ratifican la imperiosa necesidad de contar con un concepto cuando menos operativo de criminalidad organizada. El cual, si bien no reflejará toda la magnitud y variedad que definitivamente encierra este fenómeno criminal, servirá, cuando menos, para representar sua* ***características más específicas y constantes.*** *Un concepto operativo permitirá, pues, diferenciarlo de otras formas de criminalidad contemporánea como la delincuencia económica. Además, esta definición operativa podrá utilizarse como un referente para la formulación, implementación y evaluación de toda política criminal destinada a la prevención o control del crimen organizado*». (PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. **Criminalidad Organizada.** Lima: IDEMSA, 2006, p. 37).

Con questa prospettiva, pertanto, la norma di lotta all'*associazione a delinquere di stampo mafioso* (entrata nell'ordinamento giuridico italiano nel 1982, come si è verificato nel corso di questa ricerca) si presenta come un'alternativa innovativa, in determinati aspetti, almeno agli occhi degli operatori del Diritto brasiliano. Si parla qui solo di determinati aspetti perché l'intera norme, nella sua concezione piena, ha avuto il ruolo di combattere un fenomeno delittuoso diretto allo scenario italiano, e l'urgenza che si aveva era relativa a problemi interni, tanto che l'elaborazione di questa regola ha contato su circostanze di ordine sociologico, culturale, esclusivamente per combattere il problema della mafia (come già studiato).[331] Così, solo alcune questioni possono essere di estrema utilità per altre

---

[330] Si veda il riferimento della dottrina italiana: «*Dal punto di vista delle tecniche di accertamento, gli sforzi fin qui compiuti daí giudici piú esperti del settore sfociano, in realtà, in questa duplice presa d'atto: in sede di raccolta e acquisizione delle prove, assumono un ruolo essenziale gli strumenti di indagine patrimoniale e bancaria; mentre, in sede di valutazione del materiale probatorio raccolto, occorre: da un lato, superare un'ottica parcellizzante circoscritta a singoli episodi delittuosi, per conseguire una visione d'insieme che inquadri il fenomeno mafioso come un'entità il piú possibile unitaria; dall'altro, utilizzare criteri di valutazione enucleati attraverso un sapere specialistico maturato sullo specifico terreno dei processi contro la criminalità organizzata. L'obiettivo di conseguire in sede processuale quella visione complessiva e panoramica, che sola consente il collegamento probatorio di fatti e vicende apparentemente distanti, ha potuto, peraltro, essere concretamente perseguito anche grazie a un diffuso utilizzo del reato associativo: l'imputazione dell'art. 416-bis c.p. ha funto, in questo senso, da enorme rete capace di attrarre nelle sue maglie un numero virtualmente illimitato di « sospeti » mafiosi. Una simile strategia processuale, se ha fatto ottenere alcuni risultati in un'ottica di efficacia repressiva, ha per altro verso comportato dei costi sul versante individualgarantistico: è ovvia l'allusione all'abnorme proliferazione del fenomeno del «gigantismo processuale», emblematicamente daí maxiprocessi*». (FIANDACA, Giovanni. **Criminalità organizzata e controllo penale.** In: L'indice Penale, vol. 25, fasc. 1, jan./abr. 1991. Padova: p. 27).

[331] Solo come riferimento: «*In generale, i problemi di definizione sono assai rilevanti in funzione della omogeneizzazione del sistema giuridico nella dimensione internazionale e sovranazionale, per la mediazione delle differenze fra i sistemi istituzionali e le culture. Il*

legislazioni e potranno comporre, forse, le legislazioni di altri stati, e non l'intera norma, esattamente in quanto creata per un altro Stato a partire da un altro momento storico, con differenti scopi punitivi; e chiaro, anche così, questi punti analizzati dovranno essere attentamente soppesati e verificati, uno ad uno, per immaginarne lo sfruttamento in altre legislazioni.

Se consideriamo che la storia giuridica brasiliana ha già visto sfruttamenti delle norme italiane (vedere aspetti indicati nell'*introduzione*), **il tentativo di discutere un'approssimazione di elementi puntuali dell'*associazione a delinquere di stampo mafioso* è**

---

problema della definizione della criminalità organizzata, essenziale per un approcio di carattere generale e sistematico a queste forme e questi fenomeni, mi sembra abbia una rilevanza peculiare, teorica: concernente la possibile formazione di una teoria e di una parte generale del diritto penale relative alla dimensione organizzativa stabile di un'attività delittuosa. La nozione di criminalità organizzata ha cominciato ad essere usata in Italia intorno alla metà degli anni Settanta, in occasione del fenomeno dei sequestri di persona, con la diffusione degli stupefacenti ed i primi gruppi e delitti terroristici. Negli Stati Uniti è del 1970 l'Organized Crime Control Act (OCCA), la normativa emanata per la repressione dei fatti tipici dei settori in cui operano le organizzazioni criminali, che vi vengono definiti: ove, tuttavia, la qualificazione di "organizzato" riguarda il "crime" (cioè singolo), in un sistema in cui, infatti, viene respinta la nozione autonoma di responsabilità per la partecipazione o appartenenza ad una associazione ovvero organizzazione criminale, per la genericità e mancanza di determinatezza di una simile nozione. Questa autonomia riguarda, nei sistemi continentali, le figure delittuose associative, specifiche appunto delle forme e dei fenomeni di criminalità organizzata: figure che si sono nel tempo moltiplicate, e attorno a cui sono sorti aspetti di specialità del sistema penale, più o meno rilevanti, giustificati dalla particolare pericolosità di queste forme e di questi fenomeni.Nel sistema inglese, un'eccezione alla generale irrilevanza delle nozioni delittuose associative è stata prevista nel 1976 per il terrorismo. Nel Prevention of Terrorism (Temporary Provision) Act, di riforma del Prevention of Terrorism Act del 1974, e concepito appunto come strumento sia "preventivo" che "temporaneo", è stata definita la responsabilità penale per la relazione personale, di qualsiasi entità, con una «proscribed organization» (organizzazione vietata)». (ALEO, Salvatore. **La definizione della criminalità organizzata nella prospettiva iternazionalistica. I problemi metodologici per un approccio di carattere generale e sistematico.** In: La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo. Bassiouni, M. Cherif (Dir.). Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, pp. 159-160).

pienamente possibile, soprattutto in ragione del fatto che questo sforzo — e questa è la circostanza che merita attenzione — porti più forza tecnica alla norma brasiliana di contenimento della criminalità organizzata, che viene discussa all'esaurimento dal Potere Legislativo del Brasile, e che viene costantemente dibattuta da dottrina e giurisprudenza.

Passandosi, a partire da questo momento, all'analisi puntuale di eventuali sfruttamenti permessi dalla futura norma penale di lotta al crimine organizzato in Brasile, una prima osservazione deve essere fatta: gli elementi innovativi della norma italiana del che saranno esaminati sono (a) la forza dell'intimazione imposta dall'associazione mafiosa, nonché (b) il potere di assoggettamento e omertà che possono derivare dall'esistenza di quest'organizzazione.[332]

2.1 L'elemento strutturante della forza di intimidazione: possibilità.

Pensandosi alla forza di intimidazione come elemento strutturante della norma, questo è uno degli aspetti tecnici che potrebbero essere sfruttati e pensati nella composizione della

[332] Altri elementi, come già detto, che compongono la norma non saranno qui valutati, in quanto diretti esclusivamente al contenimento della criminalità italiana vincolata alla mafia, con le sue caratteristiche culturali evidentemente inserite nella norma fin dalla sua genesi e che non porterebbero grandi vincoli con gli aspetti meritevoli di proibizione insieme alla norma brasiliana.

legislazione brasiliana.[333] Di fatto, da quanto si percepisce a partire dai reati vincolati alla composizione della figura dell'*associazione a delinquere di stampo mafioso*, la forza di intimidazione si fa presente come elemento che compone la norma, che sostiene anche gli aspetti di imputazione di questa modalità di reato, in quanto denota un carico di percezione vincolato alla prova che, obbligatoriamente, deve essere costatata nell'analisi del fatto; ossia, passa a far parte dell'universo di costruzione del proprio tipo penale, che deve essere interpretato dall'operatore del Diritto a partire da elementi di prova presentati, richiesto come una figura strutturante.

Anche con questa costatazione iniziale, nel senso che è un elemento difficile da provare, e che dipende da una linea di prova adatta a caratterizzare l'aspetto dell'«intimidazione», la legislazione brasiliana potrebbe inserire questa circostanza come un elemento normativo del tipo, di ordine culturale, con l'indicazione che **la commissione del fatto, determinato dalla legislazione come *crimine organizzato*, può o meno essere accompagnato dalla forza intimidatrice implementata dall'organizzazione criminosa**, servendo

---

[333] Quest'analisi dello sfruttamento di altre norme, in un determinato limite assume un ruolo vincolato al proprio ordine di transnazionalizzazione a cui il fenomeno della criminalità organizzata obbedisce. Così, «*come si è visto, la criminalità organizzata oggigiorno è internazionale e multinazionale nella sua attività criminale. Per avere successo, la guerra contro la criminalità organizzata dovrà essere internazionale. Non ci possiamo limitare alle frontiere nazionali per scoprire e perseguire le attività della criminalità organizzata: fare cosi significherebbe fallire. Dobbiamo costruire qualcosa servendoci dell'esperienza passata. Dobbiamo diffondere anche in altri paesi lo spirito di cooperazione, che ha avuto cosi tanto successo tra Italia e Stati Uniti. Solo in questo modo possiamo sperare di sconfiggere la minaccia della criminalità organizzata*». (FLOSI, Leone. **La dimensione internazionale della criminalità organizzata.** In: Forme di organizzazioni criminali e terrorismo. Milano : Giuffrè, 1988, pp. 87).

questo aspetto come un'aggiunta nel tentativo di caratterizzare questo fenomeno.

In questo modo, la presenza della forza di intimidazione dovrà attendere la verifica della prova, e aspettare l'esercizio interpretativo degli operatori, circostanze che, all'inizio, sono difficili nella valutazione del reato associativo, ma che si presenta come vero elemento speciale, che rinforza il mezzo tecnico legislativo destinato alla caratterizzazione del crimine organizzato.

Non si dica, tuttavia, che questo elemento, per la sua estrema vaghezza, e per l'incompatibilità di ordine culturale con la realtà brasiliana, non può essere sfruttato; al contrario, questo elemento può essere riscontrato nelle diverse modalità di reato che compongono l'immagine, almeno per ora, di quello che la realtà brasiliana ha analizzato come crimine organizzato, bastando una semplice verifica delle grandi organizzazioni brasiliane specializzate in traffico di droghe, che muovono l'economia del paese con l'implementazione di meccanismi illegali di lavaggio di denaro (il che, si dica, non è privilegio della società brasiliana!),[334] che fanno anche uso di

[334] Sul vincolo tra criminalità organizzata e economia, si veda l'interessante passaggio nella dottrina italiana: «*Il passaggio ad attività manageriali da un lato, la concorrena di organizzazioni nazionali e internazionali dall'altro (vedi la 'Ndrangheta o le mafie dell'Est), fa sì che la mafia siciliana si ritragga dai mercati illegali più tradizionali, come il traffico di stupefacenti e di sigarette, per puntare sul traffico dei rifiuti tossici e investire, come sta venendo alla luce dai processi Fininvest, anche nel campo dell'informazione e della conoscenza, sia investendo direttamente, sia gestendo i terminali periferici della new economy. Anche all'interno della sfera politica si rgistrano alcuni mutamenti significativi. In primo luogo, con la crisi della prima Repubblica e con la globalizzazione dei mercati, si esaurisce il peso della spesa pubblica e dell'intervento statale*

violenza,[335] minaccia, e, della propria «forza d'intimidazione» dei suoi comportamenti e delle attività per acquisire spazio, per conquistare il

nelle economia. Il clientelismo di massa registra una crisi irreversibile, legata al tracollo dei principali che lo gestivano e lo sviluppavano, nonché all'introduzione del sistema elettorale maggioritario, imperniato sulla rappresentanza individuale. In secondo luugo, la crescita di una sensibilità antimafia diffusa a livello di società civile, l'implementazione di alcune significative politiche pubbliche antimafia dagli anni ottanta in poi [A. La Spina, 2005], ostacolano la perpetrazione dell'intreccio tra mafia e politica negli stessi termini. Le recenti vicende giudiziarie fanno trapelare che l'influenza mafiosa sulla politica si manifesterebbe in maniera meno organica a uno schieramento politico, preferendo porsi sotto forme di trasversalità rispetto a diversi candidati. Lo scopo sarebbe quello di muoversi in maniera più agile e attrezzata ad affrontare i frequenti cambiamenti di maggioranza causati da um sistema politico bipolare. Inoltre, le tendenze al decentramento comportano il consolidamento dell'attenzione di Cosa Nostra verso lo spazio politico locale. Le conseguenze di questi mutamenti si avvertono anche sul piano dell'organizzazione e su quello della cultura mafiosa. Da una borghesia capitalistico-mafiosa, vertice di un sistema produttivo che prendeva le mosse dalla relazione tra centro e periferia per orientare i flussi di denaro pubblico e dei proventi delle attività illegali verso il settore secondario e terziario arretrato, si passa a una «mafia orizzontale», che fa leva sul consistente controllo dei capitali per operare, attraverso prestanome, imprenditori conniventi, estorti o sottoposti al ricatto dell'usuta, professionisti, all'interno dei nuovi settori di mercato. La mafia orizzontale, pur continuando a perseguire lo sfruttamento parassitario della richezza sociale mezzo della violenza, è ormai pienamente integrata nell'economia ufficiale, rendendosi meno individuabile e contrastabile. Ne consegue un diverso utilizzo del territorio, un adattamento dei codici culturali alle nuove esigenze, una diversa configurazione organizzativa». (SCALLIA, Vincenzo. **La mafia ai tempi del postfordismo.** In: Dei Delitti e delle Pene, fasc. 1-3, jan./dez. 2003. Torino, pp. 70-71). Ainda, merecem citação os seguintes textos: CASTALDO, Andrea R. **Criminalidad organizada y mercado económico-financiero.** In: El crimen organizado. YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Coord.). Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 287-289; CERVINI, Raúl. **Los filtros sistémicos del crimen organizado en materia económica y financiera.** *In*: El crimen organizado. YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Coord.). Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, pp. 399-401; RINALDI, Stanislao. **Mafia, economia, istituzioni : appunti di lavoro.** In: Serta - in memoriam Alexandri Baratta. PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.). Salamanca: CISE : Universidad Salamanca, 2004, p. 564-567; DONINI, Massimo. **Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico.** In: Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo. Milano: Giuffrè, 2006, pp. 67-70.

[335] Nella dottrina italiana, E. RESTA fa il seguente riferimento: «*Walter Benjamin non è soltanto uno dei tanti critici del passato, è anche uno dei più grandi critici della guerra. Il passo prima citato va riletto in tutto il suo grande portato, perché costituisce una riflessione continua e costante sul gioco della violenza. Il gioco della violenza è un gioco che lega un prepotente a un oppresso sempre e comunque: che sia la prepotenza della vita quotidiana, che sia quella di un politico, di un amico, di un nostro collega, di un genitore nei confronti del figlio, tutto questo rientra nella* tradizzione degli oppressi*, e nella storia da loro raccontata. Chi*

consenso di determinate persone, di determinati settori dello Stato; lo stesso dell'obbedienza di funzionari pubblici, poliziotti, avvocati, rappresentanti del pubblico ministero, e, come si sa, magistrati. Questo consenso, come si è detto, può essere inteso come acquiescenza ad atti illeciti e attività illegali, implementate dalle organizzazioni e passando attraverso la corruzione di settori e delle persone vincolate,[336] molte volte, alla figura dello Stato, tanto nell'aiuto diretto nell'esecuzione del reato, quanto nei comportamenti omissivi.

---

si stupisce, allora, ha un'idea di storia che contribuirà, ancora una volta, a perpetuare la tradizione degli oppressi». (RESTA, Eligio. **Il diritto malinconico.** *In*: Dei Delitti e delle Pene, Fasc. 2, p. 101-106. Torino: Abele, 1993, p. 102). E prossegue o mesmo autor: «*Il gioco che vi propongo è un gioco legato al concetto di* pharmakon*, ovvero quella oscillazione paradossale in cui l'antidoto che si vuol creare è costituito dallo stesso veleno [cfr. E. Resta, 1992]. Il diritto che assomiglia troppo alla violenza è un diritto totalmente delefittimato. E allora, la legge non si identifica con sirene spiegate, eserciti o "lotta", bensì con il tentativo della modernità di stabilire una differenza rispetto alla violenza. Capo d'Orlando, la comunità, rappresentano esattamente questo tentativo di contrapporsi alla mafia con strumenti che non siano mimetici rispetto ad essa, rappresentano un tentativo di delegittimazione economica e culturale della mafia posto inessere da parte di una comunità che ha fatto sua l'idea della legalità. Sta in ciò il gioco della differenza: nella legalità del diritto, della comunità, nel sottrarre, per esempio, questo potere di afferrare da parte della violenza, della prepotenza. È nella comunità che va misurato il meccanismo della legalità. Ma con un'avvertenza: il problema della legalità va posto anche* dentro *il sistema politico*». (RESTA, Eligio. **Il diritto malinconico.** *In*: Dei Delitti e delle Pene, Fasc. 2, p. 101-106. Torino: Abele, 1993, p. 105). Em texto que se pode transcrever em sequência, A. BARATTA: «*La "guerra" controla mafia, insomma, deve essere la "mimetica della guerra" di cui ci ha parlato. Resta, deve essere la risposta che capovolge la logica della mafia. Si tratta, vorrei concludere, della logica della forza legittima contro la logica della violenza. Se "forza legittima" e "violenza" possono essere distinte per il rispetto o meno delle regole del gioco proprie dello Stato di diritto, allora la lotta contro la mafia è il contenimento della violenza non attraverso altra violenza, ma attraverso la forza legittima*». (BARATTA, Alessandro. **La violenza e la forza. alcune riflessioni su mafia, corruzione e il concetto di política.** In: Dei Delitti e delle Pene, fasc. 2, nov. 1993. Torino, p. 121).

[336] La caratteristica più marcante delle organizzazioni criminose secondo L. FOFFANI, non è la violenza, ma la corruzione, come si può verificare nel seguente testo: «*Prescindiendo del modo en que el problema se enfoque, no hay duda que el tema de las relaciones entre criminalidad organizada y economía ocupa un lugar central en cualquier análisis actual de los fenómenos de "macrocriminalidad". La importancia del tema viene confirmada de modo significativo y unánime tanto en aquellos ordenamientos jurídicos nacionales que – como el italiano – hace ya tiempo que han aprendido a vivir con fenómenos*

endémicos de criminalidad organizada con fuerte raigambre socioambiental, como en aquellos otros que –como el español o el alemán- han sido básicamente inmunes a ellos hasta hace poco, o donde al menos tradicionalmente no se ha advertido nunca la difusa e intensa alarma social y la atención mediática que por el contrario han rodeado a organizaciones como la 'cosa nostra' siciliano-estadounidense o la 'jakutsa' japonesa. Es muy significativo observar, en este sentido, que la penetración sistemática de una organización del tipo 'cosa nostra' en el mundo económico en Italia se considera un "salto de calidad" relativamente reciente con relación al tradicional fenómeno mafioso, cuyas raíces históricas se encuentran en la economía rural precapitalista. Sin embargo, en un país como Alemania, en el que sólo recientemente se ha puesto de relieve la existencia de fenómenos criminales de esta naturaleza dentro de su territorio nacional –y donde el próprio concepto de "organisierte Kriminalität" había sido hasta hace poco extraño al léxico jurídico y criminológico además de al normativo – es interessante observar como el "descubrimiento" de la criminalidad organizada ha tenido lugar precisamente en el terreno económico. Es en este terreno, y no en el de la criminalidad violenta o patrimonial de tipo "clásico", donde en estos últimos años se ha manifestado por primera vez en Alemania la existencia de auténticas organizaciones criminales (autóctonas, o más frecuentemente de importación). Por otro lado, incluso en Italia – donde la criminalidad organizada mostró hace pocos años su cara más cruda y violenta – se ha podido observar cuán incorrecto es suponer que el instrumento ordinario a través del que se manifiesta el dominio criminal sea la violencia: "el instrumento principal de la mafia y de las demás organizaciones criminales no es la violencia, es la corrupción. (...) La violencia, para las grandes organizaciones criminales, ha quedado reducida a una especia de 'ultima ratio', porque sus efectos son visibles desde el exterior, alarma a la opinión pública y obliga a las autoridades públicas a reaccionar con dureza. La corrupción, por el contrario, es por naturaleza propia silenciosa, favorece la mimetización, permite conseguir el objetivo deseado con menores riesgos y mina las instituciones desde su interior. Para las organizaciones que disponen de una gran cantidad de dinero, la corrupción es un "coste de producción" del bien o servicio que posteriormente se repercutirá sobre el consumidor final, que será por ejemplo el tóxicodependiente o quien adquiere un arma ilegal". Queda por tanto patente que se trata de comportamientos delictivos impulsados por la racionalidad económica, que incluso tienden a hacer uso de los mismos instrumentos típicos de la criminalidad económica, comenzando precisamente por la corrupción». (FOFFANI, Luigi. **Criminalidad organizada y criminalidad econômica.** In: Revista Penal, fasc. 7, jan. 2001. Barcelona, p. 57-59). Com essa mesma linha, a escrita de C. A. FLORES PÉREZ: «*La definición que se emplee de crimen organizado depende em gran medida del enfoque teórico que enmarque la reflexión sobre el mismo. En términos generales, tres han sido los principales paradigmas con que se ha abordado el estudio del crimen organizado: institucional, de redes clientelares y de empresa. El primero supone que el crimen organizado puede ser entendido mejor con un enfoque organizacional. Este enfoque está influido por el predominio de la corriente institucional en los estudios sociológicos que tuvo lugar durante los años 60. El segundo paradigma considera a la corriente institucional demasiado formalista y promueve en cambio una concepción del crimen organizado como relaciones clientelares articuladas en función del intercambio de recursos. Este paradigma surgió en los años 70, y se basa en reflexiones generadas en el campo de la Antropología. Finalmente, el tercer enfoque resta centralidad a los actores del crimen organizado y se enfoca fundamentalmente en el negocio ilícito que éste representa y en las relaciones de mercado en las que se desarrolla. Tal paradigma se originó en los años 80 y se caracteriza por adoptar razonamientos tomados de la Economía, en el estudio del crimen organizado*». (p. 28). «*Los cambios políticos, económicos y tecnológicos de finales del siglo*

Di conseguenza, questo semplice argomento, dell'impossibilità dello sfruttamento di questa circostanza in ragione del fatto che si tratta di un'indicazione meramente culturale, determinata alla realtà italiana della fine del secolo scorso, nei fatti non serve; ossia, lo scenario sociale (e di violenza sociale) brasiliano già indica la presenza dell'uso della forza di intimidazione nell'attuazione delle organizzazioni criminose e, per questo, si deve elaborare una norma più efficace di lotta a questo fenomeno associativo, riorganizzando la propria coerenza legislativa di fronte a questo tipo di criminalità.

Ad ogni modo, la norma penale brasiliana di lotta alla criminalità organizzata, oltre agli aspetti già dibattuti, potrebbe contare su quest'altro elemento nella sua composizione, quello dell'utilizzo della forza di intimidazione, inserito con la seguente riserva: presente o meno l'elemento della forza d'intimidazione per la composizione del fatto. Ossia, non si condizionerebbe alla caratterizzazione del tipo la presenza non equivoca di questo vettore, per non decaratterizzare diverse imputazioni criminali per assenza di prova di questo elemento, come avveniva con la norma italiana di lotta alle associazioni mafiose, prima dell'entrata in vigore dell'art., 416 *bis* del Codice Penale (in base alle osservazioni della dottrina,

---

XX tuvieron por resultado el reblandecimiento de las fronteras nacionales, en una dinámica global caracterizada por el flujo en incremento de bienes, servicios y personas entre los distintos países, con una decreciente capacidad de control por parte de los diversos Estados nacionales. Estas circunstancias han afectado necesariamente el 'modus operandi' de la criminalidad organizada, para brindarle un carácter transnacional. Actividades ilícitas como el tráfico de narcóticos, de armas, de personas, de vehículos, entre otras, son realizadas por redes delictivas que cooperan entre sí, más allá de las barreras políticas del Estado nación». (FLORES PÉREZ, Carlos Antonio. **Poder y corrupción.** In: Revista de Ciencias Penales, fasc. 10, mar./abril 2007. México, p. 34).

citate nel terzo capitolo di questa ricerca). Questa sarebbe la necessità di elaborare l'inserimento di questo elemento come un *plus* normativo, un possibile aspetto di verifica, senza necessità di certezza o prova esatta nell'insieme probatorio, perché servisse, per sé stesso, come elemento di sostegno, di aiuto nella visualizzazione del fenomeno della *criminalità organizzata*, con cui si porterebbe, ancora una volta, all'ordinamento giuridico brasiliano una porzione di contributo del Diritto italiano.

2.2 Elementi di assoggettamento e omertà come circostanze da sfruttare nella norma brasiliana: possibilità.

Continuando, **si deve valutare, a partire da questo momento, lo sfruttamento degli elementi di assoggettamento e omertà per la norma brasiliana di lotta alla criminalità organizzata**. Sulla stessa linea del discorso già esposto, questi aspetti sono stati aggregati nella composizione della norma italiana di lotta alle *associazioni di stampo mafioso* come elementi di strutturazione, di composizione diretta della norma, ausiliari nell'identificazione di una situazione esistente nel modo di agire di questo fenomeno di reato;[337] così il legislatore

[337] Importante riferimento ha fatto G. FIANDACA, in un testo che merita di essere riportato come riferimento: «*Non meno importante è la dimensione antropologico - culturale del fenomeno. Uno degli elementi di maggiore forza del sistema mafioso consiste, in realtà, nell'essere finora riuscito a coniugare aspetti di modernità con elementi della tradizione: si allude, in particolare, alla persistenza di un codice culturale e di uno stile di vita improntati ai valori dell'« amicizia strumentale ». Si tratti di cultura o subcultura, il superamento del modello antropologico dell'uomo mafioso richiede che il processo educativo*

italiano del 1982, come si è analizzato, ha deciso di complementare l'elaborazione della norma con derivazioni dell'uso della forza d'intimidazione, giustamente analizzando la composizione del tipo di questi aspetti di assoggettamento e omertà di persone esterne all'associazione, che vivono in una condizione di paura o di omissione rispetto ai comportamenti e alle attività delle associazioni, in decorrenza dell'intimidazione e delle minacce.[338]

---

delle piú giovani generazioni, specie nelle zone di maggiore radicamento della mentalità mafiosa, venga riorientato verso l'acquisizione di valori alternativi, che riflettano il primato della legalitá impersonale rispetto ai vincoli dei legami familistici. Quest'azione di ri-orientamento educativo non può, beninteso, rimanere circoscritto nei limiti di una piú diffusa scolarizzazione. Il problema è in realtà quello di superare la cesura o addirittura la contrapposizione tra il sistema dei valori ufficiali additati dall'insegnamento scolastico, e il codice culturale adottato dalle famiglie di appartenenza e profondamente interiorizzato nella fase della socializzazione primaria. Piuttosto, il superamento dell'ideologia mafiosa presuppone, oltre a un nuovo tipo di educazione e formazione, un piú esteso accesso alle attività professionali ed economiche legittime, in vista di una progressiva integrazione – similmente a quanto è in buona parte già avvenuto negli Stati Uniti – dei gruppi mafiosi nella società legale». (FIANDACA, Giovanni. **Criminalità organizzata e controllo penale.** In: L'indice Penale, vol. 25, fasc. 1, jan./abr. 1991. Padova, p. 33).

[338] Ancora una spiegazione sul tema data dalla dottrina italiana, rinforzando la materia del Capitolo II: «*Il primo elemento costitutivo è rappresentato dalla presenza di un'associazione criminosa. Con il termine associazione la legge denomina il fatto associativo e nel contempo il risultato della condotta associativa, com'è chiaramente evindibile dalle seguenti espressioni: «Chiunque promuove, costituisce... associazione ... chiunque partecipa a tali associazioni ... » (artt. 270, 270-bis, 426-bis, c.p.), ovvero indirettamente dalla descrizione della condotta associativa: «Quando tre o più persone si associano... » (artt. 304, 426 c.p., 75, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309). È evidente, allora, che «associazione» è termine normativo. Ad avviso di taluni, l'art. 416-bis c.p. ha sostituito il requisito della struttura organizzativa dell'associazione con il ricorso alla forza intimidatrice. Tale opzione ermeneutica non è, tuttavia, per alcun verso condivisibile, giacché anche dai lavori preparatori è deducibile che il legislatore ha consapevolmente adottato il termine «associazione» e non quello di «gruppo», in tal modo dimostrando di recepirlo nella sua accezione di riunione durevole di più persone, caratterizzata da un minimum di stabilità e di organizzazione per realizzare un programma di attività illecita, in nome proprio ed in autonomia dai singoli. Il secondo elemento costitutivo del reato associativo 'de quo' è rappresentato dalla condotta strumentale al perseguimento di fini specifici, caraterizzata dallo sfruttamento della forza di intimidazione del vincolo associativo e dai conseguinte effetti di assoggettamento e di omertà. La forza di intimidazione è data dalla capacità di incutere timore di gravi danni, senza che ciò comporti necessariamente la realizzazione di specifiche minacce o violenze, sia pure implicite, essendo sufficiente la diffusione della natura*

prepotente del sodalizio criminoso e della già verificatasi, in non poche circostanze, attività di sopraffazione. Così, nel caso in cui un'associazione mafiosa si proponga di ottenere l'appalto di determinati lavori pubblici, può limitarsi, per raggiungere l'effeto, al cosiddetto «avvertimento mafioso» «lavarto» o «implicito», avvisando in anticipo i potenziali concorrenti che all'assegnazione dell'appalto è interessata la tal persona, noto boss mafioso. Anche in siffatta ipotesi sono configurabili gli estremi di un vero e proprio reato di minaccia, non potendosi revocare in dubbio che, pur in assenza della prospottazione di uno specifico danno, un così "forte" avvertimento «implicito» costituisca l'indice rivelatore delle intenzioni perseguite da chi l'ha formulato, proprio perché la mera «spendita» del nome del boss mafioso spiega i suoi effetti intimidatori, avendo l'organismo mafioso raggiunto nel tempo una tale carica intimidatrice da rendere veramente superfluo il riferimento alle conseguenze correlate al rifiuto di abbandonare la gara. Va da sé che può essere superfluo perfino l'«avvertimento» mafioso qualora l'associazione abbia raggiunto una significativa forza intimidatrice. È stato correttamente osservato come «proprio l'alto grado di pericolosità manifestato dall'associazione, la sua capacità di allontanare qualsiasi rivale, giochi un ruolo determinante e nell'abbandono della gara da parte degli altri aspiranti: si può ben dire che questa è l'ipotesi tipica in cui la forza d'intimizadione rappresenta l'único mezzo di cui l'associazione si è concretamente avvalsa per perseguire lo scopo». Al riguardo è appena il caso di avvertire che, in ragione del fatto che il sodalizio criminoso non abbia avvertito l'esigenza di ricorrere ad un'esplicita condotta intimidatoria, costituisce l'indice rivelatore di una veramente elevata carica intimidatrice. In definitiva, deve ragionevolmente ritenersi che l'effetto intimidatorio sia ricollegabile, in base alla norma, ad una «capacità attuale e non solo potenziale», ad un «alone di intimidazione diffuso, effettivo» e, cioè, «obiettivamente riscontrabile». A me pare, dunque, che si debbano superare i limiti di un'interpretazione meramente letterale della locuzione «si avvalgono», dovendosi riconoscere che l'única soluzione plausibile non può non trovare la sua effettiva ragion d'essere in una ricostruzione del metodo associativo in termini di «programma strumentale», facente parte integrante di un «dolo specifico», caratterizzato dall'intenzione di ricorrere alla minaccia avvalendosi della forza del vincolo associativo. Da tale forza intimidatrice derivano, all'interno dell'associazione, un assoggettamento e, cioè, uno stato di sottoposizione e di sottomissione alla volontà dell'«ente criminale e l'omertà, caratterizzata dal rifiuto di collaborare con gli organi dello Stato. In effetti, com'è stato esattamente osservato, «la forza dell'associazione di tipo mafioso – più ancora che di altre associazioni criminose – si fonda, innanzi tutto, sulla coesione degli associati, "uomini d'onore" nel senso che si impegnano alla fedeltà e alla solidarietà più piena e si assoggettano alla esclusiva autorità dei capi, sotto pena delle gravissime ritorsioni che ben note regole interne comminano». L'intimidazione, l'assoggettamento e l'omertà che ne derivano devono essere, tuttavia, percepite dagli «esterni» verso i quali si dirige l'azione del sodalizio criminoso. Il vincolo mafioso è momento di coesione, dunque, tra gli associati e, nel contempo, strumento di intimidazione verso gli estranei. La forza intimidatrice «propria del vincolo associativo> è deducibile dall'espressione <si avalgono della forza... », contenuta nella norma incriminatrice: essa è strumento di lavoro, metodo del sodalizio criminoso (c.d. «metodo di tipo mafioso»). Ma se così è, appare evidente che l'intimidazione è elemento tipo del reato di cui all'art. 416-bis c.p., dovendo costituire la prospettiva operativa dell'associazione criminosa. A tale conclusione può pervenirsi sulla base della considerazione del fatto che il reato associativo de quo rientra nella categoria delle associazione «anche ulteriormente offensive», essendo finalizzato alla perpetrazione di delitti o alla realizzazione di gestioni e affari illeciti. L'associazione di tipo mafioso, pertanto, non è un reato a fattispecie complessa, essendo reato meramente

In relazione a questi due elementi (speciali e portati come circostanze dirette della norma italiana), lo sfruttamento sarebbe una sfida da immaginare nell'ordinamento brasiliano. Questo perché, la situazione di chi si assoggetta alle imposizioni determinate dalle associazioni criminose, così come la condizione di omissione rispetto ai comportamenti e alle attività di questi gruppi, sono passibili di essere visualizzate anche rispetto alle attività criminose esistenti in Brasile, e che necessitano di essere combattute da parte dell'universo giuridico - criminale brasiliano.

Di fatto, esistono in funzione delle diverse persone che non insorgono di fronte alle azioni delle organizzazioni di criminali e, per questa ragione, accettabo aspetti illeciti usati dal fenomeno delittivo; e, ancora, fanno parte delle imputazioni nella misura in cui, non arre volte, sono trovate nel corso delle accuse di natura criminale persone

---

associativo, punibile quando più persone si associano per realizzare plurimi illeciti, con l'intento di utilizzare la forza intimidatrice del vincolo associativo per commetterli o per acquisire la gestione di attività economiche, con conseguenti profitti o affari ingiusti. Va da sé che dalla esclusione della complessità della fattispecie criminosa deriva che le tipiche condotte di reato (minaccia; violenza privata; subordinazione, ecc.), riconducibili all'utilizzazione della forza intimidatrice del vincolo associativo, sono sempre punibili autonomamente, proprio perché non sono come tali elementi costitutivi di un reato complesso. Così ricostruita la dimensione lesiva dell'associazione di tipo mafioso, sostanzialmente riconducibile alla forza della sua intrinseca capacità intimidatrice, costituente la causa efficiens delle condizioni di assoggetamento e di omertà, ne deriva che la responsabilità degli associati trova la sua ragion d'essere non solo nella condotta da essi realizzata, ma anche nel fatto di avvere consapevolmente e materialmente contribuito alla costituzione o al mantenimento del sodalizio criminoso. Da ultimo deve sottolinearsi che la Corte europea dei diritti dell'uomo, con decisione del 22 febbraio 1994, ha riconosciuto il "pericolosissimo potere economico di una organizzazione come la mafia" (analogamente si era pronunciata la Commissione istituita presso la medesima Corte con decisione del 15 aprile 1991), così evidenziando un presupposto insuscettibile di estensione ad altre forme di criminalità». (VERRINA, Gabriel Lino. **L'associazione di stampo mafioso.** Torino: UTET Giudicia, 2008, p. 13-16).

inserite come partecipante ai comportamenti omissivi di fronte all'attività criminosa.

Queste condizioni di paura e omissione di fronte alle attività imposte dalle associazioni criminose passano sempre per la valutazione del modo più adeguato di lotta, di limitazione di questi atteggiamenti, e di incentivo processuale alla riduzione di questi aspetti; in Brasile, ad esempio, seguendo un modello implementato nell'ordinamento giuridico - italiano, recentemente si è determinata la riduzione di pena da 1/3 a 2/3 per l'investigato (in fase di investigazione preliminare, di fronte alla Polizia o al Pubblico Ministero) o per il reo (nella fase giudiziale del processo) in caso di *denuncia premiata*, situazione permessa dall'art. 41 della Legge n° 11.434/2006 (Legge sulle Droghe). Inoltre, si ebbe la promulgazione di una legge speciale di protezione del testimone nel processo penale, indicativo del fatto che lo Stato brasiliano ha bisogno di combattere le paure e le omissioni delle persone di fronte all'attività criminosa organizzata, proteggendo il cittadino dalle minacce, anche in questo senso, dando rifugio e sicurezza alle persone che infrangono questa circostanza derivata dall'intimidazione delle associazioni.

E, con queste costatazioni, si può immaginare come possibile lo sfruttamento di questi elementi di composizione della norma italiana nell'ordinamento giuridico brasiliano, purché le condizioni di assoggettamento e omertà siano descritte nella norma, così come il vincolo della forza di intimidazione, come elementi condizionanti e non obbligatori, i quali, se verificati e comprovati, serviranno per una

maggiore certezza quanto all'esistenza dell'attività criminosa organizzata, e, al contrario di ciò, se non verificate, non impediranno che l'investigazione o anche l'azione penale propriamente detta, possano proseguire, nella ricerca della caratterizzazione di un'eventuale attività del crimine organizzato; sarebbero, pertanto, elementi ausiliari della norma, i cui utilizzi rinforzerebbero lo spettro d'imputazione di questa forma di reato associativo.

Con quest'attenzione, si immagina, con l'indicazione di un'espressione generica nella legge, che può o non essere verificata dalla prova, il Diritto brasiliano starà rispettando i limiti costituzionali di composizione del tipo penale, nell'aspetto di una legalità stretta, come ha insegnato L. FERRAJOLI[339], e, soprattutto, sfrutterà un'importante contributo tratto dall'universo italiano di lotta alla *criminalità organizzata*.

---

[339] *In*: **Diritti Fondamentali**. Roma-Bari: Laterza, 2001, p. 33-35. Com essa mesma proposta, em texto direcionado à compreensão da obra do Prof. FERRAJOLI, verificar CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. **Organizações criminosas no direito penal brasileiro: o estado de prevenção e o princípio da legalidade estrita**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 6, fasc. 24, out./dez. 1998. São Paulo, p. 99-124. Num sentido mais amplo, mas também vinculado ao princípio da legalidade, texto de W. HASSEMER, **Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada**. In: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, vol. 9, fasc. 14, dezembro 1997. San José, p. 7-11.

3 L'inserimento degli elementi degli apparati di potere nella formazione della norma penale brasiliana: possibilità.

La formazione del tipo penale brasiliano sulla criminalità organizzata necessita, secondo noi, per osservare l'intenzione dogmatica a cui è vincolato, oltre agli elementi visti nel topico precedente della forza d'intimidazione, dell'*assoggettamento* e dell'*omertà*), elementi che permisero, in un primo momento, l'identificazione chiara dell'autoria, e in seguito, la differenziazione della criminalità organizzata, che ci cerca di combattere con questo tipo penale, del mero reato di gruppo e banda.

Oltre alle tre osservazioni di sfruttamento già fatte, nel senso di portare agli occhi della legislazione brasiliana circostanze di radici sociologiche e culturali della norma italiana di lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso, a partire dalla verifica del fatto che questi elementi nuovi potrebbero aiutare nella costruzione di una norme più speciale e, pertanto, più capace di perseguire determinate forme di comparsa del fenomeno della criminalità organizzata,[340]

[340] Solo una nota esplicativa: «*Quizás también porque, como señala Roxin en relación a Alemania, en la evolución de la política criminal se observó una creciente aparición de nuevos tipos penales como los delitos económicos, contra el medio ambiente, grandes riesgos industriales y otras formas de criminalidad organizada y comportamientos que se perciben como una amenaza para el conjunto de la sociedad, pero además, destacando que estos hechos delictivos tienden a describir situaciones de peligro abstracto que se sitúan en una fase previa a la producción del daño (Roxin, 2000, 27). Para este autor también es un factor decisivo el hecho que « las corrientes sociológicas cómo la teoría delsistema social de Luhmann, han contribuido en la ciencia penal alemana, fundamentalmente por medio de Jakobs, a desviar la*

un'altra situazione merita di essere dibattuta, facendosi, in questo momento, il collegamento proposto del presente lavoro con la materia studiata nel primo capitolo, in relazione al concorso di agenti.

Tali elementi sono stati estratti dall'analisi sopra realizzata dei crimini realizzati da apparati organizzati di potere, nel capitolo in cui si sono studiate le figure legate all'autoria, identificando, infine, che negli apparati organizzati di potere si ha autoria mediata (e non coautoria) a caratterizzare l'imputazione. Così, gli elementi caratterizzanti degli apparati organizzati di potere che potrebbero essere utilizzati nella norma penale di lotta alla criminalità organizzata sono: (a) la *struttura gerarchica*, e (b) la *fungibilità dell'esecutore*.

Le strutture degli apparati organizzati di potere stabiliscono la partecipazione di varie persone in un'organizzazione gerarchizzata di potere, con rigidità gerarchica e fungibilità dei suoi membri, per segnalare una distinzione chiara tra i reati praticati da mere associazioni, di quelle praticate da organizzazione criminose di stampo mafioso, con tutte le caratteristiche dimensionate all'ordinamento giuridico italiano.

---

atención del autor individual y dirigirla al mantenimiento del sistema social en su conjunto. (l) denominada prevención general positiva, esto es, el mantenimiento de y la práctica en la fidelidad al Derecho, representa actualmente en Alemania el papel de la finalidad principal de la pena» (2000, 29). Ésta es también la tendencia en el sistema penal español y puede observarse en los diferentes y nuevos tipos penales recogidos en el Código Penal de 1995». (PLANET ROBLES, Sílvia. **Políticas de seguridad y prevención en el estado español en materia de delincuencia organizada.** In: La seguridad en la sociedad del riesgo. DA AGRA, Cândido (Org.). Barcelona: Atelier, 2003, pp. 164).

3.1 L'elemento della struttura gerarchica degli apparati organizzati di potere.

La struttura gerarchica presuppone una catena di comando rigida e linearmente verticale, con compiti ben definiti e interdipendenti, in modo da permettere al mandante il comando di qualsiasi anello della sua catena criminosa, senza che debba conoscere personalmente i suoi componenti.[341] Si veda che la linearità verticale e

---

[341] Su questo tema: «*La qualifica di organizzatore, in tema di associazione per delinquere, spetta invece all'affiliato che, pur nell'ambito delle direttive impartite dai capi, svolge autonomamente la funzione di curare il coordinamento dell'attività degli altri aderenti, l'utilizzazione razionale delle strutture e delle risorse associative, reperendo nel contempo i mezzi necessari per la realizzazione del programma criminoso. L'organizzazione, dunque, si sostanzia nella realizzazione della struttura esistenziale e di quella operativa dell'associazione criminosa, con la determinazione del programma associativo, sia pure in modo non specifico e definitivo, con l'indicazione della strategia e dei compiti e con la predisposizione dei mezzi ocorrenti , mentri i «capi» sono gli individui che regolano, in tutto o in parte, l'attività collettiva con posizione di superiorità «Costituiscono» l'associazione, d'altro canto, coloro che con i loro comportamenti ne determinano o, comunque, concorrono a determinare la nascita del sodalizio criminoso che in tal modo diventa ordinamento, per quanto possa essere ancora minimo e rudimentale. La «direzione», d'altro canto, è caratterizzata dall'opera di coordinamento e di guida dell'associazione e da poteri decisionali in ordine all'esecuzione delle decisioni assunte dagli organi competenti: costituisce in ogni caso il vertice dell'organismo. Al riguardo è appena il caso di avvertire che il valore pratico delle distinzioni predette è, tuttativa, «relativo, sia perché i confini tra le diverse figure sono inevitabilmente fluidi, sia sopratutto perché il trattamento penale non muta anche nei casi in cui uno stesso soggetto rivesta più di un roulo di supremazia. La distinzione veramente decisiva è invece quella tra condotte per di così principali e condotte di semplice partecipazione, dal momento che in questo caso muta la fattispecie di reato e il connesso trattamento sanzionatorio». Qualsiasi altra condotta rilevante ai fini associativi, ma non corrispondente ad alcuna di quelle prefigurate alla norma incriminatrice, rientra nell'ambito di operatività di quella normativamente definita come «partecipazione». In questa sono compresi, pertanto, tutti gli atti di associazione che, pur non essendo qualificati, sono causalmente efficienti dell'associazione e della sua operatività . La «partecipazione», dunque, è sostanzialmente riferibile a tutte le condotte efficaci e necessarie, ma non riconducibili ad una di quelle normativamente qualificate. Quel che si richiede è che il «partecipante, oltre che conosciuto da altri soci, dev'essere controllato, sperimentato, magari indottrinato, messo alla prova specialmente in ben note società criminose, come quelle cospirative o terroristiche o di tipo mafioso – e finalmente accettato; deve talvolta adempiere anche formalità rituali, cui sono*

la rigidità della catena di comando potrebbero configurare elementi normativi del tipo, afferibili di fatto per l'analisi della struttura criminosa, da processare. Questo perché, tale requisito può essere verificare magari documentalmente, con note di pagamento, o quadri di organizzazione, o ancora per mezzo di testimoni e deposizioni che consentano di verificare chiaramente la gerarchizzazione della struttura e la sua rigidità.

A conoscenza di ciò, la gerarchizzazione della struttura come elemento del tipo, avrebbe bisogno della dimostrazione della divisione (e della sua interrelazione e dipendenza) dei compiti attribuiti, in quanto se si ha una catena di comando, si ha designazione di compiti da essere realizzati dai componenti dell'organizzazione. Tali compiti spiegano il grado di gerarchizzazione e la rigidità della catena delittuosa.

La norma brasiliana, in questo particolare, potrebbe contare altresì su questo elemento, quello della gerarchizzazione della struttura, nella misura in cui le figure associative vincolate nella realtà sociale brasiliana, si mostrano schematizzate come un apparecchio gerarchico, con mandanti e operai del crimine, avendo come esempi chiari di questa situazione le catene del traffico di droga e dei gruppi organizzati di sterminio di persone, oltre a figure impresariali

---

collegate reciproche promesse o minacce; deve, soprattutto, ricevere l'affidamento degli specifici compiti cui è assegnato e che sono essenziali per ogni associato». VERRINA, Gabriel Lino. **L'associazione di stampo mafioso.** Torino: UTET Giudicia, 2008, pp. 8-9.

specializzate nell'evasione fiscale, per valori esorbitanti, senza la dovuta regolarizzazione presso le autorità competenti.

La gerarchizzazione della struttura come elemento del tipo, infine, oltre ad esigere una dimostrazione di fatto, rende possibile la comprensione del grado di gerarchizzazione e rigidità della catena di comando, oltre ad un pieno dominio della volontà per il mandanti di tutti i settori della catena delittuosa, di fronte all'altro elemento che non può essere dissociato da questo: la *fungibilità dell'esecutore*, che vedremo a seguire.

3.2 L'elemento della fungibilità dell'esecutore come caratteristica essenziale alla configurazione del tipo.

Quanto alla fungibilità dell'esecutore, si veda che si tratta di un requisito indispensabile per la determinazione del dominio della volontà, che costituisce l'autoria mediata nell'apparato organizzato di potere, nella misura in cui l'esecutori fallisca, o per un dramma di coscienza non riesca ad eseguire l'ordine, un altro (un collega dell'organizzazione) lo farà, secondo quanto studiato nel capitolo I del presente lavoro. Cosa significa questo: la volontà del reato non diminuisce con il fallimento dell'esecutore. In questo modo, sarà

autore chiunque possa dare ordini a qualsiasi livello di comando della struttura criminosa, nonché l'esecutore che pone in essere il fatto.[342]

Tale caratteristica è imprescindibile per la strutturazione della norma penale, in quanto distingue gli apparati organizzati di potere dai meri gruppi criminosi, dipendenti da conoscenza e fiducia

---

[342] Solo comeo nota di riferimento: si deve verificare la costante ricerca di un miglior adeguamento giuridico del fenomeno della *criminalità organizzata*, a partire da studi che trascendono la sfera dogmatica e saltano alle verifiche criminologiche e di vertenze sociologiche come, ad esempio, la percezione del *crimine organizzato* come un sistema penalmente antigiuridico: «*De la exposición realizada hasta ahora puede concluirse algo básico, fundamental. Con independencia del paradigma que se siga (autor individual* versus *injusto sitémico), existe acuerdo en considerar que la organización criminal tiene una incidencia o idoneidad lesiva como tal organización en el sistema penal. Desde luego, el análisis del significado del injusto de la organización criminal será clave para determinar posteriormente La dinámica de la imputación y depuración de responsabilidad criminal a los autores y colaboradores de dichas organizaciones criminales. A este respecto, se ha puesto de manifesto expresamente en la doctrina que lãs organizaciones criminales son consideradas como 'sistemas penalmente antijurídicos'. Esta es la idea que ha desarrollado LAMPE en un pionero estúdio dedicado precisamente al estúdio de los sistemas de injusto y del injusto de esos sistemas. Este autor parte de la definición de sistemas de injusto. A su juicio, los sistemas de injusto 'son sistemas sociales, o de manera todavía más concreta, construcciones sociales en las que las relaciones de los elementos están organizadas hacia un fin asocial', y – concretamente – delictivo y en el que los 'elementos son individuos relacionados entre sí a través de la comunicación y la interacción, de manera que SUS 'comunicaciones e interacciones internas siguen modelos relativamente constantes que generam su organización'*». (JAKOBS, Günther; POLAINO-ORTS, Miguel. **Delitos de organización: un desafío al Estado**. Lima: Grijley, 2009, p. 87-89). In aggiunta a questa tematica, portando il dibattito sul campo della legalità costituzionale e il problema dell'imputazone penale, si trascrive l'indicazione della dottrina argentina: «*Sea como fuere, la percepción de la legalidad como una barrera a doblegar o como una racionalidad no incluyente no es independiente del resto de los procesos sociales, culturales y económicos que han dado lugar a las numerosas formas desviadas que la criminología há denominado genéricamente crimen organizado. Pero para estas aproximaciones originarias propias de la reflexión criminológica tradicional, el punto de partida del problema podía ser ubicado en un contexto subcultiral, que es el mismo en el que había nacido el concepto de crimen organizado y que por lo tanto facilitaba su diferenciación. Pero ahora esse contexto se ha reducido a un dato originario, de valor histórico, pero incapaz para definir adecuadamente el fenómeno o para diferenciarlo de otras estructuras económicas y de otras formas de relación política de las que el crimen es parte integrante*». (VIRGOLINI, Julio E. S.. **Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008, p. 232).

reciproca tra i membri dell'associazione, o almeno tra il leader e i suoi seguaci. Questo elemento deve essere valutato, di fatto, nel corso dell'investigazione o del processo, non potendosi supporre, visto che può essere provato per mezzo di documenti o deposizioni probatorie della sua reale possibilità.[343]

Negli apparati organizzati di potere, e nei crimini organizzati — per la sua migliore caratterizzazione, intendiamo così —, è

---

[343] Merita riferimento, in questo momento, solo come nota informativa, che la modalità associativa del crimine organizzato ha portato innumerevoli conseguenze processuali; la più diretta, indubbiamente, è la possibilità di innumerevoli accusati nel polo passivo di relazione, portando a domande criminose difficili da condurre da parte del Potere Giudiziario, espressione sintetizzata come segue da G. FALCONE: «*Lotta alla criminalità organizzata e nuovo modello processuale. È ben noto che una delle conseguenze piú significative della intensificata azione della magistratura nella repressione delle organizzazioni criminali è stata negli ultimi tempi la celebrazione di dibattimenti con un elevato numero di imputati e di imputazioni (c.d. maxi-processi o processi-inchiesta) che, peraltro, hanno suscitato un coro unanime di critiche, per le difficoltà di gestione degli stessi e per i pregiudizi ad un concreto ed effettivo esercizio del diritto di difesa. I princípi ispiratori del nuovo processo, caratterizzato dalla scomparsa della figura del giudice istruttore, da una netta differenziazione tra il ruolo del P.M. e quello del giudice, da una accentuazione dei poteri delle parti in posizione di parità e dalla valorizzazione del dibattimento e, quindi, della oralità, sono poco compatibili con la celebrazione dei maxi-processi. Ma se si guarda ai maxi-processi senza la lente deformante e liquidatoria dell´approccio emotivo, non può non riconoscersi che gli stessi non sono di per sé legati alle c.d. «emergenze» del terrorismo e della criminalità mafiosa ma costituiscono, nel sistema processuale attuale, un dato che rientra nella fisiologia di «un sistema sociale che produce l´illecito con le stesse macrostrutture caratteristiche della sua morfologia globale» è... «la struttura di massa della società moderna che fa assumere «caratteri extra ordinem a procedimenti nei quali impera la legge dei grandi numeri per quanto riguarda gli autori dell'illecito penale o le vittime» (Amodio). Il fenomeno dei maxi-processi, in sostanza, non legato soltanto alla criminalità organizzata, non è il frutto malato del c.d. protagonismo di alcuni giudici né il risultato di «una diffusa mentalità operativa» alimentata da una «irrazionale» legislazione dell'emergenza, come è scritto in una sentenza della Suprema Corte, ma la conseguenza necessitata ed inevitabile, in presenza di organizzazioni criminali e, piú in genere, di fenomeni di criminalità di massa di vaste proporzioni, di un codice processuale penale di tipo inquisitorio, di una certa disciplina del processo cumulativo e, quindi, dell'istituto della connessione, dell'obbligatorietá dell'azione penale, e della previsione di diverse fattispecie di reati associativi*». (FALCONE, Giovanni. **Lotta alla criminalità organizzata e nuovo modello processuale.** In: L'Indice Penale, vol. 23, fasc. 1, jan./abr. 1990. Padova, p. 248-249).

indispensabile la caratterizzazione della fungibilità degli esecutori, ossia, la sostituzione automatica dell'esecutore, per qualsiasi ragione, permettendo il dominio della volontà, caratterizzante dell'autoria mediata, trattando come autore del fatto chiunque usufruisca del potere di ordinare, in qualsivoglia settore della catena di reato, nonché chiunque esegua gli ordini in qualsiasi modo.

4 Un passo avanti: un concetto nuovo di criminalità organizzata a partire dalla proposta brasiliana già delineata nel progetto nº 150/2006, e i possibili sfruttamenti.

L'idea, a partire da ora, è il suggerimento di inserire un tipo penale specifico della criminalità organizzata con caratteristiche puntuali di mafia in Brasile, in quello che riguarderebbe il Diritto interno brasiliano.

A partire da questo momento del lavoro si suggerirà un'aggiunta al testo del progetto che è dibattuto in Brasile, di fronte al tema della criminalità organizzata, che farebbe parte della struttura legislativa suggerita, ma che, andando oltre, porterebbe un'alternativa, in cui obiettivo primordiale sarebbe vincolato alla delimitazione di un tipo mafioso di struttura organizzata, utilizzando alcuni elementi della norma italiana, da un lato, e, dall'altro, alla formazione di una struttura organizzata di potere, unendo, così, le basi gettate nei capitoli precedenti.

In un primo momento, il progetto brasiliano, nel sendo di creare un tipo speciale per la lotta alla criminalità organizzata avrebbe un'aggiunta, che lo renderebbe, crediamo, a partire dalla ricerca realizzata, più tecnico e delimitato quanto all'identificazione delle diverse specie di crimine organizzato (che, come si sa, d'accordo con la dottrina nazionale e straniera, ha varie forme di comparsa, e questo è stato uno dei punti elaborati). Quest'aggiunta porterebbe esattamente all'inserimento di un nuovo tipo penale nella struttura presentata nel Progetto nº 150/2006, e avrebbe la seguente stesura, dopo l'indicazione già determinata nell'art. 2°:

> «Sarà anche considerato crimine organizzato di stampo mafioso se, nell'attuazione degli agenti, esistano la forza disciplinare interna e il funzionamento quasi automatico, permettendo la fungibilità dei suoi membri, allo scopo di commettere uno qualunque dei reati indicati nel corpo dell'articolo 2 di questa legge, esistendo o meno l'implementazione della forza di intimidazione del gruppo, così come circostanze di sottomissione di terzi alle pratiche di reato o al silenzio sulle strutture e le attività dell'associazione.
>
> Pena: da 6 (sei) a 12 (dodici) anni di reclusione, senza pregiudizio per le pene corrispondenti agli altri reati commessi».

Nonostante questa struttura non contenga tutte le specifiche della legislazione italiana (anche perché le circostanze temporali e culturali sono completamente distinte, oltre al fatto che le realtà sociali necessitano di apparati differenti nel contenimento della criminalità, come già detto nella presente ricerca), indicherebbe un altro tipo di struttura del crimine organizzato, le cui nozioni basiche sarebbero vincolate a determinati vettori della legge italiana, situazioni che, in Brasile, non sono pienamente diffuse nella forma tecnica, ma che

seguono, di volta in volta, la maniera in cui si manifesta il fenomeno della criminalità organizzata, oltre allo sfruttamento dell'idea di punizione degli apparati organizzati di potere, indicando un maggiore campo di limitazione e separazione delle varie specie di crimine organizzato.[344]

Come si è già detto, la storia legislativa del Brasile ha prodotto innumerevole confusione nella stesura delle norme interne, a partire di leggi lontane dalle specificità tecniche necessarie alla caratterizzazione di quello che si immaginava essere il fenomeno della criminalità organizzata,[345] portando serie conseguenze di ordine

---

[344] Quest'osservazione della ricerca rimette anche all'idea di politicaa criminale elaborata da A. BARATTA nel seguente senso: «*Da doutrina da segurança nacional resta ainda a trágica lembrança dos anos setenta e oitenta na América Latina, quando a ideologia autoritária, inspirada no princípio «schmittiano» do amigo-inimigo, serviu para sustentar não somente um direito penal do inimigo, cujas marcas ainda estão presentes inclusive nos Estados com regimes formalmente democráticos. A doutrina da segurança nacional serviu também e sobretudo a um sistema penal ilegal, paralelo ao legal, e muito mais sanguinário e efetivo que este último: um verdadeiro terrorismo de Estado, como o que foi desenvolvido nas ditaduras militares do Cone Sul. (...) Por outro lado, a doutrina da segurança pública marca fortemente a história do direito penal na Europa e representa, dentro desta, o compromisso contínuo entre a tradição liberal e a de caráter autoritário (do 'Obrigkeitsstaat'), entre o Estado de direito e o Estado de polícia ou de prevenção, entre a política do direito penal e a política de ordem pública*». (BARATTA, Alessandro. **Defesa dos direitos humanos e política criminal.** In: Discursos sediciosos; crime, direito e sociedade, vol. 2, fasc. 3, 1997. Rio de Janeiro, p. 58).

[345] Come si è detto nella dottrina italiana in relazione ai "tipi con definizione pericolosa", come indicato dal testo di A. CADOPPI: «*Una definizione è "pericolosa", in fondo, quando non è in grado di svolgere Il suo compito naturale, che è di de-limitare (= de-finire) l'ambito di applicazione della legge. Inoltre si potrebbe aggiungere che una definizione è pericolosa anche quando non è opportuno che una certa materia sia de-limitata dalla legge attraverso la definizione. Nella prima ipotesi la definizione sarebbe in teoria opportuna, ma non sarebbe in grado "in pratica" di condizionare l'applicazione della legge ai suoi dettami; nella seconda ipotesi, essa non è* tout court *opportuna*». CADOPPI, Alberto. **Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Presentazione**. In:

processuale per gli operatori del diritto.[346] Il momento attuale presenta un Progetto legislativo che, in modo diretto e ben delimitato, ha portato la preoccupazione per la necessità di definizione di un concetto, e per la creazione di un tipo di illecito, cosa che merita riconoscimento.

Come spiegato nel Capitolo II del lavoro, la preoccupazione del legislatore brasiliano fu sempre diretta alla punizione del crimine organizzato, senza che mai sia esistita la tipicizzazione di questo fenomeno associativo.

In ragione di ciò, di sicuro il testo del Progetto deve essere rispettato e utilizzato. **Tuttavia, si deve sostenere un'altra modalità di reato, una nuova aggiunta legislativa che farebbe anch'essa parte delle varie forme di commissione della criminalità organizzata, almeno come si studia in Brasile, portando elementi nuovi,**

CADOPPI, Alberto (Org.). Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Padova: CEDAM, 1996, [p. 1-30], p. 20.

[346] Nelle parole di F. BRICOLA: «*Il problema delle definizione, rimane tutto aperto – e mi saldo al discorso iniziale – nella sua drammaticità. Non è solo un problema teorico. Si tratta di vedere se anche raggiunte definizioni assolutamente precise, poi queste definizioni, pur adottanti un criterio di disciplina, si impolgano veramente nel tessuto e nel contesto dell'applicazione giurisprudenziale. Questo è il vero problema – e torno al problema iniziale – : bisogna trovare anche un maccanismo che possa garantire l'osservanza di queste definizioni, e non riesco a vedere questo meccanismo in quella che è oggi la procedura di eccezione di illegittomità costituzionale, perché questa procedura prevede che l'eccezione sia sollevata nel contesto di un giudizio, e tutte le volte in cui la giurisprudenza appare compattamente schierata rispetto alla interpretazione – che però non è più interpretazione – di certe definizione, diventa difficile che la giurisprudenza e i giudici possano accogliere delle eccezioni di illegittimità costituzionale sotto il profilo della tassatività rispetto a queste deviazione*». (BRICOLA, Franco. **Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di legge delega italiano**. In: CADOPPI, Alberto (Org.). Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Padova: CEDAM, 1996, [p. 175-189], p. 189).

differenzianti, elementi già utilizzati nello Stato italiano, e con successo, oltre agli elementi della tesi delle strutture degli apparati di potere, proprio per aiutare lo Stato brasiliano a limitare questi fenomeni associativi,[347] che fuggono al controllo della punizione.[348]

Il tipo penale presentato con suggerimento, pertanto, presenta le caratteristiche degli apparati organizzati di potere, ossia, la forza disciplinare interna e il funzionamento quasi automatico, che consente la fungibilità dei membri del gruppo, nonché le nozioni sociologiche di assoggettamento, forza intimidatrice e omertà, componendo una

---

[347] Questa sembra essere la volontà del dottrinario italiano, come si verifica nel seguente trafiletto: «*Nel nostro Paese, ed in pochi altri, si va ormai raggiungendo una sempre maggiore coscienza di questi problemi e ciò costituisce la premessa necessaria per la realizzazione di una politica efficace contro il crimine organizzato. Tutto ciò però ancora non basta. Sembra necessario che ogni intervento in questo settore sia preceduto o accompagnato da una conoscenza più completa, più sicura e più oggettiva del fenomeno*». (FERRACUTI, Franco; BRUNO, Francesco. **La criminalità organizzata nella prospettiva criminológica.** In: Forme di organizzazioni criminali e terrorismo. Milano: Giuffrè, 1988, p. 76).

[348] Su questo punto, si concorda con il testo di M. C. BASSIOUNI, quando annota che il problema della *criminalità organizzata* va oltre il punto singolo diretto dal Diritto Penale, apparendo come un vero problema socioeconomico, con conseguente necessità di altri meccanismi di aiuto, in quanto, per il trattamento di questo fenomeno di reato: «*I problemi connessi con la « criminalità organizzata » trascendono infatti le questioni di diritto penale sostanziale e procedurale a livello nazionale e internazionale. Si tratta, essenzialmente, di un fenomeno socio-economico che riguarda piuttosto l'ottica in cui la società colloca certe tipologie di « criminalità organizzata » quale erogatrice di posti di lavoro, benefattrice dell'economia, pocacciatrice di valuta pregiata, conttrapeso alla struttura di potere costituita, fornitrice di beni e servizi desiderati e fonte di richezza distribuita tramite la corruzione. Questi sono atteggiamenti di fondo e giudizi di valore radicati nella dura realtà economica, politica e sociologica, che il diritto penale non ha la minima possibilità di modificare, appunto, alla radice. È naturale, quindi, che si debbano mobilitare ben altri strumenti di politica sociale per tentare di riorientare il sistema di valori della collettività, quando è ovvia, per esempio, l'impossibilità di ridurre la domanda di stupefacenti con misure di polizia, essendo questo compito affidato all'educazione pubblica e alla ridistribuzione delle opportunità sociali*». (BASSIOUNI, M. Cherif. **Criminalità organizzata e terrorismo: per una strategia di interventi efficaci.** In: L'indice Penale, vol. 24, fasc. 1, jan./abr. 1990. Padova, p. 16).

norma punitiva innovativa, i cui contorni di accettabilità ed efficacia sarebbero valutati a partire dalle interpretazioni fatte dagli operatori del Diritto, per quanto queste circostanze formino un tipo ampio, pienamente dipendente dalla valutazione delle prove, caso a caso, e dell'universo interpretativo.[349]

Tuttavia, questo concetto segue, in un certo modo, il fenomeno legislativo vissuto in territorio italiano al momento della creazione della figura di reato delle associazioni a delinquere di stampo mafioso, che, nella sua genesi, ha affrontato severe critiche quanto agli elementi costituzionali della tipicità ,[350] sempre con la preoccupazione di ferire i principi di tassatività[351] e della legalità sostanziale.

---

[349] D'accordo con la dottrina italiana, principalmente riguardo al problema della definizione legale nell'ambito del diritto penale, si trova l'espressione: «*Il penalista moderno – e da noi è stato proprio Franco Bricola ad evidenciarlo con vigore e limpidità – forse può cercare solo nella Carta Costituzionale la sua pietra di parogone. Nella Costituzione egli non troverà che ampi principi che dovrà riempire di contenuto, ma quantomeno riscontrerà il primato del principio di legalità in materia penale. Da esso – e da una lettura sistematica del testo costituzionale – dovrà trarre importanti deduzioni in relazione alla questione delle definizioni. Un codice penale ispirato alla Costituzione non potrà che mirare alla più ampia osservanza del* principio di legalità*, ed in particolare del sottoprincipio di* tassatività *cui si collega il principio di* frammentarietà*. Cosicché – visto che le definizione sono quegli strumenti di cui il legislatore si serve,* in primis*, al fine di dare maggio tassatività alla legge – si può dire che un codice penale a tali principi ispirato non potrà che fare* il più ampio uso possibile di definizioni. Tutto ciò che può essere definito*, in altre parole,* dovrà essere definito». (CADOPPI, Alberto. **Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Presentazione**. In: CADOPPI, Alberto (Org.). Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Padova: CEDAM, 1996, [p. 1-30], p. 19).

[350] Su questo punto: «*Ecco allora ritornare di attualità quelle critiche, in verità mai sopite, rivolte ad evidenziare nel 3° comma dell'art. 416-bis una formulazione che, nonostante la matrice sociologica (ed anzi proprio a causa di questa), pecca di indeterminatezza e per certi versi addirittura di tautologia. Insomma, dopo molti sforzi, resta il problema di fondo additato fin dall'ingresso della nuova fattispecie: un problema derivante da un'acritica e precipitosa recezione da parte del legislatore di concetti, come quelli di "intimidazione",*

A partire da quest'esperienza già verificata dalla legislazione italiana, la presente ricerca considera certa un'idea di difficoltà nell'apprezzamento e nella visualizzazione di questo tipo, suggerendo a partire agli esempi conosciuti nel mezzo sociale brasiliano, ma la sua forza è esattamente sostenuta nell'idea che, a partire dall'innovazione di una modalità di reato più specifica, ausiliaria di quella principale, con elementi più specializzanti per l'identificazione di un'associazione di stampo mafioso in Brasile, gli operatori del Diritto saranno più preparati, in termini legislativi, non solo per l'identificazione di un altro tipo di *crimine organizzato* (che denota un'approssimazione con la

---

"assoggettamento" ed "omertà", che sono stati enucleati in sede di applicazione delle misure di prevenzione e che, per ciò stesso, sono propri di un livello «meramente descritivo qual è necessariamente quello di una pronuncia giudiziale». Sarebbe invece di maggior aiuto poter contare su di una fattispecie, il cui tenore letterale esaltasse più esplicitamente il ruolo dell'apparato organizzativo, sia personale che strumentale, da cui i sodalizi mafiosi dipendono ancor più delle comuni associazioni per delinquere. Il versante materiale del fatto tipico, d'altronde, dovrebbe essere corroborato dall'esplicito riferimento all'efficienza criminale del sodalizio come ad un elemento di distinzione rispetto ad altre aggregazioni criminose, consistente nella relativa facilità a conseguire risultati vantaggiosi senza doversi esporre alla repressione statuale manifestandosi all'esterno. Per tale via si raggiungerebbe forse quel punto di equilibrio tra esigenze di repressione, da una parte, e garanzie tassatività e materialità del precetto penale, dall'altra, la cui mancanza è stata ripetutamente lamentata nel delitto di associazione mafiosa». (NOTARO, Domenico. **Art. 416-bis CP e metodo mafioso, tra interpretazione e riformulazione del dettato normativo.** In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, vol. 42, fasc. 4, out./dez. 1999. Milano [pp. 1475-1496], p. 1475-1476).

[351] Su questo punto chiarisce la dottrina italiana: «*Del resto è la storia a insegnarci che, in assenza di tali remore, il diritto penale agevolmente si trasforma in strumento di repressione e in arma della tirannide. Ecco perché il primo e piú importante elemento della tecnica del diritto penale, da cui non può derogare alcun ordinamento giuridico, è divenuto il principio di legalità. Tutte queste considerazioni stanno alla base degli sforzi compiuti a livello nazionale e internazionale per affrontare le manifestazioni sia di « criminalità organizzata » sia di « terrorismo » , in quanto impongono un'indagine precisa e scrupulosa per accertare se questi comportamenti siano chiaramente definibili conformemente al principio di legalità e se, in tal caso, la conseguente definizione debba incentrarsi sul fine, sul movente, sulle caratteristiche associative, sul tipo di violenza o, ancora, sull'effecto derivante dalla condotta perniciosa*». (BASSIOUNI, M. Cherif. **Criminalità organizzata e terrorismo : per una strategia di interventi efficaci.** In: L'indice Penale, vol. 24, fasc. 1, jan./abr. 1990. Padova, p. 20-24).

struttura mafiosa già conosciuta e ampiamente applicata dal Diritto italiano),[352] così come per la punizione dei soggetti, che, a partire dalla caratterizzazione delle strutture organizzare di potere, fanno parte di gruppi criminosi diversi,[353] ma che dovranno anche far parte delle preoccupazioni dell'ordinamento giuridico penale brasiliano.[354]

---

[352] Su questo punto di sfruttamento e aiuto tra legislazioni nazionali e internazionali, per la risoluzione di determinati problemi interni, si veda il testo di S. ALEO: «*In questi termini, la problematica della criminalità organizzata viene definita con riferimento, da un canto, alla struttura organizzativa costituita da una pluralità di persone e dotata di stabilità, d'altro canto, ai delitti, ovvero alle nozioni delittuose, che ne costituiscono lo scopo e l'oggetto. I due protocolli addizionali alla Convenzione riguardano la prevenzione, repressione e punizione della tratta delle persone, in particolare delle donne e dei bambini, e del traffico illecito dei migranti per terra, aria e mare, che richiedono un approccio globale e internazionale. La dimensione internazionale ponde, dunque, meglio amplifica, il problema di un approccio di carattere generale e sistematico alla problematica della criminalità organizzata. Basti sottolineare, in tal senso, il problema costituito dalla differenza fra i sistemi in cui è ammessa e i sistemi in cui è respinta la nozione di responsabilità penale a titolo associativo*». (ALEO, Salvatore. **La definizione della criminalità organizzata nella prospettiva iternazionalistica. I problemi metodologici per un approccio di carattere generale e sistematico.** In: La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo. Bassiouni, M. Cherif (Dir.). Milano: Giuffrè, 2005, p. 178-179).

[353] In base all'indicazione di V. R. PRADO SALDARRIAGA: «*Como se puede deducir de lo expuesto, la búsqueda indispensable rescatar la naturaleza grupal y de servicios ilícitos a gran escala que caracterizan a la criminalidad organizada contemporánea y la convierten en una empresa criminal, con proyecciones y estructuras mas complejas que las que definen el proceder de las tradicionales asociaciones ilícitas o bandas. Además, "esta criminalidad empresarial o industrial, que persigue actividades lucrativas, tiende a globalizarse paralelamente a los mercados" (Cfr. José Antonio Choclán Montalvo. Criminalidad Organizada. Ob. Cit., p. 235). En lo que concierne al enfoque criminalístico su principal aporte radica en la detallada delimitación que hace de las funciones y actividades que despliegan los distintos niveles de la organización criminal. Esta constatación permite descartar por inconsistente toda imagen que pretenda relacionar criminalidad organizada con un número tan reducido de integrantes que haría imposible sus proyectos y acciones. Se debe rechazar, pues, la alusión frecuente a un mínimo de 'tres integrantes' como sugiere la Convención de Palermo y la mayoría de tipos penales que se refiren a la asociación para delinquir. Por último, el enfoque jurídico-penal ofrece como dato esencial la autonomía típica y la calificación de delito de peligro abstracto que se otorga a la integración en organizaciones criminales. Si bien debe mejorarse la descripción típica de la criminalidad organizada ello no debe traducirse en un exagerado uso elementos normativos que la hagan inaplicable o riesgosamente discrecional. En consecuencia, pues, en base a lo expuesto podemos afirmar que un concepto operativo de criminalidad organiada debe elaborarse a partir de la integración de*

los siguientes enunciados: '1. La criminalidad organizada contemporánea es un renómeno delictivo novedoso para la criminología, la dogmática penal y la política criminal. 2. Este fenómeno delictivo gira en torno a tres elementos esenciales: a) La existencia de una estructura organizacional; b) Actividades ilícitas ligadas a la provisión de bienes y servicios de circulación prohibida o restringida pero con una demanda creciente activa o potencial. 3. Si bien la etiología de la criminalidad organizada no está del todo identificada, resultan evidentes sus coneciones con el abuso del poder; con el aprovechamiento de la expansión de los mercados; con la globalización de las relaciones internacionales: y con el avance de la tecnología post industrial. 4. Se expresa como un proyecto delictivo diferente del convencional, donde eficazmente se fusionan el funcionamiento de la organización criminal con certeros procedimientos de planificación y control de riesgos.' Por consiguiente, pues, para concluir nos permitimos ensayar como alternativa el siguiente concepto operativo: La criminalidad organizada comprende toda la actividad delictiva que ejecuta una organización con estructura jerárquica o flexible, que se dedica de manera continua al comercio de bienes o a la oferta de medios y servicios que están legalmente restringidos, que tienen un expendio fiscalizado o que se encuentran totalmente prohibidos, pero para los cuales existe una demanda social potencial o activa. Se expresa en una dinámica funcional permanente y orientada al abuso o a la búsqueda de posiciones de poder político, económico o tecnológico». (PRADO SALDARRIAGA, Víctor R.. **Criminalidad Organizada.** Lima: IDEMSA, 2006, p. 43-44).

[354] Gli aiuti tra legislazioni, in un modo più ampio, finiscono col portare aiuto mutuo tra gli Stati, come misura di rinforzo delle diverse forme di investigazione e processamento delle azioni contro la criminalità organizzata, anche con la cooperazione tra istituzioni governative; parte di queste attività è descritta nel testo di G. SCIACCHITANO, quando dice: «*Per combattere la mafia che aveva allacciato alleanze e collegamenti con altre organizzazioni criminali e che gestiva il narcotraffico con la Colombia, gli Stati Uniti, l'Estremo Oriente, l'Italia ha avuto leggi nuove e nuovi organismi investigativi specializzati in queste indagini, ha reso sicure le carceri per evitare sia la fuga dei detenuti sia la loro possibilità di tenere collegamenti con il mondo esterno; ha creato nuove figure di reato, ha reso possibile nuovi strumenti investigativi, ha facilitato la protezione dei testimoni e di coloro che collaborano con la giustizia, ha creato la banca dati sia delle Forze di Polizia che dei Pubblici Ministeri*». (SCIACCHITANO, Giusto. **La lotta alla criminalità organizzatà elemento essenziale della società civile.** In: Revista da AJUFE, vol. 21, fasc. 72, 2002. Brasília, p. 42). Anzi, l'autore citato fa un confronto tra la realtà brasiliana , e italiana, e osserva quanto segue: «*Se diamo uno sguardo alla realtà esistente tra l'Italia e Brasile, ci accorgiamo che vi sono molte rogatorie verso il vostro Paese ma quasi nessuna dal Brasile verso l'Italia: ciò significa che le Autorità Brasiliane non ritengono di chiedere informazioni e notizie all'Autorità giudiziaria italiana anche quando si tratta di casi che coinvolgono italiani. Manca forse la consuetudine di rivolgersi all'estero ma in questo modo il Ministerio Pubblico brasiliano non saprà mai da dove viene un carico di stupefacenti sequestrato né dove è diretto e non conoscerà mai l'organizzazione criminale che gestisce il traffico sia nazionale che internazionale*». (SCIACCHITANO, Giusto. **La lotta alla criminalità organizzatà elemento essenziale della società civile.** In: Revista da AJUFE, vol. 21, fasc. 72, 2002. Brasília, p. 42). Evidentemente, questa situazione non può superare i limiti della ragionevolezza processuale e costituzionale, in obbedienza all'ordine giuridico di ogni Stato; in questo senso, importante osservazione viene fatta dalla dottrina tedesca: «*En los últimos años se há evidenciado*

uncambio de valores tan grande em el ámbito de tensión persecución penal/derechos de los ciudadanos, que el alcance de uma autorización tan amplia para investigar ni siquiera se percibe em su verdadera dimensión. Y en tercer lugar, finalmente, nadie sabe realmente qué es el crimen organizado. Para comenzar com esto último: com el concepto "crimen organizado" cada uno relaciona uma idea vaga y unidireccional: mafia (italiana, americana, rusa), tríadas, tráfico de personas, carteles de droga, extorsiones a cambio de protección, soborno o intimidación de policías, jueces, políticos, etc. Las últimas tres decadas han traído aparejadas un enorme crecimiento de poder para el Ministerio Público y, sobre todo, para la policía. Este aumento de poder, sobre todo de la policía, no es un fenómeno exclusivamente alemán sino europeo, y llega hasta la idea absurda (si se la compara com las ideas antiguas de un Estado de Derecho) de la creación de un funcionario de Europol, que sea completamente independiente y no esté sometido a control judicial alguno». (DENCKER, Friedrich. **Criminalidad organizada y procedimiento penal.** In: Nueva Doctrina Penal, fasc. B, 1998. Buenos Aires, p. 481).

Considerazioni Conclusive

Dopo l'analisi puntuale dei reati associativi e affrontata la tesi delle strutture degli apparati di potere, e l'approssimazione di concetti e forme della legislazione penale italiana — specificamente, per quanto riguarda l'inserimento del reato di associazione a delinquere di stampo mafioso (art. 416*bis* del Codice Penale italiano) — e le leggi di lotta al crimine organizzato in Brasile, principalmente le Leggi n° 9.034/95 e 10.217/2001, e, ancora, considerando la stesura data dalla Convenzione di Palermo, firmata e ratificata (tra gli altri paesi) da Italia e Brasile, e la nuova stesura proposta dal Potere Legislativo brasiliano nel Progetto n° 150/2006, che mira a consolidare il concetto espresso del fenomeno della *criminalità organizzata*, possono farsi le seguenti conclusioni:

Il modello di imputazione dei reati oriundo del concorso di persone (a partire dal dominio della volontà in virtù di un apparato organizzato di potere) serve a sostenere la formazione legislativa brasiliana nella lotta alla criminalità organizzata, purché basato su altri elementi.

L'idea più corretta sarebbe quella di C. ROXIN, elaborata più specialmente da K. AMBOS, nel senso di riconoscere come *autoria*

mediata (per il dominio della volontà e la fungibilità dell'esecutore) la forma dell'imputazione nei reati praticati dalle organizzazioni di potere. Ciò perché, con il dominio della volontà per la fungibilità dell'esecutore, caratteristica dell'autoria mediata, si possono considerare autori gli uomini che stanno dietro, qualunque)per quanto minima) sia stata la loro partecipazione all'intento criminoso; mentre la coautoria, difesa da G. JAKOBS, limiterebbe l'imputazione dei componenti dell'organizzazione a una *corruzione* a causa dell'ordine illegale, cosa che non sempre si può dimostrare.

Negli ultimi anni, la grande difficoltà che la legislazione penale brasiliana affronta è la mancanza di definizione del binomio *crimine organizzato*, esistendo, in questa materia, la creazione di una confusione legislativa. Oltre a non preoccuparsi della definizione di *crimine organizzato*, il legislatore del Brasile ha fatto nascere una gamma di norme contraddittorie e confuse, arrivando al punto di confondere il concetto di *gruppo* o *banda* con quello di *criminalità organizzata*, come fossero sinonimi, con le stesse forme e conseguenze giuridiche.

Inoltre, la regola di lotta al *crimine organizzato* in Brasile (Legge n° 9.034/95), nel modo in cui è stata inserita nell'universo giuridico, si è costituita di una norma penale di precetti assolutamente aperti, le cui definizioni dei termini necessari alla sua applicazione rimasero pericolosamente esposti al criterio dell'interprete (operatori di diritto che conducono l'investigazione, sia di polizia specializzata, sia del Pubblico Ministero o della Magistratura), nella misura in cui allontani

anche un solo tipo di illecito da essere interpretato, caso per caso. Alcuni anni dopo, è sorta nell'ordinamento giuridico brasiliano la Legge n° 10.271, dello 11 aprile 2001, in cui la *criminalità organizzata* fu comparata all'*associazione criminosa di qualsiasi tipo*, ma che non si è preoccupata della creazione di un tipo penale relativamente al crimine organizzato. La ricerca di una definizione legale, nei parametri di validità ed efficacia, sotto la protezione dei precetti costituzionali, si mostra sempre più una missione d'*urgenza* per il Diritto Penale brasiliano, nella misura in cui varie leggi applicano sanzioni processuali più severe senza, tuttavia, indicare il concetto e il tipo penale di *criminalità organizzata*, che divenne un istituto che tutti conoscono, ma che nessuno sa definire.

Il Brasile, con il Decreto n° 5.015, del 12 marzo 2004, ha ratificato la Convenzione delle Nazioni Unite contro il Crimine Organizzato Transnazionale, adottata a New York, il 15 novembre 2000.

Si conclude, quindi, che vigono nel Paese le determinazioni risultanti dalle Leggi n° 9.034/95 e 10.217/2001, come visto, e le istanze normative tratte dalla Convenzione di Palermo, norme che coesistono nel sistema giuridico brasiliano e che, in modo costante, necessitano dell'esercizio interpretativo per l'adeguamento della legge da applicare, mirando ai conflitti che possono suscitare,infine, trattando il tema della *criminalità organizzata*, questi sono cronici e sempre problematici.

Un passo avanti: il concetto italiano di *mafia* trasborda gli orizzonti della semplice analisi del Diritto Penale, e si fa molto più una circostanza sociologica di ricerca, di comportamento di una determinata classe di persone in una regione, le cui radici sono più vecchie del concetto immaginato per *criminalità organizzata*. Così, possiamo dire che ogni *associazione a delinquere di stampo mafioso* è, nell'essenza concettuale, considerata reato associativo inglobato nel concetto di *crimine organizzato*, ma non tutte le specie di *criminalità organizzata* portano con sé, nelle loro definizioni e caratteristiche, le circostanze proprie e assolutamente speciali del cosiddetto fenomeno mafioso. Di fatto, quando un operatore di Diritto straniero affronta il tipo penale destinato alla lotta dell'*associazione a delinquere di stampo mafioso* percepisce che il legislatore italiano ha usato una stesura propria, adatta alle radici sociali, per combattere un determinato fenomeno storico nell'ambiente sociale, assai particolareggiato nelle sue definizioni, con l'utilizzo, anche di nomi propri, necessari alla caratterizzazione delle *mafie* in Italia, situazione che oltrepassa, almeno all'inizio, il senso pragmatico stabilito dalle norme di convivenza /punizione proposte dal Diritto.

Attraverso l'art. 416*bis*, inserito nel Codice Penale nell'articolo 1 della Legge 13 settembre 1982, n. 646, il legislatore italiano ha creato una formula legislativa per combattere più severamente (e tecnicamente) la delinquenza della *mafia*. Come si nota, la legislazione italiana di lotta all'illecito associativo di tipo mafioso è di precisione nazionale, con caratteristiche sociologiche intrinseche alla stesura degli articoli, come si è detto, ma che, in alcuni punti, merita la totale

attenzione degli altri Stati, nella misura in cui **queste circostanze speciali della norma, che passano l'attenzione alla forma di comparsa del fenomeno mafioso in territorio italiano, possono trovarsi anche in altre forme di *criminalità organizzata*, e quindi, servirebbero, a queste condizioni, oltre a realizzare una previsione penalistica interna, anche da aiuto e identificazione delle altre associazioni in ambito internazionale**.

Il Progetto di Legge del Senato brasiliano n° 67, del 1996 — che, in base alla stesura della sua Ementa, «*definisce e regola i mezzi di prova e procedimenti investigativi, destinati alla prevenzione e repressione dei reati praticati da organizzazioni criminose*» — ha portato un tentativo di codificare il *crimine organizzato*, a partire dalla proposta di stesura del paragrafo unico dell'art. 1°, immaginata, come si nota, sulle stesse basi della definizione stabilita dalla Convenzione di Palermo. Il secondo Progetto di Legge, n° 150, de 2006, dal canto suo, è più adeguato: forse per la sua formulazione dopo la ratifica della Convenzione di Palermo nel nostro paese, segue una definizione di *crimine organizzato* più fedele all'idea consolidata e disputata nella dottrina nazionale. Effettivamente, il Progetto di Legge del Senato n° 150, del 2006, si avvicina al piano ideale, nella ricerca di un tipo penale sulla *criminalità organizzata*, e segue una tecnica legislativa che indica a quali reati sia dedicata, a partire da una lista di reati, permettendosi maggiore protezione di fronte alla protezione costituzionale della legalità.

Punti innovativi della norma italiana potrebbero essere sfruttati nella costruzione di un tipo più tecnico nella legislazione brasiliana. Di

fatto, nella struttura della legge italiana, il primo punto innovatore è l'implementazione nel corpo strutturale della norma della «**forza intimidatrice del vincolo associativo**», posta nel terzo comma dell'art. 416 *bis* del Codice Penale italiano. Tale elemento è determinato dalla capacità dell'*associazione mafiosa* di trasmettere paura per far valere i suoi atteggiamenti e attività, e imporre dipendenza psicologica, obbligando le persone con l'uso dell'intimidazione, della minaccia, della forza di comportamenti che stabiliscano una relazione di paura. Altro elemento: la condizione di «**assoggettamento**», che presuppone la dipendenza diretta che l'attività mafiosa impone agli individui al di fuori dell'organizzazione, obbedendole nelle relazioni illecite. Si trova in dottrina la caratterizzazione della condizione di assoggettamento come una sottomissione incondizionata, ossia una sottomissione all'*associazione di stampo mafioso*, ai suoi ordini e a determinazioni specifiche che coinvolgano diverse attività. D'altro canto, si deve fare riferimento alla condizione di «**omertà**», anch'essa una variabile che deriva dal potere della forza di intimidazione imposta dall'associazione, ma che si differenzia per il seguente aspetto: è la manifestazione del consenso di persone esterne all'associazione, che si omettono di fronte a situazioni imposte dalla manipolazione dell'attività illecita.

Questi vettori possono, forse, essere sfruttati e testati nella composizione legislativa di altri stati. Di fatto, da quanto si può costatare in questo capitolo della ricerca, per quanto la norma sia diretta alla lotta alle mafie per l'ambito interno dello Stato italiano, con circostanze proprie e immaginate per la lotta di un determinato

fenomeno sociologico criminale che colpiva – e colpisce ancora direttamente – lo Stato italiano, certe caratteristiche (com'è il caso della forza intimidatrice, dell'assoggettamento e dell'omertà) possono essere usate per la composizione e il perfezionamento di norme internazionali di lotta alla *criminalità organizzata*.

Come visto, tuttavia, non si può proporre la creazione di un tipo penale di *criminalità organizzata* in Brasile a partire dalla costruzione tipica del reato di *formazione di gruppo o banda* (art. 288 del Codice Penale brasiliano). Si deve optare per la creazione di un nuovo tipo penale, vincolato alle determinazioni già presenti nel Progetto di Legge n^{o} 150, in cui esiste l'intenzione del legislazione di definire e tipicizzare la figura della *criminalità organizzata*. Il problema concettuale affrontato dalla legislazione brasiliana merita il sostegno dei progressi conquistati dal Diritto italiano, e l'elaborazione di un nuovo tipo di illecito di *crimine organizzato* deve considerare:

(a) elementi già elaborati dagli operatori del Diritto nell'ordinamento giuridico brasiliano e, ancora,

(b) contare sulla collaborazione di altri ordinamenti, altre idee, che consentano una maggior certezza circa l'imputazione di queste modalità di delinquenza organizzata.

Il **tentativo di discutere un'approssimazione di elementi puntuali dell'*associazione a delinquere di stampo mafioso* è**

pienamente possibile, soprattutto in ragione del fatto che questo sforzo può – è questa è la circostanza che merita attenzione – portare più forza tecnica alla norma brasiliana di contenimento della criminalità organizzata, discussa fino all'esaurimento dal Potere Legislativo del Brasile, e costantemente dibattuta da dottrina e giurisprudenza.

Come si verifica nel corso della ricerca, il Progetto brasiliano di creare un tipo speciale per la lotta alla criminalità organizzata, subirebbe un'aggiunta quanto all'identificazione delle diverse specie di crimine organizzato (che, si sa, secondo la dottrina nazionale e straniera, ha varie forme di comparsa, e questo è uno dei punti già elaborati). Quest'aggiunta verrebbe nell'inserimento di un nuovo tipo penale nella struttura presentata nel Progetto n° 150/2006, e avrebbe la seguente stesura, dopo l'indicazione già determinata nell'art. 2°:

> «Sarà anche considerato crimine organizzato di stampo mafioso se, nell'attuazione degli agenti, esistano la forza disciplinare interna e il funzionamento quasi automatico, permettendo la fungibilità dei suoi membri, allo scopo di commettere uno qualunque dei reati indicati nel corpo dell'articolo 2 di questa legge, esistendo o meno l'implementazione della forza di intimidazione del gruppo, così come circostanze di sottomissione di terzi alle pratiche di reato o al silenzio sulle strutture e le attività dell'associazione.
>
> Pena: da 6 (sei) a 12 (dodici) anni di reclusione, senza pregiudizio per le pene corrispondenti agli altri reati commessi».

Questa struttura, per quanto non porti tutte le specificazioni della legislazione italiana (anche perché le circostanze temporali e culturali sono completamente distinte, oltre al fatto che le realtà sociali

necessitano di apparati differenti di limitazione della criminalità, come commentato nella ricerca), indicherebbe un altro tipo di struttura del crimine organizzato, le cui nozione basiche sarebbero vincolate a determinati vettori della legge italiana, situazione che, in Brasile, non sono pienamente diffuse in forma tecnica, ma che accompagnano a volte, la maniera in cui si manifesta il fenomeno della *criminalità organizzata*, oltre allo sfruttamento dell'idea di punizione degli apparati organizzati di potere, indicando un maggiore campo di limitazione e separazione delle varie specie di *crimine organizzato*.

Bibliografia

Capitolo I

ALEO, Salvatore. **La definizione della criminalità organizzata nella prospettiva iternazionalistica. I problemi metodologici per un approccio di carattere generale e sistematico.** In: La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo. Bassiouni, M. Cherif (Dir.). Milano: Giuffrè, 2005.

AMBOS, Kai. **Domínio del hecho por domínio de voluntad em virtud de aparatos organizados de poder**. Tradotto da Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

ANIYAR DE CASTRO, Lolita. **La mafia hoy: qué hacer**. *Revista de las Disciplinas del Control Social*, Maracaíbo, fasc. 21, 1993.

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**. Parte generale. 16ª ed. Milano: Giuffrè, 2003.

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**. Parte Speciale II. 40ª ed. Milano: Giuffrè, 2003.

ARDIZZONE, Salvatore. **Il concorso esterno di persone nel delitto di associazione di tipo mafioso e negli altri reati associativi**. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, Padova, vol. 11, fasc. 4, p. 745-762, out./dez. 1998.

ARGIRÓ, Flavio. Note dommatiche e politico-criminali sulla configurabilità del concorso esterno nel reato di associazione di stampo

mafioso. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, vol. 46, fasc. 3, p. 768-808, jul./set. 2003.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 1987.

BACIGALUPO, Enrique. **La noción de autor en el código penal.** Buenos Aires: Perrot, 1965.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BRASIL. **Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984: Código Penal.** *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro. 07 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br /CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em 01.02.2010.

BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. **A Reforma Processual Italiana**. Reflexos no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CASTALDO, Andrea R. **La criminalidad organizada en Italia: la respuesta normativa y los problemas de la práxis.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 7, fasc. 27, p. 11-19, jul./set. 1999.

DE LIGOURE, Luigi. **Concorso e contiguità nell'associazione mafiosa**. Milano: Giuffrè, 1996.

DELITALA, Giacomo. **Il "fatto„ nella teoria generale del reato**. Padova: Cedam, 1930.

DENORA, Gianluca. **Sulla qualità di concorrente esterno nel reato di associazione di tipo mafioso.** *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, vol. 47, fasc. 1, p. 353-369, jan./mar. 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. T. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DONNA, Edgardo Alberto. **Asociación Ilicita**. *Revista de Derecho Penal*, Montevideo, n.° 13, diciembre, 2002.

FERRACUTI, Franco; BRUNO, Francesco. **La criminalità organizzata nella prospettiva criminológica.** In: **Forme di organizzazioni criminali e terrorismo**. Milano: Giuffrè, 1988.

FIANDACA, Giovanni. **Criminalità organizzata e controllo penale.** *L'indice Penale*, Padova, vol. 25, fasc. 1, jan./abr. 1991.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto Penale.** Parte generale. 5ª ed. Bologna: Zanichelli, 2007.

FLICK, Giovanni Maria. **L'associazione a delinquere di tipo mafioso: interrogativi e riflessioni sui problemi proposti dall'art. 416 bis CP.** *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, vol. 31, p. 849-866, 1988.

FORNASARI, Gabriele. **Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata: aspetti comparatistici nell'esperienza europeo-continentale**. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, Padova, vol. 12, fasc. 4, p. 897-918, out./dez. 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas**. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, vol. 29, fasc. 1, p. 87-115, jan./abr. 1976.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. Madrid: Sección de Publicaciones e Intercambio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1966.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. I. T. II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

INSOLERA, Gaetano. **La nozione normativa di criminalità organizzata e di mafiosità: il delitto associativo, le fattispecie aggravanti e quelle di rilevanza processuale.** *L'Indice Penale*, Padova, vol. 4, fasc. 1, p. 19-28, jan./abr. 2001.

JAKOBS, Günther. **Crítica à teoria do domínio do fato**. Tradotto da *Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.*

JAKOBS, Günther. **Injerencia y dominio del hecho: dos estudios sobre la parte general del derecho penal**. Tradotto da Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía Del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 2001.

JAKOBS, Günther; POLAINO-ORTS, Miguel. **Delitos de organización: un desafío al Estado**. Lima: Grijley, 2009.

KINDHÄUSER, Urs. **La estafa como autoría mediata tipificada**. Tradotto da Jorge Fernando Perdomo Torres. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía Del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 2002.

LATAGLIATA, Angelo Raffaele. **El concurso de personas en el delito**. Buenos Aires: Depalma, 1967.

LIGUORI, Umberto. **La possibilità di configurare la CD partecipazione esterna in associazione a delinquere di stampo mafioso, tra incertezze dogmatiche e oscillazioni giurisprudenziali: spunti per una riforma.** *L'Indice Penale*, Padova, vol. 7, fasc. 1, p. 163-195, jan./abr. 2004.

MAGLIE, Cristina de. **Teoria e prassi dei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati-fine.** *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, vol. 30, p. 924-972, 1987.

MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal**. V.II. São Paulo: Saraiva, 1956.

MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**. Parte general. V. II. Tradotto da Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995.

MEINI MÉNDEZ, Ivan. **Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada**. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n° 14, p. 235-263, 2004.

MILITELLO, Vincenzo. **Partecipazione all'organizzazione criminale e standards internazionali d'incriminazione: la proposta del Progetto comune europeo di contrasto alla criminalità organizzata.** *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, vol. 46, fasc. 1/2, p. 184-223, jan./jun. 2003.

MONTOYA, Mario Daniel. **Máfia e crime organizado**. Aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?** *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología.* Madrid, p. 501-531, nov. 2000.

NOTARO, Domenico. **Art. 416-bis CP e metodo mafioso, tra interpretazione e riformulazione del dettato normativo.** *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, vol. 42, fasc. 4, p. 1475-1496, out./dez. 1999.

PADOVANI, Tullio. **Diritto Penale**. 8ª ed. Milano: Giuffrè, 2006.

PADOVANI, Tullio. **Il concorso dell'associato nei delitti-scopo.** *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, vol. 41, p. 761-772, 1998.

PALAZZO, Francesco C. **perfiles generales de la reciente legislación "antimafia" en Italia**. *Doctrina Penal*. Buenos Aires, vol. 6, fasc. 21 a 24, p. 345-360, 1983.

PAVARINI, Massimo. **Per aprire un dibattito su criminalità organizzata e legislazione di emergenza.** *Dei Delitti e delle Pene*, Torino, fasc. 3, p. 31-38, dez. 1992.

PIERANGELI, José Henrique. **O concurso de pessoas e o novo Código Penal**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 81, v. 680, p. 292-317, jun. 1992.

RANIERI, Silvio. **Il concorso de più persone in un reato**. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1949.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradotto da Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. **La autoría mediata por dominio en la organización**. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n° 13, p. 17-32, 2003.

SANCINETTI, Marcelo A. **El ilícito propio de particular en el hecho ajeno**. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía Del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1996.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

SCHÄDLER, Wolfram. **Le vittime della tratta di essere umani: prospettive vittimologiche su rischi e possibilità dell'intervento penale contro la criminalità organizzata.** *In*: Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale. MILITELLO, Vincenzo, PAOLI,

Letizia, ARNOLD, Jörg (Orgs.). Milano/Freiburg im Breisgau: Giuffrè/Edition Iuscrim, 2000, p. 175-177.

SPAGNOLO, Giuseppe. **Ai confini tra associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso.** *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, vol. 32, p. 1731-1741, 1989.

SPAGNOLO, Giuseppe. **Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive.** *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, vol. 41, p. 1161-1167, 1998.

TRAPANI, Mario. **La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"**. Torino: Giappichelli, 2006.

TURONE, Giuliano. **Il delito di associazione mafiosa**. Milano: Giuffrè, 2008.

VISCONTI, Costantino. **Il concorso esterno nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico criminale.** *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, vol. 38, p. 1303-1346, 1995.

WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradotto da Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Parte geral. Tradotto da Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFe, 1976.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **Los tipos penales relacionados con el crimen organizado**. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Coord.). **El crimen organizado**. Buenos Aires: Depalma, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Capitolo II

ACALE SÁNCHEZ, Maria. **Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas.** In: Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización. FARALDO CABANA, Patricia (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

ANIYAR DE CASTRO, Lolita. **La mafia hoy: qué hacer**. *In*: Revista de las disciplinas del control social, Fasc. 21, 1993. Maracaíbo.

ARGIRÒ, Flavio. **Note dommatiche e politico-criminali sulla configurabilità del concorso esterno nel reato di associazione di stampo mafioso**. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Fasc. 3, luglio-settembre de 2003, Ano XLVI. Milano: Giuffrè, 2003 [p. 768-808].

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Centro de Estúdios Ramón Areces, 2001.

BARATTA, Alessandro. **Defesa dos direitos humanos e política criminal.** *In*: Discursos sediciosos; crime, direito e sociedade, vol. 2, fasc. 3, 1997. Rio de Janeiro.

BLANCO CORDERO, Isidoro; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. **Principales instrumentos internacionales de Naciones Unidas y la Unión Europea relativos al crimen organizado : la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio.** In: Revista Penal, fasc. 6, jul. 2000. Barcelona.

BORGES, Paulo César Corrêa. **O Crime Organizado**. São Paulo: UNESP, 2002.

BRAZ, Graziela Palhares Torreão. **Crime Organizado x Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Vol. I. Madrid: Trotta, 1997.

CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **El injusto de los delitos de organización: peligro y significado; arrogación de organización y significado político.** In: Revista Peruana de Ciencias Penales, fasc. 20, 2008. Lima.

CENTORRINO, Mario; OFRIA, Ferdinando. **L'impatto criminale sulla produttività del settore privato dell'economia**. Milano: Giuffrè, 2001.

CERVINI, Raúl. **Tóxicos - criminalidad organizada: su dimensión econômica.** In: Actualidad Penal, fasc. 1, 1989. Madrid.

CHIAVARIO, Mario. **Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada**. *In*: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 5, p. 28, jan./mar., 1994.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. **La organización criminal. Tratamiento penal y precesal.** Madrid: Dykinson, 2000.

COSTA, José de Faria. **O branqueamento de capitais**. *In*: Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários. Problemas especiais. Coimbra: Coimbra Editora, Vol. II, p. 301/320.

COSTA, José de Faria. **O fenómeno da globalização e o Direito Penal económico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 9, n° 34, Abr./Jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DELMANTO, Roberto. **Da máfia ao RDD**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 14, n. 163, p. 5, jun. 2006.

DI LORETO, Gian Paolo. **Un approccio critico al crimine transnazionale.** In: Rassegna Italiana di Criminologia, vol. 16, fasc. 1, jan. 2005. Milano.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **As "associações criminosas" no Código Penal Português de 1982 (arts. 287.º e 288.º)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O papel do Direito Penal na proteção das gerações futuras**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Volume Comemorativo, n° 75. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Problemática geral das infrações contra a economia nacional**. *In*: PODVAL, Roberto (Org.). Temas de Direito Penal Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DONINI, Massimo. **Un novo medievo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del Diritto Penale economico**. *In*: FOFFANI, Luigi. *Diritto Penale comparato, europeo e internazionale*: prospettive per il XXI Secolo. Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92 compleanno. Milano: Giuffrè, 2006.

DOTTI, René Ariel. **Um bando de denúncias por quadrilha**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 174, p. 6-8, maio 2007.

EL HIRECHE, Gamil Föppel. **Organizações Criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ESTELLITA, Heloisa. **Criminalidade de empresa, Quadrilha e Organização Criminosa**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FELDENS, Luciano. Organizações criminosas como critério determinante de competência jurisdicional: problemas à vista. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 14, n. 170, p. 13-14, jan. 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. O conceito de crime organizado na Lei 9034. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.° 31, p. 03, jul. 1995

FERNANDES, Antonio Scarance. **O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 16, fasc. 70, jan./fev. 2008. São Paulo.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**. Teoria del garantismo penale. Ottava edizione. Roma: Laterza, 2004.

FIANDACA, Giovanni. **Criminalità organizzata e controllo penale.** In: L'indice Penale, vol. 25, fasc. 1, jan./abr. 1991. Padova.

FLOSI, Leone. **La dimensione internazionale della criminalità organizzata.** In: Forme di organizzazioni criminali e terrorismo. Milano: Giuffrè, 1988.

FOFFANI, Luigi. **Criminalidad organizada y criminalidad econômica.** In: Revista Penal, fasc. 7, jan. 2001. Barcelona.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (Coords.) **Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial**. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas.** In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. 29, fasc. 1, jan./abr. 1976. Madrid.

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Crime Organizado – Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GUZZETTA, Giovanni. **Il diritto constituzionale di associarsi. Libertà – Autonomia – Promozione**. Milano: Giuffrè, 2003.

KINZIG, Jörg. **La criminalità organizzata e le sue infiltrazioni nella politica, nell'economia e nella giustizia in Germânia.** *In*: Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale. MILITELLO, Vincenzo, PAOLI, Letizia, ARNOLD, Jörg (Orgs.). Milano/Freiburg im Breisgau: Giuffrè/Edition Iuscrim, 2000, p. 267-271.

LOPES. Maurício Antônio Ribeiro. **Apontamentos sobre o crime organizado e notas sobre a Lei 9.034/95**. *In*: Justiça Penal: Críticas e Sugestões. Vol. 3. *O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal*. Coordenador: Jaques de Camargo Penteado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MICHELINI, Gualtiero; POLIMENI, Gioacchino. **Il fenomeno del crimine transnazionale e la convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale.** In: Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. ROSI, Elisabetta (Dir.). Roma: IPSOA, 2007.

MILITELLO, Vincenzo. **Partecipazione all'organizzazione criminale e standards internazionali d'incriminazione: la proposta del Progetto comune europeo di contrasto alla criminalità organizzata.** In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, vol. 46, fasc. 1/2, jan./jun. 2003. Milano.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?** *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología.* Madrid, p. 501-531, nov. 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1975.

MUSACCHIO, Vincenzo. **Derecho penal económico, criminalidad organizada y Unión Europea.** *In*: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 14, fasc. 60, maio/jun. 2006. São Paulo, p. 208-222.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **A lei da "Caixa Preta"**. *In*: Justiça Penal: Críticas e Sugestões. Vol. 3. *O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal*. Coordenador: Jaques de Camargo Penteado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PAVARINI, Massimo. **Per aprire un dibattito su criminalità organizzata e legislazione di emergenza.** In: Dei Delitti e delle Pene, fasc. 3, dez. 1992. Torino, p. 31-38.

PECCIOLI, Annamaria. **Unione Europea e Criminalità Transnazionale. Nuovi sviluppi**. Torino: G. Giappichelli, 2005.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PLANET ROBLES, Sílvia. **Políticas de seguridad y prevención en el Estado español en materia de delincuencia organizada.** In: La seguridad en la sociedad del riesgo. DA AGRA, Cândido (Org.). Barcelona: Atelier, 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Crime organizado e crime econômico.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 4, fasc. 13, jan./mar. 1996. São Paulo, p. 182-190.

RINALDI, Stanislao. **Mafia, economia, istituzioni : appunti di lavoro.** In: Il diritto e la differenza. DE GIORGI, Raffaele (Org.). Lecce: Pensa Multimedia, 2002, p. 437-473.

RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. **Criminalidade organizada: que política criminal?** *In*: Estudos jurídicos de Coimbra. SILVA, Luciano Nascimento (Coord.). Curitiba: Juruá, 2007.

SANTOS, Boaventura Sousa. **Que formação para os Magistrados nos dias de hoje?** *In*: Que formação para os Magistrados de hoje? Edição do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa, Editorial Minerva, 2000.

SCIACCHITANO, Giusto. **La lotta alla criminalità organizzatà elemento essenziale della società civile.** *In*: Revista da AJUFE, vol. 21, fasc. 72, 2002. Brasília.

SICA, Leonardo. **Medidas de emergência, violência e crime organizado**. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 11, n.° 126, p. 7-9, maio de 2003.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime Organizado – Procedimento Probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. **Repressão ao Crime Organizado – Inovações da Lei 9.034/95**. Curitiba: Juruá, 1995.

TIEDEMANN, Klaus. **Tecnica legislativa nel diritto penale economico**. Revista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia. Ano XIX, n. 1-2, 2006.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **Los tipos penales relacionados con el crimen organizado**. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Coord.). **El crimen organizado**. Buenos Aires: Depalma, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crime organizado: uma categorização frustrada**. *In*: Discursos Sediciosos: crime, direito, sociedade. Instituto Carioca de Criminologia. Ano I, n.° 1, jan./jun. de 1996. Rio de Janeiro: Relume Dumará [p. 45-67].

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Parte I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il Diritto Mite**. Legge, diritti, giustizia. Torino: Einaudi, 1992.

Capitolo III

ALEO, Salvatore. **La definizione della criminalità organizzata nella prospettiva iternazionalistica. I problemi metodologici per un approccio di carattere generale e sistematico.** In: La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità

organizzata e del terrorismo. Bassiouni, M. Cherif (Dir.). Milano: Giuffrè, 2005.

ALONGI, Giuseppe. **La mafia Nei suoi fattori e nelle sue manifestazioni: studio sulle classi pericolose della Sicilia**. Roma: Bocca, 1886.

ALONGI, Giuseppe. **La mafia: fattori, manifestazioni, rimedi**. Milano: R. Sandron, 1904.

ANNICCHIARICO, Pasquale. **Associazione mafiosa. Profili giuridici e storico-criminologici**. Bari: Cacucci, 2006.

BARATTA, Alessandro. **La violenza e la forza. alcune riflessioni su mafia, corruzione e il concetto di política.** *In*: Dei Delitti e delle Pene, fasc. 2, nov. 1993. Torino.

BORGES, Paulo César Corrêa. **O Crime Organizado**. São Paulo: UNESP, 2002.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **El injusto de los delitos de organización: peligro y significado; arrogación de organización y significado político.** In: Revista Peruana de Ciencias Penales, fasc. 20, 2008. Lima.

DE FELICE GIUFFRIDA, Giuseppe. **Mafia e delinquenza in Sicilia**. Milano: Società Editrice Lombarda, 1900.

DE LIGOURE, Luigi. **Concorso e contiguità nell'associazione mafiosa**. Milano: Giuffrè, 1996.

DELL'OSSO, P.L.M.; LAUDATI, A. e VIGNA, P.L.. **Sistema Criminale ed Economia**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1998.

FERRACUTI, Franco; BRUNO, Francesco. **La criminalità organizzata nella prospettiva criminológica.** In: Forme di organizzazioni criminali e terrorismo. Milano: Giuffrè, 1988.

FIANDACA, Giovanni. **Criminalità organizzata e controllo penale.** *In*: L'indice Penale, vol. 25, fasc. 1, jan./abr. 1991. Padova.

FIANDACA, Giovanni. **La criminalità organizzata e le sue infiltrazioni nella politica, nell'economia e nella giustizia in Italia**. *In*: Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale: forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna. Milano: Giuffrè, 2000.

FLORES PÉREZ, Carlos Antonio. **Poder y corrupción.** *In*: Revista de Ciencias Penales, fasc. 10, mar./abril 2007. México.

FLOSI, Leone. **La dimensione internazionale della criminalità organizzata.** In: Forme di organizzazioni criminali e terrorismo. Milano : Giuffrè, 1988.

INGROIA, Antonio. **L'associazione per delinquere e criminalità organizzata : l'esperienza italiana**. In: MILITELLO, Vincenzo, PAOLI, Letizia, ARNOLD, Jörg (orgs.). Crimine organizzato come fenomeno transnazionale. Milano/Freiburg im Breisgau: Giuffrè/Edition Iuscrim, 2000, p. 235-245.

INSOLERA, Gaetano. **La nozione normativa di criminalità organizzata e di mafiosità : il delitto associativo, le fattispecie aggravanti e quelle di rilevanza processuale.** In: L'Indice Penale, vol. 4, fasc. 1, jan./abr. 2001. Padova.

IZZO, Fausto; SCOGNAMIGLIO, Paolo. **La riforma della prescrizione. Commento orgânico allá Legge 5-12-2005, n 251 — ex Cirielli**. Napoli: Esselibri, 2006.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Nuove prospettive del diritto penale comparato, europeo e internazionale: Quale politica criminale per il XXI secolo?**. In: Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo – Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92° compleanno, 2006. Milano: Giuffrè.

NOTARO, Domenico. **Art. 416-bis CP e metodo mafioso, tra interpretazione e riformulazione del dettato normativo**. *In*: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, vol. 42, fasc. 4, out./dez. 1999. Milano [p. 1475-1496].

PALAZZO, Francesco Carlo. **Perfiles generales de la reciente legislación antimafia en Itália.** In: Doctrina Penal : teoría y práctica en las ciencias penales, vol. 6, fasc. 21/24, 1983. Buenos Aires.

PEZZINO, Paolo. **La mafia siciliana come industria della violenza : caratteri storici ed elementi di continuità.** In: Dei Delitti e delle Pene, fasc. 2, nov. 1993. Torino.

RINALDI, Stanislao. **Mafia, economia, istituzioni: appunti di lavoro.** *In*: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. Salamanca: CISE: Universidad Salamanca, 2004.

TURONE, Giuliano. **Il delito di associazione mafiosa**. Milano: Giuffrè, 2008.

VERRINA, Gabriel Lino. **L'associazione di stampo mafioso.** Torino: UTET Giudicia, 2008.

Capitolo IV

ALEO, Salvatore. **La definizione della criminalità organizzata nella prospettiva iternazionalistica. I problemi metodologici per un approccio di carattere generale e sistematico.** In: La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo. Bassiouni, M. Cherif (Dir.). Milano: Giuffrè, 2005.

ALEO, Salvatore. **Sistema Penale e Criminalità organizzata. Le figure delittuose associative**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005.

ARAUJO JÚNIOR, João Marcelo de. **Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo; aspectos**. In: Sistema penal para o terceiro milênio. Atos do colóquio Marc Ancel. ARAUJO JÚNIOR, João Marcelo de. (Org.). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 65-79.

BARATTA, Alessandro. **La violenza e la forza. Alcune riflessioni su mafia, corruzione e il concetto di política.** In: Dei Delitti e delle Pene, fasc. 2, nov. 1993. Torino.

BASSIOUNI, M. Cherif. **Criminalità organizzata e terrorismo: per una strategia di interventi efficaci.** In: L'indice Penale, vol. 24, fasc. 1, jan./abr. 1990. Padova.

BRICOLA, Franco. **Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di legge delega italiano**. In: CADOPPI, Alberto (Org.). Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Padova: CEDAM, 1996, [p. 175-189].

BRICOLA. Franco. **Politica criminale e scienza del diritto penale**. Bologna: Il Mulino, 1997.

CADOPPI, Alberto. **Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Presentazione**. In: CADOPPI, Alberto (Org.). Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Padova: CEDAM, 1996, [p. 1-30]

CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. **Organizações criminosas no direito penal brasileiro: o estado de prevenção e o princípio da legalidade estrita**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 6, fasc. 24, out./dez. 1998. São Paulo, p. 99-124.

DENCKER, Friedrich. **Criminalidad organizada y procedimiento penal.** In: Nueva Doctrina Penal, fasc. B, 1998. Buenos Aires, p. 479-494.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **As "associações criminosas" no Código Penal Português de 1982 (arts. 287.º e 288.º)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

EL HIRECHE, Gamil Föppel. **Organizações Criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ESTELLITA, Heloisa. **Criminalidade de empresa, Quadrilha e Organização Criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FALCONE, Giovanni. **Lotta alla criminalità organizzata e nuovo modello processuale.** In: L'Indice Penale, vol. 23, fasc. 1, jan./abr. 1990. Padova.

FAYET JÚNIOR, Ney. **Da (in)combinalidade do tipo legal de quadrilha (ou bando) e delitos societários**. *In*: FAYET JÚNIOR, Ney e MAYA, André Machado (coord.). *Ciências Penais e Sociedade Complexa*. 1ª ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

FERRACUTI, Franco; BRUNO, Francesco. **La criminalità organizzata nella prospettiva criminológica.** In: Forme di organizzazioni criminali e terrorismo. Milano: Giuffrè, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. **Criminalità e globalizzazione**. *In*: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, ano 11, n.° 42, p. 79-89, jan.-mar., 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritti Fondamentali**. Roma-Bari: Laterza, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O conceito de crime organizado na Lei 9034**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n° 31, p. 03, jul. 1995.

FIANDACA, Giovanni. **Criminalità organizzata e controllo penale.** *In*: L'indice Penale, vol. 25, fasc. 1, jan./abr. 1991. Padova.

FIGUEIREDO, Ariovaldo Alves de. **Comentários ao Código Penal**. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1985-1986.

FLORES PÉREZ, Carlos Antonio. **Poder y corrupción.** In: Revista de Ciencias Penales, fasc. 10, mar./abril 2007. México.

FOFFANI, Luigi. **Criminalidad organizada y criminalidad econômica.** In: Revista Penal, fasc. 7, jan. 2001. Barcelona.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (Coords.) **Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial**. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Crime Organizado – Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

HASSEMER, Winfried. **Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada**. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, vol. 9, fasc. 14, dezembro 1997. San José, p. 7-11.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. **La codelincuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada.** *In*: Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad. HIRSCH, Hans Joachim, CEREZO MIR, José, DONNA, Edgardo Alberto (Dir.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 409-449.

JAKOBS, Günther; POLAINO-ORTS, Miguel. **Delitos de organización: un desafío al Estado**. Lima: Grijley, 2009.

NOTARO, Domenico. **Art. 416-bis CP e metodo mafioso, tra interpretazione e riformulazione del dettato normativo.** In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, vol. 42, fasc. 4, out./dez. 1999. Milano [p. 1475-1496].

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização Criminosa: nova perspectiva do tipo legal**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

PLANET ROBLES, Sílvia. **Políticas de seguridad y prevención en el estado español en materia de delincuencia organizada.** In: La seguridad en la sociedad del riesgo. DA AGRA, Cândido (Org.). Barcelona: Atelier, 2003.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. **Criminalidad Organizada.** Lima: IDEMSA, 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Cartel e quadrilha ou bando: *bis in idem***. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo: ano 3, vol. 5, jul/dez. de 2006.

RESTA, Eligio. **Il diritto malinconico.** *In*: Dei Delitti e delle Pene, Fasc. 2, p. 101-106. Torino: Abele, 1993.

ROXIN, Claus. **Politica criminale e sistema del diritto penale**. A cura di Sergio Moccia. Napoli: Guida, 1989.

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

SANTOS. Juarez Cirino dos. **Crime organizado**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 42, São Paulo, 2003, p. 214-224.

SCIACCHITANO, Giusto. **La lotta alla criminalità organizzatà elemento essenziale della società civile.** In: Revista da AJUFE, vol. 21, fasc. 72, 2002. Brasília.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. **Repressão ao Crime Organizado**: Inovações da Lei 9.034/95 (com as alterações promovidas pelas Leis 9.303/96 e 10.217/01). 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7ª ed., revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3ª ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;

TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. **Crime de Quadrilha ou Bando e Associações Criminosas**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

VERRINA, Gabriel Lino. **L'associazione di stampo mafioso.** Torino: UTET Giudicia, 2008.

VIRGOLINI, Julio E. S.. **Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008.

ZIPF, Heinz. **Politica criminale**. Traduzione di Adriano Bazzoni. Milano: Giuffrè, 1989.