

9 – A Dificuldade da Tipificação do Delito de Crime Organizado: em Busca de Critérios Técnicos na Teoria do Tipo Penal

The Difficulty of Definition of the Legal Hypothesis of Organized Crime in Brazilian Law: In Search of Technical Way in the Criminal Theory

José Roberto Wanderley de Castro¹⁸⁰

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar como é interpretado o tipo penal de crime organizado contido na Lei n. 12.850/13. Como problema de pesquisa, tem-se o afastamento do princípio da taxatividade na construção da lei penal referente ao crime organizado e sua validação pelo Judiciário Brasileiro. Na introdução, a justificativa de um estudo sobre a aplicação desse tipo penal, principalmente após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.567, oriunda do Distrito Federal. A metodologia aplicada se deu com o método indutivo, analisando a decisão da ADIN 5567, e o método bibliográfico com a finalidade de entender como esse fenômeno se adequa, ou não, ao sistema de garantias contidos na dogmática penal. Como resultado, percebeu-se que a decisão consagrou que, a aplicação de um tipo penal que fere a taxatividade, se deve pela necessidade da segurança pública. Nas considerações finais, se percebeu que não apenas a construção de uma política criminal é defasada de técnica científica, quanto a dogmática penal não possui entendimento da extensão do crime organizado.

Palavras-chave: crime organizado; dogmática penal; política criminal.

ABSTRACT

The present paper aims to study how the criminal law of organized crime described in Act no. 12,850/13. As a research problem, there is the departure from the principle of taxation in the construction of criminal law regarding organized crime and its validation by the Brazilian Judiciary. In the introduction, the justification for a study on the application of this criminal type, mainly after the judgment of Direct Unconstitutionality Action No. 5,567, originating in the Federal District. The methodology

¹⁸⁰ Advogado Criminalista. Professor Universitário na Graduação e Pós-Graduação da UNINASSAU-Recife. Professor titular do Mestrado em Gestão Empresarial da UNIFBV. Mestre em Ciências da Religião pela UNICAP. Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal do Pernambuco (UFPE).

applied was the inductive method, analyzing the decision of ADIN5567, and the bibliographic method with the purpose of understanding how this phenomenon fits, or not, with the system of guarantees contained in criminal dogmatics. As a result, it was clear that the decision established that the application of a criminal type that violates taxation is due to the need for public security. In the final considerations, it was realized that not only the construction of a criminal policy is out of date with scientific technique, but also that criminal dogmatics does not have an understanding of the extent of organized crime.

Keywords: organized crime; criminal law theory; criminal policy.

1. INTRODUÇÃO

Evidente a mudança trazida pela pós-modernidade ao direito penal. A construção de um direito penal moderno, se deve ao fato de que, com as inovações sociais e econômicas, novas formas de delinquência surgiram, ao tempo em que os meios de comunicação construíram uma imagem de medo, gerando uma demanda midiática. É nesse contexto que nasce o tipo penal de crime organizado no Brasil.

O problema de investigação reside na aplicação da dogmática do sistema penal, principalmente no princípio da taxatividade na interpretação do tipo penal de crime organizado. O objetivo é estudar a interpretação dada à aplicação desse tipo penal, principalmente após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.567, pelo Supremo Tribunal Federal.

Por muito tempo, a doutrina brasileira se queixa da forma como é construída a legislação penal brasileira, com uso excessivo de normas penais em branco e elementos normativos do tipo, bem como a adoção de bens jurídicos indefinidos (violando o princípio da ofensividade).

Desse modo, foi adotado o método indutivo, para compreender como esse julgamento pode trazer uma nova visão sobre a interpretação do tipo penal de organização criminosa. Utiliza-se do método de análise bibliográfica, na intenção de observar a cisão da dogmática clássica do direito penal, dessa nova dogmática emergente.

No primeiro momento, será abordado como a chamada sociedade de risco influenciou a criação dessa nova dogmática do direito penal (o chamado Direito penal moderno).

Assim, será observado como o tipo penal de organização criminosa se adequa, ou não, ao princípio da taxatividade.

No quarto tópico, será analisado como o Supremo Tribunal analisou a validade do tipo penal de crime organizado, e como ele percebe sua interpretação ou abertura interpretativa.

Por fim, tem-se as considerações finais onde os tópicos se apresentam enquanto premissas para entender como o problema de pesquisa pode ser enfrentado.

2. UM NOVO DIREITO PENAL PARA RESPONDER UMA NOVA (OU NÃO) FORMA DE CRIMINALIDADE

Uma grande dificuldade de lidar com a nova forma de criminalidade é conceituar as organizações criminosas. Inegável a dificuldade de sua aplicação no plano concreto, mas o real problema reside em sua tipificação.

A união de pessoas para a prática de condutas, não é algo novo para o direito. Os crimes classificados como plurissubjetivos (ou crimes que necessitam de um concurso necessário de pessoas) se tornaram uma forma de incriminação típica, como resultado do processo de incriminação de condutas modernas. Com o aumento da complexidade da vida em sociedade, principalmente com as mudanças econômicas e políticas trazidas com o início do século XX, colocaram em xeque o direito penal até então existente (direito penal clássico).

Essa era de complexidade e risco, é bem descrita por Ulrich Beck, na obra *Sociedade de risco*, que apresenta uma nova forma de análise das mudanças sociais por meio do prisma da lógica da análise de risco. A compreensão de sua teoria se dá em cinco premissas (Beck, 2010, p. 27-28):

- a) Riscos são diferentes das riquezas, á que eles desencadeiam danos sistemáticos e que são por vezes irreversíveis, baseiam-se em interpretações causais, e, portanto, perceptíveis nas ciências ou anticiências, mas que os processos de descoberta e medição desses riscos é fundamental;
- b) Com a distribuição de Risco, surgem as situações sociais de ameaça. Os ricos e poderosos não estão livres dessas ameaças e riscos, seja à saúde ou à própria legitimidade e à produção do lucro. Esses riscos produzem um desnível social e econômico entre países, e o risco se torna globalizado;

- c) Os riscos, sua produção e distribuição seguem a lógica da produção capitalista de desenvolvimento. Esses riscos se tornaram novos meios de lucro fácil, uma nova moeda entre países;
- d) As riquezas podem ser possuídas por apenas uma parcela, mas nos riscos, os efeitos são para todos, e tudo passa pelo conhecimento sobre os riscos, ou seja, quando estamos em risco e quais ameaças possuímos;
- e) Quando os riscos são socialmente conhecidos, invadem a esfera política. Isso resulta em uma nova organização do poder e da responsabilidade.

Essas premissas deságuam na lógica do sistema penal, sendo causa e gerada pelo sistema. O conhecimento do risco, muitas vezes, leva a produção normativa inconsciente e meramente emocional, gerando essa inflação do sistema legal.

Beck levanta outra questão ao apresentar a dinâmica dos riscos em sociedades, que são gerados pela produção e inovações que quebram o monopólio científico do conhecimento. Os riscos são descobertos por meio de métodos nem sempre científicos ou de meios legitimados como científicos (Beck, 2010, p. 34-35).

Ao sofrer o risco, os protagonistas dessa ameaça passam a percebê-la pelos efeitos sentidos (ainda que muitos efeitos do risco só podem ser sentidos a longo prazo, como por exemplo o campo magnético dos celulares e seu risco à saúde). Claro que a descoberta e afirmação do que seria risco é fruto das possibilidades matemáticas e dos interesses sociais (Beck, 2010, p. 35).

A questão política e econômica é decisiva na escolha estatal do que será risco ou o que é parte aceitável dentro de um contexto de exploração econômica. O autor refere-se a isso, como o princípio do *in dubio pro* progresso, e que muitas vezes se utiliza das máximas que defendem que o avanço tecnológico trará, inevitavelmente, danos (Beck, 2010, p. 41).

Nesse paradigma, alguns setores sociais sofrem mais os efeitos das ameaças do que outros. Aqueles que possuem mais acesso à educação e a informações, podem se esquivar dos riscos. Nesse ponto, a informação é a parte primordial para que se possa evitar os riscos (quando é possível que esses riscos sejam evitados). Alguns riscos não podem ser evitados. E Beck deixa isso claro ao mostrar que o processo de riscos segue a mesma lógica

econômica, ou seja, sofre o processo de globalização, trazendo a ameaça a mais de um país ou classe social (2010, p.4-44). Nessa lógica econômica, que se insere a incriminação das organizações criminosas.

Outro efeito apresentado por Beck dessa pós-modernidade, é a individualização (2010, p.189). O processo de modernização ou de pós-modernização, é um processo de pluralização de sentidos, já que nessa era, vários setores da sociedade conflituam sobre temas, levando a inúmeras possibilidades de respostas às demandas e inquietações, diferente do que havia no iluminismo e na promessa da modernidade, onde apenas algumas instituições teriam o poder de se prontificar sobre certas questões.

Ocorre um desprendimento em relação aos vínculos sociais (onde o agente é cada vez mais individualista e fora de vivências coletivas); ocorre a perdas de seguranças naturais (o sujeito não tem mais certezas nem respostas únicas, gerando assim a incerteza); e por fim, uma nova forma de enquadramento social (Beck, 2010, p.190).

Bem, o que Beck apresenta é um modelo ideal para compreender as mudanças que estão passando as várias esferas sociais em vários países. Essas mudanças, que seja pelo avanço tecnológico, quer seja pelas novas formas de produção e consumo, geram riscos e várias ameaças. A desigualdade social é aumentada por esse processo. E qual o efeito dessa teoria nos países periféricos (ou subdesenvolvidos, ou de terceiro mundo, ou em desenvolvimento)? A resposta dessa indagação está dividida em duas premissas:

- a) O aumento das ameaças gera uma demanda ao Estado que responde com a inflação normativa, muitas vezes incoerente e ilógica;
- b) O aumento de conflitos gerados pela escassez de produtos e mecanismos de sobrevivência às ameaças.

O interessante é que as relações entre essas premissas se retroalimentam, gerando e sendo geradas uma pelas outras. Essa demanda emergencial leva o legislador a uma incoerência normativa, já que, na maioria das vezes, nem conhece a causa dos riscos ou das ameaças. Assim, o Direito Penal é buscado como resposta às ameaças postas. Seguiram assim os modernos mecanismos de incriminação que se desprendem da dogmática penal coerente e lógica sistemática no afã de se tornar um bálsamo social, mas que não atua nas causas.

Nessa demanda de uma nova criminalidade, a sociedade moderna percebe uma criminalidade mais organizada e complexa. A criminalidade moderna, principalmente no que se refere ao crime organizado, tomou contornos supranacional (ou transnacional), e contornos que superam os delitos conhecidos, misturando condutas lícitas e ilícitas. Como já mencionado, o crime enquanto grupos organizados e estruturados já existiam, como a máfia, mas com as Guerras mundiais e o fim da Guerra Fria, acentuou o processo de estabilidade e crescimento de organizações criminosas internacionais. Tráfico de armas, Tráfico de Drogas, Tráfico de seres humanos, contrabando, e crimes afins, sempre existiram, mas que com o desenvolvimento econômico e tecnológico, os limites fronteiriços deixaram de ser um problema para essas organizações.

Nesse contexto, cada país desenvolveu seus mecanismos legais e sua própria lógica de política criminal para combater essas organizações. No Brasil, o parâmetro adotado, inicialmente, era o previsto no art. 288 do Código penal de 1940, em que se percebia a associação de agentes como o tipo penal de Quadrilha ou Bando, que tinha como hipótese normativa “associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”.

Nas palavras de Nelson Hungria:

Trata-se de entidade criminal estranha a nossos códigos anteriores, não passando de equívoco de |Galdino Siqueira (ob.Cit. Pág.366) o dizer que o tato já se encontrava aí incriminado sob o título de *ajuntamento ilícito*, pois êste não passava de reunião acidental de sediciosos ou amotinados em praça pública, sem nenhum caráter de estabilidade associativa (Hungria, 1958, p.174).

E mais adiante, descreve que

Certos indivíduos que, por circunstâncias múltiplas, notadamente por influência de um ambiente criminógeno, a agravar-lhes a inconformação com a própria incapacidade de êxito pelos meios honestos, coligam-se como militantes inimigos da sociedade, formando entre si estáveis associações para o crime e entregando-se, pelo encorajamento e auxílio recíprocos, a tôdas as audácias e a todos os riscos. É o banditismo organizado. Seus componentes, chefes ou gregários, incubos ou súcubos, são, via de regra, Homens sem fé nem Lei, que não conhecem outra moral além dos aberrantes “pontos de honra” com que requentam a solidariedade para o malefício. (Hungria, 1958, p.175).

Assim, percebe-se que, neste momento histórico, a tipificação de associação criminosa estava no preceito do art. 288 do Código Penal. A mera associação, de mais de três pessoas, com o fim de cometer crimes,

sem a necessidade de crime subsequente (Hungria, 1958, p.177). Ao mencionar a hierarquia e divisão de tarefas, chefia, mencionava-se de forma a mostrar a associação, mas não como requisito do tipo penal.

Claro que a hipótese normativa de quadrilha ou bando, não contemplava as novas modalidades de condutas da criminalidade organizada. Outro ponto é perceber que a doutrina, nesse ponto, não se debruçava sobre essas novas modalidades de criminalidade e sua complexidade.

Importante lembrar que a lógica que delinearía a construção de uma Lei penal que tivesse uma hipótese normativa de uma conduta de Crime organizado, vem de uma construção do Direito Penal Interestadual. Um dos precursores na temática foi o professor da Universidade Bucareste, Vespasien V. Pella (*La criminalité collective des États et le droit pénal de l'avenir*), mostrou a existência do Direito Penal Internacional e do Direito Penal Interestatal. Para o autor, o Direito Penal Interestatal seria a ramificação do Direito Público internacional que determina as infrações, que estabelece as penas e que estabelece as condições da responsabilidade penal internacional de estados e indivíduos (Pella, 1925, p.172-173).

Apesar das críticas, essa divisão demonstra que a construção de normas que venham a combater crimes transnacionais, são construídas seguindo parâmetros do sistema consuetudinário, que, quase sempre, não possui a limitação da taxatividade (princípio da Taxatividade), seguindo a construção de hipóteses normativas mais abertas e cuja determinação não é precisa. Nesse contexto surge a Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Transnacional). O Brasil promulgou a Convenção de Palermo com o Decreto nº 5015/2004, e que traz a definição de crime organizado contida no art.2º, a):

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

Outro ponto indispensável para entender a amplitude da supramencionada norma, é o conceito contido na alínea c), que define o grupo estruturado como “grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada;”

Dentro do critério de proteção da soberania, a Convenção determina que os países signatários devem “adotar as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticado intencionalmente” (art. 5º).

Posteriormente, visando atender o disposto no art. 5º da Convenção de Palermo, o Brasil define organização criminosa por meio da Lei 12850/2013. Como se percebe, a organização criminosa seguiu a dinâmica da Convenção de Palermo ao definir, segundo o art. 1º, Organização criminosa como:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Esse conceito é elemento constitutivo do tipo penal constante no art.2º desta Lei:

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

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

Não é difícil perceber que esse tipo penal é uma norma penal em branco, homogênea homovitelina, sendo completada pelo previsto no art. 1º da Lei 12850/2013. Então o conceito de Crime Organizado é peça chave na aplicação do artigo 2º.

Assim, usando o preceito do art. 1º, § primeiro, par se conhecer o conceito de organização criminosa, é necessária a existência de três requisitos:

- a) a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas;
- b) estrutura ordenada que se caracteriza pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, possuindo hierarquia estrutural, recrutamento de pessoas e divisão funcional das atividades;
- c) a prática de infrações penais, cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos.

3. O PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE E O INDETERMINISMO DO TIPO PENAL DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

O direito penal sempre foi um mecanismo de proteção, quer seja de bens jurídicos, ou do cidadão, que precisa da proteção do poder arbitrário do Estado.

A forma de limitar a Lei Penal proporcionou um limite da aplicação de Leis com finalidades individuais ou mesmo que não se adequam a estrutura do Sistema Penal ou que conflituassem com os princípios. O Direito Penal passa a garantir que o Estado se limitaria à Lei Penal, se tornando um sistema de garantias.

Esse sistema de garantias só se tornou possível com o desenvolvimento da técnica do Direito Penal. Como a Lei Penal descreve uma conduta, e essa não pode ser interpretada analogicamente, a compreensão da conduta proibida se torna mais fácil. A legitimidade da sanção penal se torna mais óbvia. Uma proposição lógica surge de dois elementos: o fato típico (descrição do fato) e a consequência jurídica de seu descumprimento (Ordeig, 2002, p.19).

Não por acaso, o Princípio da Legalidade mudou radicalmente o direito penal, já que tornou a Lei Penal a única fonte imediata do Direito Penal. O direito penal não existe fora da órbita legal, e a ciência do Direito Penal só pode se Constituir dentro do estudo da Lei Penal¹⁸¹ (Hungria, 2016, p.66).

A ciência do Direito penal tem como objeto o conhecimento do conjunto de normas que definem delitos e impõem penas. Luiz Jiménez de Asúa conceitua o Direito Penal de forma a perceber o objeto de seu estudo

Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora(1997,18).

¹⁸¹ Nelson Hungria descrevendo o tecnicismo jurídico- penal, concede à dogmática penal um peso gigantesco na ciência do Direito Penal, mostrando que no tecnicismo jurídico- penal, não há lugar para as escolas penais, já que os métodos são por vezes conflitantes, o que impediria a existência de uma ciência com método próprio, tratando-se de ciência normativa e não causal-explicativa, sendo o único método o técnico jurídico ou lógico-abstrato (Hungria, 2016, p.67).

Essa forma de raciocínio ou lógica dos tipos penais foi construída com base na teoria da pena e na teoria do crime.

Essa dogmática penal só foi possível por meio de três fatos históricos dentro da ciência do direito penal:

- a) o princípio da legalidade;
- b) o desenvolvimento da teoria dos bens jurídicos como limitadora do *jus puniendi*; e a
- c) teoria do Tipo penal, que se incorporaram aos estudos da Teoria da Pena e da Teoria do Crime, transcendendo a mera observação da Lei e da aplicação da Lei Penal.

O papel da dogmática penal é reconhecido pela doutrina dos países com a tradição jurídica romano-germânica.

Como a dogmática é parte de uma construção da aplicação do princípio da legalidade penal, ela passa a representar mais do que uma simples técnica, ao ponto que inicia a racionalização da atuação do aplicador da Lei Penal, a dogmática se eleva a um patamar de método, como afirma Zaffaroni, que enfatiza que

El método del derecho penal es el que predomina en la ciencia jurídica en general, esto es, el llamado método dogmático, con el cual nuestra disciplina ha alcanzado un enorme y fecundo desarrollo (Zaffaroni, 1998, p. 278).

É importante frisar que a dogmática representa o eixo principal da racionalidade da aplicação da lei penal e além de constituir um sistema racional, ela permitiu a existência do que seria a ciência do Direito Penal. A fonte desse sistema sempre será a lei penal. Sabe-se que a Lei Penal é fonte imediata do sistema penal e foco de estudo da Dogmática Penal.

A lei penal, em um sistema de proteção e garantias, deve ser a fonte primordial, ou pelo menos enquanto o Princípio da legalidade reinar resolutivo no campo da racionalidade do Direito Penal. É nesse ponto que se deve observar as interpretações judiciais sobre o tipo penal de organização criminosa. A interpretação do tipo penal contido na Lei 12850/2013 se afasta desse caráter de proteção atribuído à dogmática penal. Como já elencado, o princípio da taxatividade, definido na expressão *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, é parte da limitação hermenêutica do tipo penal, impedindo que o Legislador crie tipos penais ambíguos e imprecisos e o Judiciário, por meio de uso de interpretações extensivas e uso de analogias, amplie a hipótese normativa ou a distorça intencionalmente para favorecer ou prejudicar o acusado. A taxatividade não permite que os

crimes sejam definidos de forma genérica ou com o mínimo de precisão linguística, já que nesse caso, não se consegue estabelecer os limites do tipo penal ou da norma penal, deixando a aplicação à mercê do arbítrio judicial.

Nesse ponto, as críticas doutrinárias ao tipo penal de organização criminosa são pertinentes. De fato, ao trazer um texto que, por ser gramaticalmente aberto, permitiria uma gama de subjetividade na interpretação e aplicação da norma penal.

Observando o julgamento no Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 679.715 - MG (2021/0216912-0), percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça, cujo relator foi o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, entendeu que não seria possível o uso de interpretação extensiva do conceito de Crime organizado previsto na Lei, para abarcar o conceito de associação para o tráfico, contido no art. 35 da Lei 11.343/06:

[...] Não é legítimo que o julgador, em explícita violação ao princípio da taxatividade da lei penal, interprete extensivamente o significado de organização criminosa a fim de abranger todas as formas de *societas sceleris*. Tal proibição fica ainda mais evidente quando se trata de definir requisito que restringe direito executório implementado por lei cuja finalidade é aumentar o âmbito de proteção às crianças ou pessoas com deficiência, reconhecidamente em situação de vulnerabilidade em razão de suas genitoras ou responsáveis encontrarem-se reclusas em estabelecimentos prisionais [...] (HC 522.651/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 19/08/2020). 2. A organização criminosa é a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. A associação para o tráfico de drogas, por sua vez, cuja tipificação se encontra no art. 35, caput, da Lei n. 11.343/2006, pune a seguinte conduta: associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei¹⁸².

Percebe-se que o Tribunal julgador reconhece a impossibilidade de interpretação extensiva, ou analógica, de Crime Organizado, aos demais delitos de associação, mas apenas no que se refere ao tratamento da execução penal.

¹⁸² BRASIL., Superior Tribunal de justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 679.715 - MG (2021/0216912-0).

Contudo, no que se refere a limitação da interpretação do conceito de Organização criminosa, O Superior Tribunal de Justiça reconhece a existência de norma de conteúdo aberto:

[...] O ordenamento jurídico brasileiro, possui mais de uma definição para o que vem a ser uma organização criminosa, dentre eles a Lei n. 12.850/2013, Decreto n. 5.015/2004 (Convenção de Palermo) e Lei n. 12.694/2012. Assim, o conceito de organização criminosa não está atrelado a apenas um dispositivo legal, tendo como traço característico uniforme a reunião de pessoas com a intenção de estabilidade para a prática de crimes¹⁸³.

Ainda no âmbito deste Tribunal Constitucional, firmou-se o entendimento de que esse delito seria de cunho permanente:

[...] V - In casu, presentes os requisitos autorizadores da segregação cautelar, notadamente por se tratar de complexa e bem estruturada organização criminosa, com atuação em várias cidades do Estado de São Paulo e responsável por diversos crimes, tais como roubo, furto, homicídio, tráfico de entorpecentes e de armas entre outros, justificando-se, assim, a periculosidade concreta da paciente. Somam-se a isso, os indicativos que apontam para a prática criminosa habitual, demonstrando a necessidade da segregação cautelar para a garantia da ordem pública, a fim de evitar a reiteração delitiva.

[...]VIII - Em se tratando da prática do crime de organização criminosa(permanente), ainda que outros crimes tenham sido praticados, esta Corte, adotando a literalidade do disposto no art. 71 do Código de Processo Penal, reconhece a fixação da competência pela prevenção.

IX - Com efeito, o delito de organização criminosa, como se sabe, é crime permanente e, havendo vários juízos diferentes envolvidos, a competência deve ser firmada pela prevenção, nos termos do art. 71 c/c art. 83, ambos do Código de Processo Penal, ou seja, prevento estará aquele juízo que tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa¹⁸⁴
[...]

Como se percebe, a interpretação do tipo penal de Organização criminosa, traz consigo uma interpretação que se afasta da teoria do Tipo Penal e se aproxima da Política Criminal. Essa conclusão fica ainda mais

¹⁸³ BRASIL, Superior Tribunal de justiça. Agravo Regimental no HC 534.836/SP, Rel. Ministro Rogerio Schiatti Cruz, julgado em 22/9/2020, DJe 30/9/2020.

¹⁸⁴ BRASIL, Superior Tribunal de justiça. Habeas Corpus n ° 312.391, Rel. Ministro Felix Fischer, julgado em 21/09/2015.

evidente no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.567, oriunda do Distrito Federal¹⁸⁵:

[...] 1. A criminalidade organizada é, hoje, um dos maiores problemas do mundo moderno. Apesar de não se tratar de fenômeno recente, o crescimento das organizações criminosas representa uma grave ameaça à sociedade, especialmente pelo grau de lesividade dos crimes por ela praticados e pela influência negativa que exercem dentro do próprio Estado. Dentro desse contexto de criminalidade organizada, a implementação de instrumentos processuais penais modernos, com mecanismos de ação controlada, punições mais severas e isolamento de lideranças criminosas são medidas necessárias para que o Estado equilibre forças com as referidas organizações criminosas, sob pena de tornar inócua grande parte das investigações criminais, principalmente no que tange à obtenção de provas. Daí a superveniência da Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

2. A utilização de termos mais abertos pelo legislador foi necessária para amoldar as condutas de “impedir” e “embaraçar” às alterações sociais cada vez mais rápidas, especialmente daqueles que, de qualquer forma, pretendem “obstruir” as investigações que envolvam organizações criminosas (o bem jurídico tutelado é a administração da justiça). O elemento normativo “de qualquer forma”, todavia, deverá ser devidamente analisado no caso concreto, seja para eventual instauração de inquérito policial, seja para posterior oferecimento da denúncia. Assim, em razão do tipo penal indicar, de forma clara, a definição do bem jurídico tutelado (administração da justiça), do sujeito ativo da conduta (qualquer pessoa, portanto crime comum), do sujeito passivo da conduta (o Estado) e dos verbos núcleos do tipo (impedir ou embaraçar), tudo com o objetivo de obstruir investigação de infração penal que envolva organização criminosa, a tipificação do crime previsto no §1º, do art. 2º, da Lei n. 12.850/13, não padece de qualquer inconstitucionalidade material.[...]

No voto do Ministro Relator, a justificativa da aplicação de um tipo penal cuja a definição seja vaga, imprecisa, e que fere o princípio da taxatividade, seria a efetividade do combate ao crime organizado no Brasil:

[...] A utilização de termos mais abertos pelo legislador não foi por acaso, mas sim necessária para amoldar condutas penalmente relevantes às alterações sociais cada vez mais rápidas. A utilização de termos mais abertos pelo legislador não foi por acaso, mas sim necessária para amoldar

¹⁸⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.567. Ministro Relator Alexandre de Moraes. Julgado em 21/11/2023. Publicado em 24/01/2024.

condutas penalmente relevantes às alterações sociais cada vez mais rápidas. No caso específico, a impossibilidade do esgotamento de todas as possíveis condutas a serem praticadas por indivíduos pertencentes às organizações criminosas fez com que o legislador, acertadamente, descrevesse apenas duas condutas no seu §1º do art. 2º: “impedir” ou “embaraçar”. No caso específico, a impossibilidade do esgotamento de todas as possíveis condutas a serem praticadas por indivíduos pertencentes às organizações criminosas fez com que o legislador, acertadamente, descrevesse apenas duas condutas no seu §1º do art. 2º: “impedir” ou “embaraçar”. A simplicidade do legislador, a meu ver, foi cirúrgica para a delimitação da referida previsão normativa, afinal, ao contrário do caput, do art. 2º, que prevê condutas diversas (“promover”, “constituir”, “financiar” ou “integrar”, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosas), cujo bem jurídico tutelado é a paz pública, aqui, a intenção da lei foi justamente outra, isto é, foi a de tipificar como crime aquele que “obstrui”, de qualquer forma, as investigações que envolvam organizações criminosas (o bem jurídico, como visto, é a administração da justiça). A simplicidade do legislador, a meu ver, foi cirúrgica para a delimitação da referida previsão normativa, afinal, ao contrário do caput, do art. 2º, que prevê condutas diversas (“promover”, “constituir”, “financiar” ou “integrar”, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosas), cujo bem jurídico tutelado é a paz pública, aqui, a intenção da lei foi justamente outra, isto é, foi a de tipificar como crime aquele que “obstrui”, de qualquer forma, as investigações que envolvam organizações criminosas (o bem jurídico, como visto, é a administração da justiça). Não se pode argumentar, tampouco afirmar, que o tipo penal em análise seja “vago”, “abstrato”, “aberto” ou mesmo “desproporcional”, sob o argumento de que agindo assim estaria a tipificar um sem-número de condutas. A escolha pelas duas condutas, no meu sentir, foi adequada para punir aquele agente que pretende obstruir investigações envolvendo organizações criminosas (não há na norma penal incriminadora qualquer violação ao princípio da legalidade). Não se pode argumentar, tampouco afirmar, que o tipo penal em análise seja “vago”, “abstrato”, “aberto” ou mesmo “desproporcional”, sob o argumento de que agindo assim estaria a tipificar um sem-número de condutas. A escolha pelas duas condutas, no meu sentir, foi adequada para punir aquele agente que pretende obstruir investigações envolvendo organizações criminosas (não há na norma penal incriminadora qualquer violação ao princípio da legalidade).

[...]Por fim, porque a normatização do preceito primário (e também do secundário) está sujeita à liberdade de conformação pelo legislador, que realiza os juízos valorativos que lhe são próprios, especialmente à luz de questões voltadas à política criminal [...].

Chega-se assim ao entendimento de que a justificativa do afastamento ou relativização do princípio da taxatividade se deve à necessidade de combate à criminalidade organizada. Como justificativa a liberdade de Legislar do Legislador, com base nas questões da Política Criminal Brasileira. Sabendo que, essa Decisão é paradigmática para a interpretação do tipo penal e sua aplicabilidade, fica evidente que,

para além da relativização (ou afastamento) da proteção do princípio da Taxatividade, a interpretação se dará com base e arreo na Política Criminal Brasileira, afastando a lógica da Dogmática Jurídica Penal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como parte de uma reflexão final (mas ainda inicial), tem-se que a interpretação e a aplicação do tipo penal de Organização Criminosa, fere, expressamente, o princípio basilar da taxatividade da Lei penal. Esse princípio, uma vez maculado, obriga o magistrado a negar validade ao texto legal, impedindo sua aplicação ao caso concreto, forçando sua reformulação.

No caso dos delitos de associação necessária, ou delitos plurissubjetivos, como no já reformulado tipo penal de quadrilha ou bando (previsto no art. 288 do CP, antes de sua modificação para o delito de associação criminosa), o Judiciário brasileiro, apesar da imprecisão linguística e técnica, referendou sua aplicação em nome de uma proteção da sociedade.

Não é difícil perceber que, no Brasil, a política criminal tomou contornos de combate à criminalidade, custe o que custar. Nessa toada, o afastamento do sistema dogmático penal, é uma consequência lógica da necessidade do enrijecimento do próprio sistema penal. Nesse ponto, importante a reflexão de Hassemer sobre como esse movimento, que acontece no Brasil, é similar na Alemanha:

Segurança pública, criminalidade e violência vêm adquirindo tanto na opinião pública quanto na percepção dos indivíduos uma importância crescente. Graves transgressões das leis penais e ameaças a bens jurídicos fundamentais infundem medo, revoltam e ao mesmo tempo fascinam. A par disso, o complexo criminalidade e violência adquire hoje urna posição de particular destaque por duas razões:

- Com a “criminalidade organizada”, hoje em dia incessante e enfaticamente relatada, entra em cena um fenômeno ao mesmo tempo encoberto e ameaçador: Fala-se nele sem que se saiba ao certo o que é e quem o produz, sabe-se apenas que é altamente explosivo, pensa-se até que pode devorar-nos todos.

- já na criminalidade de massa o Estado investigador mostra sua incapacidade para combater os ilícitos penais. Quando arrombamentos de apartamentos e assaltos nas ruas multiplicam-se epidemicamente, quando o furto de automóveis e bicicletas não mais é combatido mas apenas “administrado” - como pode um tal Estado ainda ter a pretensão de combater a “criminalidade organizada?” Seria recomendável incitá-lo a pôr-se em marcha e colocar em

suas mãos todos os meios de combate que ofereçam alguma chance apenas razoável de sucesso?

O resultado desta forma de discussão é uma caricatura da real situação e de suas exigências:

- Política criminal reduz-se. a política de segurança ;
- o aspecto da segurança da liberdade é argumentativamente negligenciado,
- não existe uma proposta progressiva de segurança pública,
- os problemas que nós temos com esta segurança são apresentados unilateralmente e veem-se reduzidos aos desejos policiais de exacerbação e ampliação dos meios de combate ao crime (Hassemer, 1993, p. 62).

Nesse contexto, percebe-se que ao entender que a aplicação de textos penais sem uma determinação precisa de condutas, e sem a necessária reflexão das limitações de sua produção normativa e interpretação, auxiliam no combate à criminalidade organizada, demonstra a ausência de um estudo preciso da política criminal e, principalmente, de como as organizações criminosas se apresentam e agem.

De certo que a política criminal brasileira, a muito se confunde com uma política de segurança pública voltada ao combate ao crime sem preocupação com os limites democráticos desse combate. Nesse jogo de estado de Guerra, tudo se permite para vencer.

Nesse jogo de estado de Guerra, tudo é permitido para vencer. O discurso que justifica essa política criminal seria resultado de um somatório de vozes oriundas das instituições estatais e de membros da justiça. Há o discurso da classe policial, o discurso da classe dos Magistrados, dos membros do Ministério Público, dos Advogados, mas que, mesmo havendo divergência, concordam com o distanciamento do pensamento crítico-científico, esquecendo o papel da dogmática jurídica na aplicação do Direito Penal.

Nesse cenário, o discurso policial tomou conotações do discurso da escola positiva italiana, aos moldes de Ferri e Lombroso. Busca-se uma justificativa do perigoso (periculosidade) como critério de justificação do afastamento do sistema dogmático clássico.

Mas que aqui se faça uma crítica a construção da dogmática penal brasileira, que, por desconhecer muito de sua própria realidade, busca aplicação de preceitos estrangeiros e imprecisos à realidade brasileira. Nesse aspecto, não se deve afastar a dogmática da realidade e da política. Nessa perspectiva, Zaffaroni apresenta o perigo desse afastamento ao afirmar que

La desvinculación entre el discurso jurídico-penal y la política pone en serio peligro a la dogmática jurídico-penal como método, con consecuencias

imprevisibles y siempre negativas:

a) Cómo el discurso teórico no toma en cuenta sus efectos sociales reales (y pueden construirse tantos discursos como sociedades, legisladores e intérpretes se alucinen), el método jurídico, en lugar de hacer previsibles las decisiones judiciales, proporciona un inagotable caudal de desconcertantes posibilidades y permite la racionalización de cualquier decisión, mediante el uso antojadizo de discursos diferentes, abriendo el camino a la arbitrariedad judicial.

b) La discusión jurídico-penal por momentos parece caer en autismo. Cuando se simplifica y se vacía de sentido político la discusión teórica, pareciera que los prin

cipales debates de la dogmática jurídico-penal del siglo XX se limitaron a discutir en los primeros años si la culpabilidad es una relación psicológica o un juicio de reproche; a mediados del siglo, si el dolo está en el tipo, em la culpabilidad o en ambos lugares; y a fines de éste si el criterio de imputación objetiva debe ser el aumento del riesgo o la defraudación de roles.

c) La verificación de lo anterior debilita la vigencia del propio método, con el riesgo de que se apele a su desprecio y consiguiente caída en cualquier irracionalidad (puro discurso político sin mediación técnica; lo que llamaremos alienación técnica del discurso).

d) En cualquier momento es peligroso el naufragio del método jurídico-penal, pero mucho más cuando es notorio que la Kielerschule fue sólo un episodio anecdótico en el curso de un simplismo penal völkisch permanente, que sólo espera las oportunidades que le ofrece el debilitamiento de la racionalidad contentura del Estado de derecho, harto frecuente en tiempos de globalización (Zaffaroni, 2005, p.74).

O discurso dogmático penal brasileiro, principalmente no que se refere ao tipo penal de crime organizado é fruto da ausência de debate técnico-científico na construção do saber dogmático, e do estudo da política criminal. Por isso, o discurso lógico dá lugar a um discurso meramente utilitário, que justifica a aplicação de medidas antidemocráticas e violadoras de preceitos fundamentais com a justificativa de combater o crime organizado.

A construção de um sistema legal de combate ao crime organizado, passa por entender que esse combate, que é necessário, deve abarcar a limitação das garantias penais e constitucionais. Nesse ponto, conclui Hassemer que

Política de segurança pública não equivale a política policial, mas compreende também uma Política criminal que, por sua vez, compreende não apenas o ponto de vista da efetividade policial, mas também as garantias penais e constitucionais. Mesmo assim, ainda é muito pouco. Conforme as questões de fundo permitem entrever (supra IV, teses 8 e 9), política de segurança pública sem consideração para com a juventude, a mão-de-obra, a moradia, os problemas sociais e a educação, converte-se num espetáculo

sem esperanças e sem fim previsível. Portanto, uma política de segurança só faz algum sentido no contexto de uma verdadeira Política interna bem definida, sincronizada e coordenada (Hassemer, 1993, p.74).

Como um ponto de partida para a construção de uma dogmática penal democrática em torno do tipo penal de crime organizado, deve-se:

- a) Perceber que a técnica da construção do tipo penal deve salvaguardar a legalidade em todas as suas perspectivas (inclusive a taxatividade);
- b) Construir leis penais que, além de respeitar a técnica penal, sejam baseadas no estudo científico das organizações criminosas no Brasil e no mundo;
- c) estudar a política criminal com seriedade e cientificidade;
- d) Construir um projeto de segurança pública que englobe aspectos sociais e econômicos e não apenas o sistema criminal em si.

Ainda há um longo caminho para um direito penal técnico e garantidor, no sistema jurídico brasileiro.

5. REFERÊNCIAS

ASÚA, Luis Jiménez de. **Principios de Derecho Penal La Ley Y El Delito**. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT, 1997.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte geral. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

HASSEMER, Winfried. **Segurança Pública no Estado de Direito**. In Três temas de direito penal. Porto Alegre :Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. Atualização por René Ariel Dotti. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2016.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. Tomo X. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

MASSON, Cleber, e MARÇAL Vinícius. **Crime organizado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Conceito e Método da ciência do Direito Penal**. Tradução de José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002.

PELLA, Vespasien V. **La criminalité collective des États et le Droit Penal de l'Avenir**. Bucarest: Imprimerie de l'État, 1925.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. Tomo III. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión Penal**. Montevideo/Buenos Aires: Editora B de F, 2005.