

2. DOUTRINA NACIONAL

2.4

CRIMINALIDADE ORGANIZADA: TENDÊNCIAS E PERSPECTIVAS MODERNAS EM RELAÇÃO AO DIREITO PENAL TRANSNACIONAL

DAMÁSIO E. DE JESUS

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Bases interpretativas do problema da criminalidade organizada: 2.1 A crescente adoção de exceções ao princípio da territorialidade; 2.2 A tendência de introduzir preceitos penais segundo critérios supranacionais definidos no âmbito internacional; 2.3 A globalização do Direito Penal tende a relativizar as garantias clássicas (materiais e processuais) e a flexibilizar as regras de imputação; 2.4 O tratamento jurídico da delinquência organizada transnacional possui perfil fundamentalmente econômico; 2.5 A tendência de buscar um conceito uniforme em nível internacional sobre o que se considera “crime organizado”; 2.6 A adoção de regras especiais sobre a autoria e participação e o incremento da utilização da teoria da imputação objetiva – 3. Conclusões.

Resumo: Procurando alcançar uma precisão terminológica sobre o significado da “criminalidade organizada”, requisito mínimo para construir considerações sólidas, o autor parte da observação de que tanto a doutrina quanto a jurisprudência da maioria dos países reconhecem ser quase impossível formular um “conceito unânime”. Daí, afirma que essas dificuldades conceituais não significam uma total impossibilidade de identificar alguns fatores que costumeiramente incidem sobre o problema e contribuem para definir o perfil deste fenômeno na atualidade. Por isso, busca comentar essas particularidades como forma de compreender a dimensão total da questão, expondo uma estratégia de abordagem tangencial, analisando a literatura internacional sobre certas matérias que são tratadas com frequência, para, finalmente, identificar os pontos principais do fenômeno. Depois de analisar essas premissas, o trabalho atenta para o fato de que certos elementos ou tendências deverão influenciar decisivamente nas opções dogmáticas e político-criminais que o Direito Penal irá manifestar nas sociedades do futuro. As perspectivas revelam que algumas posturas são incontroláveis e certamente irão definir o perfil dos mecanismos de resposta formulados pelos Estados frente ao delito passível de ser classificado como “organizado”. Dados como a *flexibilização dos sistemas de imputação e do princípio de territorialidade*, a crescente introdução de normas baseadas na *infração do dever de garantia* (gerando tipos penais fundados na comissão por omissão), a tendência de adoção da *teoria do domínio do fato* e os postulados fundamentais da *teoria da imputação objetiva* serão componentes de um novo modelo dogmático destinado a encontrar respostas ao fenômeno da criminalidade organizada.

Palavras-chave: Criminalidade organizada – Crime organizado – Associação criminosa – Direito Penal transnacional – Prevenção do crime.

1. Introdução

Poucos temas despertam na atualidade tanto interesse quanto o problema da criminalidade organizada. Muito embora difundida e repetida com insistência no âmbito acadêmico, a expressão “crime organizado” transmite uma idéia muito vaga de um acontecimento delituoso e, com frequência, transforma-se num “lugar comum” ou numa denominação imprecisa. Trata-se, entretanto, de fenômenos importantes relacionados tanto com a dogmática como com a política criminal das nações modernas.

Falar com precisão a respeito do crime organizado exige alcançar uma precisão terminológica sobre seu significado, requisito mínimo para construir considerações sólidas. De ver-se, contudo, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência da maioria dos países reconhecem ser quase impossível formular um “conceito unânime”. Essas dificuldades conceituais não significam uma total impossibilidade de identificar alguns fatores que costumeiramente incidem sobre o problema e contribuem para definir o perfil deste fenômeno na atualidade. Nessas breves linhas, buscaremos comentar essas particularidades como forma de compreender a dimensão total da questão. A estratégia de abordagem deste texto é, portanto, tangencial, analisando a literatura internacional sobre certas matérias que são tratadas com frequência, para finalmente identificar os pontos principais do fenômeno. Em razão da própria complexidade do tema, abordaremos apenas as questões fundamentais que devem compor o grande mosaico da criminalidade organizada.

Outro dado importante encontra-se na base interpretativa da qual partimos, fundamentada no conceito de *transnacionalidade*, idéia que será tratada como o principal componente estrutural externo da política criminal em matéria de delinquência organizada. Por tal motivo, antes de ingressar no elenco de idéias que auxiliam a compreender a criminalidade organizada nos dias de hoje, é necessário realizar uma distinção preliminar sobre os diferentes âmbitos assumidos pela Política Criminal moderna.

Analisando os sistemas aplicados pelos Estados contemporâneos, percebemos uma acentuada e progressiva distinção entre suas faces interna e externa. Internamente, a Política Criminal está voltada para a solução das manifestações criminológicas que tradicionalmente ocorrem na comunidade e que são a base da filosofia de segurança pública que vem sendo desenvolvida pela maioria dos países. Uma vertente, porém, vem ganhando espaço e protagonismo no momento em que o Estado busca tratar da delinquência. Essa outra face da Política Criminal moderna é a “externa”, também denominada por alguns autores *transnacional* ou *globalizada*. Como resultado dessa dualidade, o exame da “resposta jurídico-penal” em relação à delinquência organizada pode ser feito sob duas “perspectivas”, como veremos.

O fato é que os poderosos efeitos gerados pela globalização parecem remeter o problema do crime organizado preponderantemente a âmbitos mais amplos e genéricos, quase obrigando seu estudo sob uma ótica de integração supranacional (ou visão externa da questão). No contexto dessa *perspectiva externa*, determi-

nadas posturas ganharam força no cenário dogmático internacional, auxiliando o intérprete a compreender um pouco melhor o fenômeno. O elenco de conclusões abordadas em seguida, além de indicar um caminho interpretativo, transmite uma idéia aproximada de como será a Dogmática Penal e a Política Criminal sobre a matéria num futuro não muito distante.

2. Bases interpretativas do problema da criminalidade organizada

Além do marcante perfil transnacional, contribuem para definir o perfil da delinquência organizada atual:

2.1 *A crescente adoção de exceções ao princípio da territorialidade*

O exame dos mecanismos atuais de cooperação internacional revela que não é mais viável conceber uma “concepção estática de ordenamentos jurídicos”, nem tampouco manter a exclusividade da resposta penal em mãos de um único Estado. Pelo contrário, percebe-se uma verdadeira tendência (principalmente nos países de Direito escrito) em “relativizar o princípio de territorialidade” em favor do chamado “princípio de justiça universal”, introduzindo mudanças consideráveis em temas como da extradição e da dupla jurisdição penal.

Com relação à relativização do instituto da extradição, basta recordar os recentes e polêmicos casos envolvendo narcotraficantes bolivianos e colombianos extraditados aos Estados Unidos. Um outro exemplo foram as importantes conquistas alcançadas com a modificação de princípios de competência em relação ao julgamento de terroristas e autores de delitos de genocídio. A própria polêmica do “Caso Pinochet” revelou que as bases teóricas e a principiologia do sistema tradicional de extradição estavam demandando importantes mudanças, o que refletiu sensivelmente no perfil do Direito Penal que cada nação irá adotar para o futuro.

No Brasil, um exemplo concreto dessa moderna tendência é a perspectiva de adoção em nosso País de mecanismos legais especiais para combater a corrupção. Em setembro de 1998, atendendo a recomendações das Nações Unidas, foi apresentado um Projeto de Lei tipificando a corrupção ativa e passiva sob o enfoque da “transnacionalidade”.¹ Partindo da idéia de que os atuais tipos penais definidores dos delitos de corrupção ativa e passiva são insuficientes para enfrentar a criminalidade organizada e os altos índices de impunidade que imperam em relação ao problema, foi formulado um esboço legislativo bastante amplo, que incluiu a concussão, o patrocínio indevido, o tráfico de influências, a violação de segredo funcional e novas formas de receptação. A grande novidade do mencionado Projeto foi justamente pautar o tratamento jurídico da corrupção em critérios “transnacionais”. Ao abordar as transações comerciais internacionais, o novo esboço normativo possibilita a dupla incidência penal, sem ferir as garantias

⁽¹⁾ O Projeto de Lei foi elaborado no âmbito do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, São Paulo, atendendo a solicitação e recomendações das Nações Unidas, e apresentado ao então Ministro da Justiça, Renan Calheiros, em setembro de 1998.

clássicas. Diante da flexibilização do conceito de territorialidade, em face dos nefastos efeitos da criminalidade organizada e da corrupção, seria possível dentro do esquema legal proposto no referido Projeto a punição de um agente em diferentes países, evitando-se assim a impunidade que acompanha grande parte dos casos desta natureza. Por exemplo: se praticado um crime de corrupção ativa por um brasileiro em Miami, nos Estados Unidos, no curso de uma transação comercial envolvendo os dois países, incidiria a lei penal americana, sem prejuízo da punição do agente também no Brasil.

Tal proposta, sem precedentes no Direito Penal brasileiro, está de acordo com os fundamentos político-criminais defendidos pelas Nações Unidas e guarda grande afinidade com futuras normas reguladoras da corrupção no âmbito da União Européia.²

2.2 *A tendência de introduzir preceitos penais segundo critérios supranacionais definidos no âmbito internacional*

É evidente que leis especiais como as que tratam da lavagem de dinheiro e dos delitos informáticos atendem demandas globais, já que a prática de tais crimes (*iter criminis*) em geral não é exclusiva de um único país. A dissociação produzida entre a execução material do delito e o resultado (que pode ocorrer em separado, tanto no espaço como no tempo) são fatores que exigem modelos unificados de resposta penal. O preenchimento de “lacunas legais internacionais” é sensivelmente potencializado se o tipo de delito em questão tem o perfil de delinquência organizada.

2.3 *A globalização do Direito Penal tende a relativizar as garantias clássicas (materiais e processuais) e a flexibilizar as regras de imputação*³

A própria impotência dos ordenamentos jurídicos nacionais em relação ao crime organizado produz demandas públicas que obrigam o Estado a equacionar o problema sob bases mais pragmáticas e utilitaristas. Por tal motivo é possível perceber que as respostas penais encontradas até o momento, principalmente nas culturas ocidentais, preocupam-se muito menos com a coerência sistemática do

(2) O próprio Conselho de Ministros da União Européia tem emitido recomendações no sentido de que os Estados-membros deveriam adotar em seu Direito Penal interno normas que possibilitem a flexibilização das rígidas regras de territorialidade, permitindo inclusive a incidência de mais de um ordenamento jurídico sobre determinado fato.

(3) Apesar de não existir unanimidade sobre esse ponto de vista, a maioria da doutrina internacional acredita que as modificações introduzidas no sistema penal clássico por conta do combate ao crime organizado e em razão da crescente harmonização dos ordenamentos jurídicos nacionais terão como consequência modelos menos garantistas e mais maleáveis em termos de imputação.

sistema jurídico punitivo do que com os resultados concretos que ele possa alcançar. Além disso, os sistemas penais tendem a abandonar postulados seculares em busca de uma maior “eficácia” da resposta jurídico-penal. Um exemplo característico foi a significativa mudança de orientação do Direito Penal francês (escrito e codificado) em relação à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, introduzindo regras de imputação dentro do próprio Código Penal, abraçando a experiência político-criminal vigente nos países da *common law*.

Especial preocupação e atenção merece a questão da *flexibilização de garantias*. Mesmo que sob a bandeira de uma maior proteção ou eficácia da tutela penal, não se pode esquecer que estão em jogo importantes (e inegáveis) conquistas alcançadas pelo Direito Penal tradicional, especialmente ao longo deste século. Nesse passo, encontrar um “termo médio” ou um caminho de equilíbrio é uma das mais difíceis tarefas reservadas à Dogmática Penal nos próximos anos.

2.4 O tratamento jurídico da delinquência organizada transnacional possui perfil fundamentalmente econômico

Sob um ponto de vista empírico, a delinquência organizada costuma ser a criminalidade dos poderosos, caracterizada pela amplitude de seus efeitos, principalmente econômicos. Sua grande capacidade de desestabilização dos mercados e seu poder corruptor acabam por determinar o conteúdo dos principais textos supranacionais que fundamentam atitudes coordenadas das nações. Desde as “Recomendações das Nações Unidas”, passando pelas “Resoluções e Recomendações do Conselho da União Européia”, até as normas internacionais de extraterritorialidade (fundadas em tratados e convenções), percebe-se que as normas e princípios invariavelmente trazem como pano de fundo a tutela de interesses de índole econômica. Textos como o *Corpus Iuris*⁴ e a última *Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado* repetidamente versam sobre aspectos de tutela direcionada à proteção das relações econômicas e sobre a normalidade do tráfico financeiro.⁵ O Direito Penal transnacional, portanto, tem demonstrado preponderante interesse em relação ao “delito econômico organizado”.

2.5 A tendência de buscar um conceito uniforme em nível internacional sobre o que se considera “crime organizado”

Analisando as conclusões do último Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Penal, realizado em Budapest, em setembro de 1999, que

(4) Instrumento legal supranacional recentemente formulado no âmbito da União Européia, que pretende estabelecer, pela primeira vez, regras penais que irão vigorar de forma comum em todos os países-membros.

(5) Outro exemplo é a criação de tipos penais sobre lavagem de dinheiro como forma de combater o crime organizado, especialmente o tráfico de entorpecentes, de armas e atividades de tipo mafioso.

tratou especialmente da questão do crime organizado, percebe-se uma orientação genérica no sentido de ser alcançada uma maior precisão terminológica. Essa busca de forma e conteúdo em relação ao crime organizado tem sido uma preocupação constante no cenário internacional, especialmente quando se busca uma uniformidade entre nações de uma mesma região geopolítica, como a União Européia. Um interessante exemplo foi a tentativa realizada pelo Conselho Europeu em definir o que se deve entender por “organização delitiva”. Em essência, no âmbito comunitário, será criminosa uma organização fundamentada na associação de duas ou mais pessoas, estabelecida durante um certo período de tempo, atuando de maneira planejada, com o fim de cometer um número indeterminado de delitos sancionados com pena privativa de liberdade ou medida de segurança detentiva, com o mínimo de quatro anos, independentemente de que constituam um fim em si mesmas ou um meio para obter benefícios patrimoniais, ou ainda uma maneira de influir indevidamente no funcionamento da administração pública (“independência funcional típica”). Essa tentativa de definir os requisitos mínimos para que se considere certa atividade como sendo “crime organizado” revela o fato de que os Estados deverão seguir pautas externas no momento de tipificar condutas e definir critérios punitivos.⁶

2.6 A adoção de regras especiais sobre a autoria e participação e o incremento da utilização da teoria da imputação objetiva

Finalmente, dentre tantas correntes doutrinárias que buscam respostas satisfatórias em relação ao problema da criminalidade organizada, algumas teorias merecem destaque. Tratando de criar um sistema de imputação que regule com eficácia a delinquência organizada, surgiram nas últimas décadas várias tendências: a “teoria da indução”, segundo a qual os agentes da organização criminosa respondem na qualidade de “indutores” ao delito; as “teorias da co-autoria”, em que os mentores da organização e os executores devem ser equiparados dentro de um sistema de co-autoria pura e simples; a “teoria da cooperação necessária”, pela qual os responsáveis pela organização criminosa e os agentes intermediários na cadeia de comunicação interna do grupo estariam agindo em “cooperação necessária” ou “cumplicidade obrigatória” em relação ao comportamento daqueles que serão os executores do projeto criminoso idealizado pelo grupo; e, finalmente, a “teoria do domínio do fato”, derivada da teoria da autoria mediata, pela qual o órgão central de poder que comanda a organização atua como verdadeiro autor distante ou mediato em relação ao executor da ordem proferida.

⁽⁶⁾ O art. 31 do Tratado de Amsterdam estabeleceu que a cooperação judicial em matéria penal incluirá a adoção progressiva de medidas que estabeleçam normas mínimas relativas aos elementos típicos dos delitos no âmbito da delinquência organizada, do terrorismo e do tráfico de drogas. O Conselho Europeu reuniu-se em 21.12.1998 e adotou uma regra denominada “ação comum”, originária do art. K.3 do Tratado da União Européia, relativo à tipificação penal da participação numa organização delitiva em qualquer um dos Estados-membros da CEE. Em síntese, as regras que inspiram as legislações europeias no momento foram traçadas no âmbito comuni-

De todas as teorias mencionadas, a que vem ganhando protagonismo é a do “domínio do fato”, para a qual a cúpula de poder numa organização possui um amplo domínio sobre a ação e a vontade dos agentes do grupo, mantendo o que vem sendo denominado “domínio funcional do fato”.⁷ Essa teoria é a que possivelmente tem oferecido respostas mais eficazes ao problema da autoria e participação em Direito Penal. Segundo seu principal divulgador, Roxin, deve ser considerado autor aquele que tem o domínio final do fato, *i.e.*, tanto aquele que é a figura central da ação como aquele que a determina e condiciona. Não é exigível que realize materialmente a ação, bastando que domine o acontecimento que conduzirá ao resultado. É interessante notar a existência de pontos de conexão e convergência entre essa teoria e a da “imputação objetiva”, que também tem oferecido importantes contribuições para solucionar situações de grande dificuldade técnica, como os casos de delinquência organizada.

3. Conclusões

Uma vez expostas tais premissas, percebe-se que certos elementos ou tendências influem decisivamente nas opções dogmáticas e político-criminais que o Direito Penal irá manifestar nas sociedades do futuro. As perspectivas revelam que algumas posturas são incontornáveis e certamente irão definir o perfil dos mecanismos de resposta formulados pelos Estados frente ao delito passível de ser classificado como “organizado”. Dados como a *flexibilização dos sistemas de imputação e do princípio de territorialidade*, a crescente introdução de normas baseadas na *infração do dever de garantia* (gerando tipos penais fundados na comissão por omissão), a tendência de adoção da *teoria do domínio do fato* e os postulados fundamentais da *teoria da imputação objetiva* serão componentes de um novo modelo dogmático destinado a encontrar respostas ao fenômeno da criminalidade organizada.

Sob outro aspecto, certamente contaremos com uma Política Criminal cada vez mais globalizada e mutante. Acreditamos que o sistema penal do futuro pouca semelhança terá com a atual estrutura político-criminal. A *transnacionalidade* será sua marca. O ímpeto de mudança, sua potência.

Um atento acompanhamento de tais alterações é o dever que cabe aos que manejam a transformação do Direito Penal, como única forma de defender a dignidade humana e as garantias fundamentais frente ao contínuo processo de mutação imposto pela modernidade.

tário e definem critérios básicos. Atualmente, deve ser sancionado o comportamento de toda pessoa que, de forma intencional ou tendo conhecimento do objetivo da atividade delitiva da organização, participe ativamente de suas atividades. É importante salientar que as formas de participação apresentam-se muito amplas, admitindo tanto a execução propriamente dita como a circunstância de o agente ter conhecimento de que sua atividade contribui para a execução das ações delitivas planejadas pela organização criminosa.

⁽⁷⁾ Sobre a teoria do domínio do fato, vide Claus Roxin, especialmente *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madri : Marcial Pons, 1998.