

O INJUSTO PENAL DOS DELITOS DE POSSE E DOS DELITOS DE ORGANIZAÇÃO

PENAL PREVISIONS REGARDING POSSESSION AND ORGANIZATIONAL CRIMES

JACSON ZILIO

Doutor em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha).

Promotor do Ministério Público do Paraná.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/7221557351314312>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-9304-5002>].

jacsonzilio@hotmail.com

Autor convidado

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Este artigo pretende analisar criticamente o real conteúdo do injusto penal dos delitos de posse e dos delitos de organização dentro do contexto político específico que caracteriza a atual expansão do direito penal. Apresentam-se as consequências dogmáticas e processuais do discurso de legitimação fundamentado na ideia de bem jurídico coletivo e de tipos de perigo abstrato. Por fim, insiste-se na necessidade de dar aos delitos de posse e aos delitos de organização uma interpretação formal e materialmente restritiva, para reduzir o âmbito de alcance da tipicidade.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes de posse – Crimes de organização – Expansão do direito penal – Legitimação – Bem jurídico coletivo – Tipos de perigo abstrato.

ABSTRACT: This article intends to critically analyze, within the specific political context of criminal law expansionism, the real objectives supporting the criminalization processes of possession and organizational crimes. Both material and procedural consequences of a legitimating discourse based upon collective legal interests and abstract-risk legal typifications are analyzed. Finally, it insists on the need to provide formal and materially restrictive interpretation in order to reduce the scope of legal interpretation.

KEYWORDS: Possession crimes – Organizational crimes – Criminal law expansionism – Legitimization – Collective legal interests.

SUMÁRIO: 1. A importância do injusto penal dos delitos de posse e organização. 2. O protótipo histórico dos delitos de posse no Brasil. 3. O protótipo histórico dos delitos de organização

no Brasil. 4. Dois problemas político-criminais: a) facilidade de encarceramento por delito de posse; b) uso político do direito penal pelos delitos de organização. 4.1. Facilidade de encarceramento por delitos de posse. 4.2. Uso político do direito penal pelos delitos de organização. 5. Os problemas dogmáticos dos delitos de posse e dos delitos de organização. 6. Os problemas processuais penais dos delitos de posse e organização. 7. As soluções de *lege lata*. 7.1. A dogmática crítica. 7.1.1. O corretivo redutor da tipicidade nos delitos de posse. 7.1.2. O corretivo redutor da tipicidade nos delitos de organização. 7.2. A política criminal alternativa. 7.3. O processo penal democrático. 8. As soluções de *lege ferenda*. 9. Conclusões. 10. Bibliografia.

1. A IMPORTÂNCIA DO INJUSTO PENAL DOS DELITOS DE POSSE E ORGANIZAÇÃO

Desde que Beling, no início do século XX, insistiu que qualquer criminalização deveria ter descrição objetiva da ação no tipo penal (*Tatbestand*) e que, no pós-guerra, assentou-se a ideia da necessidade de ofensa (lesão ou perigo) a bem jurídico digno de proteção penal, em situação de ausência de norma permissiva, a noção de *tipo de injusto* ganhou consenso dogmático nos sistemas penais continentais.¹ No entanto, apesar desses importantes esforços, isso não significou que as técnicas de tipificação favoráveis ao exercício incontrolável do poder punitivo – uma dura realidade histórica – deixassem de existir.

Os delitos de posse (*Besitzdelikte*) e organização (*Kriminelle Vereinigung*) representam, sem dúvida, uma ruptura aos avanços dogmáticos limitativos do poder punitivo. A maioria das legislações penais ocidentais conhece alguns (a) tipos penais que criminalizam a posse de objetos que o legislador quer evitar o uso ou a aquisição (drogas, armas, pornografia) e (b) tipos penais que criminalizam a organização, o pertencimento, o mero estado, a reunião ou a associação de pessoas. Em outras palavras, tipos penais que proíbem com ameaça de pena a mera posse ou o mero integrar algum grupo considerado penalmente ilícito.²

Como a legitimidade do exercício do poder punitivo não se resume ao cumprimento da legalidade formal, os conteúdos dos tipos penais de posse ou pertencimento – alguns de longa trajetória autoritária na legislação – devem ser seriamente questionados. Como se verá detalhadamente neste trabalho, as disposições legais de criminalização

1. BELING, Ernst von. *Die Lehre vom Verbrechen*. Tübingen: Mohr, 1906; BELING, Ernst. *Grundzüge des Strafrechts*. 1 Auflage. Jena, 1899.
2. Embora esses delitos não sejam novos na maioria das legislações penais e não integrem, tradicionalmente, uma categoria autônoma de tipos penais, é indiscutível que apresentam sérios problemas dogmáticos, processuais e principalmente de legitimidade. Confira-se: CANCIO MELIÁ, Manuel; SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Delitos de organización*. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2008; PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*. Barcelona: Atelier, 2005.

de posse ou ostentação de uma determinada condição só aparentemente cumprem os aspectos formais do tipo penal exigidos pelo princípio da legalidade. Em alguns casos, aliás, nem isso acontece.

Na verdade, demonstrar-se-á que esses tipos penais de posse e associativos nada dizem sobre o real conteúdo do injusto penal, cujo só o desvelamento oferece as condições explicativas concretas da criminalização em si mesma e da severidade da pena prevista.³ Portanto, a identificação do injusto penal é, num direito penal democrático, condição prévia fundamental de legitimidade para qualquer tipicidade material dos delitos de posse e dos delitos de organização.

2. O PROTÓTIPO HISTÓRICO DOS DELITOS DE POSSE NO BRASIL

A criminalização do domínio relacional de coisas consideradas ilegais constitui, hoje, não apenas no Brasil, a técnica central dos movimentos expansivos de política criminal. Historicamente, contudo, isso não era assim.

As legislações penais brasileiras eram moderadas no uso dessa categoria de delitos, talvez porque representavam já um problema evidente no cumprimento do princípio da legalidade. Na utilização de verbos para constituir o núcleo dos tipos penais dificilmente recorria-se aqueles que não representavam mudança concreta no mundo físico. “Possuir”, “guardar”, “ter em depósito”, “trazer consigo” só aparecem em extensão na legislação penal brasileira a partir dos movimentos de controle, pela criminalização, de drogas e armas.

O Código Criminal do Império, de 1830, por exemplo, não abusa de delitos de posse nas descrições típicas. Os núcleos do tipo dos verbos “possuir”, “ter em depósito” e “guardar” inexistem. O verbo “trazer consigo” aparece apenas no artigo 300: “Fabricar gazúa, ou ter, ou trazer consigo de dia, ou de noite gazúa, ou outros instrumentos, ou aparelhos propios para roubar.” Também no artigo 281, como espécie de delito de posse, poderia ser perfeitamente incluído: “Ter casa publica de tabolagem para jogos, que forem prohibidos pelas posturas das Camaras Municipaes. Penas – de prisão por quinze a sessenta dias, e de multa correspondente á metade do tempo.”

O Código Penal de 1890 também era bastante moderado no uso de verbos expressivos de posse. O artigo 369 criminalizava “ter casa de tavolagem, onde habitualmente se reúnam pessoas, embora não paguem entrada, para jogar jogos de azar, ou estabelecê-los em logar frequentado pelo público.”

Contudo, a situação começa a mudar com a Consolidação das Leis Penais, aprovada pelo Decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932, quando se inicia, nos crimes contra

3. CANCIO MELIÁ, Manuel. Zum Unrecht der kriminellen Vereinigung: Gefahr und Bedeutung. „Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007“. Köln: Carl Haymanns, 2007. p. 27-52.

a saúde pública, a criminalização pela mera posse: no parágrafo primeiro do artigo 159 punia

“quem fôr encontrado tendo consigo, em sua casa, ou sob sua guarda, qualquer substância toxica, de natureza analgésica ou entorpecente, seus saes, congêneres, compostos e derivados, inclusive especialidades pharmaceuticas correlatas, como taes consideradas pelo Departamento Nacional de Saude Publica, em dose superior á therapeutica determinada pelo mesmo Departamento, e sem expressa prescrição medica ou de cirurgiaõ dentista, ou quem, de qualquer forma, concorrer para disseminação ou alimentação do uso de alguma dessas substâncias”.

O referido diploma também criminalizava o delito de moeda falsa, na letra *d* do artigo 242, consistente em “fabricar, exportar, possuir ou ter sob sua guarda, machinismos ou objectos destinados exclusivamente á fabricação ou alteração da moeda nacional ou estrangeira, de curso legal ou comercial, dentro ou fora do paiz”. Mais claro, entretanto, era o parágrafo único do artigo 250: “Possuir ou ter sob sua guarda, para fim criminoso, moeda falsa, sellos, estampilhas ou quaisquer dos títulos ou papéis falsificados na forma deste e dos artigos anteriores”.

O Código Penal de 1940 – também o Código Penal de 1969 nos artigos 252, 257, 280, 322, 325 e 314 – manteve e ampliou essa técnica em inúmeros tipos penais. O delito de receptação qualificada do parágrafo primeiro do artigo 180 (nova redação da Lei 9.426/1996) elenca diversos verbos, como

“adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime”.

O delito de receptação de animal do artigo 180-A (nova redação da Lei 13.330/2016) criminaliza “adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito ou vender, com a finalidade de produção ou de comercialização, semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes, que deve saber ser produto de crime.” O delito de violação de direito autoral do artigo 184 também pertence ao gênero delitos de posse:

“Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: (...) § 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa

autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente” (Redação dada pela Lei 10.695/2003).

O delito de falsa indicação de procedência de produto criminalizava quem “armazena mercadoria com falsa indicação de procedência” (artigo 196, depois revogado pela Lei 9.279/96). O delito de casa de prostituição do artigo 229 preceitua: “Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente”. Esse delito, depois alterado pela Lei 12.015/2009, manteve o mesmo problema da punibilidade da posse: “Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente”. O delito de escrito ou objeto obsceno do artigo 234 criminaliza “fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno.” O delito de fabrico, fornecimento, aquisição posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante do artigo 253, ameaça de pena quem “fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação.” O delito de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, do artigo 270, criminaliza

“envenenar água potável, de uso comum ou particular, ou substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo: (...) § 1º Está sujeito à mesma pena quem entrega a consumo ou tem em depósito, para o fim de ser distribuída, a água ou a substância envenenada”.

O delito de corrupção, adulteração ou falsificação de substância alimentícia ou medicinal, previsto no § 1º-A do artigo 272, reza que “está sujeito à mesma quem vende, expõe a venda, tem um depósito para vender ou, de qualquer forma, entrega a consumo a substância corrompida, adulterada ou falsificada”. Esse delito, mesmo depois modificado para delito de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios pela Lei 9.677/1998, seguiu a mesma técnica: “Incorre nas penas deste artigo quem fabrica, vende, expõe à venda, importa, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo a substância alimentícia ou o produto falsificado, corrompido ou adulterado”. Também assim é o delito de alteração de substância alimentícia ou medicinal do artigo 273: “Na mesma pena incorre quem vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, entrega a consumo a substância alterada nos termos deste artigo”, mesmo depois de alterado pela Lei 9.677/1998 para delito de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: “Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.” O

delito de produto ou substância nas condições dos dois artigos anteriores do artigo 276: “Vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo produto nas condições dos arts. 274 e 275.” O delito de substância destinada à falsificação do artigo 277: “vender, expor à venda, ter em depósito ou ceder substância destinada à falsificação de produto alimentício ou medicinal”, depois corrigido o tipo objetivo pela Lei 9.677/1998 para “produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais.” O delito de outras substâncias nocivas à saúde pública do artigo 278: “Fabricar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal.” O delito de substância avariada do artigo 279: “Vender, ter em depósito para vender, expor à venda ou, de qualquer forma, entregar a consumo substância alimentícia ou medicinal avariada”, revogado pela Lei 8.137/1990. O delito de comércio, posse ou uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica do artigo 281: “[...] trazer consigo, ter em depósito, guardar [...] substância entorpecente [...]”, depois revogado pela Lei 6.368/1976. O delito de moeda falsa do artigo 289: “Nas mesmas penas incorre quem, por conta própria ou alheia, importa ou exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda ou introduz na circulação moeda falsa.” O delito de petrechos para falsificação de moeda do artigo 291: “Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda”. O delito de petrechos de falsificação do artigo 291: “Fabricar, adquirir, fornecer, possuir ou guardar objeto especialmente destinado à falsificação de qualquer dos papéis referidos no artigo anterior”. O delito de falsificação de papéis públicos do artigo 293:

“falsificar, fabricando-os ou alterando-os: (...) § 1º Incorre na mesma pena quem: I – usa, guarda, possui ou detém qualquer dos papéis falsificados a que se refere este artigo; II – importa, exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda, fornece ou restitui à circulação selo falsificado destinado a controle tributário; III – importa, exporta, adquire, vende, expõe à venda, mantém em depósito, guarda, troca, cede, empresta, fornece, porta ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, produto ou mercadoria” (incluídos pela Lei 11.035/2004).

O delito de petrechos de falsificação do artigo 294: “Fabricar, adquirir, fornecer, possuir ou guardar objeto especialmente destinado à falsificação de qualquer dos papéis referidos no artigo anterior.” O delito de contrabando do artigo 334-A, incluído pela Lei 13.008/2014:

“Importar ou exportar mercadoria proibida: (...) § 1º Incorre na mesma pena quem: (...) IV – vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira; V – adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou

alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira.”

Por sua vez, a Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688/41) seguiu o mesmo caminho do Código Penal de 1940. A contravenção de fabrico, comércio ou detenção de armas ou munição do artigo 18: “Fabricar, importar, exportar, ter em depósito ou vender, sem permissão da autoridade, arma ou munição”; a contravenção de porte de arma do artigo 19:

“Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade (...). § 1º A pena é aumentada de um terço até metade, se o agente já foi condenado, em sentença irrecorrível, por violência contra pessoa. § 2º Incorre na pena de prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a um conto de réis, quem, possuindo arma ou munição (...)”

E, por fim, a contravenção de loteria não autorizada do artigo 51: “Promover ou fazer extrair loteria, sem autorização legal: (...) § 1º Incorre na mesma pena quem guarda, vende ou expõe à venda, tem sob sua guarda para o fim de venda, introduz ou tenta introduzir na circulação bilhete de loteria não autorizada.”

Na legislação especial, ainda, os delitos de posse ganharam mais força. Primeiro nos conhecidos artigos 12 e 16 da Lei 6.368/1976: “[...] ter em depósito [...] trazer consigo, guardar [...] substância entorpecente; [...] guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente [...]”; depois, mais recentemente, nos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2011: “Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas (...)”;

“[...] ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (...) § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas.”

Em sentido semelhante também são as Leis 1.521/1951 (Lei sobre os crimes contra a economia popular), 6.453/1977 (Lei de responsabilidade por danos nucleares), 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 9.613/1998 (Lei de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores), 10.826/2003 (Lei de Armas) e 13.260/2016 (Lei de Terrorismo).

A primeira criminalizou, no inciso III do artigo 2º, “expor à venda ou vender mercadoria ou produto alimentício, cujo fabrico haja desatendido a determinações oficiais, quanto ao peso e composição”; a segunda, no artigo 22, proibiu “possuir, adquirir, transferir, transportar, guardar ou trazer consigo material nuclear, sem a necessária autorização”; a terceira, no artigo 241-B, pela Lei 11.829/2008, criminalizou a conduta de “adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente”; a quarta, na redação dada pela Lei 12.683/2012, proibiu as seguintes condutas do artigo 1º: “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (...) § 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: (...) II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere”.

A quinta, várias condutas: o delito de posse irregular de arma de fogo de uso permitido do artigo 12:

“Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa”

O delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido do artigo 14:

“Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar”

Delito de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito do artigo 16 criado pela Lei 13.964/2019:

“Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.”

Por fim, a última criminaliza, como atos de terrorismo, “I – usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa”,

“receber, prover, oferecer, obter, guardar, manter em depósito, solicitar, investir, de qualquer modo, direta ou indiretamente, recursos, ativos, bens, direitos, valores ou serviços de qualquer natureza, para o planejamento, a preparação ou a execução dos crimes previstos nesta Lei” (artigo 6º) e

“incorre na mesma pena quem oferecer ou receber, obtiver, guardar, mantiver em depósito, solicitar, investir ou de qualquer modo contribuir para a obtenção de ativo, bem ou recurso financeiro, com a finalidade de financiar, total ou parcialmente, pessoa, grupo de pessoas, associação, entidade, organização criminosa que tenha como atividade principal ou secundária, mesmo em caráter eventual, a prática dos crimes previstos nesta Lei” (parágrafo único do artigo 6º).

Como se percebe, nos últimos anos, seja pela reforma da Parte Especial do Código Penal, seja pelo advento de leis penais especiais, os delitos de posse de objetos e coisas intensificaram-se muito no Brasil, tal como a tendência mundial, especialmente no controle de drogas consideradas ilícitas, armas não permitidas ou restritas, pornografia infantil e terrorismo internacional.

3. O PROTÓTIPO HISTÓRICO DOS DELITOS DE ORGANIZAÇÃO NO BRASIL

Os delitos de organização também estão em franca ascensão. Um rápido percurso histórico, no Brasil, é suficiente para se dar conta disso. Por exemplo, o Código Criminal do Império, de 1830, na parte “dos crimes contra a segurança interna do Imperio, e publica tranquillidade”, criminalizava a conspiração (artigo 107), a rebelião (artigo 110), a sedição (artigo 111) e a insurreição (artigo 113). O delito de conspiração previa pena de desterro por 4 a 12 anos quando vinte pessoas ou mais se concertassem para determinados tipos de delitos. O delito de rebelião continha, aos cabeças, penas de prisão perpétua com trabalho, de prisão com trabalho por vinte anos e de prisão por dez, naqueles casos de reunião de uma ou mais povoações que compreendessem mais de vinte mil pessoas, para cometimento de alguns crimes determinados. A sedição exigia junção de mais de vinte pessoas para fins de prática de determinados comportamentos descritos no tipo penal, com penas, aos cabeças, de prisão com trabalho por três a doze anos. Por fim, a insurreição, como reunião de vinte ou mais escravos, com objetivo de buscar a liberdade por meio da força, previa aos cabeças penas de morte, galés perpétuas, prisão de quinze anos e açoites. Na parte dos chamados “crimes policiaes”, o Código Criminal do Império ainda criminalizava (com pena de cinco a quinze dias ao chefe, dono, morador ou administrador da casa) as “sociedades secretas”, que consistia na reunião de mais de dez pessoas, em uma casa, em segredo (artigo 282). Os associados, nessas hipóteses, poderiam ser punidos se as reuniões tivessem fins opostos à ordem social (artigo 284). Além disso, essa legislação penal, considerada liberal e avançada para aquela época, criminalizava os “ajuntamentos ilícitos”, com isolada pena de multa, sem prejuízo do delito efetivamente

realizado, quando ocorresse reunião de três ou mais pessoas, com a intenção de se ajudarem mutuamente para o cometimento de algum delito, ou para privarem ilegalmente a alguém do gozo, ou exercício de algum direito, ou dever (artigo 285).

O Código Penal de 1890 mantinha, nos artigos 118 e seguintes, no que chamava de “crimes contra a segurança interna da República”, a criminalização da conspiração, da sedição e do “ajuntamento ilícito”. No caso da conspiração, presente quando vinte ou mais pessoas concertavam-se para práticas de determinados comportamentos descritos no tipo penal, a pena prevista era 1 a 6 anos de reclusão. No caso da sedição, que exigia reunião de mais de vinte pessoas para fins de comportamentos determinados no próprio tipo penal, previa-se penas de prisão de 3 meses a 1 ano (1 a 4 anos se o fim sedicioso fosse alcançado). No caso do ajuntamento, que se definia como reunião de mais de três pessoas, em lugar público, para cometimento de delito, a pena de prisão era de 1 a 3 meses (artigo 119). O Código de Penal de 1890, na parte das contravenções em espécie, também ameaçava com pena de 1 a 15 dias os chefes, diretores ou administradores das “sociedades secretas”, que se definia pela simples reunião, em dias certos e determinado lugar, de mais de sete pessoas, sem publicidade do objeto da reunião, da organização interna e do pessoal da administração (artigo 382).

A Consolidação das Leis Penais (1932) continha também crimes associativos contra segurança interna da República, tais como a conspiração (artigo 115), a sedição (artigo 118) e o ajuntamento ilícito (artigo 119), que seguiam os moldes do Código Penal de 1890.

O Código Penal de 1940 (e de modo idêntico o Código Penal de 1969) tratou, dentro dos chamados “crimes contra a paz pública”, dos delitos organizacionais. O delito de quadrilha ou bando do artigo 288 foi definido como associação de mais de três pessoas para o fim de prática de crimes comuns, com pena de 1 a 3 anos (em dobro quando se trata de quadrilha ou bando armado), depois alterado, pela Lei 12.850/21, para “associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes.” Na mesma toada, a Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688/41) também criminalizou com prisão de 1 a 6 meses ou multa o que ali chamou de “associação secreta” (artigo 39), consistente em participar de associação de mais de cinco pessoas, periodicamente, sob compromisso de ocultar à autoridade a existência, objetivo, organização ou administração da associação.

A legislação especial também não ficou para trás. A Lei 6.368/76, que dispunha sobre a prevenção e a repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes, ameaçava de pena de 3 a 10 anos, e pagamento de multa, aqueles que se associassem em 2 ou mais pessoas para práticas dos delitos de tráfico de drogas dos artigos 12 e 13 (artigo 14).

Tempos depois, notadamente naquela lei penal que define os crimes contra segurança nacional, ordem política e social (Lei. 7.170/83), criminalizou-se, com pena de 1 a 5 anos, também integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça (artigo 16). Na mesma

autoritária lei penal, que ainda não foi declarada incompatível com a ordem constitucional democrática, o artigo 24 criminalizava, com pena de 2 a 8 anos, constituir, integrar ou manter organização ilegal de tipo militar, de qualquer forma ou natureza armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa. Esses dois artigos, constitutivos daquela legislação penal antidemocrática, serviram e ainda servem para perseguição de dissidentes políticos.⁴

Recentemente, novas figuras típicas de organização foram criadas pela legislação penal. O art. 1º, § 2º, II, da chamada Lei dos Crimes de Lavagem (Lei 9.613/1998) prevê pena para quem participa de grupos dirigidos à prática daqueles crimes. O artigo 35 da Lei 11.343/2006 criminalizou, com pena de 3 a 10 anos, e multa, associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, *caput* e parágrafo primeiro, e 34. Manteve, portanto, aquela mesma concepção prevista na antiga Lei de Drogas dos anos 1970 (inclusive no aspecto formal). A Lei 12.720/12 criou o artigo 288-A do CP e criminalizou, com pena de 4 a 8 anos, constituir, organizar, integrar ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos no CP. Logo depois, a Lei 12.850/2013 alterou o artigo 288 do CP e, então, passou a criminalizar, com pena de 1 a 3 anos, aumentada até a metade se a associação é armada ou se houver participação de criança ou adolescentes, associarem-se três ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes. O artigo 2º da Lei 12.850/2013 criminalizou, com pena de 3 a 8 anos e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas, promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa. Por fim, o artigo 3º da Lei 11.260/2016 também criminaliza, prevendo pena de reclusão de 5 a 8 anos, e multa, promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista.

Esses são os fartos tipos objetivos dos delitos organizacionais previstos nas legislações penais brasileiras.

4. DOIS PROBLEMAS POLÍTICO-CRIMINAIS: A) FACILIDADE DE ENCARCERAMENTO POR DELITO DE POSSE; B) USO POLÍTICO DO DIREITO PENAL PELOS DELITOS DE ORGANIZAÇÃO

Há uma tendência de situar todos os modernos movimentos de reformas penais, criadores de novas hipóteses de criminalização distantes da lesão a bens jurídicos individuais,

4. Não vale mencionar os crimes de organização subversiva, previstos nos artigos 12, 14, 42 e 43 do DL 898/69 da Junta Militar, pois constituem, como escreveu FRAGOSO, uma das mais deploráveis experiências legislativas, alicerces do regime de terror que se instalou, por golpe de estado, no Brasil após o ano de 1964. Confira-se: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lei de Segurança Nacional: uma experiência antidemocrática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 13.

dentro de um processo de expansão do direito penal.⁵ A proliferação dos delitos de posse, dos delitos de organização e simples estado faz então parte dessa evidente tendência ampliadora.⁶

Esses novos tipos penais corresponderiam ao modelo político-criminal de expansão do direito penal, a partir de demandas difusas de segurança social. No geral, a ideia estaria atrelada ao que Beck chamou de “sociedade de risco”, isto é, de um espaço de vida de risco, sem controle, incerta e insegura, que provoca tanto miséria material quanto enfrentamentos políticos.⁷ Portanto, o novo direcionamento do direito penal, para outro setor de criminalidade, derivaria de situações globais de ameaça à humanidade nos riscos da energia nuclear (por exemplo, o uso de resíduo de urânio natural – plutônio – para fins bélicos), do meio ambiente (como a emissão irresponsável e cada vez maior de dióxido de carbono) e da contaminação massiva de produtos alimentícios das manipulações genéticas.⁸ O retrato fiel de tal contexto, conforme detalhadamente mostrou Mendoza Buergo, está visível (a) no potencial de perigos atuais, de grandes dimensões, que ameaçam a existência humana, (b) na complexidade organizativa das relações de responsabilidade e (c) na sensação de insegurança subjetiva.⁹

Sem embargo, não é nesse contexto – de novos espaços de necessidade de intervenção penal – que se justifica o ressurgimento dos delitos de posse e dos delitos de organização. Parece que só é possível entender assim esses delitos, como situados no contexto político-criminal de expansão do direito penal, se for reconhecido que eles formam parte de uma técnica autoritária de flexibilização de regras de imputação. Essa técnica responde melhor ao modelo autoritário das sociedades de capitalismo avançado do que aos anseios de real proteção de novos interesses.

Como se sabe, o movimento de facilitação do exercício do poder punitivo não se restringe apenas aos novos bens jurídicos de uma suposta sociedade de risco, mas parece também irradiar consequências inclusive na criminalidade tradicional, que seleciona o grosso da clientela preferencial do sistema penal. O que domina essa racionalidade é a ideia de prevenção absoluta para neutralização de fontes de perigos, seja da criminalidade tradicional, seja da criminalidade econômica.

De fato, os delitos de posse e os delitos de organização – construídos quase sempre com os recursos antecipatórios de punição dos delitos de perigo abstrato – são expressões

5. SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001.

6. PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*. Barcelona: Atelier, 2005, p. 17.

7. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ed. Paidós, 2006. p. 357.

8. BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo...*, cit., p. 32.

9. MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 24-34.

de um modelo de política criminal altamente excludente, que pretende facilitar a vida do direito penal, por meio da diluição das barreiras formais e materiais exigidas para o exercício da imputação penal.

Nesse sentido, então, a criminalização primária prevista nos referidos delitos nada mais faz do que antecipar o momento da punição, para um estágio anterior aos próprios atos preparatórios do *iter criminis*. Nesses casos de delitos de posse, inclusive, tal antecipação impede se pensar na própria tentativa. A diferença fundamental entre delito tentado e delito consumado desaparece. Algumas vezes, nos delitos de posse, chega-se ao cúmulo de criminalizar atos posteriores abarcados na assentada impunidade do pós-fato. Pense-se na receptação de bens objetos de delitos ou na própria lavagem de dinheiro. Por outro lado, nos crimes de organização, os atos concretos realizados para integração na associação são prévios a qualquer delito concreto, o que significa, na perspectiva de bens jurídicos individuais, que são meramente preparatórios.

Esses problemas dogmáticos comprovam que, ainda que essas técnicas não sejam novidades no direito penal, são assumidos como interessantes facilidades às atuais estratégias de punição. Os delitos de perigo também não eram desconhecidos da legislação penal, mas se converteram, por mudanças de modelos político-criminais, numa tática preferencial de punição. O mesmo caminho parece seguir o uso, cada vez maior, de criminalizações de mera posse ou baseadas na ostentação de um estado. Constituem, portanto, novas formas autoritárias do velho direito penal de autor, porque, de uma forma ou de outra, contornam a exigência de ação. Com isso, na prática, a sensação subjetiva de perigos ou riscos, potencializados midiaticamente na sociedade contemporânea, acaba por ampliar o poder punitivo (com espaço de intervenção em estado prévio de lesão ao bem jurídico) e, de consequência, minimizar as garantias individuais (com retirada das barreiras dogmáticas sob argumento de eficiência na tutela de novas demandas sociais). Logo, entre prevenção de perigos e riscos e efetivação do princípio de *ultima ratio* de intervenção, o direito penal moderno parece optar pela primeira opção. Isso explica, portanto, o claro movimento de expansão dessa técnica nos últimos anos.

Na época político-criminal atual desses tipos de criminalização, que Donini define como *post-illuminismo penale*, não há mais teorização prévia com vistas à limitação do poder punitivo, mas sim o uso do direito penal como *prima ratio*, seja pela substituição dos delitos de dano por delitos de perigo, seja pela substituição da lei pela jurisprudência, que agora, de forma descarada, constrói hermeneuticamente novas normas penais.¹⁰ Essa crise democrática, que o constitucionalismo não apenas não resolveu como agravou,

10. Um exemplo é a decisão, no Brasil, do STF, proferida na ADIN 26/DF, de voto condutor do Ministro Celso de Mello, que aplicou interpretação analógica para criminalizar atos de homofobia. Outro absurdo é o voto do Ministro Edson Fachin, no HC 154.248/DF, que, ao aplicar interpretação extensiva vedada em direito penal, decidiu que o delito de injúria racial, tal como o racismo, é imprescritível.

encontra o populismo penal como resposta de retórica comunicativa.¹¹ Isso explica o resurgimento do papel da vítima e as demandas, cada vez mais explícitas, de aumento de pena (agora pela ideia de neutralização de grupos perigosos) e de recrudescimento da repressão penal (pela crença, cada vez maior, na absolutização da eficácia do direito penal policial). O que se tem agora, nessas espécies de delitos, é o que Ferrajoli tratou como “tríplice inflação dos ‘bens’ penalmente protegidos”. Primeiro, proliferação quantitativa dos interesses tutelados, com funções autoritárias mediante o incremento de delitos sem dano (ofensas a entidades abstratas) ou delitos de bagatela (frequentemente representados por meras desobediências administrativas). Segundo, ampliação indeterminada do campo do designável como bens tutelados, mediante a utilização de termos vagos, imprecisos ou, o que é pior, valorativos, que derogam a estrita legalidade dos tipos penais e oferecem um amplo espaço à discricionariedade e à “criação” judicial (por exemplo, os diferentes delitos associativos ou as variadas figuras de periculosidade social). Terceiro, a crescente antecipação da tutela, mediante a configuração de delitos de perigo abstrato ou presumido, definidos pelo caráter altamente hipotético e até improvável do resultado lesivo e pela descrição aberta e não taxativa da ação.¹²

A ampliação de espaços punitivos, que utiliza da estratégica antecipada dos crimes de posse e dos crimes de organização, como crimes de perigo, situa-se dentro de um modelo de sociedade capitalista cada vez mais autoritário, na medida em que o objetivo claro, além do forte apego simbólico, consiste na neutralização e no controle de grandes massas humanas miserabilizadas. Basta ver que, mesmo quando se dirige aos grupos econômicos da sociedade capitalista, a seletividade não desaparece, porque o poder totalitário do capital financeiro mundial resta protegido de qualquer ameaça real de pena.

Por outro lado, esse modelo excludente, decorrente do pensamento único neoliberal, também forja indivíduos de personalidade autoritária, que movimentam o poder punitivo em direção aos grupos qualificados como perigosos, de risco ou mesmo inimigos políticos. Adorno percebeu que, particularmente, esse “clima cultural geral” também é determinado pela influência ideológica da maioria dos meios de comunicação sobre as pessoas para moldar a opinião pública.¹³ O clima cultural é padronizado sob o impacto do controle social e pela concentração tecnológica em grande extensão, o que explica os hábitos de pensamento (padrão ideológico geral) acríticos dos integrantes das agências penais em relação ao próprio funcionamento autoritário do sistema penal. A ignorância (estado de simplesmente não conhecer os fatos) e a confusão (estado de ausência de treinamento intelectual suficiente para resistir aos tipos de comunicação de massa e propaganda) são as características marcantes dos sujeitos autoritários ideologizados que sustentam o avanço desenfreado do poder punitivo atual, seja na criminalização primária

11. DONINI, Massimo. *Populismo e ragione pubblica*. Modena: Mucchi, 2019, p. 52.

12. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 380.

13. ADORNO, Theodor W. *Estudos sobre a personalidade autoritária*. São Paulo: Editora Unesp, 2019, p. 339.

(com tipos abertos e de perigo no caso da posse e organização), seja na criminalização secundária (porações seletivas contra massas miserabilizadas e contra grupos qualificados como perigosos).

Em suma, o contexto político-criminal de florescimento incontrolável dos delitos de posse e de delitos de organização caracteriza-se pelo enfraquecimento das barreiras de contenção do poder punitivo com fim específico de neutralização seletiva de grupos sociais perigosos e indesejados. Não causa surpresa, portanto, que o aumento do encarceramento e o uso político do direito penal tenham relações diretas com as estruturas dos referidos delitos.

4.1. Facilidade de encarceramento por delitos de posse

Douglas Husak, sem exagero, mencionou que nos Estados Unidos os delitos omisivos e os inumeráveis delitos de posse são responsáveis pela expansão da criminalização e colocam em risco o Estado de Direito.¹⁴ Destacou que, naquele país, o delito de posse ilegal de drogas constitui a manifestação mais importante da tendência de criminalização e castigo exagerados.¹⁵ Isso que, lá, não se criminaliza a posse de arma de fogo, que geraria uma expansão sem precedentes, já que 40 de 100 casas estadunidenses possuem armas de fogo.¹⁶ Mesmo assim, segundo ele, só no Estado de Nova Iorque existiriam 150 delitos de posse, aí incluídos posse de arma de brinquedo, de instrumentos de grafite, de cartões de benefícios públicos, de máquinas de impressão de cartões, de registros de apostas, de registro de empréstimos, de material obsceno, de material de espionagem, de substâncias nocivas etc.¹⁷ Não bastasse isso, algumas ficções legais seriam responsáveis pela expansão drástica do número de pessoas que cometem esses delitos. Por exemplo, lá todos realizariam responsáveis por um delito de posse se, num veículo, ocupado por várias pessoas, existissem drogas. Chegam ao ponto, ainda, de criminalizarem o que denominam de “posse interna”, que se estendem também para substâncias já consumidas. Como mostrou Husak, dentro do que chamou de *overcriminalization*, esses delitos são muito úteis para a polícia e para os promotores, ou seja, para o encarceramento.¹⁸

Claro está que o sistema de justiça criminal americano – um emaranhado bárbaro e assistemático de criminalizações irracionais – não serve de exemplo para nada no que

14. HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización: los límites del derecho penal*. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 54.

15. HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización...*, cit., p. 57.

16. HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización...*, cit., p. 58.

17. DUBBER, Markus Dirk. The possession paradigm: the special part and the police power model of the criminal process. In: Duff, antony, green, stuart (ed.). *Defining crimes: essays on the special part of the criminal law*. Oxford Scholarship Online, jan. 2010.

18. HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización...*, cit., p. 94.

se refere ao direito penal. Mas, por aqui, a “racionalidade” brasileira não foge muito dos mesmos efeitos.¹⁹

No Brasil, como mostrou o relatório do INFOPEN, de dezembro de 2019, 200.583 pessoas estavam presas por algo relacionado ao processo de proibição de drogas, ou seja, 20,28%. Homens, 183.077 pessoas, 19,17% de todos os presos; mulheres, pior: 17.506 mulheres, 50,94%. No período de junho a dezembro de 2019, o relatório informa 169.093 (41,65%) de presos por tráfico de drogas, enquanto 13.404 (3,3%) por posse ou porte ilegal de arma de fogo.

Por outro lado, conforme dados do sistema carcerário brasileiro, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública aponta para 53.913 armas apreendidas no ano de 2019 e 52.703 no ano de 2020. Delitos de tráfico de drogas foram 91.185 no ano de 2019 e 83.396 no ano de 2020. Posse e uso de entorpecentes foram 67.674 no ano de 2019 e 60.486 no ano de 2020.

É verdade que esses dados não retratam fielmente o estado do encarceramento por delitos de posse, porquanto ocultam informações detalhadas acerca do núcleo de cada tipo penal específico ocorrido. De qualquer modo, especialmente se forem levados em conta os diversos tipos penais semelhantes, parece inegável que os delitos de posse de drogas, armas e outro objetos ilícitos cumprem um papel relevante no aumento do encarceramento em geral.

4.2. *Uso político do direito penal pelos delitos de organização*

O Brasil tem assistido, incrédulo, em todas as esferas da justiça criminal, o uso político do direito penal. Essa estratégia não é nova. Em outros momentos da história, a manipulação do direito, na aplicação concreta, era o caminho preferencial para alcançar benefícios pessoais, seja como escudo contra o exercício legítimo do poder punitivo, seja como redirecionamento contra dissidentes. Essa prática era dominante no período pré-democrático.

Agora, no entanto, sob o pretexto abstrato de combate à corrupção, o manejo e o julgamento de ações penais contra determinadas pessoas integra um programa político maior de alteração de governo, que tem provocado aumento de imputações infundadas e encarceramento preventivo. Essa cruzada contra os males de alguns governos com perfis sociais – que no fundo é classista, populista, mercadológica, bélica e religiosa – utiliza do pragmatismo para alcançar objetivos distintos dos fins declarados do direito penal: como apenas compreende os fenômenos do crime e da criminalidade a partir do senso comum, o pragmatismo recorre, como todo programa autoritário, ao método da propaganda intensificada, simples, direcionada ao convencimento das classes populares mais

19. BUSATO, Paulo César. *Novas reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Curitiba: Veddeltá Editora, 2019. p. 42-47, sustenta que os delitos de posse, por serem construídos mediante técnicas de adiantamento das barreiras de imputação, são instrumentos de encarceramento penal.

ZILIO, Jacson. O injusto penal dos delitos de posse e dos delitos de organização. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 185. ano 29. p. 43-81. São Paulo: Ed. RT, novembro 2021.

alienadas, que aceitam medidas repressivas contrárias aos seus próprios interesses de classe.

O imprescindível apoio midiático, então, funciona como dique de proteção para as medidas cada vez mais seletivas e ilegais realizadas pelas agências penais, tais como conduções coercitivas, prisões preventivas sem limites no tempo para obter delações, interceptações telefônicas como *prima ratio* de investigações, bloqueios antecipados de bens, acordos decadentes para uso como prova etc. Não surpreende, portanto, que essa lógica crie uma identidade perfeita, já presente nos personagens, entre teoria e prática: a teoria não é mais uma crítica da prática, é a própria prática.²⁰

Nesse contexto, que só recentemente começa a ser desmascarado, nas suas entranhas mais sórdidas, o recurso ao delito organizacional foi a porta de entrada que agora se pode chamar de *Criminal Lawfare*. Um dos casos aberrantes pode ser exemplificado pelo Processo Criminal 1007965-02.2018.4.01.3400, da 12ª Vara Federal do DF. Nele o ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva e outros políticos foram denunciados por integrarem uma organização de tipo criminoso, quando de suas respectivas atuações como membros do Partido dos Trabalhadores (PT), pois, por meio de condutas ligadas ao exercício de mandatos, teriam cometido diversos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, relacionados com empresas públicas e privadas. Basicamente, a imputação reproduz um chavão:

“organização criminosa formada por mais de quatro pessoas, inclusive agentes públicos que se utilizaram de suas funções para cometer infrações penais, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, preordenada a obter vantagens no âmbito da Administração Pública direta e indireta”.

A “utilização distorcida da responsabilização penal”, como bem destacou surpreendentemente o próprio MPF, felizmente não venceu. O juiz, na absolvição sumária, afirmou que se tratava de uma “tentativa de criminalizar a atividade política”. Inegável. Mas a questão central é que o referido caso penal mostra muito bem que a estrutura típica dos delitos de organização facilita muito as imputações genéricas, imaginativas, televisionadas, que cumprem fins políticos ocultos corrosivos da democracia.

5. OS PROBLEMAS DOGMÁTICOS DOS DELITOS DE POSSE E DOS DELITOS DE ORGANIZAÇÃO

A estrutura do injusto penal dos delitos de posse e dos delitos de organização não é clara, seja quando se sustenta a defesa de delitos materiais de lesão (de bens

20. ZILIO, Jacson. O uso político do direito penal. In: MARTINS JÚNIOR, Osmar Pires. *Lawfare* em debate. Goiânia: Kelps, 2020. p. 227.

ZILIO, Jacson. O injusto penal dos delitos de posse e dos delitos de organização. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 185. ano 29. p. 43-81. São Paulo: Ed. RT, novembro 2021.

individuais ou coletivos), seja quando se recorre aos delitos formais de perigo (de bens individuais ou coletivos).

Mas não é só. Nos dois casos há sérios questionamentos sobre uma antecipação de punição e sobre o pressuposto básico do delito: a ação. Vejam-se os problemas dos delitos de posse em alguns exemplos:

Caso 1: A rompe um relacionamento amoroso com B. Este, sem conhecimento daquela, ao partir apressadamente, esquece uma porção significativa de drogas no apartamento do casal. A autoridade policial ingressa no domicílio e prende A em flagrante delito.

Caso 2: A perde o esposo B em virtude de doença misteriosa. B deixa como herança uma arma de fogo com numeração suprimida, desconhecida de A. A autoridade policial ingressa no domicílio e prende A em flagrante delito.

Caso 3: A adquire informalmente um computador de B. Antes disso, B adquiriu o equipamento de C, que desapareceu. A usa normalmente o computador no trabalho e não encontra nenhum problema de funcionamento. A autoridade policial ingressa no domicílio e prende A, sob o argumento de que, naquele computador, há fotos pornográficas de crianças, até então desconhecidas. As crianças das fotos não são passíveis de identificação. A tem dúvidas, inclusive, se as fotos não retratariam meninas chinesas maiores e algum tipo de fetiche estranho.

Caso 4: A viaja de férias com o novo namorado, B, para Colômbia, país em que este pretende adquirir, sem conhecimento de A, cocaína para revender no Brasil. Já no aeroporto de regresso, com medo de ser fiscalizado e preso, B oculta a droga comprada na mala da namorada A, que é presa ao aterrissarem em solo nacional.

Em todos esses casos, absolutamente reais, poder-se-ia pensar que as prisões são ilegais porque não há uma ação requerida realizada pelas pessoas presas.²¹ A poderia sustentar, com boas razões, nos casos mencionados, que não “possui” a droga guardada na casa e na mala, nem a arma e fotos do computador, porque seria impossível realizar duas ações ao mesmo tempo. Poder-se-ia pensar, então, num delito por omissão: A não cumpriria uma norma mandamental que determina que não se tenha droga em casa ou na mala sem permissão. Logo, ao não cumprir essa norma de orientação, responderia pelo

21. Nesse sentido, por exemplo, Lagodny: “São inconstitucionais todos os crimes em que se penaliza uma posse sem qualquer finalidade típica, uma vez que esses crimes tratam de simples relação com coisas. Dessa feita, não pressupõem a prática de qualquer comportamento, por consequência, são inadequados para cumprir os fins da pena. Independentemente do perigo abstrato que possa surgir de cada objeto, este quadro não se altera.” (LAGODNY, Otto. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte – Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1996. p. 335. Na mesma linha, STRUENSEE, Eberhard. *Grundlagenprobleme des Strafrechts*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005. p. 125. Em sentido contrário, sustentado a detenção voluntária do domínio de fato sobre uma coisa é uma manifestação da personalidade do detentor, veja-se ROXIN, Claus. Crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, abr. 2013.

delito omissivo impróprio. Então, o tipo penal respectivo estaria presente por “deixar de destruir” substância entorpecente de que se tem a posse.²² Isso resolveria o problema da ação, no sentido do conceito negativo, de evitável não evitação de um resultado lesivo. O problema, contudo, não se resolve: falta de elemento comum, porque mesmo nos delitos comissivos de resultado o evitar somente pode significar “não provocar o resultado” e, essa dupla negação do “não evitar” como “não provocar o resultado”, gera a afirmação “provocar o resultado”. Além disso, há problema na função de limite da ação: a não evitação começa na própria psique e, logo, se move no terreno da pura *cogitatio*. De qualquer modo, em todas as situações descritas, não se poderia deixar de exigir conhecimento concreto da situação fática, pressuposto essencial para que se possa falar do delito omissivo.

Por outro lado, assim, poder-se-ia contornar o problema da ausência de ação pela ausência de dolo, ou seja, de conhecimento e vontade do tipo penal objetivo. Deslocar o problema, contudo, não o resolve. Afinal, o dolo pressupõe, sempre, a realização incontestável de uma ação penalmente relevante. Os finalistas diriam talvez que em todos esses casos a pessoa presa realiza ação porque tem uma finalidade: enquanto a droga está na casa, na mala, enquanto revólver está no armário, enquanto as fotos estão no computador, há finalidades realizadas, ainda que irrelevantes. Em todos os casos A, enquanto mantém a posse, faz outras ações finais, como carregar a mala, usar o computador etc. Mas aqui, outra vez, o finalismo esbarra num problema: se a finalidade da ação não é dirigida ao resultado, então ela é insignificante. Assim, o conceito de ação finalista, como atividade final, não é adequado como elemento base do sistema jurídico-penal, porque não acomoda aos delitos de omissão, aos delitos imprudentes e aos delitos de posse. Inclusive nos delitos comissivos é duvidoso que o conceito de finalidade possa aportar uma base comum, por conta das dificuldades similares no delito imprudente. Welzel poderia

22. Criticamente, STRUENSEE, Eberhard. *Grundlagenprobleme des Strafrechts*, cit.: “Se o verbo possuir for entendido como exercício do poder de fato sobre uma coisa, ele descreverá a relação de coordenação entre a pessoa e a coisa e, evidentemente, pressuporá que esse sujeito não tenha se desfeito do objeto. Contudo, jamais, essa relação poderá ser concebida materialmente como a omissão de abandonar a posse. As consequências geradas da admissão de um crime omissivo dessa índole não foram pensadas e sequer percebidas. É necessário que se prove que, em um espaço de tempo tal, o possuidor não efetuou o descarte e tinha a possibilidade de se desfazer da coisa incriminada. A meu juízo, não existe nenhuma sentença que traga semelhante comprovação. Acrescente-se, ainda, que o dolo não deve se referir apenas à existência da coisa no âmbito do próprio domínio. É necessário que o possuidor tenha também consciência atual de que poderia jogar, destruir ou entregar o objeto. A mera possibilidade de se obter essa consciência não basta para a formação do dolo. Todavia, nas decisões analisadas, trata-se de uma busca em vão procurar por comprovações análogas referidas ao tipo subjetivo. Em realidade, seria algo alheio à vida real supor que o aficionado por armas e o assassino profissional pensassem, pelo menos uma vez, em destruir suas armas. Muito menos na cabeça do adicto, que busca a droga para seu próprio consumo, ocorrerá a ideia de destruir a ‘substância’. Em resumo, o ‘possuir’ e o ‘ter’ não podem ser enquadrados como modalidades de condutas omissivas.”

aqui argumentar que não se trata de uma efetiva atividade final, mas apenas de possível atividade final. Porém, ainda que fosse assim, impende notar que finalidade possível na realidade não é finalidade. Sequer aqui valeria a tese usada para salvar os delitos imprudentes, no sentido de que a finalidade não atende ao resultado, mas ao objetivo perseguido pelo autor. Ora, no delito de posse não atende a nada. Além disso, a finalidade não é idônea como elemento de ligação porque o objetivo perseguido é totalmente irrelevante a efeitos jurídico-penais e, por isso, tampouco pode ser portador de predicados de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Com isso o conceito final acaba regressando ao conceito natural de ação: “somente importa se o agente quis algo, qualquer coisa; o conteúdo da sua vontade é indiferente”.²³

Busato afirma que aqui estar-se-á diante de um fato (que simplesmente acontece) e não de uma ação.²⁴ Isso porque, no giro linguístico operado pela filosofia da linguagem, desenvolvida em torno da ação e da racionalidade prática, ou seja, na primazia à teoria da ação sobre a teoria dos sistemas, a ação não se confunde com o que se faz, mas sim é o significado do que se faz. Não é, nessa linha, substrato, mas sim sentido. Se os fatos acontecem, as ações têm sentido (significam). Por isso os fatos são descritos e, ao contrário, as ações devem ser entendidas. O verbo “possuir”, para Busato, não transforma um fato em ação. É que “possuir” é algo que simplesmente ocorre a alguém ou a algum objeto.²⁵ A fundamentação é correta, no sentido de que não é possível resolver o problema da ação com um verbo indicativo de um mero estado, porém isso não dá conta de solucionar os casos dos demais verbos, que contornam essa deficiência e são também caracterizadores de delitos de posse.

De qualquer forma, mesmo que fosse possível avançar e superar o problema da ação, o fato é que os delitos de posse substituem o momento de consumação do delito para momentos impuníveis: os momentos do *ante factum* e *post-factum*. Pense-se, por exemplo, na posse com objetivo de colheita de prova. Enfim, mesmo que se crie um conceito jurídico-penal de ação, não se poderia deixar de perceber que se trata de punição antecipada distante de qualquer legal possível ao bem jurídico tutelado.

O mesmo acontece nos delitos organizacionais. “Pertencer”, “integrar”, “associar-se”, “juntar-se” e “reunir-se” não são verbos que exprimem uma real ação. Na verdade, expressam apenas estado de ser, algo que simplesmente ocorre, mas que, por essa

23. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundriss. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2006; ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. de Ana Paula dos Santos Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986.

24. LOBATO, José Danilo Tavares. Panorama dos crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, abr. 2013: “Não se pode abrir espaços para criminalizações sem conduta. O limite mínimo de contenção do poder punitivo se localiza precisamente na exigência de que haja um comportamento humano. Aceitar que se reprove criminalmente a relação de uma pessoa com um objeto, quando essa não se encontra mediada por uma conduta comissiva ou omissiva, equivale, efetivamente, à punição de maus pensamentos.”

25. BUSATO, Paulo César. *Novas reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*, cit., p. 72.

simples razão, não tem potencialidade autônoma para afetar algum bem jurídico-penal concreto. O direito penal, em respeito aos princípios da legalidade e da lesividade, não pode criminalizar meros estados de coisas, não pode criminalizar por delitos de estado (*Zustandsdelikte*). Só pode criminalizar ações ou omissões, fazer e não fazer, nesse caso excepcionalmente. Ora, da mesma forma que possuir algo não consiste em uma ação, quem está em uma organização, bando ou associação, *per se*, não faz nada. Só está. Estar em algo não significa e não se confunde com fazer algo. Não há finalidade relevante. Não há manifestação de personalidade. Nem se trata, de outro lado, sequer de inatividade, como não sair daquele estado, porque as omissões penalmente relevantes só existem quando se tem um mandato normativo expresso. No plano da natureza, portanto, só existem obviamente ações. Logo, não há dignidade autônoma de ação para justificar qualquer punição. Em outras palavras, assim como acontece nos chamados delitos de posse, os delitos de organização, por constituírem delitos de estado ou delitos de posição, são delitos sem ação. Portanto, atentatórios ao princípio da legalidade, que descreve ações ou omissões relevantes no tipo penal. A “ideia de delitos sem ação”, como afirmou Tavares, “é, sem dúvida, incompatível com a ordem jurídica democrática, assentada no princípio da legalidade. Uma exigência imediata do princípio da legalidade é que a ação venha definida em lei, em seus contornos essenciais.”²⁶ Essas figuras típicas, portanto, devem desaparecer das legislações penais modernas.

Por outro lado, também não se pode desprezar os inconvenientes legais da tipicidade objetiva dos delitos de organização. Não é por outra razão que a criminalização autônoma desse modalidade de delitos, como sustentou Ferrajoli, constitui-se como técnica jurídica de “previsão de figuras de delito elásticas e indeterminadas, idôneas para conotar, em termos vagos ou valorativos, modelos globais de desvio, em vez de indicar univocamente tipos de delito empiricamente determináveis.”²⁷ Essa técnica, portanto, oculta a lesão de bens jurídicos concretos, reprime antecipadamente a simples e frequente colocação abstrata em perigo ou pune puramente o desvalor social ou político da ação, para além de qualquer função penal de tutela.²⁸

Não resolve o problema da tipicidade material o argumento rasteiro de que se está aqui diante de delitos que não exigem dano (bastaria um perigo abstrato) ou mesmo de delitos que protegem bens jurídicos coletivos, retratados, então, nas vagas ideias de defesa social, paz pública, tranquilidade e segurança de algo. Ora, é de se observar a advertência de Greco no sentido de que o debate sobre a legitimidade dos crimes de perigo abstrato não deve se ater a considerações a respeito do bem jurídico, mas sim sobre o tópico que parte da doutrina vem chamando de “estrutura do delito” (*Deliktstruktur*). Isso porque o bem jurídico tutelado nos tipos de perigo abstrato é o mesmo tutelado por tipos

26. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 118.

27. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., pp. 35-36.

28. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 383.

de lesão ou de perigo concreto. Assim, não se trata de responder à pergunta *o que proteger*, mas sim à pergunta *como proteger*.²⁹ Nessa linha, a análise da estrutura dos crimes de perigo abstrato não prescinde do princípio da ofensividade (lesividade), porque é o bem jurídico que oferece contornos e limites a referido princípio. Segundo Tavares, o bem jurídico é “um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social, (...) um valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual devem se referir a ação típica e todos os seus demais componentes.” Não se trata, assim, de uma norma em si, mas de valor que “condiciona a validade da norma e, ao mesmo tempo, subordina sua eficácia à demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo.”³⁰ Desse modo, não são válidas a) normas jurídicas sem referência a bem jurídico; b) normas penais que não apresentem lesão ou perigo ao bem jurídico, ou seja, tipos de perigo abstrato apenas podem ser aplicados se restar demonstrado perigo real a bem jurídico. Aliás, não por nada que Roxin reconheceu como ilegítimas também: a) normas penais que proibam condutas meramente imorais (p. ex., a punição do homossexualismo entre adultos); b) normas penais que se caracterizem por um *paternalismo duro*, (p. ex., proibição de posse de droga para consumo próprio); c) normas destinadas à proteção de sentimentos, que punem a realização de cenas indesejadas (p. ex., de pornografia, § 184 Abs. 2 Nr. 6 StGB, ou de atos sexuais, § 183a StGB); d) normas penais que proibam a violação de tabus (como o incesto entre irmãos ou a negação de fatos históricos); e) também não são bens jurídicos os objetos de proteção de grau de abstração impalpável, como a figura da idoneidade para perturbar a paz pública, que aparece em diversos dispositivos penais; f) leis penais simbólicas, que são aquelas criadas pelo legislador para demonstrar compromisso com determinado valor, mas que não previnem danos; g) também a proteção de bens jurídicos aparentes tornam a norma ilegítima (segurança pública, saúde pública);³¹ h) normas com finalidade puramente ideológicas; i) cominações arbitrárias.³²

A partir dessa lógica, o bem jurídico condiciona a validade da norma penal (norma penal sem bem jurídico como referência é inválida), bem como condiciona sua eficácia

29. GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 49, jul.-ago. 2004. p. 117.

30. TAVARES, Juares. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 198.

31. ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 187-188.

32. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos. la estructura de la teoria del delito*. Trad. Diego-M. Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. p. 56.

pela necessidade de demonstração de que a ação proibida lesiona ou coloca o bem jurídico em perigo.³³

De consequência, são inadmissíveis criminalizações de comportamentos que não tenham um mínimo de substrato empírico, razão pela qual consideram-se atípicas lesões insignificantes.³⁴ Tampouco se admite a criminalização de um simples comportamento independente de lesão ou perigo a bem jurídico, de forma que os crimes de perigo abstrato representam ofensa ao princípio da ofensividade.³⁵ O mesmo argumento pode ser utilizado para fundamentar a não punição da tentativa inidônea (art. 17, CP). Portanto, os tipos de perigo abstratos violam o princípio da legalidade, na vertente da *lex certa*, porque, quando de aplicação pura e simples da presunção *jures et de jure*, são abertos e indeterminados.³⁶

Aliás, Roxin já mostrou que os delitos de perigo abstrato possuem falhas dogmáticas: a) presumem perigo e risco em situações que não existem; b) preveem perigo de perigo, como no caso da tentativa; c) o bem jurídico não é mencionado no tipo mas apenas é motivo para a criação do preceito legal.³⁷ Enfim, se não é possível admitir presunções *juris et de jure*, então tipos penais de perigo abstrato devem ser repudiados por completa inconstitucionalidade quando não existe situação de risco de lesão no mundo real.³⁸ Consequentemente, não se pode recorrer a eles para legitimar delitos organizacionais. As tentativas de salvar os delitos de organização não passam de retóricas simplistas, quase sempre comprometidas com a conservadora preservação de um *status quo*. De nada serve sustentar que aqui se está diante de *entidades coletivas ilícitas* e que, por praticarem delitos, há razão de criminalização. Ou então que a criminalização dos entes coletivos ilícitos protege os mesmos bens jurídicos dos delitos por eles praticados. Ora, se é assim mesmo, então a punição pelos delitos realizados seria suficiente, até para evitar dupla responsabilidade.³⁹ Afinal, se o autor participou do plano da ação buscada pela associação, não se compreende por que deve responder pelo delito preparatório.

33. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*, op. cit., p. 198.

34. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*, op. cit., p. 73.

35. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*, op. cit., p. 186-187.

36. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires, Ediar, 2002. p. 492.

37. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4. ed. Munique: Beck, 2006, p. 35. t. I.

38. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*, cit., p. 491-492.

39. Em sentido contrário, no sentido de que os delitos associativos como meio que não protege um bem jurídico supraindividual e sim o mesmo bem jurídico protegido pelo crime fim, com conteúdo de desvalor autônomo, ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa: uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 91, p. 393-409, jul.-ago. 2011.

6. OS PROBLEMAS PROCESSUAIS PENAIS DOS DELITOS DE POSSE E ORGANIZAÇÃO

Há sérios problemas processuais nas imputações de delitos de posse e dos delitos associativos. Por exemplo, frequentemente os tipos penais de organização são construídos justamente para resolver problemas provenientes do direito processual penal.⁴⁰ Por sua vez, também “a penalização da posse serve para poupar a necessidade de prova da aquisição de objetos.”⁴¹ É correto entender, como afirma Struensee, que aqui o que o legislador quis mesmo foi justamente que “a persecução penal fosse aliviada, na medida em que já não é necessário provar, em relação ao possuidor, a aquisição ilegal do entorpecente.”⁴²

O primeiro problema grave, reside no fato da imputação pode ser utilizada como instrumento de manipulação probatória (delitos de posse) ou manipulação para alcançar pedidos de prisão preventiva em delitos que legalmente não comportariam, como acontece, quase sempre, nos delitos de pequena e média gravidade (delitos de organização).⁴³ Neste último caso, a mera menção de presença de delito organizacional gera alta sensação de gravidade autônoma, mesmo que os delitos concretamente realizados (sequer processados e punidos) não sejam particularmente graves. Com isso, sem maiores discussões e preocupações, abrem-se as portas mais dramáticas das medidas coercitivas de punição antecipada, com restrição indeterminada de liberdade, sem sentença firme. Até agora nada se fez para impedir esse desvirtuamento legal, que consiste no maldoso direcionamento do direito penal. Pense-se nos delitos de licitação que não comportam prisão preventiva. Basta que se acoplem intencionalmente a eles o delito organizacional, ainda

40. PASTOR MUÑOZ, Nuria, op. cit., p. 26.

41. SCHROEDER, Friedrich-Christian. La posesión como hecho punible. *Revista de Derecho penal y Criminología*, Madrid, n. 14, 2004. p. 156. Por meio da proibição da posse de determinadas coisas, a persecução penal se vê aliviada, na medida em que deixa de ser necessário provar a aquisição ilícita pelo possuidor. Confira-se: STRUENSEE, Eberhard. Besitzdelikte. In: *Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos, 1999.

42. STRUENSEE, Eberhard. Os crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, abr. 2013.

43. Pastor reconhece que os crimes de posse integram um âmbito particularmente apto à manipulação da prova. Assim, por exemplo, “a possibilidade de que um servidor público desleal, de qualquer das agências de persecução penal, disponha, além do dolo, de todos os meios necessários para montar uma cena com rastros ‘criminosos’, o que será corroborado pelo surgimento de testemunhas ‘idôneas’ e pela implantação, na cena delitiva, de instrumentos ou substâncias de grande mobilidade, cuja mera posse já constitua um delito de per si, como, por exemplo, armas de fogo, drogas, objetos aptos à falsificação de moeda, documentos, coisas roubadas etc.” (PASTOR, Daniel R. Problemas processuais dos crimes de posse. *Revista Liberdades*, n. 12, abr. 2013). Esse exemplo não é hipotético. No Paraná, por exemplo, descobriu-se que policiais possuíam um “kit flagrante” usado para incriminar pessoas por tráfico de drogas. O processo tramitou na 11ª Vara Criminal da Comarca de Curitiba/PR, sob n. 0032579-14.2018.6.16.0013, já com sentença condenatória recorrida.

que numa mera suposição sem provas, talvez com algum apoio mediático ou de recurso visual, para que o caminho da prisão cautelar seja facilitado.

O segundo problema, não menos importante, está no fato de que o processo em regra se contenta com certa pobreza probatória, que dificulta inclusive o exercício de defesa. Por isso, não raras vezes a punição pelos delitos de posse e organizacionais traduz-se em uma verdadeira forma de burlar a ausência de prova de fatos determinados. Aqueles indícios do delito concreto se convertem, então, num passe de mágica, na prova. Isso significa que os meros indícios de cometimento de fatos graves são convertidos em conteúdos de tipos penais autônomos. Logo, para o exercício da acusação bastaria qualquer prova da posse ou associação para fins criminosos, os quais, aliás, neste último caso, sequer precisariam ser taxativamente mencionados no tipo autônomo. Em outras palavras, nos delitos de posse pouca coisa se pode fazer, ao passo que, nos tipos organizacionais, fica tudo “stand by”, o que, sem dúvida, fragiliza o exercício da defesa e causa prejuízo do princípio da taxatividade, dado que não se sabe, em concreto, quais são os crimes graves (fatos não provados) relacionados às atividades da associação. De outro lado, também não há que se olvidar que a prova de algo negativo e indeterminado torna o exercício da defesa, nos dois casos, uma atividade impossível e quase sempre meramente retórica.⁴⁴

Enfim, não há dúvidas que esses delitos apresentam graves problemas de garantias processuais. No caso dos delitos de organização, Ferrajoli alertou que o esquema punitivo, ao não estar ancorado na comprovação empírica de ações criminosas e/ou de fatos lesivos taxativamente denotados pela lei, resulta amplamente substancialista e decisio-nista: a subjetivação das hipóteses normativas de delito, com efeito, não compromete apenas a legalidade estrita, mas comporta também a subjetivação do juízo, confiado a critérios discricionários de valoração da anormalidade ou perigosidade do réu, que inevitavelmente dissolvem o conjunto das garantias processuais.⁴⁵

44. Um exemplo da fragilidade da prova, quase sempre indiciária anterior ao processo penal, é escancarada no megaprocesso paranaense (processo n. 0000537-77.2016.8.16.0013, da 8ª Vara Criminal da Comarca de Curitiba/PR) promovido pelo Ministério Público do Paraná contra centenas presos (778) supostamente membros de uma conhecida facção criminosa, porque um caderno teria sido encontrado em uma cela com a menção de centenas de nomes de presos. A situação era tão bizarra que, aos acusados inseridos na lista, não sobraria nenhuma forma de defesa que não fosse a negativa oral. Frequentemente também há problema de litispendência, de violação da autoridade da coisa julgada e de desrespeito ao princípio da indivisibilidade da conduta. Conta-se, por exemplo, que determinado político carioca teria tantas imputações de participação em associações criminosas que seria impossível ter exercido efetivamente o cargo de governador. Parece que cada corrupção, cada novo tipo de contrato público questionado, abria um leque infinito de novas figuras organizacionais. Essas imputações, aliás, formariam diferentes processos, sem continuidade delitiva. Aqui há evidências de violação da autoridade da coisa julgada e da verdadeira de dupla punição.

45. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 80.

7. AS SOLUÇÕES DE *LEGE LATA*

7.1. *A dogmática crítica*

7.1.1. *O corretivo redutor da tipicidade nos delitos de posse*

A discussão que se deve estabelecer aqui é sobre se é legítima a criminalização da posse de determinados objetos tidos pelo ordenamento jurídico como ilícitos, é dizer, por qual motivo ter simplesmente a posse de uma coisa, que não prejudica ninguém concretamente, deve constituir um delito consumado. A verdade é que os referidos delitos, mesmo quando retratem estrutura típicas diferentes, geram problemas não apenas político-criminais.

Pastor Muñoz apresenta casos de delitos de posse de estruturas típicas distintas: (1) posse sem autorização de objetos *per se* perigosos, (2) posse sem autorização de objetos *per se* não perigosos e que podem ser utilizados de forma perigosa, (3) posse sem autorização de objetos com intenção de cometimento de delito, (4) posse de objetos destinados a preparação de delitos e (5) posse de objetos provenientes de delitos.⁴⁶ Em todos os quatro primeiros casos, a lógica da estrutura é o adiantamento ou antecipação da punição. No quinto caso, ao contrário, a lógica é de punição pós-consumação, ou seja, o bem jurídico já foi ofendido.

A estrutura da posse sem autorização de objetos *per se* perigosos (1) não depende da ação realizada, dado que parece existir uma “periculosidade objetiva”, que faz prescindir de um comportamento responsável adicional.⁴⁷ Nessa lógica estaria, por exemplo, aqui, a criminalização do artigo 22 da Lei 6.453/77 (posse de material nuclear) ou arma guardada sem cautelas. Depois, o caso da estrutura da posse sem autorização de objetos *per se* não perigosos, mas que podem ser utilizados de forma perigosa (2) a depender de algumas “circunstâncias” concretas, tal como uma arma de fogo que, sem licença, é guardada distante do acesso por inimputáveis, portanto, em perfeitas condições de segurança, ainda que possa, no futuro, ser usada para algum delito no futuro. Em outras palavras, o caso não é de perigo objetivo do objeto, mas sim de perigo de comportamento futuro. Outra situação é a posse sem autorização de objetos com intenção de cometimento de delito (3), que retrata aqueles casos em que inexiste uma “periculosidade objetiva” imanente no objeto, embora a posse faça parte de um plano de cometimento de delito. O sentido estaria na preparação. Aí estariam os casos de posse de grande quantidade de drogas, pois indicam a intenção de cometimento do delito de tráfico – posse como preparação. Também seria relevante a posse de objetos destinados a preparação de delitos, que tornaria a simples posse um médio para cometimento do delito (4), como acontece, por exemplo, na guarda de matérias-primas para produção de drogas, apetrechos para falsificação de moeda, falsidades documentais para estelionatos etc. Por fim,

46. PASTOR MUÑOZ, Nuria, op. cit., p. 48.

47. PASTOR MUÑOZ, Nuria, op. cit., p. 49.

a posse de objetos provenientes de delitos já consumados, pois trataria de *post-factum*, como os casos frequentes de pornografia infantil, receptação, contrabando ou lavagem de dinheiro (5).

Embora reconheça que os casos podem se mesclar, numa estrutura mista de elementos, Pastor Muñoz mantém as diferentes estruturais mencionadas por conta de que no caso 1 a periculosidade prescinde da ação, no caso 2 deriva das circunstâncias e, no caso 3, da própria finalidade. O que há em comum, em todos os casos, é a distância entre a posse e a lesão do bem jurídico individual. O caso 1 poderia ser resolvido com a periculosidade objetiva do objeto, constitutiva de crime de perigo abstrato, enquanto os demais casos necessitariam de periculosidade subjetiva ou “início de uma condução delitiva de vida”.⁴⁸ Assim, para Pastor Muñoz, a falta de periculosidade objetiva poderia ser suprida pela ideia de periculosidade subjetiva do autor ou do início de uma condução delitiva de vida. Essas situações estariam retratadas na manifestação séria do autor na disposição de realizar delitos – com ocorre nos delitos de organização – ou, então, na realização de atos objetivos de preparação.⁴⁹

Essas estruturas servem, didaticamente, para mostrar como os tipos respectivos contentam-se (os quatro primeiros casos) com uma mera situação de consumação antecipada, isto é, antes da efetiva lesão ao bem jurídico. Mas isso, como bem frisa Pastor Muñoz, não implica qualquer decisão sobre se o injusto é definido autonomamente ou da relação com futura lesão.⁵⁰ A classificação mostra, por outro lado, que é muito esforço para encontrar um fundamento legítimo para criminalização da posse de objetos, quando não se tem periculosidade real do objetivo. Quase sempre essa tentativa, como de Pastor Muñoz, cai no regresso ao direito penal de autor, dado que abertamente se afasta do perigo da própria ação. Talvez por isso é que Struensee chamou esses delitos de posse de “tropeço legislativo”, entre outras coisas porque representam uma relação de domínio e não uma atividade.⁵¹ Afinal, quem possui olhos verdes, cabelos longos, pele escura, porta algum objetivo sem perigo real objetivo, não realiza obviamente nenhuma ação, nenhum movimento corporal de relevância típica. O próprio uso linguístico mostra que não se estaria diante de uma ação: o direito penal somente pode criminalizar comportamentos humanos no sentido de fazer ou não fazer algo e não pode criminalizar um mero estado como a posse ou detenção. Além disso, como visto, os delitos de posse aplicam pena de consumação a estágios preparatórios prévios, com os quais os prejuízos, de cuja evitação se trata, constituiriam apenas uma autocolocação em perigo.⁵² Portanto, o

48. PASTOR MUÑOZ, Nuria, op. cit., p. 59.

49. PASTOR MUÑOZ, Nuria, op. cit., p. 60.

50. PASTOR MUÑOZ, Nuria, op. cit., p. 55.

51. STRUENSEE, Eberhard. *Besitzdelikte. Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos, 1999.

52. ROXIN, Claus. *Besitzdelikte. Stanje Kriminaliteta u srbiji i pravna sredstva reagovanja*, II, Deo, Biblioteka Crimen 5, Pravni Fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2008.

problema de deslegitimação político-criminal nos casos em que não se lesionam e nem se põem em perigo imediato os bens jurídicos tutelados é incontornável.

A única possibilidade de reduzir o alcance dos delitos de posse é suprimir o núcleo do tipo “possuir” e exigir verbos que expressem uma verdadeira ação humana. Como esclareceu Roxin, não são apenas os verbos “ter” e “possuir” que designam delitos de posse. “Manter”, “trazer consigo”, “guardar”, “armazenar”, “ocultar”, “expor a venda”, “ter em disponibilidade” ou “ter em custódia” também “designam a posse como uma posseção ou detenção de algo que se submete ao poder de fato do sujeito.”⁵³ Pode acontecer que a posse seja um pressuposto óbvio de outros verbos como “portar”, “usar”, “distribuir”, “vender”, “plantar”, “receber” etc., os quais exigem maior compromisso da investigação e da acusação com a prova do processo. Como se trata de categoria de delitos que Husak denominou “delitos superpuestos”, constitutivos de excessos, só assim é impossível reduzir o alto alcance e evitar que sejam repetitivos (*ne bis in idem*) e cubram *ante factum* e *post-factum*.⁵⁴

Por outro lado, aqueles verbos de posse – “guardar”, “manter”, “ocultar”, “ter em depósito”, “trazer consigo” – quando existentes e representarem um perigo objetivo *per se*, precisam ainda assim de complemento subjetivo, de elemento subjetivo diverso do dolo, um especial fim de agir, porque só segundo verbo pode corrigir o problema de expansão do primeiro. Esses verbos devem caracterizar um movimento corporal dotado de intenções ou produtor de resultados.⁵⁵ Se ainda assim fosse possível punir aquele estágio prévio de lesão ao bem jurídico, então a melhor interpretação deveria ser aquela que reduz o alcance para momentos similares aos delitos tentados, dado que quem tem algo o guarda para algum fim não realizado, não pode responder por delito consumado.⁵⁶

No caso específico da posse de arma de fogo ou explosivos, que representam um perigo *per se* a bens jurídicos individuais, é preciso recordar que eles apenas se tornam efetivamente perigosos com o uso, ou seja, que a posse é vista como preparação de um delito de homicídio ou lesões. Logo, a posse por si só nada causa e poderia muito bem ser controlada por ramos distintos do direito penal, inclusive porque ele podem atuar de forma preventiva mais eficiente. Afinal, mesmo quem possui objetos perigosos podem exercer essa posse, no caso concreto, com menos riscos que aqueles que, de alguma forma, possuem licenças administrativas para tanto. O fato de ter a posse de algo perigoso não muda nada. Pense-se que objetivos perigosos objetivamente não desaparecem por meras

53. ROXIN, Claus. *Crimes de posse*. Revista *Liberdades*, São Paulo, n. 12, abr. 2013.

54. HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*, op. cit., p. 84.

55. STRUENSEE, Eberhard. Os crimes de posse. Revista *Liberdades*, São Paulo, n. 12, abr. 2013.

56. No sentido de ver nos delitos de posse uma antecipação de punição, LAGODNY, Otto. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte – Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1996.

licenças administrativas. Se assim fosse, todos estariam seguros dos riscos inerentes de qualquer usina nuclear.

Roxin, contudo, justifica a punibilidade da posse de arma de fogo não autorizadas, independentemente da finalidade original, por dois motivos: em primeiro lugar, a punibilidade serve para proteção da integridade física e da vida e, com isso, da conservação de bens jurídicos mais valiosos; em segundo lugar, se não fosse punível possuir armas perigosas ou se fosse possível mostrá-las publicamente, haveria um menoscabo significativo a sensação de segurança dos cidadãos, pois é tarefa do Estado assegurar uma convivência livre de medos entre os cidadãos.⁵⁷ Nada obstante, essa visão é equivocada. O grande problema é que se o bem jurídico é o mesmo, não haveria necessidade de punir antecipadamente. Depois, caberia lembrar que, mesmo para Roxin, meros “sentimentos” não constituem bem jurídico digno de proteção. A legitimação da criminalização da posse domiciliar de arma, por exemplo, deveria estar atrelada à proibição completa da existência de tais armas e, no caso concreto, ao risco real a bens jurídicos individuais, não de forma hipotética. A legitimação da criminalização somente seria possível se o Estado proibisse completamente a posse de armas de fogo, inclusive a fabricação, em território nacional, de tais instrumentos perigosos por si só. Mas se o Estado não proíbe a fabricação e inclusive permite que o cidadão possua em casa, desde que cumpra determinados requisitos administrativos, não é possível entender que o descumprimento de deveres administrativos possa aumentar o perigo à segurança pública. Ora, o risco que a arma domiciliar registrada administrativamente ou não coloque em perigo bens individuais como a vida ou a integridade física é exatamente o mesmo. Por isso, o problema que se coloca na criminalização primária e secundária dos delitos de posse consiste no fato de que eles, quase sempre, não transcendem o âmbito privado, não afetam terceiros pessoas e, portanto, que se chocam com os princípios da legalidade (*lex certa*) e da lesividade. São impróprias, assim, as fundamentações baseadas em ideias abstratas de proteção da segurança coletiva (armas), saúde pública (drogas) ou moralidade infantil (pornografia).

No caso das drogas, o próprio Roxin concorda que se trata de autocolocação em perigo mediante uma responsabilidade própria, o que, conforme os princípios gerais de imputação, implica na vedação à intervenção penal.⁵⁸ A punição, no caso do tráfico, deveria estar atrelada, quando muito, ao perigo real a bem jurídico individual, em situação de perigo objetivo da própria substância, que, dada quantidade substancial, provoca ausência de controle estatal, portanto, perigo objetivo de entrega descontrolada.

Mesmo a posse de material pornográfico infantil precisa de dados que reproduzam um “sucesso real e verossímil”, como consta do parágrafo 184, IV, do Código Penal alemão, até porque a simples posse não altera em nada a ofensa ao bem jurídico protegido. No fundo, isso acarreta o direito penal simbólico, especialmente por reduzir o problema a perigos presumidos *jures et de jure*. Esse caso apresenta o mesmo problema dos delitos de

57. ROXIN, Claus. Crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, abr. 2013.

58. ROXIN, Claus. Crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, abr. 2013.

receptação, lavagem de dinheiro, guarda de produto proveniente de contrabando, posto que constituem *post-factum* impunível: se o bem jurídico já foi lesionado, não razão nenhuma para nova punição.

7.1.2. O corretivo redutor da tipicidade nos delitos de organização

Os delitos de organização também não são possíveis de salvação. Contudo, há reduções formais e materiais, fomentadas pela melhor doutrina, que merecem aplicação no caso concreto.

A redução formal é feita para distinguir o delito de organização da mera autoria coletiva. A doutrina penal brasileira exige a simples comprovação da estabilidade e permanência. Segundo a lição clássica de Hungria, é necessária a “reunião estável ou permanente (que não significa perpétua), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes.”⁵⁹ Isso quer dizer que “a nota de estabilidade ou permanência da aliança é essencial. Não basta, como na ‘co-participação criminosa’, um ocasional e transitório concerto de vontades para determinado crime: é preciso que o acordo verse sobre uma duradoura situação em comum.”⁶⁰

Essa interpretação restritiva dos tipos penais organizacionais, ainda que bastante importante, não resolve o problema central referente ao conteúdo injusto penal de tais delitos. Afinal, só a essência do tipo de injusto pode explicar esse tipo de criminalização, evitando, assim, uma legislação meramente simbólica que sirva para expansão do poder punitivo – típica de um direito penal do inimigo.

Por isso, a doutrina tem abordado o conteúdo do injusto dos delitos organizacionais mediante três tipos fundamentais: primeiro, cuida-se de delito em que há um exercício abusivo do direito de associação, ou seja, o bem jurídico aqui seria o exercício do direito de associação; segundo, no delito associativo existe uma antecipação de punibilidade, anterior inclusive aos atos preparatórios, por conta da especial periculosidade da organização; terceiro, no delito organizacional o que existe violação de um bem jurídico coletivo (ordem pública, segurança interna, paz pública etc.). Essa fundamentação esdrúxula – já rechaçada acima – já foi acatada pela jurisprudência brasileira quando enxergou ali no crime organizacional um bem jurídico retratado na autoritária ideia de paz pública.⁶¹

A fundamentação do delito organizacional no abuso de direito de associação não convence porque não serve de definição do conteúdo do injusto penal, mas funciona apenas

59. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 9, p. 178.

60. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 3. ed. 2. tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. v. 4, p. 248. Enfim, em todos os delitos organizacionais a doutrina exige demonstração do vínculo de estabilidade, não sendo suficiente a união ocasional e episódica. Isso é assim para evitar a transformação do mero concurso de agentes em crime associativo.

61. STF, Inq 3989, rel. Min. Edson Fachin, 2ª Turma, j. 11.06.2019.

como uma referência formal relacionada ao modo pelo qual se realiza o tipo penal em questão.⁶²

Por outro lado, a teoria da antecipação é problemática porque antecipa a punibilidade num estágio prévio de lesão ao bem jurídico (aliás, indeterminado). Conforme afirmou Cancio Meliá, a principal objeção é que se

“reduz sem necessidade a perspectiva de análise exclusivamente ao aspecto de adiantamento da criminalização, sem conseguir identificar o bem jurídico específico (que, de acordo com estas críticas, sim existiria) tutelado pelos delitos de organização mais além dos tipos da Parte Especial afetados pelas infrações instrumentais de organização.”⁶³

Com isso, ao reduzir os delitos organizacionais a meros delitos de perigo abstrato, também não se explica o motivo pelo qual se punem então nos casos em que o bem futuro em risco realmente é lesionado. A fundamentação, portanto, é instrumental e não se sustenta como delito autônomo quando se tem a real lesão ao bem jurídico futuro.

Como se sabe, uma função restritiva e minimizadora pode prescindir do princípio da lesividade: ainda que os tipos associativos fossem reestruturados sobre a base do princípio de lesividade, seria impossível uma transformação em figuras de perigo concretos sem adentrar em esquemas normativos informados pelo tipo de autor.⁶⁴

Por fim, como visto detalhadamente acima, tampouco prospera a ideia de bem coletivo. Conforme afirmou Cancio Meliá, a indeterminação das descrições utilizadas por esse setor para caracterizar o objeto de proteção coletiva abre as portas a uma “criminalização ilimitada”.⁶⁵

Portanto, a única forma de aceitação do delito de organização consiste em ver o injusto em questão como forma de ameaça, isto é, como forma de apropriar-se indevidamente de organização que consiste na anunciação futura de comissão de delitos.⁶⁶ O conteúdo de desvalor autônomo tem que se constituir numa ameaça violenta. Do contrário, conforme defendeu Jakobs, o delito organizacional violaria o princípio de fato,

62. CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. RGDP, n. 8, nov. 2007. p. 13.

63. CANCIO MELIÁ, Manuel. *El injusto de los delitos de organización: peligro y significado*, cit., p. 15.

64. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 383.

65. CANCIO MELIÁ, Manuel. *El injusto de los delitos de organización: peligro y significado*, op. cit., p. 18.

66. CANCIO MELIÁ, Manuel. *El injusto de los delitos de organización: peligro y significado*, op. cit., p. 25.

que exclui toda responsabilidade penal por meros pensamentos, isto é, que repudia qualquer direito penal de ânimo.⁶⁷

Nessa linha, a estrutura dos delitos de organização exige atenção para dois segmentos: uma dimensão coletiva e uma especial ameaça em termos de valores jurídico-políticos. No primeiro aspecto, da dimensão coletiva, o injusto do delito de organização deve possuir uma qualidade de incremento de periculosidade a bens individuais. Isso não quer dizer, para não se cair numa dupla punição, que o tipo penal protege bens jurídicos iguais aqueles protegidos pelos crimes fim. Greco e Estellita, contudo, sustentam que aqui deve-se exigir uma “orientação objetiva da organização no sentido da prática de delitos”, que existe quando as condutas delitivas são praticadas no seio da organização de modo automático, isto é, sem necessidade de um novo processo decisório: a decisão quanto ao “se” da prática de delitos é tomada por cada membro no momento de entrar na organização. O problema aqui é que se presume o conhecimento de delitos futuros pelo simples fato de “estar num ente ilícito”, algo que pode acontecer quando se trata de organização simples, mas dificilmente naquelas mais complexas. O que se deve exigir é que o delito associativo só poderá existir se, subtraindo-se mentalmente a prática de quaisquer outros delitos, restar na mera associação de pessoas conteúdo de desvalor suficiente para justificar uma sanção penal.⁶⁸ Em outras palavras, a organização deve possuir o que Cancio Meliá chamou de “uma magnitude social autônoma”.⁶⁹ É preciso que a organização, para não se correr o risco de “responsabilidade por adesão”, tenha certa estrutura interna, certa densidade, para se poder apreender dogmaticamente. Jakobs fala de “integração em uma organização” como uma espécie de perda de controle do sujeito. “Esta perda de controle não somente se refere a possíveis fatos individuais futuros, mas também afeta a condição de membro de tal: converte em certo modo a atuação coletiva da organização na conduta de cada um dos membros.”⁷⁰ Essa qualificação da organização vem expressada na circunstância de que atuam “enquanto coletivos”.⁷¹

O outro aspecto, da especial ameaça em termos de valores jurídico-políticos, o injusto organizacional deve se constituir como uma forma de apropriação indevida do

67. JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. ZStW 97, 1985. p. 751.

68. GRECO, Luís, ESTELLITA, Heloisa. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 91, jul.-ago. de 2011. p. 393.

69. CANCIO MELIÁ, Manuel. *El injusto de los delitos de organización: peligro y significado*, op. cit., p. 28.

70. CANCIO MELIÁ, Manuel. *El injusto de los delitos de organización: peligro y significado*, op. cit., p. 33.

71. CANCIO MELIÁ, Manuel. *El injusto de los delitos de organización: peligro y significado*, op. cit., p. 34.

monopólio estatal da violência. É preciso que a existência da organização afete de modo direto o Estado. Nas palavras de Cancio Meliá,

“a organização delitiva se apropria do exercício de direitos pertencentes ao âmbito de soberania do Estado. Somente quando se vincula a este modo de emergência da organização com o incremento fático da periculosidade que esta possui, percebe-se com clareza o específico significado da atuação coletiva das organizações criminais: colocam em questão o *monopólio da violência* que corresponde ao Estado.”⁷²

Consequentemente, somente os entes coletivos perigosos, que questionam o papel do Estado, podem concretizar o injusto penal como ameaça. A questão concentra-se no exercício exclusivo da violência pelo Estado. É preciso, em breve resumo, que o coletivo tenha assunção de poderes inerentes ao exercício do monopólio da violência, mediante mecanismos coercitivos de atos de violência penalmente tipificados.

Por fim, também há que se agregar que o bem jurídico é pressuposto de qualquer incriminação. Exige-se, portanto, que a conduta provoque alguma alteração do mundo, real ou provável.⁷³ Nessa linha, os delitos organizacionais só adquirem significado “se puderem influir, em termos de probabilidade, na segurança ou estabilidade das pessoas.”⁷⁴ Isso não ocorre, é certo, automaticamente nos delitos de mero estado, pertencimento ou estado antijurídico.

7.2. A política criminal alternativa

Até aqui parece existir demonstração de que tanto os delitos de posse quanto os delitos de organização facilitam o exercício do poder punitivo, seja adiantando barreiras de imputação, seja suprimindo exigência dogmática de proteção da liberdade individual. Trata-se de uma política criminal eficientista, que para alcançar os fins propostos pelo poder estabelecido, não faz restrições aos meios utilizados. Se os meios são processos inquisitórios, espetacularização, provas ilícitas, escutas e prisões preventivas intermináveis, as delações medievais e ajustes secretos entre juiz e promotor, paciência. Para lógica eficientista é o preço que se paga.

Porém, vale recordar que a Constituição da República não é um regulamento penitenciário. A Constituição da República, ao criar as bases do Estado Democrático de Direito, conformou uma política criminal ponderada, porque a pena não aparece como instrumento de vingança ou luta. Aliás, justo o contrário: a Constituição da República brasileira vê na pena, ainda que ingenuamente, uma utilidade socialmente relevante. Isso é

72. CANCIO MELIÁ, Manuel. *El injusto de los delitos de organización: peligro y significado*, op. cit., p. 36.

73. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 186.

74. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*, op. cit., p. 195.

decorrência óbvia do *Welfare State*. Na verdade, no Estado Social e Democrático de Direito, que é o acolhido pela CR de 1988, artigo 1º, o poder punitivo só pode ser exercido como *política social* posta a serviços de todos os cidadãos. O direito penal, como política legislada, somente pode atuar quando resultar absolutamente necessário para proteger a liberdade humana. Logo, o que se precisa é uma *política criminal constitucional*, ou seja, uma *política criminal alternativa* ao Código Penal e às leis penais expansivas do poder punitivo. Nela, por óbvio, não pode existir espaço para os delitos de posse nem para os delitos de organização.⁷⁵

Vale recordar sempre que, na sociedade de capital, as críticas à ineficiência da justiça penal contra os poderes dominantes não somente justificam a manutenção do sistema social injusto e desigual, como também bloqueiam as tentativas de transformação a favor dos sujeitos histórico-sociais (vítimas). Assim, mediante uma razão estratégica-crítica que realize uma ação transformadora respeitosa do princípio da alteridade, é dizer, que contenha uma ética de solidariedade fundada na necessidade da população de marginalizados e lute por sua emancipação, é possível construir um outro direito penal, com menos cárceres. Quando o direito penal delimita o campo de política criminal (na proteção de bens jurídicos fundamentais ao desenvolvimento livre e igualitários dos cidadãos) e elimina todas as barreiras jurídicas que privilegiam a criminalidade das classes altas (acordos premiados, por exemplo), evita-se o ajuste jurídico que cria desigualdade na aplicação do direito penal.

7.3. O processo penal democrático

Se Constituição forja uma política criminal democrática, então obviamente condiciona o direito penal e o processo penal. Não é sorte que nos capítulos de direitos e garantias individuais da CR, inúmeras normas desenham o processo penal democrático brasileiro: determina o relaxamento das prisões ilegais, protege os domicílios contra buscas noturnas e sem autorização judicial, veda provas ilícitas, fixa razoabilidade do tempo do processo, confere direitos ao silêncio, ao contraditório e ao defensor técnico, amplia o direito de defesa, traça garantias do juiz natural etc. Por isso, para se livrar dos inconvenientes processuais dos delitos em questão – das manipulações de imputação, da pobreza probatória e do esvaziamento do direito de defesa – é fundamental abandonar o direito processual do inimigo, o direito processual do espetáculo, o direito processual

75. PASTOR sustenta que, “na porção de arbitrariedade que toca essa categoria, é razoável que todas essas figuras sejam despenalizadas, salvo a posse de coisas aptas à destruição em massa de pessoas e bens”, ainda quem neste caso excepcional, advogue pela necessidade de “standard probatório especial capaz de outorgar uma extrema fidedignidade à verificação da hipótese incriminadora, ainda que por intermédio da introdução de rígidas regras legais negativas e positivas, ou seja, meios probatórios que de per si concedam a confiança necessária para que se ratifique (ou não) a afirmação de uma posse” (PASTOR, Daniel R. *Problemas processuais dos crimes de posse*, em “Revista Liberdades”, n. 12, 2013).

inquisitório, o direito processual que se reduz ao formalismo simbólico do julgamento. No lugar disso, é preciso refundar, epistemologicamente, a partir de um marco constitucional de garantia de direitos individuais, o direito processual, calcado na legalidade estrita, como espaço democrático de exercício efetivo do direito de defesa diante dos poderes estatais.

8. AS SOLUÇÕES DE *LEGE FERENDA*

As soluções legais, impossíveis nos momentos atuais de ascensão do populismo de direita, consistem na exclusão dos tipos penais de posse e de organização, desaparecimento dos delitos de perigo abstrato, insistência numa política criminal reducionista da violência do direito, por meio de um processo penal democrático, acusatório, de garantias.

9. CONCLUSÕES

As descrições históricas, as fundamentações apresentadas e as conclusões finais podem ser assim condensadas:

1. As técnicas de criminalização por delitos de posses são, historicamente, menos frequentes nas legislações penais brasileiras do que as técnicas dos delitos de organização, muito embora ambas constituam, hoje, o grosso do movimento expansivo do direito penal.

2. A proliferação dos delitos de posse e dos delitos de organização atualmente, como novas hipóteses de criminalização, respondem à expansão do direito penal, como técnica autoritária de flexibilização de regras de imputação. O objetivo dessa nova racionalidade é canonizar a ideia de prevenção absoluta como neutralização de fontes artificiais de perigos. Por isso são construídos numa aliança entre bens jurídicos coletivo e tipos de perigo abstrato.

2.1. Os delitos de posse, no contexto político-criminal, ao serem responsáveis pela expansão da criminalização e colocarem em risco o Estado de Direito, geram castigos exagerados, ou seja, mais encarceramento.

2.2. Os delitos de organização, no contexto político-criminal, ao serem responsáveis pela expansão da criminalização e colocarem em risco o Estado de Direito, abrem espaço para o uso político manipulado do direito penal. Consequentemente, também reforçam o aumento do encarceramento, ainda que seja por meio de prisões provisórias, dado que as imputações, por não questionarem o conteúdo do injusto penal, quase sempre são reduzidas a meras retóricas fantasiosas.

3. As deficiências dogmáticas dos delitos de posse e dos delitos de organização são semelhantes: incumprimentos das funções atribuídas ao conceito de ação e carência de

determinação clara do injusto penal, motivo pelo qual as estruturas de punição antecipada conjugam delitos de perigo e falsos bens jurídicos.

3.1. Os exemplos dos delitos de posse evidenciam, por qualquer conceito, a ausência de ação, pois do contrário dever-se-ia admitir duas ações realizadas ao mesmo tempo. Mesmo que se recorra ao conceito final de ação, a finalidade não é dirigida ao resultado, portanto é insignificante. Nenhum modelo conceitual de ação consegue dar conta das funções de elemento base e de elemento de limitação para explicar razoavelmente os delitos de posse.

3.2. Os delitos organizacionais também apresentam tais problemas. Não há núcleos do tipo que expressem uma real ação. Expressam, na verdade, apenas um estado de ser, algo que simplesmente ocorre. Por essa razão, não são aptos para afetar algum bem jurídico com dignidade penal. Constitui-se como técnica jurídica elástica e indeterminada, baseada em objetos de proteção de grau de abstração impalpável, que viola o princípio da legalidade.

3.3. A tipicidade dos delitos de posse deveria ser excluída por ausência de ação, posto que não se pode criminalizar um mero estado, que não prejudica ninguém concretamente. Representam, portanto, uma relação de domínio e não uma atividade. Uma forma de reduzir o alcance é suprimir o núcleo do tipo possuir e exigir verbos que expressem uma verdadeira ação humana, ainda que tenha, como pressuposto, uma posse. Mas, se não se faz isso, então deve-se exigir uma interpretação restritiva do alcance do tipo para considerar verbos indicativos de posse como simples estágios preparatórios prévios ou, então, como indicativo da tentativa, pois quem tem algo ou guarda para algum fim não realizado não pode responder por delito consumado. Os demais verbos de posse devem estar acompanhados de um elemento subjetivo diverso do dolo, para corrigir as deficiências da ausência de ação humana no verbo da ação precedente.

3.4. As únicas formas de salvação dos delitos de organização são interpretações formais e materialmente redutoras. A redução formal é feita para distinguir o delito de organização da mera autoria coletiva, que a doutrina penal brasileira faz ao exigir a simples comprovação da estabilidade e permanência. A redução material consiste em ver o injusto em questão como forma de ameaça, isto é, como forma de apropriar-se indevidamente de organização que consiste em anunciar a futura comissão de delitos. O conteúdo de desvalor autônomo, portanto, tem que se constituir numa ameaça violenta, uma forma de apropriação indevida do monopólio estatal da violência. A organização deve possuir magnitude social autônoma que afete de modo direito o Estado. Portanto, tais delitos devem ser interpretados conforme a Constituição, para se restringirem aos casos de periculosidade por si só a bens jurídicos individuais e de ameaça real ao monopólio da violência, como expressão de soberania, por parte do Estado.

4. Os referidos delitos, ao se constituírem – adiantando barreiras de imputação – simbolizam, com perfeição, o que se compreende como política criminal eficientista, em que fins consomem os meios. O que se precisa, para fugir desse cenário, é uma *política criminal constitucional*, ou seja, uma *política criminal alternativa* ao Código Penal e às leis

penas expansivas do poder punitivo. De *lege ferende*, essa política criminal deverá fazer desaparecer os delitos de perigo abstrato e, consequência, excluir da legislação penal os tipos penais de posse e de organização.

5. Os delitos em questão esvaziam as garantias processuais e, por isso, conformam um processo penal inquisitivo, predefinido, sem possibilidade de produção probatória possível de afastar a imputação. Para exclusão dos inconvenientes processuais desses delitos – manipulações de imputação, pobreza probatória e esvaziamento do direito de defesa – é imprescindível refundar o direito processual democrático, portanto acusatório de garantias, para possibilitar, assim, o efetivo do direito de defesa diante dos poderes estatais.

10. BIBLIOGRAFIA

- ADORNO, Theodor W. *Estudos sobre a personalidade autoritária*. São Paulo: Editora Unesp, 2019.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ed. Paidós, 2006.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 3. ed. 2. tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. v. 4.
- BUSATTO, Paulo César. *Novas reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Curitiba: Veddelt Editora, 2019.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. Zum Unrecht der kriminellen Vereinigung: Gefahr und Bedeutung. „*Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*“. Köln: Carl Haymanns, 2007.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. RGDP, n. 8, nov. 2007.
- DONINI, Massimo. *Populismo e ragione pubblica*. Modena: Mucchi, 2019.
- DUBBER, Markus Dirk. The possession paradigm: the special part and the police power model of the criminal process. In: DUFF, Antony; GREEN, Stuart (Ed.). *Defining crimes: essays on the special part of the criminal law*. Oxford Scholarship, jan. 2010.
- ECKSTEIN, Ken. *Besitz als Straftat*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001.
- ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa: uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 91, p. 393-409, jul.-ago. 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lei de Segurança Nacional: uma experiência antidemocrática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

- GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 49, p. 89-147, jul.-ago. 2004.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización: los límites del derecho penal*. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. *ZStW* 97, 1985.
- LAGODNY, Otto. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte – Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1996.
- LOBATO, José Danilo Tavares. Panorama dos crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, abr. 2013.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.
- PASTOR, Daniel R. Problemas processuais dos crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, abr. 2013.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*. Barcelona: Atelier, 2005.
- ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlang. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2006.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-M. Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4. ed., München: Beck, 2006. t. I.
- ROXIN, Claus. *Besitzdelikte. Stanje Kriminaliteta u srbiji i pravna sredstva reaganja*, II, Deo, Biblioteka Crimen 5, Pravni Fakultet Univerziteta u Belgradu, Belgrado, 2008.
- ROXIN, Claus. Crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, abr. 2013.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian. La posesión como hecho punible. *Revista de Derecho penal y Criminología*, Madrid:, n. 14, 2004.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Besitz als Straftat. Zeitschrift für Internationales Strafrechtsdogmatik*. Gießen, 2011.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001.
- STRUENSEE, Eberhard. *Besitzdelikte. Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos, 1999.
- STRUENSEE, Eberhard. Os crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, abr. 2013.
- TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 2ª Edição. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires, Ediar, 2002.
- ZILIO, Jacson. *O uso político do direito penal*. In: MARTINS JÚNIOR, Osmar Pires. *Lawfare em debate*. Goiânia: Kelps, 2020.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- O conceito de defeito de organização na teoria do delito da pessoa jurídica, de Victor Campos Fanti – *RDPEC* 5/189-211; e
- Punibilidade abstrata, de Luiz Flávio Gomes – *RT* 840/725-731 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 2.

Veja também Legislação relacionada ao tema

- Art. 1o, § 2º, II, da Lei 9.613/1998.