

ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: UM ENSAIO CRÍTICO DO TIPO PENAL CRIADO PELA LEI 12.850/2013.

Leonardo Henrique Gonçalves de
Siqueira

Doutor em Direito pela UFPE. Professor
da Faculdade Damas

Resumo. O presente artigo visa interpretar a norma do crime organizado à luz do Princípio da Legalidade, o qual tem um significado formal, bem como um significado material. Tal princípio impõe garantias que possibilitam a crítica daquela lei.

Palavras-chave. Crime organizado. Garantias. Legalidade.

Abstract. This paper aims to interpret the norm of organized in the light of the principle of legality, which has a formal meaning crime as well as a material significance. This principle requires guarantees that enable critical that law.

Keywords. Organized Crime. Guarantees. Legality.

Zaffaroni¹ nos alerta para o perigo existente, tanto para as hipóteses de alienação técnica do político quanto para os de alienação política do técnico, caso não considere o discurso jurídico penal na sua complexidade que lhe é inerente, e que fora percebido de forma precisa por Bustos Ramirez, ao asseverar que o sistema penal reflete as características do sistema político-social dominante². Não é possível dissociar o direito penal do seu viés político sem cair num autismo extremamente perigoso, tendo em vista que, dessa forma, teríamos um discurso jurídico penal tão fluído que o permitiria se adequar a qualquer discurso político.

O princípio da legalidade, principalmente na sua acepção política, mas, também, na jurídica, cumpre uma importante função dentro de um estado democrático de direito, quer dizer, torna certa e prévia o rol de condutas consideradas como dignas de repressão penal, coibindo o arbítrio estatal e limitando o poder de punir do estado.

¹ ZAFFARONI, E. Raúl. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires. BdeF, 2005.

² BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Control Social y Derecho Penal**. Barcelona: PPU, 1987, p. 584-585.

É sabido que o princípio da legalidade tem uma origem política em virtude da obra de Beccaria³, todavia, atualmente, o grande desafio desse princípio, segundo Hans Welzel, não está nas questões relacionadas à proibição da analogia ou dos costumes, mas na existência de leis penais indeterminadas⁴.

Essa reflexão feita por Welzel é assaz relevante e pertinente, uma vez que não se pode falar em legalidade quando temos leis vagas e imprecisas. Vale salientar que o tipo legal é o resultado das exigências da legalidade em vários aspectos, mas, da mesma forma, funciona como delimitador da matéria da proibição, ou seja, o tipo penal individualiza as condutas consideradas como proibidas.

Para cumprir essa função de delimitar a matéria da proibição, o tipo penal deve se valer, primordialmente, de elementos objetivos – estes entendidos como aqueles que se materializam no mundo exterior e são perceptíveis pelos sentidos –, evitando, ao máximo, o uso de elementos normativos, termos com

³ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal. parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 41.

⁴ WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Santiago: Editorial jurídica do Chile, 1997, p. 27.

semântica imprecisa, fórmulas abertas e exemplificativas⁵.

Hodiernamente, passamos a conceber tipos penais, principalmente os crimes econômicos, com vários elementos normativos e fórmulas abertas, o que trouxe graves problemas com a legalidade, no tocante a indeterminação da matéria da proibição gerada por esses mesmos tipos penais.

Acreditamos que a figura equiparada àquela prevista no *caput* do art. 2º da lei n. 12850/2013, sendo este delito consubstanciado nas condutas de “promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa⁶”, é

⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1996, p. 80–83.

⁶ Apesar de não se mencionar as críticas que poderiam ser feitas a legitimidade do próprio tipo penal em tela, seja por uma questão de falta de lesividade dessa incriminação e/ou a falta de proporcionalidade ao estabelecer os limites(mínimo e máximo) da pena privativa de liberdade – esse crime tem uma pena maior, por exemplo, do que o delito de lesão corporal gravíssima, que é um crime de resultado naturalístico, bem diferente do delito em apreço, que é de mera conduta –, não estamos a supor a sua legalidade pela ausência de críticas. A questão é que vamos abordar apenas um

inconstitucional por afrontar o princípio da legalidade em face do tipo ser indeterminado quanto ao preciso conteúdo da proibição que deveria estar presente.

Essa figura equiparada, prevista no §1º da referida lei, tem a seguinte redação: “Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa”. Para confirmarmos ou não a hipótese aqui sustentada, precisamos examinar detalhadamente esse tipo penal, assim, torna-se imprescindível começar por uma interpretação gramatical.

Essa figura equiparada ao crime de participação em organização criminosa traz como figura nuclear do tipo os verbos impedir e embaraçar, que, na verdade, tem significados semelhantes, ou seja, são traduzidos como estorvo, obstáculo, dificultar, impedimento, perturbar(...) ⁷. De logo é perceptível que as condutas típicas em tela não estão bem delimitadas, pois esses termos são de uma fluidez semântica que extrapola os

aspecto desse delito, com o objetivo de demonstrarmos as suas incongruências com os postulados da legalidade.

⁷ **Grande Dicionário Enciclopédico Brasileiro Ilustrado**. São Paulo: Novo Brasil Editora, 1978, p. 531.

limites criados pela legalidade, no tocante a lei certa e precisa.

As infundáveis ações que, em tese, poderiam se adequar a essa figura equiparada, excedem a determinação que a legalidade exige. E o legislador, não satisfeito com essa ampliação indevida, ainda introduz no tipo penal uma fórmula aberta, traduzida na expressão “de qualquer forma”.

É possível imaginar inúmeras possibilidades, porém, vamos apenas apresentar dois casos que nos parece particularmente elucidativos. O primeiro é de uma testemunha, ouvida ainda na fase de investigação policial, que mente no seu depoimento sobre a existência de certos acontecimentos relacionados à prova da existência de uma organização criminosa, afirmando que não sabe nada de tais fatos. Interpretando o tipo penal, é facilmente perceptível que essa testemunha pode ser processada pelo crime previsto no §1º, art. 2º da lei 12.850/2013, tendo em vista que, a sua omissão em falar sobre o conhecimento desses fatos, dificulta, impede e embaraça a investigação criminal sobre a existência ou não de organização criminosa.

Nesse percurso traçado, uma indagação surge quando pensamos no crime de falso testemunho,

previsto no artigo 342 do código penal brasileiro. Quero dizer, os falsos testemunhos cometidos no âmbito de uma investigação de organização criminosa e que dificultem a sua investigação, serão considerados, pela especialidade, como condutas equiparadas a participação em organização criminosa, com uma pena que varia de 3(três) a 8(oito) anos de reclusão?

Pensamos que a resposta só pode ser negativa, pela total desproporcionalidade da pena aplicada para essa hipótese, ainda mais se examinarmos que a pena para o falso testemunho é de 1(um) a 3(três) anos de reclusão, com a possibilidade de suspensão condicional do processo e de várias medidas que visam impedir a aplicação concreta de uma pena privativa de liberdade.

O paradoxo torna-se ainda mais evidente se pensarmos que um falso testemunho cometido num crime de homicídio, impedindo a descoberta da autoria, será valorado como uma conduta bem menos reprovável – tendo em vista o que falamos sobre a pena para o crime do artigo 342 do CP – daquele cometido numa investigação de organização criminosa, e ainda com a vantagem da retratação, que no crime de falso testemunho ou falsa perícia funciona como uma causa extintiva da punibilidade.

O segundo caso, que queremos ilustrar junto com as observações, seria a conduta cometida por uma pessoa que destrói, inutiliza ou esconde provas da existência de organização criminosa. Nesse caso, acreditamos que a punição na forma equiparada prevista no dispositivo em comento, justifica-se plenamente e, da mesma forma, adéqua-se ao tipo.

Não sabemos se essas condutas aqui descritas – destruir, inutilizar e esconder – foram o objetivo do legislador ao criar essa forma equiparada, mas, acreditamos que a utilização desses termos, junto, por exemplo, com a descrição do(s) objeto(s) material(ais) do delito, como, por exemplo, limitar as condutas aqui descritas as questões relacionadas as provas da existência de organização criminosa, como no caso acima citado, limitam o âmbito de interpretação do julgador e delimitam a matéria da proibição.

Não estamos defendendo, é importante que se deixe claro, que a interpretação que fizemos fora a verdadeira vontade do legislador, e que ele teria, apenas, se utilizado de expressões infelizes. No fundo, em nenhum momento perquirimos qual teria sido a sua real vontade, visto que, nesse momento, ela pouco importa.

O objetivo maior é chamar a atenção para a lesão ao princípio da legalidade, no tocante à exigência de lei determinada, pela exposição imprecisa, vaga e obnubilante do tipo penal aqui tratado. Da mesma forma, procurou-se mostrar como o legislador poderia ter sido mais técnico ao escolher as elementares típicas, tendo sempre em mente a necessidade de o tipo cumprir o seu mister de delimitar precisamente o conteúdo da proibição.

É claro que qualquer expressão utilizada, como adverte Roxin⁸, permite mais de uma interpretação, mas é necessário limitá-la ao máximo, até mesmo para que o juiz não funcione como um verdadeiro legislador. É imprescindível que o tipo penal deixe claro o juízo de desvalor feito pelo legislador, a partir da sua própria interpretação (tipicidade como indício da ilicitude).

Por fim, poderíamos terminar com uma reflexão de Hans Welzel⁹ sobre essa difícil questão, que, por sua precisão, vamos transcrever na sua literalidade: “A coluna vertebral da determinação legal em um Estado

⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal**. parte general. Madri. Civitas, 1997, p. 170.

⁹ WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Santiago: Editorial jurídica do Chile, 1997, p. 27.

Democrático de Direito reside na descrição típica mediante a menção de ‘circunstâncias do fato’ e de ‘características de autor’(...)”. Só assim, continua o autor, poderemos concretizar, na sua plenitude, o princípio mais importante de todo o direito penal.