

A INOBSERVÂNCIA DA TAXATIVIDADE NO TIPO ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E A AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NAS DENÚNCIAS: JANELA ABERTA AO ARBÍTRIO

IGNORANCE OF TAXACTIVITY IN CRIMINAL ORGANIZATION TYPE AND THE ABSENCE OF JUST CAUSE IN COMPLAINTS: OPEN WINDOW TO ARBITRARINESS

Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes¹

IBCCrim

Gustavo Ribeiro Gomes Brito²

IBCCrim

Resumo

A taxatividade, decorrente do Princípio da Legalidade, é uma instituição imprescindível à legitimação do exercício do poder de punir porquanto confere limites que dão a pertinência do sistema penal ao Estado Democrático de Direito. A inobservância, pelo legislador, do critério da taxatividade ao tipificar a organização criminosa tem ensejado que processos sem justa causa sejam instaurados. É dever do magistrado impedir o prosseguimento de ações sem justa causa sobe pena de uma atuação arbitrária do Estado.

Palavras-chave

Crime organizado. Taxatividade. Denúncia. Justa causa. Arbitrariedade.

Abstract

Taxativity, resulting from the Principle of Legality, is an essential institution to legitimize the exercise of the power to punish because it confers limits that give the penal system relevance to the Democratic State of Law. The non-observance, by the

¹ Doutora em Direito pela PucMinas. Professora do IBMEC/BH. Advogada Criminalista. Conselheira do IBCCrim.

² Mestrando em Direito pela PUC/RS. Advogado Criminalista. Diretor do IBADPP e integrante da Comissão para Assuntos Legislativos do IBCCRIM.

legislator, of the criterion of taxativity when typifying the criminal organization has led to the filing of lawsuits without just cause. It is the duty of the magistrate to prevent the continuation of actions without just cause under penalty of arbitrary action by the State.

Keywords

Organized crime. Taxativity. Indictment. Just cause. Arbitrary.

Introdução

O processo penal se inicia com o oferecimento de uma denúncia ou queixa-crime, a qual conterà a descrição do fato criminoso em todas as suas circunstâncias (Art. 41, do CPP). A peça inicial contém – ou deveria conter – uma hipótese com elementos para garantir a provável e futura confirmação desta ideia, podendo se afirmar que todo o processo gira em torno de uma dúvida³, afinal, ao menos no início do processo, não se tem certeza de que aquela tese é verdadeira ou restará provada.

Analisando tal documento, o magistrado verificará a aptidão perquirindo sobre as condições e requisitos de admissibilidade mediante o juízo de valor exigido no Art. 395, do CPP. Historicamente, o ato de recebimento da denúncia sempre representou um despacho de mero expediente dando prosseguimento ao processo, e, a partir da reforma instituída pela Lei 11.719/2008, passou-se a exigir em tal fase a avaliação de diversas questões, inclusive sobre a probabilidade e viabilidade de acusação.

Desde então, o recebimento da peça acusatória ganhou outra relevância, figurando como um dos momentos mais importantes do *persecutio criminis*, pois aí se declara ter sido identificado um ou mais delitos e o seu(s) respectivo(s) autor(es), além da existência de viabilidade de a tese acusatória poder ser futuramente provada.

³ FENOLL, Jordi Nieva. **La Valoracion de la Prueba**, Marcial Pons: Madrid, 2010, p. 13.

Ultrapassada esta fase, o indivíduo traveste-se de acusado, passando então a suportar todas as respectivas e tenebrosas consequências sociais e econômicas de um processo criminal.

Quando, porém, o legislador deixa de observar a taxatividade na construção de um tipo penal, abre-se brecha para que denúncias sem justa causa e, conseqüentemente, em discrepância com o Estado Democrático de Direito, surjam. É o que se tem verificado na atualidade no tocante aos processos que imputam a alguém promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa⁴.

A inobservância da taxatividade na lei de organização criminosa brasileira

Quando uma lei penal incriminadora não é capaz de esclarecer ao indivíduo a conduta proibida, pode-se afirmar que, em sua essência, foi ela violada, porquanto não conseguiu cumprir exatamente a finalidade para a qual foi criada. “A base real de todo crime é a objetivação da vontade em um evento externo. O fato externo é, portanto, a base para a construção dogmática do crime (como, além disso, o ponto de partida da investigação criminal do crime)”⁵.

O Princípio da Legalidade, notadamente reconhecido por sua importância nos Estados de Direito, não coaduna com a elaboração de

⁴ Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

⁵ Fundamento real de todo delito es la objetivación de la voluntad en un hecho externo. El hecho externo es, por lo tanto, la base de la construcción dogmática del delito (como, además, el punto de partida de la investigación criminal del delito). WELZEL, Hans. **Derecho penal:** parte general. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 71.

leis penais indeterminadas. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira⁶ assevera “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”, afinal é ele quem torna possível conhecer as condutas não permitidas.

A expressão organização criminosa ainda não se encontra bem delineada e definida - quer seja pela doutrina, quer seja pelo legislador -, e a consequência, por óbvio, é a confusão quanto ao que de fato a caracteriza. A expressão, pois, é utilizado de forma abrangente e reiterada pelos mais diversos setores, merecendo destaque o uso pelos que movimentam o sistema de justiça penal. Dentro de um sistema penal de garantias, no âmbito em que pode ensejar o exercício da punição estatal, dada a violência que lhe é peculiar, a delimitação do conceito é pressuposta intransponível.

Eugênio Raúl Zaffaroni é pontual ao afirmar que o termo organização criminosa é um conceito que nunca alcançou uma definição criminológica satisfatória e que foi transformado em legislação penal que ampliou o poder punitivo; “um direito penal diferenciado e com menores garantias para um âmbito delitivo sem delimitação”.

O crime organizado é um conceito de origem jornalística, que nunca chegou a uma definição criminológica satisfatória, mas que foi transferida para o direito processual penal e penal para aumentar o exercício do poder punitivo com relação a um conjunto de crimes não bem definidos, que visa configurar uma lei criminal diferenciada e com pequenas garantias para um escopo

⁶ SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de. Organização criminosa e princípio da legalidade, um ensaio crítico do tipo penal criado pela Lei 12.850/2013. **Revista Acadêmica**, recife, v. 84, 2012, p. 440.

criminal sem delimitação. Sua ideia mais próxima é dada por crimes de mercado, que vão desde todo o tráfico proibido a jogos de azar, prostituição, diferentes formas de tráfico sexual, moeda falsa e sequestro para resgate. Não há leis que incluam o terrorismo em seu conceito legal⁷.

Ainda segundo ele, a ideia que mais se aproxima de organização criminosa se dá na criminalidade de mercado, envolvendo o tráfico proibido, jogos, prostituição e diferentes formas de comércio sexual, falsificação de moedas, extorsão mediante sequestro e até mesmo terrorismo⁸.

Jorge de Figueiredo Dias alerta que, se a doutrina criminal, especificamente, não foi ainda capaz de construir uma definição de criminalidade organizada sem ambiguidades, o legislador, por seu turno, tem-se utilizado de referida expressão ou outras análogas para justificar um maior rigor punitivo e a supressão de garantias processuais penais, violando o princípio da Legalidade em seu sentido mais amplo.

⁷ “El *crimen organizado* es un concepto de origen periodístico, que nunca alcanzó una satisfactoria definición criminológica, pero que se trasladó a la legislación penal y procesal penal para aumentar el ejercicio del poder punitivo respecto de un conjunto de delitos no bien delimitado, lo que pretende configurar *un derecho penal diferenciado y con menores garantías para un ámbito delictivo sin delimitación*. Su idea más aproximada está dada por la criminalidad de mercado, abarcando desde todos los tráficos prohibidos hasta el juego, la prostitución, las diferentes formas de comercio sexual, la falsificación de moneda y los secuestros extorsivos. No faltan leyes que incluyen al terrorismo en su concepto legal”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Globalización y crimen organizado**. [S. l.]: ciências Penales, 2016.

⁸ Disponível em <<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/8globalizacioncrimen.pdf>>. Acesso 1º de setembro de 2018.

Contrastando com este *mare magnum* de estudos, são ainda relativamente poucos os esforços doutrinários e dogmáticos para construir, sem ambiguidades, a noção *jurídico-penal* de *criminalidade organizada*. E todavia, a questão que se suscita é, para um penalista, primária e inarredável. Caminhando à frente da doutrina, os legisladores vêm usando profusamente o conceito de *criminalidade organizada* ou conceitos análogos tanto a nível nacional, como internacional. E usam-nos para lhes ligar efeitos jurídicos de natureza criminal ou processual penal de vária natureza e mais relevante importância: ao nível seja da determinação dos limites da jurisdição; seja do âmbito de validade e de competência da lei penal; seja de efeitos sancionatórios directos (*máxime*, o confisco) ou indirectos (efeitos da punição); seja da determinação da responsabilidade dos agentes individuais co-envolvidos; seja da limitação ou negação de direitos, liberdades e garantias, nomeadamente processuais, dos implicados. § Uma situação insuportável e insustentável, esta, porque violadora do princípio da *legalidade* penal no seu mais amplo sentido (e não exclusivamente no sentido estrito traduzido na máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*): um princípio – o da legalidade de toda a matéria penal – nascido e desimplicado à sombra da doutrina iluminista, que passou a fazer parte do *acquis* civilizacional da humanidade e a que ninguém hoje está disposto a renunciar⁹.

Guaracy Mingardi também aponta a inexistência de uma teoria que estabeleça parâmetros do que seria crime organizado e reclama a

⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.16, n.71, p.11-30, mar./abr. 2008, p. 13

necessidade de elaboração de um conceito “claro, porém, sem cair no erro de teorizar demais, acabando por torná-lo árido e por demais pesado para utilização prática”¹⁰.

Nesse contexto, é possível averiguar que no ano 2000, a Organização das Nações Unidas adotou a denominada Convenção de Palermo, ou Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, com o objetivo de prevenção e combate eficiente aos crimes que rompiam fronteiras, destacando o compromisso dos Estados-Partes em criminalizar a participação em grupo criminoso organizado¹¹.

Referida convenção foi internalizada no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 5.015/2004, tendo o Brasil se comprometido a tipificar a organização criminosa perante a comunidade internacional.

Quando da elaboração de um tipo penal, por uma questão de técnica legislativa, geralmente, cria-se um tipo básico sobre determinado bem jurídico e, posteriormente elaboram-se tipos derivados que, em razão de circunstâncias previamente estabelecidas, ensejarão uma penalização maior ou menor.

Cláudio Brandão, destacando que a *antinormatividade é extraída da compreensão lógica do tipo penal*¹², assevera que a norma é exatamente o comando de comportamento que se extrai do tipo. Explicita o autor:

¹⁰ MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o Crime Organizado*. São Paulo: IBCCRIM, 1998, p. 26.

¹¹ ESTELLITA, Heloisa. *Criminalidade de Empresa, Quadrilha e Organização Criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 45.

¹² BRANDÃO, Cláudio. *Bem Jurídico e Norma Penal: a função da antinormatividade na teoria do crime*. Revista Delictae, vol. 3, nº 4, jan/jun, 2018, p. 27.

Note-se que a norma é vista através do tipo. Porquanto a conduta positivamente prevista na descrição legal viola o bem jurídico, sabe-se que ela, quando realizada, é tida como *digna de uma pena*, isto é, ela é intrinsecamente desvaliosa. Aí reside a relação necessária entre norma e bem jurídico: o comportamento esperado compreendido logicamente em função do tipo tem a finalidade de conservar um valor, que é protegido através da lei penal, esse valor é o bem jurídico¹³.

No tocante à tipificação da denominada organização criminosa no Brasil, alguns pontos devem ser observados. Seguindo a tendência mundial no sentido de se suprimir garantias penais e processuais penais com o fim de se implementar o que denominam segurança cidadã, o Brasil adotou a política criminal de combate ao crime organizado.

Efetivamente, foi a partir da década de 90 do século passado que o assunto ganhou novas normas penais com o fim de repressão a este tipo de delito; em que pese ser difícil distinguir se elas correspondem a uma nova necessidade de tutela ou se são consequência de uma demanda social “desmensurada e irracional de punição”, originada no poder político e sua incapacidade de gerir as novas formas de criminalidade¹⁴.

A antecipação da barreira de punição consiste numa técnica que, segundo Günther Yacobs, otimizaria a proteção dos bens jurídicos na medida em que neutralizaria o perigo antes mesmo da efetivação da

¹³ BRANDÃO, Cláudio. *Bem Jurídico e Norma Penal: a função da antinormatividade na teoria do crime*. Revista Delictae, vol. 3, nº 4, jan/jun, 2018, p. 27/28.

¹⁴ CALLEGARI, André Luís. Controle social e criminalidade organizada. *In Crime Organizado. Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo*. 2ª ed.; Porto Alegre: Livraria do Advogado. P. 12/13.

lesão¹⁵. Assim é que se enxerga aquele que expõe a risco um bem jurídico como inimigo e não como sujeito de direitos.

A definição, porém, de quem será o inimigo surge como consequência da seletividade do próprio sistema e, no caso específico da denominada organização criminosa, como se percebe, fica à mercê de um juízo subjetivo e, por vezes, arbitrário, daquele que tem o poder de iniciar não somente a investigação criminal, mas, em especial, o próprio processo penal no Brasil, ou seja, o Ministério Público.

A ausência de uma legislação que cumpra a rigor o dever de descrever de forma acessível e compreensível para o destinatário da norma a conduta que não deve ser praticada enseja uma fragilidade e abre margem para um sistema penal que persegue os inimigos e deixa impune os amigos.

A Convenção de Palermo estabeleceu as linhas delineadoras do que hoje é tido como tipificação de organização criminosa no Brasil. Nos termos do art. 2º, alínea *a*, da referida convenção, entende-se por *Grupo Criminoso Organizado o grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações penais graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.*

De início já é possível verificar a dificuldade em se elaborar um tipo penal que seja capaz de cumprir o compromisso do Brasil de criminalizar a organização criminosa, porquanto, fugindo à regra de construção o tipo penal de descrever a conduta proibida – revelada através de um verbo chamado núcleo do tipo –, constata-se que a proibição recomendada na Convenção de Palermo diz respeito à

¹⁵ POLAINO-ORTS, Miguel. Lições de direito penal do inimigo. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 30-31.

constituição de um ente, quase que um ser – como o é a pessoa jurídica – destinado à prática de atividades ilícitas.

A Lei nº 12.850/2013 revogou a Lei nº 9.034/1995 e as alterações trazidas pela Lei nº 10.217/2001; mas ainda persiste certa confusão na hora de se distinguir a organização criminosa do tipo penal de associação criminosa ou mesmo do concurso de agentes para a prática criminosa.

A partir da entrada em vigor da Lei nº 12.850/2013, o Brasil passou a assistir à realização de inúmeras operações policiais com o intuito de “combater e eliminar” organizações criminosas. Consequentemente, verificou-se muitas denúncias pela prática do crime de organização criminosa sempre que a ação envolvesse um número maior de pessoas, muitas das vezes independentemente de outros requisitos.

A amplitude de interpretação que se verifica revela a inobservância de bases de sustentação de um Direito Penal legítimo em um Estado Democrático de Direito, especialmente pela violação ao Princípio da Legalidade no aspecto da taxatividade, e, a partir da instauração do processo criminal, pela dificuldade no exercício da ampla defesa e/ou do contraditório.

Ante o fato de se tratar de lei recente em nosso ordenamento e, especialmente, em razão dos últimos acontecimentos políticos do país, não é possível ainda delinear a jurisprudência sobre o assunto. Mas já é possível averiguar, pelo teor de denúncias oferecidas, as consequências graves do tipo penal de crime organizado previsto na Lei nº 12.850/2013 não esclarecer o conteúdo da proibição.

No âmbito da organização criminosa, o afastamento reiterado e intencional do Ministério Público do Princípio da Legalidade, especialmente pela falha na descrição do tipo penal ao não revelar

explicitamente a matéria da proibição, tem incrementado cada vez mais a política criminal punitivista em nome da defesa da sociedade.

O emprego de expressões vazias de conteúdo jurídico, a utilização de uma linguagem sensacionalista, a descrição da prática criminal carregada de expressões que visam a despertar o pânico, e a indicação de elementos estranhos ao tipo penal como argumento de força pelo Ministério Público, têm sido constatados reiteradamente. E a consequência que já se vislumbra é que isso repercutirá na consolidação de uma jurisprudência criminal fomentadora da seletividade e violadora dos direitos fundamentais.

Considerando que o crime de organização criminosa é um crime de ação pública incondicionada, as denúncias a ele referentes devem especificar o conteúdo da acusação que se pretende sustentar contra alguém. Assim é que, além de apresentar uma descrição pormenorizada da conduta, em tese, praticada pelo agente, bem como todas as circunstâncias que a envolveram, a denúncia deve observar rigorosamente o conteúdo da proibição contido no tipo penal.

A imprescindibilidade da justa causa nas denúncias

Importante frisar que, com o advento da nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei Federal 13.869/19), o legislador tipificou a conduta de dar início a persecução penal em face à pessoa sabidamente inocente, ou seja: o juízo de valor acerca do recebimento da denúncia exige agora ainda mais cautela, prudência e razoabilidade.

No tocante especificamente à justa causa, segundo as lições de Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁶, Aury Lopes Junior¹⁷ e Marco

¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, vol. IV, 32ª ed. rev. e atual., Editora Saraiva: São Paulo, 2010, p. 71.

¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**, 13ª ed. rev. e atual., pg. 240, Editora Saraiva: São Paulo, 2016.

Aurélio Nunes da Silveira¹⁸ ela se traduz como a constatação de pressupostos mínimos de um fato criminoso, sobre o qual foram indicados elementos acerca da tipicidade, ilicitude e culpabilidade e que atestariam a idoneidade da peça acusatória, exigindo uma probabilidade e não mera possibilidade de que o acusado seja o autor da conduta ilícita narrada.

Maria Thereza Assis Moura¹⁹, segue a mesma linha de entendimento e esclarece que “*a justa causa para a ação penal corresponde, no plano jurídico, à legalidade da acusação. E, no axiológico, à legitimidade da acusação*”.

Neste passo, avançando sobre sua análise, é demasiado relevante observar ainda a incidência do princípio do estado de inocência ou presunção de inocência, para a completa compreensão do que seria justa causa, afinal é um direito fundamental de alta relevância, devendo ser o primeiro postulado do processo penal²⁰.

A presunção de inocência passou por diversas fases desde o início das sociedades, tendo evoluído em demasia desde a idade média, pois nos sistemas inquisitivos ela era praticamente nula, e, atualmente, em países democráticos e sistemas processuais acusatórios, possui uma força muito mais elevada²¹.

¹⁸ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Por uma Teoria da ação processual penal**: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro, Vol. I, pgs. 328/329, Observatório da Mentalidade Inquisitória: Curitiba, 2018.

¹⁹ MOURA, Maria Thereza de Assis. **Justa causa para a ação penal**: doutrina e jurisprudência, pg. 222, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2001.

²⁰ ANTÓN, Tomás S. Vives. **El proceso penal de la presunción de inocência**, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais (coordenação de Maria Fernanda Palma), Almedina: Coimbra, 2004.

²¹ LOPES JÚNIOR, Aury. Curso de Direito Processual Penal, 17ª ed., rev. e ampl., Editora Saraiva: São Paulo, 2020.

Vale destacar, analisando o direito brasileiro, que o Código de Processo Penal vigente foi elaborado sob forte influência do Código Italiano editado durante o Governo de Mussolini, conforme expresso na exposição de motivos do ministro Francisco Campos. A relevância desta questão se observa na medida em que, um dos idealizadores do CPP italiano foi Vincenzo Manzini e este era um grande crítico da presunção de inocência, sustentando sua tese na ideia de que como muito dos acusados geralmente eram considerados culpados ao final dos processos, não existiria motivo para se presumir alguém inocente durante um processo penal²².

É fácil perceber o sustento ideológico da tese de que o recebimento da denúncia seria um despacho de mero expediente e que exigiria uma mera análise formal da narrativa fática apresentada, de cunho manifestamente autoritário e inquisitório.

A realidade atual do momento histórico em que se vive, especialmente após a Constituição de 1988, com a implementação de um regime democrático e presença das garantias fundamentais de cada indivíduo, e, em especial da presunção de inocência, impõe hoje um outro olhar sobre o momento do recebimento da denúncia e aferição da justa causa.

O princípio do estado de inocência representa uma regra tratamento determinando que não se atribua um juízo de culpa do indivíduo antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, consoante as lições de Vives Antón²³. Outrossim, impõe ao magistrado juízo de dúvida quanto a acusação formulada, devendo tal aspecto ser analisado quando da aferição da justa causa.

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

Analisando tal instituto face a novel legislação, é possível inferir que uma vez realizada a avaliação da justa causa de maneira superficial e exclusivamente formal, estar-se-ia a concretizar ações embasadas por um pensamento autoritário e inquisitivo, podendo inclusive implicar na configuração do delito de abuso de autoridade, uma vez presente o dolo na conduta.

É que, quando um magistrado ou órgão colegiado deixa de exercer o quanto previsto no Art. 395, do CPP, fazendo mera análise superficial e formal da coerência lógica da narrativa contida texto acusatório, sem promover o respectivo cotejo com os elementos que lhe acompanharam, pode ter atuado de forma comissiva por omissão, permitindo que uma pessoa inocente sofra o constrangimento ilegal de se tornar destinatário de uma ação penal, situação apta a configurar o delito de abuso de autoridade, uma vez identificado o dolo e os elementares do tipo penal.

Repita-se que todo o processo gira em torno de uma dúvida, e esta é um direito que o envesgado possui face a concretização do estado de inocência, devendo sim o magistrado duvidar da tese acusatória e promover uma avaliação mais acurada da existência ou não da justa causa.

A alteração legislativa citada reforça a importância de se aferir a justa causa de maneira ponderada, cautelosa e equilibrada durante o recebimento da denúncia ou queixa-crime, utilizando, para tanto, como bases fundamentais os princípios constitucionais do estado democrático de direito, da dignidade da pessoa humana e do estado de inocência.

Afrânio da Silva Jardim pontua que “*a simples instauração do processo penal já atinge o chamado status dignitatis do réu*”²⁴, sendo certo que o recebimento da denúncia ou queixa possui capacidade de realizar considerável transformação na vida do indivíduo atribuído da prática delituosa.

O imputado é sempre marginalizado e alvo de preconceitos por parte de seus pares, amigos, familiares e demais pessoas de convívio. Até mesmo durante o processo, no qual todos os atores ali conhecem o estado de inocência (Art. 5º, LVII, CF/88), ainda assim lhe lançam olhares pejorativos, diminuindo a sua condição de ser humano.

Também por tais motivos que esta fase processual sobreleva a importância do provimento jurisdicional de recebimento, bem como a responsabilidade do respectivo magistrado.

O Ministro Luiz Fux, do STF, sustenta que “*num sistema constitucional como o nosso, em que prevalece a presunção de inocência, a afirmação de que o recebimento de uma denúncia facilita a vida do paciente, porquanto ele terá melhores condições de comprovar a ausência da ilicitude, realmente representa uma blasfêmia contra a razão e a fé na Justiça*” (Inquérito 2.482/MG, STF).

Este posicionamento reflete um ideal democrático pautado e um sistema acusatório, como o brasileiro se dispõe a ser. Ante a vigência da presunção de inocência os elementos trazidos pelo órgão acusatório tem que ser firmes no sentido de trazer não uma mera causa, mas uma causa *justa*, uma causa com força suficiente para permitir de forma idônea que o indivíduo inocente possa ser destinatário de uma ação penal.

²⁴ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**, 10ª ed. rev. e atual., Editora Forense: Rio de Janeiro, 2001, p. 97.

Com efeito, o inciso III, do Art. 395, do CPP, condiciona o recebimento da denúncia à presença da justa causa, a qual representa justamente o juízo de probabilidade realizado pelo magistrado, aferindo se a narrativa acusatória juntamente com os elementos eleitos para serem produzidos durante a instrução poderão viabilizar futura condenação do acusado.

Na mesma linha, Fauzi Hassan Choukr noticia que a justa causa serve para impedir uma ação penal de conteúdo abstrato, que impõe ao cidadão a submissão ao arbítrio estatal, sem a menor probabilidade de futura condenação, situação incompatível com o Estado Democrático de Direito²⁵, e, atualmente, pode ensejar a prática do delito de abuso de autoridade.

Nessa linha de entendimento, poder-se-ia afirmar que a justa causa representaria uma verdadeira defesa do cidadão face ao exercício arbitrário do poderio estatal, até porque, segundo Maria Thereza Assis Moura²⁶:

A posição mais avançada da doutrina, e que também encontra algum respaldo na jurisprudência, admite que a justa causa diga respeito também a questões de fato. E sendo assim, vincula o recebimento da denúncia ou queixa à

²⁵ “A justa causa, veiculada processualmente por meio de provas lícitas, cumpre uma finalidade basilar no Estado de Direito, a de evitar-se que a ação penal tenha um conteúdo abstrato, submetendo-se alguém ao alvedrio estatal sem que exista a probabilidade (na linguagem de Moura) da recomposição do mundo da vida, o que, pelo Direito Penal, somente se dá com o esgotamento de alguma das finalidades preconizadas para a pena que seja compatível com a estrutura daquele mesmo Estado de Direito”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial, vol. II, 7ª ed., D’Plácido: Belo Horizonte, 2017, p. 36).

²⁶ *Idem*, pg. 241.

prova da existência material de conduta típica, na hipótese, e de indícios de que o acusado seja seu autor. Ambas devem decorrer dos elementos de informação, colhidos na fase investigatória, de maneira a servir de base à acusação formulada.

Por outro lado, cumpre ressaltar que o ato do recebimento da denúncia ou queixa, como se sabe, deve realizar uma cognição inicial e não exauriente da narrativa fática, não alcançando, ainda, um juízo definitivo sobre a certeza da tese da acusação.

Apesar de ser incabível exigir uma análise aprofundada de provas, é imperiosa a apreciação dos indícios e elementos até então colhidos, promovendo uma firme avaliação de todo o material que lhe foi apresentado, para verificar a real probabilidade, através do cotejo deste com a narrativa, de a tese acusatória ser futuramente constatada como verdadeira, fazendo, uma aferição, ainda sob a ótica de quais os standards de prova exigidos para se afirmar a sua presença.

A jurisprudência, em especial do STF, exige que a decisão de recebimento da denúncia ultrapasse o mero exame da validade formal da peça, sendo necessária, ainda, “*a verificação da presença de indícios suficientes de autoria e de materialidade*” (HC 128.031, Rel^a. Min^a. Rosa Weber).

Mais uma vez cabe transcrever Maria Thereza Assis Moura²⁷:

Em síntese: a justa causa para o recebimento da acusação não sobressai apenas de seus elementos formais, mas, mormente, de sua fidelidade à prova que demonstre a legitimidade da imputação. Segue-se que a necessidade de existência de justa causa funciona como mecanismo para impedir,

²⁷ *Idem*, pg. 247.

em hipótese, a ocorrência de imputação infundada, temerária, leviana, caluniosa e profundamente imoral.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a justa causa prende-se não somente a questões de Direito, mas também à matéria de prova, daí por que estamos inteiramente de acordo com Plínio de Oliveira Corrêa, quando sustenta ser plenamente justificável que, em sede de *habeas corpus*, sejam reexaminados os elementos que serviram de base à acusação, para se apurar a existência de justa causa para a ação penal.

Entretanto, usualmente se verificam inúmeros provimentos jurisdicionais que se limitam à análise formal da narrativa fática contida na exordial acusatória, sem realizar o devido cotejo de tal peça aos elementos que à ela estão acostados, ou, pelo menos deveriam estar, nem muito menos, promovem o juízo de probabilidade que consubstancia a averiguação da justa causa.

Não se pode permitir que a lógica autoritária de recebimento automático de denúncias e queixas-crime prevaleça ainda atualmente, especialmente por conta de a Carta Constitucional de 1988, no seu artigo 1º, consignar o estado democrático de direito como um dos princípios fundamentais da República Federativa Brasileira.

O prejuízo de um processo inútil é muito pesado ao acusado, mas, causa danos também ao Poder Judiciário e demais atores do processo criminal, na medida em que se dispensa tempo e recursos à uma atividade que é sabidamente infrutífera, situação que pode ainda configurar o delito de abuso de autoridade, sem embargo da ofensa aos princípios constitucionais do estado democrático de direito, da dignidade da pessoa humana e do estado de inocência.

Particularmente em relação ao denominado crime organizado, têm-se verificado uma relativização da análise de justa causa, corroborada, especialmente, pela ausência de um tipo penal fiel ao requisito da taxatividade; o que representa grave equívoco e forte violação ao estado de inocência, representando um entendimento de natureza eminentemente autoritário e inquisitório.

Acredita-se que, por mais que as organizações criminosas possuam estruturação complexa e a prova em relação aos crimes por eles praticados seja difícil de ser feita, flexibilizar a ponto de permitir denúncias genéricas e início de processos criminais sem a demonstração de justa causa representa um retrocesso antidemocrático, pois se permite uma ampliação injustificada do exercício do poder estatal em prejuízo aos direitos e garantias fundamentais.

O oferecimento da denúncia como etapa de inicialização do processo criminal, isto é, como desencadeamento do programa de procedimentos que visam a aplicação de uma pena, tem limite exatamente no fato de nem sempre é possível se ajustar uma conduta a um tipo penal preexistente. Com a elaboração de tipos penais imprecisos, confusos e vagos, como ocorre no caso da Lei nº 12.850/2013, esse limite é praticamente eliminado e passa a ser substituído pelo “achismo” ou por expressões vazias de conteúdo, mas empregadas como indutoras de pavor, de modo a justificar a aplicação da lei penal a qualquer custo.

A justa causa é um requisito formal e processual que previne excessos do poder punitivo estatal e evita abusos, acusações infundadas e arbitrariedades. Abrir mão deste instituto, ou mesmo flexibilizar a sua avaliação, ao argumento da gravidade do delito, representa uma forte violência ao juízo de dúvida exigido pela presunção de inocência, com a verdadeira inversão de presumir verossímil a tese da acusação,

o que não possui qualquer respaldo legal, e, pior que isso: fere de morte garantia constitucional fundamental dos indivíduos.

Conclusão:

A necessidade constante de se pensar em métodos de contenção da violência estatal e a dificuldade dos direitos fundamentais em realizar esse papel, indicou os constantes conflitos que permeiam as relações entre o Estado e o exercício do poder. Nesse panorama, a atuação do Magistrado como garante dos Direitos Fundamentais deveria ser pautada em uma atuação estritamente conforme as exigências do Estado Democrático de Direito e especialmente da taxatividade penal.

Com efeito, o não preenchimento do requisito da taxatividade pelo legislador na criação do tipo penal de organização criminosa, no Estado Democrático de Direito, deveria implicar na impossibilidade de se ofertar denúncias pela prática de referido crime e, caso oferecida, na rejeição dela por inépcia por ausência de justa causa.

Isto se evidencia, como ocorre no Brasil, na medida em que o início de um processo criminal acontece com o recebimento de uma inicial em que se deverá descrever os fatos e demonstrar como eles se correlacionam ao que está proibido pela lei penal. Já se vê, nesse momento, como é importante o papel da dogmática penal como barreira ao arbítrio.

Vale lembrar que o espaço entre o oferecimento da denúncia e o trânsito em julgado de uma decisão tem se revelado como complexo e estigmatizante, a ponto de já se considerá-lo como uma sanção. E ainda, é frequente o atrelar desse processo à antecipação da prisão, como forma de minimizar a incapacidade e a ineficiência do Estado em realizar a persecução penal em tempo razoável.

A criminalização ilegítima que ocorre na Lei nº 12.850/2013, vez que violadora do Princípio da Legalidade no aspecto da taxatividade, porquanto não expõe claramente o conteúdo da proibição, tem permitido um abuso no atuar do *Parquet* e da Magistratura, ofertando e recebendo, respectivamente, denúncias sem justa causa que imputam a prática de crime de organização criminosa.

Os efeitos dessa intervenção penal ilegítima, como se tem observado, é a estigmatização cada vez maior das pessoas a contra quem se instaura a persecução penal, o enfraquecimento das instituições políticas e dos agentes públicos, uma desorganização do mercado financeiro, a redução das liberdades de expressão e de reunião, entre outros. Ou seja, assiste-se uma verdadeira destruição do sistema de garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito, embalada pela “musicalização” do “combate ao crime organizado e à proteção do cidadão de bem”.

Referências:

- ANTÓN, Tomás S. Vives. **El proceso penal de la presunción de inocência**, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais (coordenação de Maria Fernanda Palma), Almedina: Coimbra, 2004.
- BRANDÃO, Cláudio. *Bem Jurídico e Norma Penal: a função da antinormatividade na teoria do crime*. Revista Delictae, vol. 3, nº 4, jan/jun, 2018.
- CALLEGARI, André Luís. Controle social e criminalidade organizada. *In Crime Organizado. Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo*. 2ª ed.; Porto Alegre: Livraria do Advogado.

- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial, vol. II, 7ª ed., D'Plácido: Belo Horizonte, 2017.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.16, n.71, p.11-30, mar./abr. 2008.
- ESTELLITA, Heloisa. *Criminalidade de Empresa, Quadrilha e Organização Criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- FENOLL, Jordi Nieva. **La Valoracion de la Prueba**, Marcial Pons: Madrid, 2010.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**, 10ª ed. rev. e atual., Editora Forense: Rio de Janeiro, 2001.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**, 13ª ed. rev. e atual., Editora Saraiva: São Paulo, 2016.
- MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o Crime Organizado*. São Paulo: IBCCRIM, 1998.
- MOURA, Maria Thereza de Assis. **Justa causa para a ação penal**: doutrina e jurisprudência, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2001.
- POLAINO-ORTS, Miguel. Lições de direito penal do inimigo. São Paulo: LiberArs, 2014.
- SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Por uma Teoria da ação processual penal**: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro, Vol. I, Observatório da Mentalidade Inquisitória: Curitiba, 2018.
- SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de. Organização criminosa e princípio da legalidade, um ensaio crítico do tipo penal criado pela Lei 12.850/2013. **Revista Acadêmica**, recife, v. 84, 2012.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, vol. IV, 32ª ed. rev. e atual., Editora Saraiva: São Paulo, 2010.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Globalización y crimen organizado**. [S. l.]: ciências Penales, 2016.