

2. DOCTRINA NACIONAL

2.2

ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: O ESTADO DE PREVENÇÃO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA

BEATRIZ RIZZO CASTANHEIRA

SUMÁRIO: Introdução: A sociedade de risco e o estado de prevenção – 2. O bem jurídico, a prevenção geral e o estado de prevenção – 3. Criminalidade organizada e criminalidade de massa – 4. A figura típica organização criminosa no direito brasileiro e o princípio da legalidade estrita – 5. Direito penal do autor e direito penal de exceção – Bibliografia.

1. Introdução: A sociedade de risco e o estado de prevenção

Ao mesmo tempo em que, nas décadas de 80 e 90, o Estado de Direito se afirmou nas sociedades industriais contemporâneas, teve início um processo de criminalização crescente.

Esse fenômeno não pode ser avaliado sem considerar a profunda mudança que o próprio Estado de Direito vem passando em razão da globalização.

O desenvolvimento científico e tecnológico transformou profundamente as relações sociais. Afetou, de forma direta e intensa, as relações econômicas e transformou o mercado e as grandes empresas transnacionais no real centro de poder, não mais nacional ou regional, mas mundial.

O conceito de sociedade passou a ter também uma referência global: a sociedade mundial, que deve ser preservada na exata medida do interesse que nela tem o capitalismo mundial.

Sergio Moccia aponta que esse processo pode ser traduzido em uma crise

político-institucional de privatização e clandestinidade do poder¹ e que se manifestou através da ineficiência das estruturas institucionais para efeito de garantir o controle político administrativo e prevenir a degeneração criminosa da gestão das instituições públicas.

Decorre de tais transformações uma aproximação à teoria organicista da sociedade, segundo a qual o homem, o indivíduo, é reduzido a um subsistema que desempenha e tem que desempenhar meras funções para equilibrar internamente o sistema social.²

Analisando as relações entre Estado e indivíduo nas sociedades contemporâneas, Alessandro Baratta³ observa que

(1) *La Perenne emergenza – Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, Italia, 1995, p. 1/4.

(2) Cf. Eugênio Raúl Zaffaroni, *El funcionalismo sistémico y sus respectivas juridicoponales*, p. 756

(3) Cf. “Funções instrumentais e simbólicas do Direito penal. Lineamento de uma teoria do bem jurídico”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 5, janeiro-

"O 'Estado de segurança' seria então o resultado da transformação da estrutura política adequada sobre as características de uma sociedade que, num ritmo cada vez mais acelerado, conduz a situações de risco. Neste sentido, o 'estado da segurança' seria a forma política que assume a 'sociedade de risco', como definiu Beck a nossa sociedade".

Nasce nessa nova ordem social o conceito de "Sociedade de Risco". Do ponto de vista do sistema, os indivíduos que se comunicam e interagem numa intensidade e frequência cada vez mais acelerada são um risco. O Estado no mundo globalizado teme o pluralismo, a liberdade individual, pois podem desequilibrar o funcionamento da vida econômica, ou seja, do mercado.

Hassemer⁴ também aborda o problema e observa que nossa vida diária tem sérias e crescentes dificuldades em encontrar orientações estáveis, dada a própria volatilidade das relações sociais. Para definir a situação, diz que a sensação difundida é a de "estarmos entre-gues à própria sorte".

Nessa nova realidade, vivenciada como uma constante ameaça de lesões, não é difícil ver que as funções do Direito, e especialmente o Direito penal, em razão de sua maior força coativa, vêm assumindo um caráter cada vez mais promocional e simbólico, de forma a reforçar os valores do direito e confirmar a ordem sócio-econômica do mundo globalizado.

As consequências dessa transformação na gênese do que Hassemer chamou

de "o novo Direito penal" são múltiplas e todas elas apontam para a volta a um direito penal máximo e, portanto, totalitário.

A preocupação com as chamadas "organizações criminosas" ganhou destaque central nessa nova ordem social, pois, afinal, se os indivíduos perante o Estado são um subsistema, uma organização criminosa é um subsistema viciado, que ousa planejar a afronta ao dever de lealdade à ordem vigente e por isso desperta a necessidade de uma intervenção emergencial e excepcional.

As características dessa intervenção são dadas pelo aumento do rigor sancionatório, pela introdução de tipos penais associativos, pelo recurso intensificado a medidas de prevenção, incluindo o incremento de medidas cautelares (de prisão e de apreensão de bens), pela ampliação do campo e métodos probatórios e a valorização do arrendimento.

'Organizações criminosas e procedimentos criminais especialmente contra elas criados são a clara afirmação do Direito penal simbólico, preventivo e promocional. Um Direito penal que volta a confundir direito e moral, ilícito e imoral, a fim de promover mudanças sociais necessárias à nova ordem mundial.

2. O bem jurídico, a prevenção geral e o estado de prevenção

Observam Zaffaroni e Pierangeli^{5,6} que as "manifestações irracionistas"

março de 1994, IBCCrim, Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 13.

(4) Cf. Winfried Hassemer, *Três temas de Direito Penal*, Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 1993. Ver também Zaffaroni, op cit supra; Hassemer e Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

(5) *Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 462/8 e Assis Toledo, *Princípios Básicos de Direito Penal*, Saraiva, 5. ed., São Paulo, 1994, p. 18.

(6) Resumidamente, o Direito penal, no plano do "dever ser" tem de proteger bens jurídicos, definidos como valores constitucionalmente protegidos. O conceito de bem

no campo do direito penal tentam “ar-rasar” com o conceito de bem jurídico, enfatizando o dever de respeito à norma, que pode ser resumido pela expressão “prevenção geral positiva”.

Logo se vê, então, que Direito penal mínimo é inconciliável com prevenção máxima, que, em tempos anteriores de prevenção negativa, já justificou uma intervenção desproporcionada e arbitrária.

É inegável a tendência que sofre o Direito penal de começar sua justificativa a partir da proteção de bens jurídicos e do ponto de equilíbrio da prevenção e culpa, para acabar se tornando em uma ou outra – não raro muitas – manifestações de poder arbitrário.

Transportando o raciocínio para o campo do Direito penal, se o fim utilitarista, racional-funcional, não for a todo momento balizado pelas garantias individuais fundamentais, inerentes ao Estado de direito, a lei penal transforma o meio – prevenção – em fim. Quando isso ocorre, desaparece a proteção de

jurídico deve ter um caráter de deslegitimador ou limitador da intervenção penal. Essa proteção só é legítima contra os ataques danosos (princípio da lesividade) os mais graves (natureza fragmentária), quando não existam outros meios eficazes de controle de natureza não penal (natureza subsidiária), de forma que a intervenção seja mínima, pois toda manifestação penal significa limitar a liberdade individual, valor máximo do Estado de Direito. A esse respeito, desenvolvidamente, veja-se Silva Sánchez, p. 181/241; Ferrajoli, p. 326/333 e 467 e ss.; Moccia, p. 5 e ss.; Mir Puig, p. 29; Figueiredo Dias e Costa Andrade – *Direito Penal e Estado de Direito Material e também Direito Penal – a doutrina geral...* p. 17, 28/29, 44/57, Roxin, *Introducción...* p. 21 e *Derecho Penal...*, p. 55 e ss.; Hassemer e Muñoz Conde, *Introducción*, p. 103.113; Regis Prado, p. 27 e ss.; Silva Franco, *Da intervenção mínima...*; Assis Toledo, *Princípios...* p. 15/21.

bens jurídicos e o caminho está aberto para uma intervenção penal máxima, na qual os fins justificam os meios.

Se o Direito penal de proteção de bens jurídicos, de caráter subsidiário e fragmentário, é o único compatível com o próprio conceito de Estado de direito material, o certo é que o Direito penal construído tem subrepticamente desprezado limites e continua sucumbindo à tentação intervencionista.

Até meados dos anos sessenta o Direito penal seguia tradição basicamente academicista – concentrado hermeticamente em seus fundamentos teóricos – postulando por criminalização ampla, para manutenção dos interesses do Estado e da moralidade. A pena era apoiada sobretudo em retribuição, mas também em prevenção de intimidação.

A respeito, reflete Hassemer que “o sistema penal viu-se empurrado para o centro do interesse político e social onde se apresentava sob o estigma do exercício da dominação e da imposição de sofrimento; espontaneísta, desigual, desdenhoso do ser humano, cruel, ineficaz para a prevenção, estabilizador da dominação”.⁷

O desastre retributivo abriu espaço para um processo crítico do sistema, com o que desenvolveu-se o campo da política criminal. A reflexão penal passou do campo da justificação abstrata do sistema penal para uma justificação dos fins que ele deve alcançar. E, assim, as fundamentações sistêmicas (Luhmann e Parsons) passaram a não ser aceitas como fins em si mesmas. O empirismo ganhou espaço nas fundamentações dos fins penais.

⁽⁷⁾ Hassemer, op. cit. p. 28; Baratta, op. cit. p. 5/24, Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1992; Anabela Miranda Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 235/258.

Duas tendências opostas puderam ser observadas. A primeira tendência buscou resgatar legitimidade para o Direito penal e resultou no que se chama de "teoria do Direito penal voltado para as consequências". Pretendeu-se mostrar que a dominação do Estado através do ordenamento penal era racional, na medida em que era útil para os próprios dominados. Essa intervenção passou a ter como metas a proteção de bens jurídicos, a prevenção geral negativa e a ressocialização.

A segunda tendência teve caráter abolicionista. Para seus seguidores, o sistema penal, seja qual for a finalidade que se atribua à pena, nunca pode cumprir o ideal de justiça, porque a realidade do conflito não consegue ser reproduzida no processo, nem vista com imparcialidade pelo juiz. E, do ponto de vista da criminalidade, ela não é um dado, mas sim algo construído e produzido pelas instâncias de controle social, seletivamente.⁸

A importância crítica do abolicionismo não pode ser negada, ainda que suas proposições não sejam, nem venham a ser acatadas. As idéias de ressocialização, cura e intimidação foram desmitificadas. Mostraram os abolicionistas que os "clientes" da justiça penal não são todos os cidadãos abstratamente considerados, mas apenas alguns "bodes expiatórios".

E mais. Tanto a idéia de ressocialização como as de prevenção por intimidação ou neutralização afrontam a dignidade humana e justificam uma

expansão desmedida e moralizante no campo das incriminações e da punição.

Nem sequer o conceito de bem jurídico, proposição assumida pelo direito penal voltado para as consequências, esteve imune de tornar-se um legitimador de intervenções penais arbitrárias, mais do que um critério de deslegitimação.

Os esforços doutrinários de encontrar esses tais bens ou valores ontologicamente foram vãos e acarretaram uma progressiva expansão de significado, justificando mais e mais incriminações.

A noção de bem jurídico continuou a abranger conceitos abstratos, não delimitáveis nem sequer palpáveis, como "saúde pública", "paz pública", "condições funcionais do mercado de capitais", "economia popular", dentre outras.

Não se trata aqui de negar validade aos bens jurídicos universais ou supra-individuais, questão que não será abordada. Entretanto, partindo-se de sua aceitação, o que não se pode permitir é que eles tenham enunciados em si mesmo vagos, porque dizem tudo e nada ao mesmo tempo. Em resumo, não servem como critério de deslegitimação da intervenção penal, tanto assim que a própria teoria não esteve imune ao "terror do Estado".

Tratou-se então de procurar limitar novamente o conceito de bem jurídico, através da busca do referencial constitucional. Procurou-se também dar à prevenção geral uma ótica positiva – de integração – e relativizar a ressocialização, colocando-a como direito do condenado.

Os esforços, ainda que orientados no plano teórico por vários dos mais ilustres penalistas da atualidade, mesmo sobre as bases teóricas da intervenção mínima, têm levado no plano concreto à manutenção e elaboração de incriminações indevidas, apoiadas em bens

(8) Houlsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1984; Hassemer, *Três temas...* p. 29; Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, Editorial Temis, S.A., Colombia, 1993 e Figueiredo Dias e Costa Andrade, *O homem delinquente e a sociedade criminógena*, 2.ª reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

jurídicos vagos, sempre acompanhadas por leis emergenciais sobre medidas coercitivas de investigação.

Do Direito penal voltado para as consequências, passamos agora ao “Direito penal funcional”, que mascara suas reais intenções e seu caráter altamente substancial, sob a roupagem da proteção de bens jurídicos, da qual a prevenção deveria ser apenas desdobramento.

O Direito penal da atualidade é preventivo ao extremo e, portanto, não é Direito penal mínimo. Não é Direito penal de proteção subsidiária de bens jurídicos claramente definidos e ofendidos de forma grave e palpável.

O atual sistema penal se expande como instrumento de política e segurança públicas e se distancia de seus princípios. Preocupa-se com mais incriminações e agravamento de penas, afrouxamento de garantias processuais e penais, especialmente em nome do combate à criminalidade organizada, que atua preponderantemente nas áreas econômica, tributária, comércio de drogas, armas e informática.

Para esses novos problemas do mundo contemporâneo é feito o novo Direito penal, para o qual o indivíduo nada mais é do que parte de um sistema, não raro parte perigosa e ameaçadora desse sistema. Não é por outro motivo que só tem lugar a prevenção, único objetivo capaz de afirmar a validade do sistema.

Como bem avalia Hassemer, vestiram a prevenção por intimidação e passaram a chamá-la de prevenção de integração. A prevenção negativa não podia ser comprovada empiricamente (quem é dissuadido pela norma penal?) e por isso perdeu sua credibilidade jurídica. Mas se essa intimidação se converte em integração, ela dispensa prova e, portanto, pode ser aceita. Se em cada proibição legal e em cada cominação de pena o que se pretende é

afirmar o valor da norma – os valores do sistema – esse fim é atingido imediatamente, sem depender de efeito sobre os indivíduos. Na expressão de Hassemer, “as arestas foram polidas, lixadas e desgastadas, enquanto as engrenagens mecanicistas se afrouxaram”.⁹

Em resumo, um Direito penal meramente intimidatório caminha para o terror – como mostrou o passado – e um Direito penal exclusivamente integrador caminha – como temos visto recentemente – para uma inadmissível e pura censura moral.¹⁰ Esse é o Direito penal simbólico.

No que resulta essa nova prevenção positiva? Num progressivo déficit de ligação do Direito penal concreto com suas fontes de legitimação.¹¹

(9) Hassemer, op. cit. p. 36 e 54; Silva Sánchez denomina as duas faces da prevenção de *more of the same*, op. cit. p. 213/223; ver ainda Baratta, op. cit. p. 21.

(10) Aqui é necessário distinguir as posições limitadoras da prevenção positiva, adotadas por Roxin, Figueiredo Dias e Anabela Miranda Rodrigues, estas com teor garantista, das posições fundamentadores, como a de Jakobs, claramente expansionista.

(11) Relevante a afirmação de Hassemer, op. cit. p. 57 “... o Direito Penal funcional despedaçou a *ratio* original da orientação para as consequências... O princípio da proteção dos bens jurídicos, por exemplo, significou uma coisa para o enfoque voltado para as consequências e outra para o enfoque funcional. Originalmente, ele era formulado crítica e negativamente, como obstáculo à criminalização: a conduta que não ofende um bem jurídico é imprestável para converter-se em tipo penal. O princípio em apreço perde a sua *ratio* quando passa a ser utilizado como fundamento para a criminalização: todo bem jurídico merece proteção penal. De forma análoga, o princípio se articula com a idéia da orientação para as consequências. Numa tutela penal outrora orientada para a realização da justiça, esta idéia atuava como instrumento limitador, bastante diferente da função que lhe está

Tão vagos quanto os fins preventivos, podem ser os bens jurídicos tutelados. Para afirmar o sistema a tutela penal não pode mais esperar pelo dano, nem por uma situação concreta de perigo. Basta o perigo abstrato, para um bem jurídico abstrato. E perigo abstrato não é mais um agir que atinja o mundo exterior, mas sim um agir moralmente censurável, porque poderia, num desenvolver, vir, quem sabe, a atingir o mundo exterior.

Essa antecipação da esfera da punibilidade indica uma "personalização da antijuridicidade", materializada na incriminação, não de uma conduta lesiva que não se realizou -, mas sim de uma fase anterior, na qual o que se extrai é apenas a "infidelidade ao ordenamento".

Ainda que não se possa falar em uma única doutrina da prevenção geral positiva, é certo que todas elas têm em comum o predomínio de elementos ético-sociais.

Diante da antiga intimidação - sempre assombrada pela lembrança do terror - pretende-se agora uma afirmação social das normas, alguns defendendo mais, outros menos, uma política penal voltada para o indivíduo. A conotação é sem dúvida educativa e se projeta sobre o foro íntimo do cidadão. Se a norma é a diretriz válida, quem a ela se contrapõe é o desviado e está isolado dos que crêem.

A doutrina tem uma base autoritária pelo menos tendencial, porque não pode

reservada como princípio dominante da cominação e imposição de penas no Direito Penal funcional. E, por fim, a abordagem do Direito Penal voltada para as consequências - diversamente da abordagem funcional - encontrava nas garantias do Estado de Direito o seu fundamento, e não um obstáculo".

A respeito também Silva Sánchez, op. cit. p. 231; Baratta, op. cit. p. 14/15 e 22; Moccia, op. cit. p. 9/11.

ser finalidade do Direito penal a conformação de consciências. Não convence, por outro lado, que tenha superado os inconvenientes da tradicional intimidação, nem que seja mais garantista. Para atingir essa suposta estabilização social as proibições e penas podem ser infundadas e superiores ao requerido para fins intimidatórios.

Entre agir com infidelidade e agir de forma imoral, não há diferença. O Estado volta a fazer censura sobre a pessoa e proibir que sejamos malvados.¹²

3. Criminalidade organizada e criminalidade de massa

Dois fenômenos criminosos distintos aparecem no âmbito das preocupações preventivas das sociedades contemporâneas. O primeiro deles é a criminalidade de massa, aquela da qual efetivamente

(12) Ilustrativa a respeito a análise de Ferrajoli, op. cit. p. 274/275, que segue aqui transcrita: "Las doctrinas penales que atribuyen al derecho penal funciones de prevención general requieren por el contrario una discusión diferenciada. Con seguridad confunden derecho y moral, inscribiéndose en el inagotable filón del legalismo y del estatismo éticos, las recientes doctrinas de la prevención general llamada positiva, que atribuyen a las penas funciones de integración social a través del general reforzamiento de la fidelidad al estado así como de la promoción del conformismo de las conductas: desde las doctrinas que conciben genericamente el derecho penal como un instrumento insustituible de 'orientación moral' y de 'educación colectiva', hasta la reciente doctrina de Gunther Jakobs que, inspirándose en las ideas sistémicas de Niklas Luhmann, justifica la pena como factor de cohesión del sistema político-social merced a su capacidad de restaurar la confianza colectiva, sobresaltada por las transgresiones, en la estabilidad del ordenamiento u por consiguiente de renovar la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones".

a população se sente vítima, real ou potencial: são roubos e furtos nas ruas, residências, abuso de drogas.

Cada vez ganhando maior espaço na mídia e nos discursos políticos vem sendo divulgado o temor à “criminalidade organizada”.

O certo até o momento é que esse segundo fenômeno é muito pouco preciso, o que equivale dizer que ainda não se sabe muito bem o que é, como se manifesta e no que se distingue do crime de massa. Em síntese, crime organizado não é crime de quadrilha, não é tampouco qualquer associação criminosa. E, ainda, “crime organizado” constitui uma gama incerta de fenômenos delitivos distintos.

Guaracy Mingardi,¹³ sociólogo e pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, expõe que existem estudos sociológicos negando veementemente a existência de um fenômeno distinto do “crime em larga escala”, chamado de organização criminosa e que, provavelmente, esse posicionamento seja desencadeado como uma oposição à “excessiva dramatização” com a qual a imprensa tem tratado a questão.

Algumas idéias e perfis sobre o *organized crime*, contudo, vêm sendo traçados. Não obstante, estamos no início de uma definição e classificação criminológicas.

Segundo a análise de Zaffaroni,¹⁴ toda tentativa até agora feita de concei-

tuar o crime organizado falhou, e sobre esse fracasso vem sendo construído um Direito penal autoritário, o que é mais estarrecedor. Avalia ainda que os criminólogos não chegaram a um ponto de acordo e nem sequer conseguem traçar a fronteira entre o *organized crime* e o *white collar crime*. Diz, categórico que “o *organized crime* não é um conceito criminológico, mas uma tarefa que o poder impôs aos criminólogos”.

A existência de grupos mais ou menos organizados, ainda que atuem com base profissional e de forma habitual – estável – não é o suficiente para a distinção que buscamos. Sempre houve criminalidade cometida por grupos, bandos, cujas características principais – número de participantes, estabilidade e união em torno de uma finalidade criminosa comum –, portanto, nada acrescentam.

As leis emergenciais de exacerbação e ampliação dos meios de investigação criminal, recentemente editadas, como no Brasil a Lei 9.034/95, dirigem-se à prevenção de perigos e elucidação de crimes atribuídos a organizações criminosas. Métodos como observações policiais prolongadas, escutas, agentes infiltrados, dentre outros, configurando sérias lesões às tradicionais garantias individuais, destinam-se ao combate do crime organizado, como observa Hassmer.¹⁵

Bem por isso, é mais do que necessário traçar a fronteira entre as organizações criminosas e a criminalidade de

(13) *O Estado e o Crime Organizado*, Publicação do IBCCrim, São Paulo, 1998, p. 28.

(14) Eugenio R. Zaffaroni, *Crime organizado: uma categorização frustrada*, in *Discursos Sediciosos*, n. 1, p. 45 e ss., publicação do Instituto Carioca de Criminologia. Da mesma constatação parte Giovanni Fiandaca, *Criminalità Organizzata e Controllo Penale*, Saggi e Rassegne,

Grafiche Fiorini, Verona, Itália, 1991, p. 5, para o qual criminalidade organizada não é uma expressão válida do ponto de vista científico. Contaminada por juízos valorativos político-ideológicos a expressão é tão ampla e genérica que não surpreende não terem podido os criminólogos defini-la. E ainda Hassmer, op. cit. p. 64/68.

(15) Op. cit. supra.

massa, sob pena de alastrar-se todo o abominável novo instrumental investigatório.

Para Zaffaroni, sobressaem-se na criminalidade organizada duas características, quais sejam, a estrutura empresarial e a atividade voltada para o mercado ilícito. As origens do “crime organizado”, desta forma, não podem ser buscadas no mundo pré-capitalista e, portanto, não estão em nenhuma outra forma de associação delitiva existente ao longo da história da humanidade, até o início deste século.

Hassemer aponta que só se pode pensar verdadeiramente em uma organização criminosa quando o próprio poder público (legislativo, executivo e judiciário) dela participa, levando à paralisação da reação. No mais, entende Hassemer, as definições atualmente apresentadas são tão vagas que “sugerem uma direção”, mas ainda não “apontam um objeto.”¹⁶

Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini¹⁷ observam também que não se pode sequer dizer que exista uma espécie, mas sim várias espécies de organizações criminosas. Estão certos, todavia, de que o fenômeno é mais complexo e abrangente do que o retratado pelas tradicionais figuras de associação, quadrilha ou bando. Entendem que o substrato típico da quadrilha pode ser aproveitado, numa relação de gênero (associação criminosa em geral) e espécie (organização criminosa).

A vida mostra que o crime organizado desperta fascinação entre a população, que sente pelo fenômeno, tal qual mostrado pela mídia, um amor-ódio, um temor-admiração, decorrentes de mitificação de personagens vilões-heróis. Inevitavelmente, a esta suscetibilidade coletiva segue-se o discurso político manipulador. Está pronto então o cenário dramático e a apresentação do Direito penal como instrumento de combate.

Ao contrário do que tem acontecido, todavia, o fato não deveria causar a pressa na resposta penal, que leva à edição de leis inócuas como a brasileira.

O fenômeno é complexo e mutante, e segue na sua estruturação e direcionamento as tendências dos mercados nacionais e internacionais.¹⁸ Por isso, é difícil de ser isolado e tem seu centro de decisão espalhado por diversos países. Ademais, a gama de infrações penais e de vítimas é difusa.

Para Guaracy Mingardi, não existe apenas um modelo de crime organizado, mas pelo menos dois tipos: o tradicional ou territorial e o empresarial.

Segundo sua definição, apresentada como provisória, o crime organizado tradicional é um “grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de um planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseiam no uso de violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas e o

(16) Hassemer, op. cit e Fiandaca, op. cit. p. 7 ressalta também o papel que a organização assume como agente político-econômico, agindo conctado ao poder legal do Estado.

(17) *Crime Organizado – Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político criminal*, Revista dos Tribunais, 2. ed., 1997, p. 74 e ss.

(18) Hassemer, op. cit. p. 66/7. Sergio Moccia, op. cit. p. 28; Fiandaca p. 8/10 e 21/22.

controle pela força de determinada porção de território". Como exemplos, cita a Camorra, o Comando Vermelho, a Yakuza, a Máfia de Nova Iorque e o Cartel de Cali. Esse modelo corresponde, no Direito penal italiano, à associação do tipo mafiosa.

O modelo empresarial, por outro lado, "é menos definido, mais difícil de diferenciar das simples quadrilhas ou de uma empresa legal. Sua característica mais marcante é transpor para o crime métodos empresariais, ao mesmo tempo que deixam de lado qualquer resquício de conceitos como Honra, Lealdade, Obrigação, etc."

Apresenta ainda o sociólogo paulista duas definições que considera boas, extraídas da Pennsylvania Crime Commission e do Federal Bureau of Investigations (FBI). Dizem elas, respectivamente:

"Crime Organizado: A ilegítima atividade de uma organização traficando bens ou serviços ilegais, incluindo, mas não se limitando, ao jogo, prostituição, agiotagem, substâncias controladas, extorsão, ou outra atividade ilegítima contínua, ou outra prática ilegal que tenha o objetivo de grandes ganhos econômicos através de práticas fraudulentas ou coercitivas ou influência imprópria no governo".

"Crime Organizado: Qualquer grupo que tenha de alguma forma uma estrutura formalizada e cujo objetivo primário seja obter lucros através de atividades ilegais. Tais grupos mantêm suas posições através do uso da violência, ou ameaça de violência, corrupção de funcionários públicos, suborno ou extorsão e geralmente têm um impacto significativo na população local, da região ou país como um todo. Um grupo criminoso resume esta definição - *La Cosa Nostra*."¹⁹

Outro conceito, através de um rol de requisitos, é apresentado por Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini:²⁰ hierarquia estrutural; planejamento empresarial; uso de meios tecnológicos avançados; recrutamento de pessoas; divisão funcional das atividades; conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público; oferta de prestações sociais; divisão territorial das atividades ilícitas; alto poder de intimidação; alta capacitação para a prática de fraude; conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa.

Das características apontadas, ressalta-se a importância dessa relação com o Estado-legal. Gomes e Cervini afirmam tratar-se da formação de um verdadeiro "contrapoder criminal em concorrência ou em substituição aos poderes legais do Estado", mesma referência feita por Hassemer.

Fiandaca chama a atenção de que na verdade existe mais um tipo de organização criminosa. Além da organização criminosa comum (que para ele engloba a de tipo mafioso e a empresarial, porque ambas visam uma espécie de simbiose com o Estado legal), há de ser considerada também a criminalidade organizada política (do tipo terrorista ou subversiva), bastante distinta na medida em que sua motivação é político-ideológica e sua atuação visa a destruição do Estado legal.

No Brasil, os estudos sobre a existência e real dimensão das organizações criminosas são ainda muito incipientes e carentes de dados. As opiniões apontam para sua configuração ligada ao tráfico de drogas e armas; fraude contra o erário público ou contra a coletividade, furto e roubo de automóveis e cargas. A mais antiga e mais estruturada

(19) Op. cit. p. 42/43.

(20) Op. cit. p. 99.

atividade ilícita organizada no país, o jogo do bicho, considerada isoladamente não é crime organizado, porque, tecnicamente, é uma contravenção penal. Do ponto de vista sociológico, porém, apresenta todos os elementos das definições existentes.

De toda forma, as atividades que se pretende identificar com o crime organizado, separando-se as organizações terroristas, têm sempre um caráter econômico. Estabelecem-se como verdadeiros monopólios ou oligopólios de atividades ilícitas que, justamente por isso, escapam à disciplina do Estado. Em outras palavras, o crime organizado tem como função econômica “abranger as áreas de capitalismo selvagem que carecem de um mercado disciplinado.”²¹

Alguns meses antes de ser aprovada a Lei 9.034/95, Alberto Silva Franco²² já ponderava sobre a dificuldade na tipificação de uma figura penal de “organização criminosa”, indicando que “não se pode atribuir ao crime organizado o mesmo tratamento criminal e punitivo do crime de massa, mesmo que este tenha um razoável sistema organizacional. O crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de

conexões com outros grupos delinqüenciais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exige um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inercial ou fragilizar os Poderes do próprio Estado”.

Importa observar que nem mesmo nos Estados Unidos, onde se pode dizer que o fenômeno tenha surgido nas primeiras décadas deste século, a legislação penal a respeito, conhecida pela sigla RICO (*Racketeer influenced and corrupt organizations*) contém uma lista de atividades delitivas amplíssima, sem nenhuma categorização, contudo.²³

O crime organizado é antes de tudo uma forma de execução de crimes que obedece à básica lei de mercado. Oferece o que é proibido e recusado pela moral dominante e, justamente por isso, escasso. Desempenhando atividades proibidas, o risco é grande e o proveito altamente lucrativo. Não é de se estranhar que a estruturação da organização seja complexa e que, assim, muito complexa seja também uma eventual definição normativa.

Nem sempre as atividades exercidas nos domínios dos crimes praticados pelas organizações, todavia, configuram sua existência. Há pequenas quadrilhas que roubam carga ou automóveis; há tráfico sem nenhuma organização ou cooperação, por exemplo.

A resposta oficial para a questão vem sendo emergencial, de mera ordem pública e pode ser traduzida pela expressão combate penal. Limita-se a apresentar um remédio simbólico pela incriminação excessiva, rigor sanciona-

(21) Zaffaroni, op. cit. p. 53/54.

(22) *Boletim IBCCrim n. 21*, Estra, Setembro 1994, p. 5.

(23) Zaffaroni, op. cit. p. 47.

tório e desformalização de métodos investigatórios.

Diz Zaffaroni: "...a categorização que se vem tentando não pode se coroar, pois constitui a pretensão de prender em um conceito criminológico a dinâmica do mercado. A empresa resulta tanto mais inalcançável quando se pretende buscar uma categoria que se transfira à lei penal".²⁴

Curioso observar que a locução organização criminosa não recebe expressão legislativa plena, sendo em geral referida marginalmente na lei processual. Esse fato demonstra que o conceito é mais sociológico e criminológico do que penal.

4. A figura típica organização criminosa no direito brasileiro e o princípio da legalidade estrita

A preocupação com o crime organizado chegou, como fruto da globalização, ao Brasil. A circulação de bens e serviços perdeu as fronteiras. A esfera de "indisciplina do mercado", localizada no âmbito das atividades proibidas, também foi exportada para o mercado mundial.

(24) Op. cit. p. 55. Fiandaca, op. cit. p. 10, por outro lado, observa que na Itália a expressão "criminalidade organizada" não recebeu até hoje uma autêntica consagração legislativa, ficando referida de forma marginal e esporádica na legislação processual sobre seqüestro de controle bancário de bens para investigação de crime organizado. A locução aparece ainda na legislação penitenciária, para a qual o condenado tem que fazer prova de desligamento da organização criminosa para receber benefícios em sede de execução penal. Conclui o autor que essa falta de referência legal mostra que o conceito é muito mais sociológico e criminológico do que penalístico, até porque as atividades ilícitas fins estas sim são crimes definidos no ordenamento jurídico.

Observa Zaffaroni²⁵ que "o discurso abrangente da categoria frustrada do *organized crime* se estende pelo mundo, é recolhido pelos políticos de todas as latitudes, se traduz em leis penais, é difundido pelos meios de massa, dá lugar a novos estereótipos".

O legislador brasileiro foi também contaminado e, talvez por não ter podido definir o fenômeno, procurou alinhá-lo ao antigo delito de quadrilha ou bando, existente na Parte Especial do Código Penal Brasileiro, que data de 1940.

Diz o art. 288 do CP Brasileiro, sob o título dos "Crimes contra a Paz Pública":

"Quadrilha ou Bando

Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado".

A Lei 6.368/76, sobre prevenção e repressão ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes, criou uma figura típica específica para o bando que comete crime de tráfico. Diz o preceito normativo:

"Art. 14. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 desta Lei:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa."

Em 1990, surge a Lei 8.072, de 25 de julho (define como hediondos os crimes de latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante se-

(25) Op. cit. p. 57.

questro, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia resultando em morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, genocídio, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo), alterando em seu art. 8.º a sanção para o delito de quadrilha:

"Art. 8.º Será de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do CP, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante ou associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)."

Em 1995, já declaradamente no espírito do *law and order*, foi editada a Lei 9.034, de 3 de maio, em cujo art. 1.º lê-se:

"Art. 1.º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante da ações de quadrilha ou bando".

Claramente misturando os conceito de quadrilha ou bando e organização criminosa, em seguida, no art. 2.º, diz o legislador:

"Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

I – (VETADO) – Obs.: referia-se à infiltração policial na quadrilha

II – a ação controlada, que consiste em retardar a intervenção policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida

legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

III – acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais."

E, finalmente, em 01.03.1998 foi editada a Lei 9.613, que "dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei...", fazendo referência às organizações criminosas nos dispositivos abaixo citados e ainda instituindo a inversão do ônus da prova quando o acusado, para liberar antecipadamente bens apreendidos ou seqüestrados, deve provar sua origem lícita. Diz a lei:

"Art. 1.º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente de:

I – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II – de terrorismo;

III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV – de extorsão mediante seqüestro;

(.....)

VII – crime praticado por organização criminosa.

Pena – reclusão de três a dez anos e multa

(.....)

§ 4.º A pena será aumentada de um a dois terços, nos casos previstos nos incs. I a VI do *caput* deste artigo, se o crime for cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa."

Para a lei penal brasileira, nesse cenário de falta de definição do crime

organizado, não há distinção normativa entre quadrilha ou bando e organização criminosa.

Quando era ainda projeto, a atual Lei 9.034/95 esboçava uma tentativa de “modernizar” o conceito de quadrilha ou bando e definir a organização criminosa como uma espécie do gênero.

Dizia o art. 1.º do então projeto que a lei iria definir e regular meios investigatórios nos processos e procedimentos que versassem sobre “crime organizado” (a lei atual trocou a expressão “crime organizado” por “quadrilha ou bando”).

O art. 2.º teria a seguinte redação: “Considera-se crime organizado aquele que de algum modo coopera com os fins ou participa das atividades das quadrilhas, bandos ou organizações previstas no art. 288 do CP”.

E, completando, o art. 3.º alteraria a redação do art. 288 do CP, nos seguintes termos:

“O art. 288 do CP passa a ter a seguinte redação: Art. 288. Participar de quadrilha, bando ou organização que se serve das estruturas ou é estruturada ao modelo de sociedades, associações, fundações, empresas, grupos de empresas, unidades ou forças militares, órgãos, entidades ou serviços públicos, concebidas, qualquer que seja o princípio, pretexto, motivação ou causa, para cometer crimes ou alcançar objetivos cuja realização implica a prática de ilícitos penais. Pena: reclusão de um a três anos”.

O confronto entre o projeto inicial, cuja tentativa de tipificação é, no mínimo, patética, tamanha sua amplitude e abstração, e a atual Lei 9.034/95, não deixa outra impressão senão a de que o legislador produziu seu trabalho com o descompromisso típico de quem não sabe o que deve – e o que não deve

– fazer, nem porque deve – ou não deve – fazer.

A Lei 9.034/95, de 03.05.1995 pretendeu dispor sobre “a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”, sem, em momento algum, definir o que é uma organização criminosa.

E, pior, o art. 1.º da Lei equipara a organização criminosa à quadrilha ou bando, quando afirma regular meios investigatórios para apurar delitos cometidos por quadrilhas ou bandos.

Não parece que a figura típica do art. 288 do CP – quadrilha ou bando – possa suprir a falta de conceito e tornar-se sinônimo de organização criminosa.

Como aponta Guaracy Mingardi,²⁶ “o crime de quadrilha ou bando tem uma definição exclusivamente numérica, é muito pouco adaptado para tratar com organizações criminosas”, ou seja, a “lei fornece instrumentos legais para combater um crime que, legalmente não existe”.

Afinal, existe perante o ordenamento jurídico brasileiro o delito de “organização criminosa”, ou pelo menos, é possível dizer que há uma organização criminosa cometendo crimes e assim lançar mão dos métodos investigatórios trazidos pela Lei 9.034/95?

A linha inafastável de raciocínio para responder à questão parte de um princípio inerente ao Estado de direito material, qual seja, o da legalidade estrita.

Esse fundamental princípio, aliás, é a consequência formal da separação entre direito e moral.²⁷ Segundo ele, as

(26) *O Estado e o Crime Organizado*, IBCrim 98, p. 40.

(27) A doutrina da separação entre direito e moral foi a base político-filosófica para toda a implementação de um sistema de

normas têm caráter convencional (não são aprioristicamente justas, como entendia o iusnaturalismo) e sua validade depende de terem sido elaboradas de acordo com os procedimentos previstos em outras normas (não são aprioristicamente válidas, como entendia o legalismo substantivista).

Diz a Constituição Federal brasileira, no art. 5.º, XXXIX que: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal."

Também o art. 9.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, em vigor no Brasil através do Decreto n. 678 de 06.11.1996, com *status* constitucional em razão do § 2.º do art. 5.º da CF, prevê que: "Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável..."

Uma das mais importantes características do Direito penal, que o distingue dos demais meios de controle social, é o seu alto grau de formalização. Dessa formalização emerge o princípio da legalidade, direcionado a transformar a intervenção penal em um exercício de poder controlado. A respeito, sintetiza Roxin:²⁸ ... *un Estado de Derecho debe*

garantias penais e processuais penais que teve início com a formação do Estado de Direito Liberal. Por secularização do direito, ou desvinculação entre direito e moral entende-se a idéia de que o direito não é nem tem que ser necessariamente a reprodução de valores morais, nem reprodução de qualquer ordem divina ou natural. A respeito ver Ferrajoli, p. 219 e ss.; Figueiredo Dias e Costa Andrade, *Direito penal - questões fundamentais*..., p. 49 e Anabela Miranda Rodrigues, p. 218/235.

(28) Op. cit. supra, p. 137/147. No mesmo sentido Silva Sánchez, op. cit. p. 250 e ss. Figueiredo Dias e Costa Andrade, *Direito Penal - questões fundamentais*.... p. 163,

proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal.

Ensinam Figueiredo Dias e Costa Andrade que o princípio da legalidade tem, em Estados de direito, duplo fundamento. O primeiro é externo ou político, segundo o qual a atividade intervencionista do Estado na esfera penal tem que se dar através de lei geral, abstrata e anterior, ato exclusivo do poder legislativo. O segundo fundamento, interno ou dogmático-jurídico, expressa-se através da função do Direito penal no Estado de direito, que deve ser o da prevenção geral, no seu entender positiva, e o princípio da culpa.

Importa, portanto, observar que não basta a exigência da lei, mas sim de lei determinada e, por isso, certa e estrita. A taxatividade da lei é imposição que num primeiro momento obriga o legislador, ao definir o campo do punível e, num momento posterior, impõe-se ao juiz, proibindo-o de usar analogia e de criar o campo do punível.

Não se pode dizer que o legislador brasileiro tenha agido com a precisão a ele imposta pelo princípio da legalidade ao editar a Lei 9.034/95. Em nenhum momento sequer definiu e cominou pena para a "organização criminosa". A lei referida, tal como aprovada, não alterou o art. 288 do CP, no qual está previsto o delito de quadrilha ou bando e não a organização criminosa, entidade distinta.

Como afirmam Figueiredo Dias e Costa Andrade²⁹ "Esquecimentos, lacu-

de forma expressiva dizem: "O princípio do Estado de Direito conduz, como a exposição anterior já por várias vezes acentuou, a que a protecção dos direitos, liberdades e garantias seja levada a cabo não apenas através do direito penal, mas também perante o direito penal".

(29) Obra citada, p. 166.

nas, deficiências de regulamentação ou de redacção funcionam por isso sempre *contra o legislador e a favor da liberdade* – por mais evidente que possa ser que teria sido intenção daquele abranger na punibilidade também certos (outros) comportamentos. Neste sentido se tornou célebre a afirmação de *Franz v. Liszt* segundo a qual a lei penal constitui *a magna Charta do criminoso*".

Para concluir que existe na legislação brasileira o conceito de organização criminosa seria necessário mutilar o princípio da legalidade, ou pelo uso da analogia – buscando o conceito de quadrilha ou bando – ou pelo acolhimento de norma indeterminada, sujeita à elaboração judicial. Nessa última perspectiva caberia ao juiz, partindo de uma associação, estabelecer quais os componentes que àquela específica associação dariam o caráter de organização criminosa.

Ambas as hipóteses são inaceitáveis. Decorre do princípio da legalidade a proibição de analogia, entendida como aplicação de uma regra jurídica a um caso que não está regulado por ela, sob o argumento de semelhança, ou por aproximação. Tanto o uso de analogia quanto a criação judicial, em verdade, fazem letra morta do princípio da legalidade. São formas de aplicação elástica da lei penal, contra a liberdade individual.

A importância da formalização do direito penal está diretamente ligada às finalidades garantísticas do sistema. O princípio da legalidade deve funcionar, como define Silva Sánchez – e já o fazia Von Liszt –, como uma "barreira" intransponível a proteger o indivíduo, o delinquent, frente às intervenções do Estado.

Em consequência, ainda que a Lei 9.034/95 mencione o crime de quadrilha ou bando, não é possível, em um caso

concreto, que a partir da configuração dos requisitos do art. 288 do CP se extraia a caracterização de uma "organização criminosa".

Alberto Silva Franco anteviu o fiasco da tentativa de definição de crime organizado na legislação brasileira, fazendo a seguinte observação: "Mais uma vez o legislador penal, como tem sido uma constante nos últimos tempos, falhou no processo de criminalização, demonstrando total desconhecimento da matéria versada e da técnica de composição de figuras típicas".³⁰

Para Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini,³¹ entretanto, é possível dizer que há definição válida de organização criminosa no Brasil, ainda que deficiente. Segundo entendem, a estrutura típica do delito de quadrilha ou bando é requisito mínimo para a existência da organização criminosa.

Qualificam os autores de "censurável, abominável o método eleito pelo legislador, mas não inconstitucional". Dizem: "Ele elegeu um caminho que deixa a desejar em termos de garantias, mas não se pode concluir por inválida sua construção. E por que não? Porque, embora não corretamente, ele acabou dando um mínimo típico, um mínimo de 'definição'. O ideal seria que desse o máximo. Mas não foi essa a via adotada. Admitindo-se, no entanto, que os requisitos típicos do clássico 'quadrilha ou bando' (CP, art. 288) configuram exigências mínimas da organização criminosa, pode-se admitir a constitucionalidade da norma, impondo-se ao juiz, em cada caso concreto, a descoberta do plus especializante. Essa é a nossa conclu-

(30) Boletim IBCCrim n. 21, ano 2, setembro/1994, *Um difícil processo de tipificação*.

(31) In *Crime Organizado – enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*, Revista dos Tribunais, 2. ed., São Paulo, 1997, p. 91.

são. Estamos diante de um tipo aberto em sentido estrito, onde a matéria proibida não está totalmente definida. Mas pelo menos há um princípio, razão pela qual a tarefa do juiz será somente complementar, não elementar”.

Difícil concordar com essa posição, dada a dimensão e a função que tem o princípio da legalidade no Estado de direito material.³²

O “crime organizado” não tem definição mínima, tem apenas um enunciado absolutamente indeterminado, que não permite saber qual, hipoteticamente, é o âmbito do proibido.

A figura típica, cuja existência e validade sustentam, é tão vaga que, ao contrário do que entendem, o juízo de complementação pelo magistrado seria verdadeira criação normativa.

Na Lei 9.034/95 pode ser identificada a moderna tendência desformalizadora do Direito penal. É mais uma, das cada vez mais frequentes, leis indeterminadas, com conceitos que definem, sem nada esclarecer.

A imprecisão, ao que parece, é pospositiva, fruto de uma vontade de adaptação do Direito penal a necessidades

político-criminais instáveis, tão mutantes como dizem ser a “sociedade de risco”.

Usando e abusando dessa nova técnica, todavia, o legislador praticamente renuncia à sua exclusiva e indelegável competência constitucional, para delegá-la ao juiz.³³ Lei indeterminada não afronta apenas o princípio constitucional da legalidade estrita, como também o princípio da separação de poderes (Constituição Brasileira, art. 2.º), pressuposto e fundamento do Estado de direito.

A legitimação democrática das intervenções penais do Estado decorre da separação de poderes. Quem possui legitimidade para definir o âmbito do proibido não é o juiz, mas sim o legislador eleito, expressão da vontade geral.

Questão complexa é saber encontrar o marco divisor entre analogia e interpretação, ou entre interpretação lícita e ilícita.³⁴

Luigi Ferrajoli³⁵ faz profunda reflexão sobre o tema, apoiado na distinção entre o que chama de convencionalismo penal/cognoscitivismo processual e substancialismo penal/decisionismo processual.

O modelo de justiça penal convencional resulta do princípio de estrita legalidade, cujas condições são o caráter formal da lei penal (previsão abstrata e genérica pelo legislador do que é punível) e seu caráter empírico (a definição legal tem que fazer referência a fatos, comportamentos objetivos e verificáveis).

(32) Resumindo essa dimensão, diz Ferrajoli, *Derecho y Razón - Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2. ed., 1997, p. 379 que “... mientras el principio de mera legalidad, al enunciar las condiciones de existencia o vigencia de cualquier norma jurídica, es un principio general de derecho público, el principio de estricta legalidad, en el sentido que se le ha asociado hasta el momento de metanorma que condiciona la validez de las leyes vigentes a la taxatividad de sus contenidos y a la decidibilidad de la verdad jurídica de sus aplicaciones, es una garantía que se refiere sólo al derecho penal... Y es esta diferencia la que marca hoy el criterio de distinción entre garantismo y autoritarismo penal, entre formalismo y sustancialismo jurídico, entre derecho penal mínimo y derecho penal máximo”.

(33) Ver sobre a questão Silva Sánchez, op. cit., p. 255; Hassemer e Muñoz Conde, op. cit. p. 175, Baratta, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*..., Ferrajoli, op. cit. p. 34/44; Fiandaca, op. cit. p. 15/6.

(34) Roxin, p. 169/174. Figueiredo Dias e Costa Andrade, *Direito Penal*..., p. 175/181.

(35) Supra nota 62.

Como conseqüência, *sólo si las definiciones legislativas de las hipótesis de desviación vienen dotadas de referencias empíricas y fáticas precisas, estarán en realidad en condiciones de determinar su campo de aplicación.*

Só assim o juízo será cognoscivo, assegurado pelo princípio de estrita jurisdicionalidade, ou seja, um juízo de verificabilidade e refutabilidade do comportamento imputado.

Figuras delitivas indeterminadas, por afrontarem o princípio de estrita legalidade, impedem que sobre elas seja feito um juízo cognitivo.

Para Ferrajoli tais crimes são figuras *cuya identificación judicial, debido a la indeterminación de sus definiciones legales, se remite, mucho más que a pruebas, a valoraciones del juez inevitablemente discrecionales que de hecho convierten en vano tanto el principio formalista de la legalidad como el empirista de la factualidad de la desviación punible.*

Defender taxatividade e condenar formulações incriminadoras imprecisas não significa retroceder ao pensamento positivista, nem defender a aplicação matemática e mecânica do direito pelo juiz.

A lei penal não faz todo o direito, ele é feito também de sua aplicação. O conteúdo de um preceito penal não deixará de conter elementos valorativos, porque, como diz Roxin, *sólo es determinado, en el sentido de una claridad excluyente de dudas, mediante la interpretación judicial.*³⁶

Mas a norma penal é o marco inicial e o limite dentro o qual pode o juiz caminhar. Por isso deve ser a mais taxativa possível, para a partir dela e dentro de seus contornos ser orientada a atuação judicial.

Os tipos penais associativos, como forma de tutela penal antecipada, são sempre nebulosos, indeterminados, a fim de serem preenchidos conforme o caso apresentado. A adoção de tal técnica dá lugar a graves problemas de interpretação, cuja implicação é a falta de certeza e a desigualdade no tratamento judicial dado individualmente. E tudo isso é feito em nome de uma suposta efetividade do ordenamento.

Por efetividade, no Estado de direito, entretanto, deve-se entender o esforço do legislador de respeitar a imposição racional e coerente de clareza na formulação das incriminações, de forma a respeitar os princípios fundamentais desse modelo de Estado.

Voltando à classificação de Ferrajoli, a admissão de normas penais indeterminadas, pelo menos na amplitude do suposto conceito de “organização criminosa”, significa consagrar o Direito penal “substancialista” e o Direito processual penal “decisionista”.

No plano da técnica jurídica, o substancialismo reflete-se numa desvalorização do papel da lei como critério exaustivo de definição do fato criminoso: *La técnica más difundida es la previsión de figuras de delito elásticas y indeterminadas, idóneas para connotar en términos vagos o valorativos modelos globales de desviación — como el escándalo público, el desacato, la propaganda o la asociación subversiva, la asociación de tipo mafioso, la ofensa a la moral familiar, y similares — en vez de denotar unívocamente supuestos típicos criminosos empíricamente determinables.*³⁷

Conseqüência necessária, o juízo seria decisionista, potestativo e não cognitivo. O juiz não irá verificar ou comprovar fatos, mas sim criar intimamente e irrefutavelmente os pressupostos típicos.

⁽³⁶⁾ Op. cit., p. 148.

⁽³⁷⁾ Ferrajoli, op. cit., p. 41.

Evidentemente, o modelo de legalidade estrita e de jurisdição estrita é o único compatível com o Estado de direito, porque é garantista. Evidente também que o garantismo perfeito, como teoria e modelo, é utópico. Mas, permitir criações legislativas que não respeitam minimamente os princípios do Estado de direito significa com ele romper, para aproximar-se do arbítrio e do totalitarismo.

Talvez num modelo de "Estado preventivo" uma definição de "organização criminosa" como a proposta pelo legislador brasileiro – aberta para que tudo se admita – tenha legitimidade, diante dos fins do Direito penal. Certamente não é o caso no Estado de direito.

A flexibilização das leis penais é uma pequena e inicial mostra do caminho cada vez mais preventivo e simbólico – e cada vez menos garantista – que o Direito penal vem seguindo nas últimas décadas. As exigências da prevenção podem ser – e parecem estar sendo – as de um Direito penal capaz de adaptar-se às mudanças sociais, sem precisar ser alterado. Para tanto os tipos penais devem ser abertos o suficiente para considerar cada caso em profundidade e abranger qualquer caso.

A concepção da justiça penal no Estado de Direito, contudo, não é individualizadora, nem puramente preventiva. É garantística e, assim, o princípio da legalidade estrita é irrenunciável, em razão do que irrenunciável é a meta de taxatividade.

A Lei 9.034/95 só pode ser considerada, numa visão garantidora, como letra morta. Não podem ser aplicados os meios de investigação por ela propostos para elucidar certos crimes, simplesmente porque não há a entidade – organização criminosa – que em tese os praticaria.

Qualquer forma de associação de criminosos, perante o ordenamento jurídico brasileiro pode, em juízo de subsunção, caracterizar o delito de quadrilha ou bando. Para investigar outros crimes cometidos pela associação, entretanto, só existem os meios tradicionais previstos no Código de Processo Penal, limitados pela Constituição Federal, mas nunca as modernas e maléficas técnicas de investigação previstas na Lei 9.034/95.

Da mesma forma, não há crime de lavagem simplesmente porque os bens, dinheiro ou valores provêm de uma associação de criminosos, uma quadrilha qualquer. Não se pode agravar a pena do delito de lavagem quando ele for praticado por uma quadrilha. A lei expressamente usou a expressão "organização criminosa". Como não tem a entidade definição normativa, no momento tal hipótese de lavagem simplesmente não existe e, repita-se, não fica configurada porque os bens pertencem, eventualmente, a um bando.

Em Estados laicos, mesmo que uma incriminação seja justa, não é por isso válida, se não respeitar os estritos processos de incriminação, ou, como pondera Roxin, *que con ello en alguna ocasión pueda quedar impune una conducta especialmente refinada, socialmente nociva y por ello merecedora de pena, es el precio que ha de pagar el legislador por la falta de arbitrariedad y la seguridad jurídica (es decir, por la calculabilidad de la aplicación de la potestad punitiva del Estado)*.³⁸

5. Direito penal do autor e direito penal de exceção

Mas, são justas incriminações como as associativas? Pode o Estado de di-

(38) Roxin, op. cit., p. 138.

reito conviver com tipos de crime como “quadrilha ou bando” e “organizações criminosas”? Ainda que a descrição típica da quadrilha seja precisa e ainda que se consiga um dia estabelecer as características gerais de uma organização criminosa, é legítima tal incriminação?³⁹

Para responder à questão, fundamental é socorre-se do conceito material de crime, como critério valorativo externo à lei penal.

Quando uma proibição é legítima e, quando não é, não é resposta absoluta. Ela tem íntima ligação com os fins do Direito penal e o modelo de Estado.

O Estado de direito é laico, vale dizer, os campos do imoral e do ilícito não têm vinculação necessária. Se do ponto de vista formal essa separação entre direito e moral resultou no princípio da legalidade (item anterior), do ponto de vista axiológico dela nasceu o

utilitarismo, princípio do liberalismo moderno, assim definido por Ferrajoli: *El derecho y el estado – con arreglo a esta opción, laica y liberal – no solo no poseen ni encarnan valores meramente en tanto que tales, sino que tampoco deben tener fines morales desvinculados del interés de las personas y menos aún ser fines en sí mismos, justificándose sólo por el cometido de perseguir fines de utilidad concreta en favor de los ciudadanos y principalmente de garantizar sus derechos y su seguridad.*⁴⁰

Pode-se mesmo dizer que o Direito, diante dessas duas perspectivas, tem de se justificar perante o modelo liberal e democrático do Estado, ou como diz Ferrajoli,⁴¹ há uma “ética da legislação” a ser respeitada.

Tais critérios, ou princípios de referência, são muito mais técnicas negativas da legitimidade das proibições legais, do que positivas, e por isso garantistas.

A filosofia utilitarista, como já analisado, apresenta duas conotações opostas. Tanto pode recomendar intervenção máxima, como intervenção mínima. Se a meta é a máxima segurança social, tudo pode ser incriminado. Se, por outro lado, o que se pretende é a mínima restrição à liberdade individual, pouco pode ser incriminado.

Na versão liberal,⁴² seguramente a máxima utilidade é a máxima liberdade

(39) Figueiredo Dias e Costa Andrade, nas considerações iniciais feitas em parecer proferido sobre o delito de associação criminosas, publicado na CJ, X, tomo 4, p. 11 e ss., adiantavam que “... as controvérsias de índole doutrinal suscitadas por esse tipo de crime não se circunscrevem no horizonte fechado da dogmática jurídico-penal, antes assumem, não raro e por direito próprio, a dignidade de autênticas questões de índole jurídico-constitucional. Na verdade, é sobretudo aqui que que o problema da legitimação da criminalização – e respectivos limites – apela directamente para uma pré-compreensão das coisas a nível da teoria do Estado. Noutros termos, é sobretudo aqui que, como sublinha RUDOLPHI – penalista alemão que ao tema das associações criminosas vem dedicando porfiado e penetrante estudo -que o direito penal se confronta com a ‘dupla tarefa de defender e preservar o Estado de Direito. Defendê-lo, no sentido óbvio, de ataques dos criminosos; mas preservá-lo face ao perigo, não menos óbvio, dos excessos de hipercriminalização.’”

(40) Op. cit., p. 222.

(41) Op. cit., p. 460.

(42) O Estado de Direito é liberal, porque sua inspiração vem sem dúvida do pensamento ilustrado. Diz o art. 4.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica os demais”. A elaboração de um direito penal mínimo só é possível quando o que se quer é, portanto, a máxima liberdade. Neste sentido Ferrajoli, op. cit., p. 467.

e, assim, a mínima restrição. Mas, as idéias que justificaram, além da adoção de procedimentos investigatórios e sanções especiais para as organizações criminosas e seus membros, a própria criminalização autônoma da existência da associação, são opostas à versão liberal: prevenção antes do cometimento do delito-fim e intensa repressão penal.

O crime de "associação criminosa", "organização criminosa", "quadrilha" ou "bando", qualquer que seja o nome dado para uma figura típica que consiste em reunirem-se pessoas, com a finalidade de praticar crimes, não é útil, nem tampouco laica, porque passa por cima de princípios como os da lesividade (proteção exclusiva de bens jurídicos), da necessidade (direito penal é o remédio extremo) e da materialidade da ação (a vontade e a intenção não são levadas em conta pelo direito penal, senão na medida em que explicam o significado de um fato lesivo).

O crime de quadrilha ou bando e sua espécie - organização criminosa - protegeriam, com dispõe o Código Penal Brasileiro, Título IX, a "Paz pública", do perigo que a mera existência de uma associação com fins criminosos representaria. Bem jurídico vago, supra-individual, tutelado através de um crime de perigo abstrato.

Quando um grupo de pessoas se reúne para cometer crimes, elas nada fizeram que lesione os demais, nem que possa desencadear reações informais intoleráveis, da mesma forma que quando uma pessoa planeja um homicídio e sai de sua residência para comprar a faca com que pretende cometê-lo, ela nada fez que interesse ao ordenamento jurídico penal.

Evidentemente, reunir-se, planejar, adquirir instrumentos, são ações humanas, mas não são lesivas a terceiros e, portanto, não despertam a necessidade

de intervir o Direito penal. Querer cometer crime, planejá-lo, prepará-lo, desejá-lo íntima e intensamente pode ser sinônimo de malvadeza, imoralidade, perversão, mas não é danoso.

A falta de lesividade pode ser traduzida na ausência de um bem jurídico protegido, pelo menos no sentido garantista que ele deve ter, como freio à incriminação.

Apenas uma concepção expansionista do conceito de bem jurídico pode aceitar que o fato de pessoas se organizarem - este fato em si, consistente quer na hierarquização, estruturação, divisão de tarefas - perturbe a "paz pública". A própria abstração do bem jurídico apontado pela legislação revela a dificuldade de situar a lesividade da conduta.

Na realidade a razão da proteção seria o bem jurídico atingido pela conduta criminosa-fim da organização (tráfico de drogas, seqüestro, lavagem de dinheiro, etc.). Todavia, como seria impossível identificar o bem jurídico, dada a possibilidade de a organização estar dirigida à prática de distintas infrações penais, o caminho foi a designação de um bem jurídico genérico. Só assim a antecipação da tutela pode resolver-se na simples adesão e formação do grupo, prescindindo do início de ataque a algum bem jurídico concreto.⁴³

Quando o Direito penal caminha dos bens jurídicos difusos, ou supra-individuais e chega ao tipo de perigo abstrato, cai a máscara do Estado liberal, tolerante para com a liberdade de consciência e da esfera individual do agir, e entra em cena o Estado de prevenção.

Nenhuma teoria do bem jurídico que se pretenda garantista e limitadora pode dizer positivamente que uma determina-

⁽⁴³⁾ Vide Fiandaca e Moccia, op. cit..

da incriminação penal é justa, simplesmente porque protege um bem jurídico. Identificar um bem jurídico é necessário, mas não suficiente. A “paz pública”, enquanto categoria de bem jurídico, pouco diz. Mas ainda que pudesse ser aceita, não dispensaria a tarefa de dar à ação ofensiva contornos materiais.

Não se pode deixar de aceitar que o ataque ao bem jurídico seja o dano, ou sua exposição ao perigo. Este último, entretanto, tem que ser verificável empiricamente e nesta medida não pode simplesmente ser presumido. Do contrário, o Direito penal deixa de ser um direito de proteção de bens, ou valores, para ser a pura afirmação de valores.⁴⁴

Os delitos associativos são o mais claro exemplo do vazio de proteção, de dissolução do conceito de bem jurídico como técnica limitativa das escolhas penais incriminatórias, consubstanciado na designação de um bem jurídico

abstrato e puramente valorativo. Paz pública pode ser tudo, potencialmente tudo. Diante dessa imensidão não se tem garantias.

Se por um lado o princípio da lesividade é hoje incorporado pelos ordenamentos jurídicos (em países como Portugal até mesmo expresso na Constituição), no plano normativo ele vem sendo usado para manter e criar proibições que prescindem de lesão ou perigo concreto. A partir daí inicia-se um progressivo esvaziamento do próprio princípio de legalidade, que é de legalidade estrita apenas na medida em que a ação tem um conteúdo material e empírico verificável.

A “paz pública” num Estado de direito não é um bem em si – do contrário a máxima restrição à liberdade individual é em nome dela legítima –, e qualquer delito a ela referido não pode antecipar a tutela penal ao momento que antecede o agir, sem que com isso não se esteja também desrespeitando o princípio da materialidade da ação e vinculando ilícito com imoral.

Crimes como “quadrilha ou bando”, “associação criminosa” ou “organização criminosa” esbarram no Direito penal do autor e constituem nada mais que tipos normativos de autor.

Nas últimas décadas o temor às organizações criminosas vem sendo alardeado e difundido através dos meios de comunicação de massa e de discursos políticos. A esta altura o imaginário coletivo está impregnado da idéia de exposição a uma categoria de pessoas reunidas, cuja periculosidade diz-se altíssima. O sentimento de temor, tido como uma certeza de vulnerabilidade à ameaça extrema, é paradoxal, porquanto os próprios estudiosos do tema até o momento não conseguem conhecê-lo a ponto de concluir o quanto ele corrompe o sistema. Vale dizer, a dimensão do

(44) Ferrajoli, p. 473/479. Compelto ainda o autor o pensamento dizendo que em crimes nos quais não há lesividade concreta – como nos crimes de perigo abstrato, não é um fato que se proíbe, mas sim a mera desobediência ou violação formal da lei. Manifesta-se a esse respeito também Sergio Moccia, fazendo ligação entre o esvaziamento do conceito de bem jurídico e a volta a incriminações de tipo de autor, no seguinte sentido: ... *il privilegio della prospettiva della disfunzionalità sociale della condotta rispetto all'offesa del bene giuridico contiene il rischio concreto, di radice autoritaria, di esaltare presunte necessità della compagine sociale a scapito della legittima considerazione delle ragioni dell'individuo. Il coltivare esigenze, sovente solo illusorie, di efficienza, ha comportato una svalutazione del dato dell'offesa reale, quale caratteristica sia della fattispecie astratta che di quella concreta, con la contestuale esaltazione di un'ottica di mera violazione dell'obbligo, se non del tipo d'autores, che apres ad un inquietante ridimensionamento dello stesso diritto penale del fatto.*

perigo é desconhecida cientificamente, apesar de ser apresentada como enorme e certa.

As organizações criminosas passam a representar o papel dos inimigos do povo, dos inclinados a delinquir, dos perigosos, papéis que no passado foram desempenhados por bruxas, hereges, vadios, mendigos, loucos. A única diferença da nova versão é que não se trata mais de uma pessoa inclinada ao crime, mas de uma entidade, formada por um grupo de pessoas inclinadas ao crime.

Neste ponto fica evidente a confusão entre direito e moral. Não se censura mais um "agir", mas antes um "ser". O "agir" já é censurado, porque quando a organização pratica, ou vier a praticar, os atos que pretende, comete crime, ou crimes.⁴⁵

(45) Ferrajoli, op. cit., p. 479, afirma textualmente que tais crimes devem ser suprimidos da legislação e define precisamente a questão, dizendo que os delitos associativos em geral não são outra coisa que não formas agravadas de cometer delitos ou tentativas de outros delitos. Sua manutenção como figura autônoma significa duplicar a responsabilidade penal por delitos comuns, dos quais são apenas o campo preparatório ou o meio de execução. Está cercado de razão também Juarez Tavares quando disse que "o crime organizado é como qualquer outro fato delituoso comum, e que pode ser enquadrado nas normas vigentes do Código Penal". O pensamento do penalista brasileiro aqui mencionado foi citado por Guaracy Mingardi, op. cit., p. 27 como tendo sido exteriorizado no XV Congresso Internacional de Direito Penal, realizado no Rio de Janeiro, em setembro de 1994. Assim, usando como exemplos alguns elementos das definições propostas para o crime organizado se o grupo de pessoas, ou um dos associados, em nome dos objetivos criminosos últimos do grupo (lavagem de dinheiro, tráfico de drogas etc...) corrompe funcionários públicos ou intimida pessoas, já está praticando um crime, ou

O tipo penal nos delitos de associação não é uma norma que regula uma conduta danosa socialmente, mas que simplesmente cria uma proibição. É, portanto, uma norma constitutiva do que é o comportamento desviado. Toda e qualquer norma constitutiva fere o princípio da materialidade e pune o "ser" e não o "atuar".

Estabelecer um marco divisor entre "direito penal do autor" e "direito penal do fato" não é tarefa fácil, mas estão de acordo a maior parte dos penalistas, quando apontam que o "direito penal do autor" é "uma corrupção do direito penal em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma 'forma de ser' do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade".

Moccia e Ferrajoli⁴⁶ indicam que a separação entre "fato" e "autor" está no caminho traçado. Incriminações ilegítimas partem do autor para evitar o fato e não de um fato para chegar ao seu autor. Essa inversão de direção é patente nos delitos associativos, que prescindem do fato que na verdade seriam objeto da tutela (o crime-fim).

A esse respeito pondera Ferrajoli:⁴⁷
...conforme estos criterios de definición sustancial de la desviación punible se

pelo menos dando início à execução. Vide também nota 81 supra.

(46) Moccia, op. cit. p. 29. Ferrajoli, p. 33/44 e 504/508 diz a respeito que delinquente não é aquela pessoa que possa ser etiquetada como imoral, perigosa, inimiga ou infiel, mas apenas aquela pessoa que pode ser identificada como responsável por um fato criminosos. Segue com muita propriedade e firmeza o filósofo dizendo que *No es el delito que se identifica a través del delincuente, sino el delincuente el que debe ser identificado a través del delito.*

(47) Op. cit., p. 42.

produce un vaciamiento objetivo de aquella garantía fundamental que es el principio de estricta legalidad, en virtud del cual nadie puede ser castigado más que por un hecho ya cometido y exactamente previsto por la ley como delito... la tentación común a todas estas técnicas de atenuación o disolución de la estricta legalidad penal es en realidad castigar no quia prohibitum, sino quia peccatum; y, en consecuencia, perseguir no tanto por lo que se ha hecho sino, sobre todo, por lo que se es.

Em nada destoa dos demais o pensamento de Claus Roxin,⁴⁸ para quem se tratará de un Derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción... Así pues, un ordenamiento jurídico que se base en principios propios de un Estado de Derecho liberal se inclinará siempre hacia un Derecho penal del hecho. Por otra parte, las fuertes tendencias preventivoespeciales, existentes desde los tiempos de Liszt en el Derecho penal alemán, presionan en la dirección del Derecho penal de autor; pues la cuestión de qué la intervención sobre el delincuente es precisa para evitar futuros delitos, depende más de su personalidad que del concreto hecho individual.

A reprovação do autor pode partir de uma concepção determinista – o homem, ou determinado homem, nasceu perigoso e não tem como evitar a conduta perigosa –, mas pode também partir do direito penal da culpabilidade, segundo a qual o homem optou livremente pelo padrão de conduta desviado e a reprovação vem da personalidade “voltada para o crime” que o ato revela. A organização criminosa – como tipo de crime – é uma clara manifestação do

“direito penal do autor”, em contraposição ao “direito penal do fato”.

Se existe uma associação de pessoas, organizadas de forma a satisfazer a hipótese normativa, por que se ocuparia o Direito penal de puni-la? A única explicação está na reprovação à audácia, ao perigo que se veja em tal grupo. Pune-se não por que se tenha cometido um determinado crime, mas sim por que o grupo pretende, pelo menos potencialmente, praticar um ou vários crimes. Pune-se independentemente de vir o grupo a praticar o crime. Incrimina-se pela culpa na “condução de vida”, no dizer de Figueiredo Dias.⁴⁹

Mesmo que um dos requisitos do tipo fosse a prática concreta de crime – no Direito brasileiro não é, porque basta que pessoas se associem “para o fim de cometer crimes” – a proibição não se afasta do “direito penal do autor”.

Fiandaca⁵⁰ entende, por outro lado, que a tônica do tipo penal deveria ser desviada da finalidade da associação – dolo específico – e transportada para os requisitos operacionais e instrumentais da estrutura da organização. Com isso, o tipo estaria se afastando do “direito penal do autor” e não ofenderia os princípios de taxatividade e lesividade. Segundo seu posicionamento a censura recairia sobre o “viver objetivamente como ente criminoso” e não mais na censura à cogitação do crime.

Pode ser que ficasse, da forma sugerida, menos evidente e sem dúvida não declarada a estruturação de um tipo normativo do autor. Entretanto, a razão da incriminação continuaria a ser o “viver como criminoso” e a potencialidade perigosa do autor, o que não afasta o juízo sobre a personalidade, cuja

(49) *Liberdade Culpa Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1976.

(50) *Op. cit.*, p. 17.

(48) *Op. cit.*, p. 176 e ss.

reprovação do agir (associar-se), seria apenas o disfarce.

A lógica do tipo é a lógica da emergência, ou do *law and order*, ou ainda da prevenção geral extremada, só justificada pela doutrina igualmente extrema do desvalor da ação. Não basta punir a execução do crime, deve ser punido seu autor, porque se organizou e estruturou sua vida para facilitar o cometimento de crimes. Incrimina-se com fins preventivos gerais, para depois punir com fins preventivos especiais, a vontade organizada, independentemente ou paralelamente às ações por ela realizadas, para marcar, mesmo que simbolicamente, o desvalor da delinquência organizada.

O desvalor da ação é um marco distintivo do atual Direito penal de exceção ou emergência e implica em desigualdade e discriminação que, por sua vez, justificam leis processuais penais de exceção. Se a personalidade castigada é desviada, os meios de castigá-la podem ser também desviados: um direito excepcionalmente severo para uma personalidade excepcionalmente perigosa. O tipo penal não passa a ser outra coisa que não estratégia, instrumento, para facilitar a investigação dos "suspeitos".

Organizações criminosas e os procedimentos investigatórios especialmente contra elas criados (inversão do ônus da prova, infiltração de agentes, ação controlada, quebra de sigilo bancário e de comunicações, delação premiada) concretizam o que Hassemer chama de o "novo direito penal", atribuído sem dúvida à política criminal irracional do Direito penal simbólico e funcional. As garantias penais e processuais penais passam a ser obstáculos, e não garantias do Estado de direito.

A justificativa apresentada para essas exceções feitas às garantias penais e processuais penais é a de que as organi-

zações criminosas representam uma ameaça à ordem democrática e um perigo à própria estabilidade de suas instituições.⁵¹

Todavia, não menos ofensivas à democracia e aos próprios pressupostos e princípios do Estado de direito são as soluções emergenciais apresentadas.

A pura fidelidade ao ordenamento jurídico, a prevenção geral positiva, como antes já observado, é mais perigosa do que o perigo da existência de pessoas que se reúnem porque querem cometer crimes, *al menos para quienes no consideran dañosa la existencia de los hombres, sino sólo sus acciones*.⁵²

Longe de buscar o equilíbrio entre defesa social e garantias, o sistema concreto é totalitário, disfarçado em "garantismo de fachada".⁵³ Os papéis dos poderes públicos ficam totalmente sobrepostos, passando o Judiciário a desempenhar funções de Polícia, em nome do governo, de forças políticas e para pura repressão.

Este é, sentencia Ferrajoli, *un utilitarismo ex parte principis, intrínsecamente antiliberal, homologante, inclinado hacia modelos de derecho penal máximo ilimitado en la práctica y normalmente vinculado a visiones organicistas y terapéuticas del sistema social como cuerpo sano, cuyas partes infectadas o enfermas o se curan o se amputan*.

Bibliografia

ASSIS TOLEDO, Francisco. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

(51) Ferrajoli, p. 820/837; Fiandaca, op. cit., p. 29/30/31.

(52) Ferrajoli, op. cit., p. 505.

(53) Ferrajoli, op. cit., p. 807/837 e também Fiandaca, op. cit., p. 31/32.

- BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 5-24, jan./mar. 1994.
- BICUDO, Tatiana Viggiani, LEITE PINTO, Luciana Pereira. Basta só o direito penal? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 2, n. 21, EXTRA, p. 6, set. 1994.
- FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2. ed. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bauón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantanero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- FIANDACA, Giovanni. *Criminalità organizzata e controllo penale: saggi e rassegne*. Padova: CEDAM, 1991.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal e estado de direito material. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 31, jan./jun. 1981.
- . *Lei criminal e controle da criminalidade: o processo legal-social de criminalização de descriminalização*.
- . *Liberdade culpa direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1976.
- . *Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro*.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, COSTA ANDRADE, Manuel da. *Associações criminosas – art. 287 do CP*. Parecer publicado na CJ, X, tomo 4, p. 11 e ss.
- . *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*, 2. reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- . *Direito penal – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*. Aparentamentos e materiais de estudo da cadeira de Direito Penal. Coimbra: Universidade de Coimbra – Faculdade de Direito, 1996.
- GOMES, Luiz Flávio, CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. São Paulo, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. São Paulo, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. São Paulo, 1997.
- HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.
- HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- . *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- HOULSMAN, Louk, DE CELIS, J. Bernat. *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Barcelona: Ariel, 1984.
- JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. Traducción de Manuel Cuncio Meliá. Madrid: Civitas, 1996.
- MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 1998. (Publicação n. 5).
- MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.
- MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos – la estructura de la teoría del delito*. Traducción y notas de la 2. edición alemana de Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997. v. 1.
- ROXIN, Claus, ARZT, Gunther, TIEDMANN, Klaus. *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Barcelona: Ariel, 1989.
- SILVA FRANCO, Alberto. *Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, n. 6, 1996.
- . Um difícil processo de tipificação. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 2, n. 21, extra, p. 5, set. 1994.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crime organizado: uma categorização frustrada. Discursos*

Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade.
Rio de Janeiro, n. 1, ano 1, 1996.

———. *El funcionalismo sistémico y sus respectivas juridico-penales.* Universidad de Santiago de Compostela, "Estudios Penales en memoria del Prof. Agustín Fernández Albor, p. 747-767, 1989.

———. *En busca de las penas perdidas.*
Reimpresión de la segunda edición.
Colombia: Temnis, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.