

## **Zilio: A porta de entrada do uso político do Direito Penal**

O Direito Penal brasileiro conhece, não de hoje, alguns tipos penais que criminalizam o pertencimento, estado ou organização, ou seja, o mero integrar alguma associação considerada penalmente ilícita. Por exemplo, os crimes de organização subversiva, previstos nos artigos 12, 14, 42 e 43 do DL 898/69 da Junta Militar, constituíram, como escreveu Fragoso, uma das mais deploráveis experiências legislativas, alicerces do regime de terror que se instalou, por golpe de estado, no Brasil no ano de 1964 (Fragoso, Heleno Cláudio. *Lei de Segurança Nacional: uma experiência antidemocrática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 13). Tempos depois, notadamente naquela lei penal que define os crimes contra segurança nacional, ordem política e social (Lei nº 7.170/83), criminalizou-se, com pena de um a cinco anos, também integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça (artigo 16). Na mesma autoritária lei penal, que ainda não fora declarada incompatível com a ordem legal democrática, o artigo 24 criminalizava, com pena de dois a oito anos, constituir, integrar ou manter organização ilegal de tipo militar, de qualquer forma ou natureza armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa.



Recentemente, novas figuras típicas de pertencimento foram

criadas pela legislação penal. O artigo 35 da Lei 11.343/2006 criminalizou, pena de três a dez anos e multa, associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, e parágrafo primeiro, e 34. Manteve, portanto, aquela mesma concepção prevista na antiga lei de drogas dos anos 70 (inclusive no aspecto formal). A Lei nº 12.720/12 criou o artigo 288-A do CP e criminalizou, com pena de quatro a oito anos, constituir, organizar, integrar ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos no CP. Logo depois, a Lei nº 12.850/2013 alterou o artigo 288 do CP e, então, passou a criminalizar, com pena de um a três anos, aumentada até a metade se a associação é armada ou se houver participação de criança ou adolescentes, associarem-se três ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes. O artigo 2º da Lei 12.850/2013 criminalizou, com pena de três a oito anos e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas, promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa. Por fim, o artigo 3º da Lei 11.260/2016 também criminalizou, prevendo pena de reclusão de cinco a oito anos e multa, promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista.

O fato é que todos esses tipos penais, constitutivos de uma legislação penal altamente antidemocrática, serviram e ainda servem para perseguição de dissidentes políticos e de grupos sociais indesejados.

A banalização das imputações por referidos delitos explica-se pelo modelo de política criminal excludente que domina o momento atual de *post-illuminismo penale*, em que as barreiras formais e materiais exigidas para o exercício da acusação são diluídas. A criminalização prevista nesses delitos de organização nada mais faz do que antecipar o momento da punição para um estágio anterior aos próprios atos preparatórios do *iter criminis*. Em outras palavras: como os atos realizados para integração em qualquer associação são prévios a qualquer delito concreto, significa, na perspectiva de bens jurídicos individuais, que são meramente preparatórios. Pune-se, portanto, um mero estado prévio de perigo de lesão ao bem jurídico protegido pelo Direito Penal. Mas não é só isso. Ferrajoli identificou aqui o que chamou de tríplice inflação dos "bens" penalmente protegidos. Primeiro, proliferação quantitativa dos interesses tutelados, com funções autoritárias mediante o incremento de delitos sem dano (ofensas a entidades abstratas) ou delitos de bagatela (frequentemente representados por meras desobediências). Segundo, ampliação indeterminada do campo do designável como bens tutelados, mediante a utilização de termos vagos, imprecisos ou, o que é pior, valorativos, que derogam a estrita legalidade dos tipos penais e oferecem um amplo espaço à discricionariedade e à "criação" judicial (por exemplo, os diferentes delitos associativos ou as variadas figuras de periculosidade social). Terceiro, a crescente antecipação da tutela, mediante a configuração de delitos de perigo abstrato ou presumido, definidos pelo caráter altamente hipotético e até improvável do resultado lesivo e pela descrição aberta e não taxativa da ação. (Ferrajoli, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 380).

Para resolver essa problemática, a doutrina tem abordado o conteúdo do injusto dos delitos organizacionais mediante três tipos fundamentais: primeiro, cuida-se de delito em que há um exercício abusivo do direito de associação, ou seja, o bem jurídico aqui seria o exercício do direito de associação; segundo, no delito associativo existe uma antecipação de punibilidade, anterior inclusive aos atos preparatórios, por conta da especial periculosidade da organização; terceiro, no delito organizacional o que existe é a violação de um bem jurídico coletivo (ordem pública, segurança interna, paz pública etc.). Essa última fundamentação, aliás bastante esdrúxula, já foi acatada pela jurisprudência brasileira quando enxergou ali no crime organizacional um bem jurídico retratado na ideia autoritária de paz pública (STF, *Inq 3989*, rel. min. Edson Fachin, 2ª Turma, julgado em 11/6/2019).

A fundamentação do delito organizacional no abuso de direito de associação não convence porque não serve de definição do conteúdo do injusto penal, mas funciona apenas como uma referência formal relacionada ao modo pelo qual se realiza o tipo penal em questão. (CANCIO MELIÁ, Manuel. *El injusto de los delitos de organización: peligro y significado*, em "RGDP", n. 8, novembro de 2007, p. 13).

Por outro lado, a teoria da antecipação é problemática porque antecipa a punibilidade num estágio prévio de lesão ao bem jurídico (aliás, indeterminado). A principal objeção é que se "*reduz sem necessidade a perspectiva de análise exclusivamente ao aspecto de adiantamento da criminalização, sem conseguir identificar o bem jurídico específico (que, de acordo com estas críticas, sim existiria) tutelado pelos delitos de organização mais além dos tipos da Parte Especial afetados pelas infrações instrumentais de organização*" (Cancio Meliá, Manuel, *op. cit.*, p. 15). Com isso, ao reduzirem-se os delitos organizacionais a meros delitos de perigo abstrato, também não se explica o motivo pela qual se punem então os casos em que o bem futuro em risco realmente é lesionado. A fundamentação, portanto, é instrumental e não se sustenta como delito autônomo quando se tem a real lesão ao bem jurídico futuro.

Por fim, tampouco prospera o argumento simplista de bem coletivo. A indeterminação das descrições utilizadas por esse setor para caracterizar o objeto de proteção coletiva abre as portas a uma "*criminalização ilimitada*" (Cancio Meliá, Manuel, *op. cit.*, p. 15). Além disso, são ilegítimas as normas que os objetos de proteção possuem de grau de abstração impalpável, como a figura da idoneidade para perturbar a paz pública, que aparece em diversos dispositivos penais (Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. Trad. de Diego-M. Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003, p. 56).

Diante dessas considerações, para evitar o uso político do Direito Penal, a única forma de aceitação do delito de organização consiste em ver o injusto em questão como uma forma de ameaça, isto é, como forma de apropriar-se indevidamente de organização que consiste no anúncio da futura comissão de delitos (Cancio Meliá, Manuel, *op. cit.*, p. 18). O conteúdo de desvalor autônomo tem de se constituir num ameaça violenta porque, do contrário, o delito organizacional violaria o princípio de fato, que exclui toda responsabilidade penal por meros pensamentos, isto é, que repudia qualquer Direito Penal de ânimo (Jakobs, Günther. *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, em ZStW 97 (1985), p. 751). Em suma, a estrutura dos delitos de organização exige atenção para dois segmentos: uma dimensão coletiva e uma especial ameaça em termos de valores jurídico-políticos.

No primeiro aspecto, da dimensão coletiva, o injusto do delito de organização deve possuir uma qualidade de incremento de periculosidade a bens individuais. O tipo penal em questão não protege um bem supraindividual, mas, sim, os bens jurídicos protegidos pelos crimes fim. Só assim poderia apresentar conteúdo de desvalor autônomo, de numa "orientação objetiva da organização no sentido da prática de delitos", que existe quando as condutas delitivas são praticadas no seio da organização de modo automático, isto é, sem necessidade de um novo processo decisório: a decisão quanto ao "se" da prática de delitos é tomada por cada membro no momento de entrar na organização. Enfim: o delito associativo só estará realizado se, subtraindo-se mentalmente a prática de quaisquer outros delitos, restar na mera associação de pessoas conteúdo de desvalor suficiente para justificar uma sanção penal (Greco, Luís, Estellita, Heloisa. "Empresa, quadrilha (artigo 288 do CP) e organização criminosa Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado", em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. vol. 91, p. 393, jul. de 2011). Em outras palavras, a organização deve possuir o que Cancio Meliá chamou de "uma magnitude social autônoma" (Cancio Meliá, Manuel, *op. cit.*, p. 28). É preciso, portanto, que a organização, para não se correr o risco de "responsabilidade por adesão", tenha certa estrutura interna, certa densidade, para se pode apreender dogmaticamente. Jakobs fala de "integração em uma organização" como uma espécie de perda de controle do sujeito. *"Esta perda de controle não somente se refere a possíveis fatos individuais futuros, mas também afeta a condição de membro de tal: converte em certo modo a atuação coletiva da organização na conduta de cada um dos membros."* (Cancio Meliá, Manuel, *op. cit.*, p. 33). Essa qualificação da organização vem expressada na circunstância de que atuam "enquanto coletivos" (Cancio Meliá, Manuel, *op. cit.*, p. 34).

O outro aspecto, da especial ameaça em termos de valores jurídico-políticos, o injusto organizacional deve se constituir como uma forma de apropriação indevida do monopólio estatal da violência. É fundamental que a existência da organização afete de modo direto o Estado: *"A organização delitiva se apropria do exercício de direitos pertencentes ao âmbito de soberania do Estado. Somente quando se vincula a este modo de emergência da organização com o incremento fático da periculosidade que esta possui, percebe-se com clareza o específico significado da atuação coletiva das organizações criminais: colocam em questão o monopólio da violência que corresponde ao Estado"* (Cancio Meliá, Manuel, *op. cit.*, p. 36). Consequentemente, somente os entes coletivos perigosos, que questionam o papel do Estado, podem concretizar o injusto penal como ameaça. Logo, a questão concentra-se no exercício exclusivo da violência pelo Estado. Em breve resumo: exige-se que o coletivo tenha assunção de poderes inerentes ao exercício do monopólio da violência, mediante mecanismos coercitivos de atos de violência penalmente tipificados.

Por fim, também há que se agregar que o bem jurídico é pressuposto de qualquer incriminação. Exige-se, portanto, que a conduta provoque alguma alteração do mundo, real ou provável (Tavares, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 186). Nessa linha, os delitos organizacionais só adquirem significado *"se puderem influir, em termos de probabilidade, segurança ou estabilidade das pessoas"* (Tavares, Juarez, *op. cit.*, p. 195.). Isso não ocorre, é certo, automaticamente nos delitos de mero estado, pertencimento ou estado antijurídico.

Em conclusão: para evitar o uso político dos delitos de organização (frequentemente construídos para resolverem problemas provenientes do Direito Processual Penal), não basta o respeito aos aspectos formais do tipo penal exigidos pelo princípio da legalidade. O mais importante aqui é saber das condições explicativas da criminalização em si mesma e da severidade da pena prevista para os delitos de organização. A identificação do injusto deveria ser condição prévia de legitimidade para qualquer tipicidade material de delitos de organização, incluindo aqui os delitos da indefinida "criminalidade organizada" (Cancio Meliá, Manuel. *Zum Unrecht der kriminellen Vereinigung: Gefahr und Bedeutung*, em, Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007". Köln: Carl Haymanns, 2007, pp. 27-52). Por isso, os tipos de injusto dos delitos de organização devem ser interpretados conforme à Constituição, para se restringirem aos casos de: 1) periculosidade por si só a bens jurídicos individuais; e 2) ameaça real ao monopólio da violência, como expressão de soberania, por parte do Estado.

**Date Created**

11/01/2021