

A DIFÍCIL TIPIFICAÇÃO DO CRIME ORGANIZADO

André Luís Callegari

Pode-se afirmar que uma das características do Direito Penal moderno é a evolução de uma criminalidade associada ao indivíduo isolado até uma criminalidade desenvolvida por estruturas de modelo empresarial. Dentro desta evolução, a criminalidade organizada se dirige fundamentalmente a obtenção de importantes benefícios econômicos. A expansão internacional da atividade econômica e a abertura ou globalização dos mercados são acompanhados da correlativa expansão ou globalização da criminalidade, que frequentemente apresenta um caráter transnacional, podendo-se afirmar que a criminalidade organizada é a da globalização.

Cancio Meliá assinala que os delitos relacionados com as associações ilícitas - e, dentro destas, de modo específico as infrações de pertencer a uma organização terrorista - estão hoje num momento de franca expansão, ao menos em toda a Europa. Esta evolução tem lugar em um marco geral em que uma legislação puramente simbólica e impulsos punitivistas se potencializam mutuamente cada vez com maior intensidade, desembocando em uma expansão quantitativa e qualitativa do Direito Penal.

Neste contexto, um dos fenômenos que mais produziu comentários e discussões foi o da criminalidade organizada ou por grupos organizados que praticam determinados delitos. Assim, houve uma crescente preocupação da sociedade a respeito deste tipo de delinquência, sobretudo pela violência e pelos sofisticados meios utilizados na comissão de diferentes delitos, fato este que se refletiu em novas medidas de prevenção e repressão para a delinquência organizada.

Porém, a técnica para a redação desse dispositivo incriminador não foi a mais feliz, é dizer, faltou clareza ao legislador na hora de definir o que se incrimina, ferindo-se, frontalmente, o princípio da taxatividade dos tipos penais. Evidentemente que não se desconhece a possibilidade da edição de tipos abertos, cada vez mais criticados pela doutrina, mas, utilizados reiteradamente por nossos legisladores, como ocorreu, por exemplo, em vários dispositivos da Lei nº. 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional.

Note-se que ao elaborar um tipo penal dessa natureza (organização criminosa), o legislador olvidou-se de outros postulados básicos que servem de garantia ao cidadão, isto é, deixou de lado a garantia máxima de descrever de forma mais precisa possível a conduta que se está incriminando (taxatividade) e, por via reflexa, ferindo, também, a própria legalidade penal.

O legislador busca coibir a prática de crime praticado por organização criminosa, muito

embora não se diga mais nada a respeito do que seja dita organização, sendo um tipo penal amplíssimo, que permite abarcar uma série de condutas, que se confundem, muitas vezes, com a participação criminal (art. 29 do CP) ou com a formação de quadrilha (art. 288 do CP).

A tendência moderna do Direito Penal é cada vez menos utilizar este tipo de redação, onde a conduta realizada (tipo aberto) deverá ser verificada posteriormente, através de uma decisão judicial, onde se fala em que haveria propriamente o "fechamento" do tipo penal, como ocorre nos tipos penais culposos. Nos tipos abertos não se infere por completo, mas parcialmente, os elementos do injusto da correspondente classe de delito e o resto deve ser completado mediante elementos positivos da antijuridicidade que estão fora do tipo, ou, seja, são aqueles em que "falta um guia objetivo para completar o tipo", de tal modo que, praticamente, não se pode fazer uma distinção entre comportamento proibido e permitido. Porém, os tipos abertos devem ser afastados, pois se o tipo se concebe como classe de injusto, somente pode ser imaginado como "fechado", porque em outro caso lhe faltaria a característica própria do tipo.

Ocorre que estas cláusulas abertas como o tipo penal que prevê a organização criminosa, supõe uma desmedida amplitude e incorreção do preceito que contem. Assim, a redação de tipos penais abertos como o de organização criminosa choca frontalmente com os princípios básicos do Direito Penal e que também se encontram reconhecidos na Constituição Federal, como é o caso da legalidade. O termo utilizado pelo legislador também entra em contradição com os princípios de segurança e de taxatividade jurídicas, já que deste modo supõe que o julgador tenha que penalizar qualquer comportamento que tenha como finalidade a prática de determinado crime pela união estável de um grupo de pessoas organizadas hierarquicamente, sem, ao menos, deixar claro o que seja tal organização, aliás problemática afeita aos tipos penais abertos.

Giacomolli refere que a defesa de um direito penal com tipos abertos, difusos, indeterminados, ou com normas penais dependentes de uma normatividade integradora (normas penais em branco), ou de um regramento judicial, são características de um Direito Penal autoritário e demasiadamente repressivo, inadmissível no atual estado de desenvolvimento da civilização.

Ademais, parece-nos que muitas vezes nos olvidamos de que o princípio da legalidade penal e, através dele, o valor da segurança jurídica, vinculam de modo diferente o legislador e o juiz. O legislador deve descrever as condutas penalmente ilícitas com precisão, não só para legitimar em abstrato o seu trabalho, mas também - dado que o próprio sistema se dota de mecanismos vinculantes para garantir a vigência de seus princípios - para a própria operatividade da norma emanada. Uma norma imprecisa que dane a segurança jurídica de seus destinatários será inconstitucional e não deverá ser aplicada pelo juiz, porque faltarão a tipicidade do comportamento analisado. Por sua vez, o juiz fica vinculado pelas fronteiras da lei penal, sem que lhe seja permitido castigar fora das previsões legislativas, ainda que considere

pessoalmente que o comportamento em questão é lesivo e reprovável e que esta consideração corresponde as vigentes valorações sociais.

Nessa linha de argumentação, afirma Giacomolli que a descrição legislativa das condutas e das sanções deve ser clara, precisa e cognoscível, delimitadora da tipicidade e do subjetivismo dos operadores jurídicos, principalmente do órgão jurisdicional, informada pelo adágio *nullun crimen, nulla poena sine lex certae* (taxatividade).

A doutrina dominante considera que na prática é difícil ou quase impossível a aplicação do preceito que estabelece a organização criminosa, já que não se oferece uma definição precisa desta figura típica. O Código Penal brinda uma denominação para os crimes praticados por quadrilha ou bando, mas que não coincide com a que o legislador pretendeu dar em relação à organização criminosa. É certo que o legislador, quando elaborou o projeto da lei, tentou conceituar a organização criminosa como "uma organização que pela suas características demonstre a existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional ou internacional". O legislador não manteve este conceito e, com isto, ficamos sem saber, precisamente, o que significa uma organização criminosa para efeitos penais. Isto tem influência negativa com relação a todas as leis trazem a incriminação da organização criminosa (por exemplo, lei de lavagem, regime disciplinar diferenciado, etc.), pois nos casos de organizações criminosas as leis fazem menção a uma regra de conceito genérico, sem especificar ou esclarecer o que dito preceito taxativamente significa para efeitos de incriminação e segurança jurídica.

Atualmente existe posição doutrinária no sentido de que é possível a incriminação da organização criminosa através do conceito oferecido pela Convenção de Palermo, ao menos para os delitos aos quais é aplicável a convenção.

Ainda que o Brasil tenha aprovado a Convenção de Palermo e assim ela tenha ingressado em nosso ordenamento jurídico, seguimos com a posição de que a incriminação continua vaga e imprecisa, sem estabelecer os contornos necessários para que se possa elucidar o que seria a dita "organização criminosa".

Além disso, mesmo que tenha ingressado em nosso ordenamento jurídico, nunca é demais recordar que as normas devem ser interpretada a partir da Constituição Federal e ali se encontra inserto o princípio da legalidade que trás, como corolário lógico o princípio da taxatividade. Isso significa que a própria Constituição Federal não admite preceitos incriminadores vagos e imprecisos, que não descrevam adequadamente a conduta incriminadora, porque num Estado de Direito deve-se preservar as garantias do cidadão, dentre as quais se encontra a de saber, com clareza, qual a conduta incriminada pela norma penal.

Por fim, o problema da delimitação ou o alcance desta figura típica, pois ainda que

mereça uma penalização mais grave esta organização criminal, deve-se ter cautela para não se incorrer no erro de esta figura abarcar toda e qualquer colaboração de pessoas para o cometimento de delitos, fato este que já se encontra regulado no concurso de agentes (art. 29, CP). Ademais, existem normas específicas para o aumento de pena para o organizador ou para aquele que comanda a atividade criminosa dos demais (art. 62, CP). Portanto, desnecessário, na maioria das vezes, uma figura autônoma e de duvidosa validade para incriminação de atividades cometidas por um grupo de pessoas. Ademais, muitas condutas também recaem sobre a incidência típica da formação de quadrilha (art. 288, CP), portanto, não são organizações criminosas propriamente ditas.