

Organizações Criminosas: O Novo Tipo de Milícia

Prof. Dr. Alexandre Wunderlich

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais, especialização e mestrado em Ciências Criminais pela PUC-RS. Coordenador do Departamento de Direito Penal e Processual Penal e da Pós-graduação de Direito Penal Empresarial da PUC-RS. Conselheiro da OAB/RS e atual Diretor-Geral da Escola Superior de Advocacia. Coordenador da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais no RS.

O processo de coisificação, as categorias da razão, da certeza, da verdade, do tempo, do espaço e da dromologia, são ditos e escritos há muito tempo, contudo jamais se pensou que toda essa ruptura paradigmática entre o nosso pensamento de Direito Penal moderno com esse pensamento de pós-modernidade, se é que se pode chamar assim, esses efeitos de processo de globalização, que não têm efeitos neutros, mas sim positivos e negativos e, sobretudo, com uma proposta muito clara do neoliberalismo, afetou as questões do Direito e afetou o Direito Penal. Isso tudo, nós reconhecemos, mas não é dentro dessa nova ordem social, ou dentro dessa nova lógica social de velocidade, que podemos simplesmente tentar um projeto que reúne toda a legislação penal do nosso país em um prazo exíguo de seis meses. E, mais, atribui-se o prazo de seis meses em razão de uma norma regimental, o Regimento do Senado Federal, ou seja, a norma do regimento interno está acima de todos os ideais republicanos no nosso país.

Então não somos avessos às mudanças, mas sim a atentados contra a estrutura do Direito Penal. Somos avessos a essas respostas que foram surgindo ao longo das duas últimas décadas, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988. E se olharmos a nossa legislação, a partir desses bens jurídicos que ganharam a dignidade constitucional em 1988, o que nós fizemos ou uma parte da doutrina tentou fazer para trabalhar com essas novas demandas, pois vínhamos passando isso desde 1988?

O Prof. Luiz tratava bem disso, dizia que a constituição de garantias trouxe uma série de deveres de incriminação, que foi quando se inchou o Direito Penal. Ele falava de uma “hemorragia legislativa”. Então uma parte da dogmática penal se socorreu desse processo de hipercriminalização no campo da política criminal que sofremos no Brasil das últimas décadas. O inchaço dos crimes de perigo abstrato, um recurso abusivo às normas penais em branco, um recurso abusivo aos crimes omissivos e a hipótese da responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Esse era o cenário de parte da dogmática buscando institutos e aumentando, ou seja, dando soluções mais simples para problemas mais complexos de ordem social que estávamos enfrentando.

E, no plano legislativo, antes e após a Constituição de 1988, a crítica à forma com que é feita a legislação brasileira tem sido feita por autores bastante importantes e consagrados. E faço questão de render aqui uma homenagem a um texto do Prof. Juarez, que peço licença para ler e que dispõe o seguinte: *Os governos violentam repentinamente a constituição com incriminações vagas e indeterminadas, definindo a conduta delituosa inclusive através de expressões “atos de terrorismo” e restringindo, além de todo o limite tolerável, o direito de defesa e a liberdade individual. , Cria-se assim o Direito Penal Terrorista. A legislação brasileira, em matéria de terrorismo, é, pode-se dizer, lamentável, com graves incorreções e impropriedades. Não é uma lei feita por juristas. Terá que ser reformada quando voltarmos ao regime de liberdade, de acordo com as exigências de um Direito Penal democrático. A primeira delas decorre da ideia segundo a qual o sistema punitivo do Estado exerce função extremamente limitada na repressão à criminalidade. Os governantes têm que resistir à tentação de criar um inútil direito penal do terror. Não se deve configurar na lei uma específica figura de delito denominada, aqui no caso, terrorismo, mas sim definir as diversas condutas em crimes autônomos com a descrição completa de comportamentos delituosos”.* Nós poderíamos dizer isso hoje, em 2012, mas essa crítica foi feita em 1983 por Heleno Cláudio Fragoso quando da publicação da Lei 71.070 de 1983, a lei de ideologia de segurança nacional.

No ano de 2000, o Prof. Miguel Reale Júnior, seguindo a crítica de processos legislativos, chegou a dizer, quando da reforma da Lei 97.014 de 1998, das penas alternativas, que tínhamos no Brasil um “Direito Penal Fernandino”, que vinha de Fernando Collor a Fernando Henrique.

E essa legislação, com esse projeto, caminha nesse sentido, e o tema que foi incumbido, ao longo dessas duas décadas, foi sempre mal trabalhado no Brasil.

Organizações Criminosas, do estudo que fiz para a fala, a partir da operação mãos limpas na Itália quando um grupo de senadores brasileiros vai à Itália e volta ao Brasil criando figuras até então desconhecidas por nós, e se publica no Brasil, depois do artigo 288 do Código Penal de 1940, a Lei 9034 de 1985, a chamada Lei de Combate ao Crime Organizado. Essa legislação não teve praticamente nenhuma aplicação no Brasil. A Lei de 1985 não definia o que era crime organizado e dizia que era aplicado em diversos casos aqui com institutos processuais às práticas de organizações criminosas, que ela também não conceituava. Basta recordar que ela vedava o direito de apelar em liberdade, que decretava sigilo de autos, decretava a possibilidade de o juiz buscar prova de ofício, o juiz instrutor. E basta dizer também que ela vedava a concessão de liberdade provisória e outras violações atinentes às garantias constitucionais. O Prof. Geraldo Prado chegou a tratar disso naquela época, trabalhando as questões e a crítica da Lei 9014 de 1995.

Depois disso, tivemos, em 2001, uma nova legislação que alterou a Lei 9034 de 1995, que foi a Lei 10.217, que trabalhava com a criminalidade organizada como base e criou três categorias: quadrilha ou bando, organização criminosa e qualquer tipo de associação criminosa que pudesse praticar qualquer crime. Três categorias sem, pasmem, conseguir conceituar nenhuma delas. E esse vácuo no Brasil sobre as organizações criminosas na legislação persiste até 2004, com o Decreto 5015, quando internalizamos a Convenção de Palermo, a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional, que, mais uma vez, de forma genérica e ampla, sendo o Brasil signatário, uma parte da jurisprudência começa a aplicar a Convenção de Palermo como um conceito básico de organizações criminosas.

O problema é que a Convenção de Palermo traz uma série de considerandos, mas nenhum deles o Brasil consegue cumprir. Então, quando internalizamos o texto, a jurisprudência desconsiderava os considerandos e aplicava residualmente só a parte de um suposto conceito de organização criminosa. A Prof^a Heloisa Estelita trabalhou muito bem essa questão no que tange aos delitos empresariais, em um livro publicado pela

Editorial de Porto Alegre, livraria do advogado, citado inclusive agora no julgamento do caso da ação penal de 470 em Brasília, parece que não reconhecido pelos Ministros. Mas, de qualquer sorte, na pesquisa que fiz para o tema, localizei um *habeas corpus* no qual já havia votado o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Tóffoli e havia pedido vista a Ministra Carmem Lúcia, em 2009, votando agora em 12 de junho de 2012 no HC 96007. Foi acompanhada e pediu vista, acompanhou o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Tóffoli e foi acompanhada pelo Ministro Fux e pela Ministra Rosa Weber. Trancaram a ação penal, em um delito de lavagem de dinheiro da Lei 961.598, cujo crime antecedente era o crime de organização criminosa. E o STF, na primeira turma, reconheceu a ausência de disciplina legal dos crimes ou do tipo de organização criminosa e trancou a ação penal.

Mas, pasmem, mesmo depois do reconhecimento de uma das turmas do Supremo de que não havia no Brasil, como de fato não há, um conceito determinado de organização criminosa, publicamos agora, recentemente, a Lei 12.694 de 2012, uma nova lei que dá uma faculdade ao juiz de primeiro grau, na formação de um colegiado, composto por juízes de primeiro grau e juízes sem rosto, para que esse colegiado possa, em determinados atos processuais, decidir à porta fechada e com clara violação ao princípio do juiz natural e da identidade física do magistrado com o caso penal.

Então, no Brasil, o cenário que temos é uma nova lei, a Lei 12.694, que foi publicada agora no mês de julho junto com a nova lei de lavagem de dinheiro, que dá poderes para o juiz tratar questões de criminalidade organizadas ou de organizações criminosas que nós, mais uma vez, desde 1995, não conseguimos conceituar. Esse é o cenário. E foi assim que os membros da comissão receberam as organizações criminosas para tratar dentro desse projeto.

E o que dispõe a exposição de motivos fracionada? O que dispõe a primeira exposição de motivos? Pois cada um fez uma parte, então cada um é responsável só por uma parte. Aí quando eles são questionados, eles dizem que votaram em contrário em tudo, que divergiram muito. Então agora quero saber: quem votou o quê?, quem fez o quê? E quem é a maioria? Até porque se todo mundo é voto minoritário, quem é a maioria? O que dispõe a exposição de motivos dos crimes da paz pública? Reconhece tudo isso que digo do esforço legislativo brasileiro e da sua ineficácia e

dispõe: *“ademais, com a tipificação proposta (que já vou ler), diferencia-se com bastante rigor esse novo crime do atual crime de quadrilha ou bando, como previsto no Código Penal em seu artigo 288”*. Diferencia-se com bastante rigor esse novo crime do atual crime de quadrilha ou bando. Sendo assim, o que fizeram? O atual crime de quadrilha ou bando, passa a ser, então, um crime de associação criminosa, que está previsto no artigo 255 e se manteve a mesma pena: mínima de um e máxima de três anos.

E o artigo 256 é o crime de organização criminosa. E qual é a diferença de alto rigor, que é dito aqui, vou ler para vocês: *Associação Criminosa. “Associarem-se em três ou mais pessoas de forma estável ou permanente para o fim específico de cometer crimes”*. Colocaram agora de forma estável ou permanente para o fim de cometer crime. Essa era a antiga quadrilha ou bando, que agora é associação criminosa. E a organização criminosa? Muda o verbo associarem-se para organizarem-se três ou mais pessoas de forma estável ou permanente para o fim específico de cometer crimes. Detalhe: *“cuja a pena máxima seja igual ou superior a quatro anos, mediante estrutura organizada e divisão de tarefas com hierarquia definida visando auferir a vantagem ilícita de qualquer natureza”*. A diferença aqui é a pena.

Dessa forma, comecei a percorrer o código, como disse o Prof. Miguel Reale Júnior: *“Cada passeio pelo código, o galo canta não se sabe onde”*. Ou seja, começa-se a passear pelo código e encontram-se as seguintes situações: Contrabando agora, artigo 289, pena de um a quatro anos; descaminho é artigo 350, pena de um a três anos. Então no contrabando é possível organização criminosa; já no descaminho não. Mas, além de se manter, mais uma vez, uma confusa redação com um aumento de pena desproporcional, pois ao manter a associação criminosa com a pena de um a três anos, a organização criminosa passa a ter três a dez anos com causa de aumento até a metade se for armada.

Além disso, ainda se criou uma figura típica nova, que é a organização miliciana, que, segundo a exposição de motivos, dispõe o seguinte: *“A prática miliciana, inovação fundamental e portanto necessária para o enfrentamento da criminalidade cometidas por grupos de pessoas e também apresentada pela comissão, é a criminalização da prática da milícia, forma específica de associação organização criminosa e que, como tal afronta por igual a paz pública”*. Esse fenômeno criminoso que, por

falta de tipificação, vem sendo entendido como prática extorsiva. Então se vem sendo entendido como tal, não existe a falta da tipificação. Mas, enfim, *“constrangimento ilegal quando não mera ameaça, cometidos por quadrilhas ou bandos armados”*. Observem que aqui na exposição de motivos, dispõe que essa milícia pode ser qualquer coisa, porque dispõe que é uma associação criminosa, uma organização criminosa, uma quadrilha ou bando de grupo armado. E o pior: é ser constatado que são integrados quase sempre por agentes vinculados aos órgãos encarregados da segurança pública, o que foi primeiramente identificado no Estado do Rio de Janeiro, mas que já é percebido em outras unidades da federação, que é a CPI de 2007 do Freixo, que deu aquela repercussão.

O tipo penal proposto possui elementares perfeitamente caracterizadoras dessa nefasta prática delitativa. Tudo a permitir a sua diferenciação das demais associações e organizações criminosas, com o destaque para o domínio ilegítimo sobre o espaço territorial determinado e o constrangimento à liberdade de voto, afronta destacada ao estado democrático de direito.

O texto sugerido dispõe o seguinte:

Parágrafo segundo: *“Se a organização criminosa se destina a exercer mediante violência ou grave ameaça domínio ilegítimo sobre espaço territorial determinado, especialmente sobre atos da comunidade ou moradores, mediante à exigência de entrega de bem móvel ou imóvel a qualquer título ou de valor monetário periódico pela prestação de serviço de segurança privada, transporte alternativo, fornecimento de água, energia elétrica, venda de gás, de petróleo ou qualquer outro serviço ou atividade não instituída ou autorizada pelo poder público, ou constrangendo a liberdade de voto.”* Ou seja, várias categorias dentro de um tipo, o que, na minha concepção, é desnecessário diante da construção dos outros, até pelos outros serem, na minha opinião, também mal formulados. Com uma pena de 4 a 12 anos e que vai produzir encarceramento porque além da pena da organização miliciana, existem todas as penas dos crimes correlatos a essa atividade.

Então, nesse particular, o que se pode concluir aqui, na minha humilde opinião, é que o tipo penal é totalmente desnecessário em que pese reconhecer o problema. Mas, de certa forma, é tratar com uma visão

muito reducionista um problema muito complexo. Significa dizer que o Estado reconhece que existem determinadas comunidades onde ele não consegue trabalhar, onde não consegue operar e onde não consegue se fazer presente e onde a ordem é a ordem da milícia. E a partir disso, a consequência natural da comissão é de que, a partir de toda a repercussão que houve nesse caso especificamente, se produza um tipo penal, na minha opinião, exemplo clássico de reação absolutamente simbólica na expressão cunhada por Hachiman (?).

A confusão do tipo de milícia com os demais e a produção de uma proposta de encarceramento, deve ser rechaçada pelos operadores do direito. A falência do processo legislativo, essa busca por um direito penal de emergência ou de resposta social, está muito clara não só na exposição de motivos. E, nesse sentido, acho que também se procura uma ideologia para o projeto, mas me chamou a atenção e não sei se foi dito no seminário, mas o relator dedica o trabalho em nome pessoal, dispondo o seguinte: “Dedico esse trabalho ao menino João Hélio e Ives Ota. De certa forma, é uma questão freudiana: *“Quem nos salva da bondade dos bons?”*. A pessoa pode até tentar fazer o bem, mas, de outro lado, ele desprestigia milhões de outras vítimas e, por outro lado, parece que traz um novo projeto para dar uma satisfação para essas vítimas e para todas as outras pessoas vitimadas. As digitais vão sendo espalhadas pelo projeto.

Mas para não ficar só na crítica ao texto legislativo, que já foi muito dito aqui sobre a falta de técnica, “parece um elefante em uma casa de louças”, a cada esquina do projeto, um tropeço. O Prof. Cláudio já dizia que não duvida do conhecimento jurídico dos membros da comissão, mas eu vou dizer com todas as letras: já eu duvido. Eu duvido bastante, incrédulo, e, mais, não é só a falta de conhecimento jurídico, é a falta de vergonha de lançar um projeto desses em um cenário nacional, em um prazo de seis meses, conseguindo reunir uma crítica de autores brasileiros que sequer foram chamados a opinar no projeto. Mas se eu estivesse em Porto Alegre e me convidassem para participar de um projeto, com um grupo de pessoas que, segundo eles mesmos disseram, é plural, democrático, cada um tem uma ideologia diferente, então, por esse motivo vou achar que o projeto não tem ideologia? Mas se me convidam, digo para ligar para o Prof. Juarez Tavares que está mais habilitado a opinar sobre a relação de causalidade do que eu.

E, nesse sentido, entendo que falta um pouco de humildade para as pessoas. E ouvi, quando participei de audiência pública no Rio Grande do Sul, na Escola da Magistratura, o Ministro Gilson Dipp dizendo que eram operadores do Direito, que eram pessoas que conheciam a realidade. E não duvido, mas aquilo me passou, com todo respeito e amizade que tenho pelo Ministro Gilson Dipp, mas me passou um sentimento de dizer que esse código não pertence a academia, é o código nosso, ou seja, das pessoas que estão no foro lá pedindo. E existem coisas horrorosas no código, posso falar porque sou advogado militante, inclusive dentro da OAB, há quinze anos. Tenho uma proposta de criminalização, de prerrogativas de advogado. Quem defende um Direito Penal minimalista, ou seja, vai lá dizer que temos que criminalizar por violação de acesso aos autos? Então tem que se manter uma certa coerência dentro do sistema. E não dá pra ser diferente no que tange ao tipo penal, que me foi pedido para examinar. Entendo que é realmente um fiasco a criação desse tipo específico. Teríamos que criar vários tipos regionalizados. Teríamos uma milícia, que no meu estado, é a mais importante de todas, pois não teríamos milícias desse porte das favelas do Rio de Janeiro, que é a do abigeato na fronteira do Rio Grande do Sul.

Sendo assim, teríamos que voltar para uma proposta de códigos regionais. Mas, além disso, gostaria de finalizar dizendo que existe uma pesquisa bastante importante, pois recebi esse tema há trinta dias. Quando o Prof. Juarez me ligou, havia recebido um livro de presente do Prof. Saulo de Carvalho de uma argentina radicada no México, em 1979, chamada Pilar Calveiro. Ela escreveu um trabalho sobre violências de estado, a briga no México contra o narcotráfico, o terrorismo nos Estados Unidos e, por causalidade de temas, ela trabalhou com o impacto carcerário que houve a partir de uma reforma no México de 1994 a 2001.

Ela analisou os dados de 2001 a 2004 e a associação criminosa lá, que tinha uma pena de um a oito anos, passou; com a reforma, como estamos fazendo aqui, para uma pena de cinco a dez anos e com violação de uma série de garantias, como propostas de progressão de regime, de liberdade, de direito de recorrer etc. E o trabalho dela demonstrou o crescimento do encarceramento, os dados estão disponíveis, o livro foi publicado pela editorial no ciclo *vinte e y uno*. A cada mês, a cada cem delitos denunciados, a margem de novas denúncias dos tipos de associações criminosas passavam para cento e dois, depois para cento e nove,

depois para cento e doze. Ocorreu um impacto carcerário brutal porque não se sabia, pois não havia até então sido investigado, que a cada tipo autônomo somado três pessoas, há associação criminosa ou organização criminosa, mais essa pena do tipo autônomo. E o Prof. Saulo de Carvalho tratou bastante ontem, pois ninguém está preocupado em saber quantos funcionários no sistema prisional vamos ter daqui a vinte anos a partir da nova codificação. Ninguém está preocupado em saber quantas vagas do sistema prisional vou ter que ter a partir de dez anos de aplicação de um novo texto de lei. Ninguém está preocupado com quantos magistrados da execução vou ter que criar. Isso porque ninguém está preocupado em mudar o sistema atual e o modelo de justiça criminal brasileira. Essa é outra discussão e quero encerrar tratando disso, ou seja, agregar tipos penais, aumentar penas sem discutir a essência da nossa justiça criminal enquanto modelo. Por que não aproveitamos para discutir a justiça restaurativa? Nós passamos por um modelo ou por um processo de adjetivação da justiça criminal. E a justiça criminal de colarinho branco, das varas especializadas, das justiças terapêuticas.

No meu Estado tem a justiça instantânea. Quem quer uma justiça instantânea? A justiça instantânea é para infratores crianças e adolescentes que podem ter liberdade assistida e outras sanções em uma audiência única com defensor público e juiz etc. É um projeto pioneiro de decidir questões de liberdade das crianças e adolescentes. E nesses processos de adjetivação da justiça, como a justiça consensual ou a justiça dialogal, dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, e que são audiências feitas de forma coletiva, ou seja, tudo aquilo que projetávamos para modernizar as infrações de menor potencial ofensivo, quem sabe não perdemos a possibilidade de descriminalizar tudo aquilo? No Rio Grande do Sul, as audiências são feitas, para transação penal, daquela forma de quem já aceitou ou quem vai aceitar a transação penal, passa no balcão. Quem já fez a composição civil dos danos no ato do foro, passa no cartório para assinar. Ou seja, o juiz não tem mais a capacidade de escuta.

A falência da justiça estadual do Rio Grande do Sul, do meu estado, do interior do estado, do funcionalismo público, da carência de magistrado, do número de processos, com esse modelo atual, nada foi questionado. Não se investiu em nenhum modelo alternativo de política criminal. E aí nos dizem que diminuíram cinco anos o tráfico, tiraram as contravenções, diminuíram o estelionato, o furto passou a ser de representação e

acabam esquecendo tudo que está sendo criado de endurecimento do sistema para os crimes hediondos, dos tipos penais novos, das incompatibilidades técnicas e se não fosse assim, o esforço inteiro que estamos fazendo, capitaneados pelos nossos professores, acho que esse projeto poderia sim ter êxito. Não estou dizendo que não terá, tenho medo, receio, mas estou dizendo que nós todos reunidos vamos fazer a força, a resistência digna, honrada e altamente comprometida com a ciência do Direito Penal. ❖