

PUNIBILIDADE DOS ATOS PREPARATÓRIOS PERPETRADOS POR AGENTES LIGADOS A ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

JULIO CESAR PALHARI BORTOLETO¹

RESUMO: Enfoca a crescente criminalidade proveniente de condutas perpetradas por agentes ligados às Organizações Criminosas, propondo, como forma de coibi-la, a punição de atos preparatórios. Para tanto, busca fundamentos na Teoria da Imputação Objetiva e na Teoria Objetivo-Individual, sugerindo, por fim, a introdução no ordenamento jurídico brasileiro de mais uma norma de extensão definidora da Tentativa.

Palavras chave: Criminalidade crescente. Organizações Criminosas. Punição de atos preparatórios.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 Desenvolvimento; 2.1 Organizações Criminosas; 2.2 Etapas da Realização do Delito e Teorias Relacionadas; 2.3 A Teoria da Imputação Objetiva; 2.4 Casos Práticos; 2.5 Normas de Extensão; 3 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Verifica-se, hodiernamente, o crescimento da criminalidade e o surgimento de “Organizações Criminosas” voltadas para o cometimento de delitos em série.

Por conseguinte, o Estado não pode mais aguardar passivamente a efetiva hostilidade ao bem jurídico, para começar a atuar protetivamente.

Não basta apenas punir somente os atos idôneos e unívocos perpetrados pelos agentes para atingirem os diversos resultados delituosos almejados. Faz-se necessário que o Estado se antecipe e reprima também os atos anteriores àqueles e que criam riscos para o bem jurídico.

¹ Especialista em Ministério Público – Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná

Há que se destacar, ainda, o perigo que as Organizações Criminosas representam para a estabilidade do Estado, pois, como observado em fatos recentes ocorridos em São Paulo, ficou demonstrado que algumas delas assemelham-se a verdadeiras associações de caráter paramilitar, em que a hierarquia é rígida e a desobediência dos seus membros, punida com a morte.

Convém lembrar que a própria Constituição Federal de 1988 expressamente veda, em seu artigo 5º, inciso XVII, a formação de associações dessa natureza, demonstrando a clara preocupação do legislador constituinte com a possível existência de tais entes.

Nesse contexto, encaixa-se perfeitamente a proposta de que com relação aos delinquentes componentes dessas organizações que vivem em constante guerra contra o Estado, dever-se-ia punir seus atos já quando atingissem o estágio da preparação.

Corroborando esse entendimento Eduardo Demétrio Crespo afirma que:

... **erige-se na atualidade um fenômeno de “expansão” do âmbito do punível** em flagrante contradição com a pretensão de reduzir o direito penal a um núcleo forte correspondente ao chamado “direito penal clássico” (Kernstrafrecht), como propugna sugestivamente a chamada “Escola de Frankfurt”. Essa expressão é conseqüência do nascimento de um “novo” direito penal, chamado por alguns de “direito penal acessório”, dirigido a proteger novos bens jurídicos característicos da sociedade pós-industrial. Diante dos postulados axiológicos do modelo de direito penal mínimo **sobrepõem-se, portanto, as exigências de intervenção penal procedentes de uma sociedade caracterizada modernamente como uma “sociedade de riscos”**. Essa sociedade, do ponto de vista do **direito penal do risco**, apresenta uma série de peculiaridades, entre as quais se destacam o extraordinário incremento das interconexões causais, e a **substituição de ação individuais por contextos de ação coletivos**, nos quais o contato interpessoal é substituído por uma forma de comportamento anônima e estandardizada. (CRESPO, 2004, p. 29-30) (grifamos)

Destarte, tentar-se-á demonstrar, que condutas perpetradas por agentes ligados a Organizações Criminosas, devem ser punidas já na fase preparatória, como forma de coibir ou, ao menos, minimizar os riscos a bens jurídicos provenientes da atuação deletéria dessas entidades.

2 DESENVOLVIMENTO

Para a perfeita compreensão do tema em análise, faz-se necessário superar as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da definição de Organizações Criminosas e suas implicações legais, diferenciar as etapas de realização do delito, bem como entender as

diversas teorias existentes que estabelecem critérios para a verificação da passagem da preparação para a execução do delito.

2.1 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Polêmica relevante estabeleceu-se na doutrina e na jurisprudência sobre a definição do que seriam as Organizações Criminosas.

Luiz Flávio Gomes em interessante artigo intitulado “Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei nº 10.217/01?”, defende que, ainda fazendo alusão aos dispositivos da antiga Lei Antitóxicos (Lei 6.368/76):

...com o advento da Lei 10.217/01, estão perfeitamente delineados três conteúdos diversos: **organização criminosa** (que está enunciada na lei, mas não tipificada no nosso ordenamento jurídico), **associação criminosa** (ex.: Lei de Tóxicos, art. 14; art. 18, III; Lei 2.889/56, art. 2º: associação para prática de genocídio) e **quadrilha ou bando** (CP, art. 288).

Quadrilha ou bando sabemos o que é (CP, art. 288); associações criminosas (ex.: Lei de Tóxicos, art. 14; art. 18, III; Lei 2.889/56, art. 2º) sabemos o que é. **Agora, que se entende por organização criminosa?**

Não existe em nenhuma parte do nosso ordenamento jurídico a definição de organização criminosa.

Cuida-se, portanto, de um conceito vago, totalmente aberto, absolutamente poroso. Considerando-se que (diferentemente do que ocorria antes) o legislador não ofereceu nem sequer a descrição típica mínima do fenômeno, só nos resta concluir que, nesse ponto, a lei (9.034/95) passou a ser letra morta. **Organização criminosa, portanto, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, é uma alma (uma enunciação abstrata) em busca de um corpo (de um conteúdo normativo, que atenda o princípio da legalidade).**

Se as leis do crime organizado no Brasil (Lei 9.034/95 e Lei 10.217/01), que existem para definir o que se entende por organização criminosa, não nos explicaram o que é isso, não cabe outra conclusão: **desde 12.04.01 perderam eficácia todos os dispositivos legais fundados nesse conceito que ninguém sabe o que é.** São eles: arts. 2º, inc. II (flagrante prorrogado), 4º (organização da polícia judiciária), 5º (identificação criminal), 6º (delação premiada), 7º (proibição de liberdade provisória) e 10º (progressão de regime) da Lei 9.034/95, que só se aplicam para as (por ora, indecifráveis) "organizações criminosas".

É caso de perda de eficácia (por não sabermos o que se entende por organização criminosa), não de revogação (perda de vigência). **No dia em que o legislador revelar o conteúdo desse conceito vago, tais dispositivos legais voltarão a ter eficácia. Por ora continuam vigentes, mas não podem ser aplicados.** (grifamos)

Em que pese esse entendimento, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação nº 3, de 30 de Maio de 2006, sugeriu, ao Conselho da Justiça Federal, aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça dos Estados, “*a adoção do conceito de crime organizado estabelecido na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000 (Convenção de Palermo), aprovada pelo Decreto*

Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003 e promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, ou seja, considerando o "grupo criminoso organizado" aquele estruturado, de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”.

Essa recomendação do conselho vem sendo adotada pelo Poder Judiciário. Vejam o teor deste recente julgado do STJ:

“Capitulação da conduta no inciso VII do art. 1.º da Lei n.º 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por **organização criminosa**, sendo esta disciplinada no art. 1.º da Lei n.º 9.034/95, com a redação dada pela Lei n.º 10.217/2001, c.c. o Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004.” (STJ HC 77771 / SP 2007/0041879-9 Órgão Julgador T5 - 30/05/2008) (grifamos)

Vale ressaltar ainda a tramitação no Congresso Nacional de vários projetos de leis, buscando estabelecer uma definição clara para o que venha a ser Organização Criminosa. Dentre eles, destaca-se o de número 3.731, de 1997, que, de acordo com o parágrafo único do artigo 1º, considera ser Organização Criminosa a associação de três ou mais pessoas para fim de cometer os seguintes crimes: homicídio doloso, tráfico de entorpecentes, extorsão, extorsão mediante seqüestro, contrabando e descaminho, tráfico de mulheres, tráfico internacional de crianças, crime contra o Sistema Financeiro Nacional, crimes contra a ordem tributária, crimes contra a ordem econômica e relações de consumo, moeda falsa e peculato doloso.

Particularmente, refuta-se a necessidade de uma definição para o que seja Organização Criminosa. As possibilidades de atividades ilícitas por elas praticadas são tão amplas que tentar delimitá-las por meio de um conceito fechado poderá restringir demais a atividade hermenêutica do magistrado, gerando a impunidade.

Como dito, quadrilha ou bando sabe-se o que é (CP, art. 288); associações criminosas (antiga Lei de Tóxicos, arts. 14 e 18, III – atual art. 35 e parágrafo único da Lei 11.343/06 – e Lei 2.889/56, art. 2º) também se sabe o que é. Agora, que se entende por organização criminosa?

Melhor seria deixar para o juiz, no momento de julgar o caso concreto, a função de responder a essa pergunta. Ele poderia, por exclusão, determinar quem perpetrou a conduta

delitiva. Se, das provas colhidas, constatasse que o grau de articulação e expertise do ente infrator fosse tão elevado a ponto de impedir seu enquadramento como quadrilha ou bando ou como associação criminosa, restaria apenas a opção de considerá-lo uma Organização Criminosa.

Por isso, entende-se que a redação atual do artigo 1º da Lei 9.034/95, se não é a melhor, é, no mínimo, boa, já que permite emoldurar qualquer espécie de Organização Criminosa.

2.2 ETAPAS DA REALIZAÇÃO DO DELITO E TEORIAS RELACIONADAS

As Etapas da Realização do Delito nada mais são do que o percurso percorrido pelo agente para o cometimento do crime e dividem-se em Cogitação, Preparação, Execução e Consumação. Cada uma dessas etapas pode ser, sucintamente, assim definida:

a) **Cogitação:** é a fase interna do delito, isto é, ocorre na mente do criminoso. Representa o momento em que surge a idéia da prática delituosa.

b) **Preparação:** faz a ligação entre a fase interna e a externa. Nesse momento, materializam-se atos que **não** constituem ameaça ou ataque **diretos** ao bem jurídico penalmente protegido. Como o agente ainda não começa a praticar atos executórios, **essa fase, via de regra, não é punida pelo direito pátrio** (exceções clássicas: art. 25 da LCP e art. 294 do CP), conforme se extrai do critério estabelecido pelo art. 14, inciso II do CP, *in verbis*: “Diz-se o crime: (...) II – **tentado, quando, iniciada a execução**, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”. (grifamos)

c) **Execução:** para Guilherme de Souza Nucci “é a fase de realização da conduta designada pelo núcleo da figura típica, constituída, como regra, de atos idôneos e unívocos para chegar ao resultado, mas também daqueles que representarem atos imediatamente anteriores a estes, desde que se tenha certeza do plano concreto do autor”. (NUCCI, 2008, p. 312)

d) **Consumação:** o art. 14, inciso I do CP diz que o crime está consumado quando nele se reunirem todos os elementos de sua definição legal. Destaque-se que, nesse contexto, o exaurimento do crime implica em outros prejuízos provenientes da conduta, além

da efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

Ora, da leitura das definições acima, pode ter-se a falsa impressão de que, na prática, delimitar o momento em que termina a fase de preparação (impunível) e inicia a fase executória (punível) seja tarefa simples. Todavia, não é essa a realidade! A doutrina digladiava-se ao tentar estabelecer critérios para a verificação da passagem da preparação para a execução do delito e, em meio a essas discussões, duas principais teorias destacam-se:

a) **Teoria Subjetiva:** leva em consideração apenas a vontade delituosa, portanto, para os adeptos dessa teoria, o momento da passagem da preparação para a execução é irrelevante, já que em qualquer dessas fases o agente já será punido.

b) **Teoria Objetiva:** entende que a execução só se inicia com atos que, de modo concreto, sejam uma parcela da conduta típica (realização do núcleo do tipo: o verbo).

A Teoria Objetiva é a adotada pelo Código Penal. Entretanto, ela torna-se bastante imprecisa quando tenta interpretar qual ação o verbo compreende. Por exemplo: o verbo matar do *caput* do art. 121 do CP refere-se à ação de apontar a arma ou efetivamente disparar o projétil em direção à vítima?

Em decorrência de tais indagações de ordem prática, a Teoria Objetiva dividiu-se em várias correntes, embora, conforme leciona o professor Guilherme de Souza Nucci, haja o predomínio das seguintes:

teoria objetivo-formal, preconizando que ato executório é aquele que “constitui” uma parte real do fato incriminado pela lei” (Von Liszt, Birkmeyer), ou, segundo Beling, atos executórios são os que fazem parte do núcleo do tipo, constituído pelo verbo (cf. Hungria, Comentários ao Código Penal, v.I, t. II, p.83-84). Ainda no contexto da teoria objetivo-formal, pode-se destacar a **teoria da hostilidade** ao bem jurídico, sustentando ser ato executório aquele que ataca o bem jurídico, retirando-o do “estado de paz”. É a teoria adotada por Mayer e seguida por Hungria (Comentários ao Código Penal, v.I, t.II, p.84). É a teoria que sustenta serem atos executórios apenas os idôneos e unívocos para atingir o resultado típico.

(...)

teoria objetivo-material, afirmando que atos executórios não são apenas os que realizam o núcleo do tipo ou atacam o bem jurídico, mas também aqueles imediatamente anteriores ao início da ação típica, valendo-se o juiz do critério do terceiro observador, para ter certeza da punição.

(...)

teoria objetivo-individual, defendendo que os atos executórios não são apenas os que dão início à ação típica, atacando o bem jurídico, mas também os praticados **imediatamente antes, desde que se tenha prova do plano concreto do autor** (Zaffaroni e Pierangeli, ob.cit, p.56). Logo, a diferença entre esta última teoria e a objetivo-material é que não se necessita do terceiro observador; ao contrário, **deve-se buscar prova do plano concreto do agente**, sem avaliação exterior. (NUCCI, 2008, p. 313-314) (grifamos)

Fica claro, portanto, como dito alhures, que delimitar o momento no qual termina a fase de preparação (impunível) e inicia a fase executória (punível) não é tarefa simples, e a adoção de uma ou outra das teorias em tela trará repercussão imediata na definição da “tentativa”, determinando a partir de que instante o agente sofrerá a intervenção penal.

Sobre esse tema, Celso Delmanto faz o seguinte comentário: “Nosso CP segue o critério exclusivamente objetivo (e não o subjetivo) para a aferição da tentativa. Assim, os atos preparatórios distinguem-se dos executivos porque, embora possibilitem a prática do crime, não configuram o início de sua execução. Como exemplo, a compra da arma, a procura de lugar para a emboscada e até a pontaria são atos preparatórios, enquanto o disparo da arma em direção à vítima que o agente deseja matar já é início de execução do crime de homicídio.” (DELMANTO, 2007, p. 64)

Nucci, entretanto observa que:

A primeira **teoria - objetivo-formal**, abrangendo a da hostilidade ao bem jurídico – predominava no Brasil, por ser, em tese, mais segura na averiguação da tentativa. Entretanto, as duas últimas vêm crescendo na prática dos tribunais, especialmente porque, com o aumento da criminalidade, têm melhor servido à análise dos casos concretos, garantindo punição a quem está **em vias de atacar o bem jurídico**, sendo desnecessário aguardar que tal se realize, **desde que se tenha prova efetiva disso**. Exemplo sob a ótica das teorias: se alguém saca seu revólver, faz pontaria, pretendendo apertar o gatilho para matar outrem, somente seria ato executório o momento em que o primeiro tiro fosse disparado (sob o critério das teorias objetivo-formal e da hostilidade ao bem jurídico), tendo em vista que unicamente o disparo poderia atacar o bem jurídico (vida), retirando-o do seu estado de paz, ainda que errasse o alvo.

Para as duas **últimas teorias (objetivo-material e objetivo individual)**, poderia ser o agente detido no momento em que apontasse a arma, com nítida intenção de matar, antes de apertar o gatilho, pois seria o momento imediatamente anterior ao disparo, que poderia ser fatal, consumando o delito. **Não se trata de punir a mera intenção do agente, pois esta estaria consubstanciada em atos claros e evidentes de seu propósito**, consistindo o instante de apontar a arma um autêntico momento executório, colocando em risco o bem jurídico (vida).

Parece-nos a teoria objetivo-individual a mais acertada. Ademais, a teoria objetivo-formal é extremamente restritiva, pretendendo punir somente atos idôneos e unívocos para atingir o resultado, desprezando os imediatamente anteriores, igualmente perigosos ao bem jurídico, o que, de certo modo, significa aguardar em demasia o percurso criminoso do agente. (NUCCI, 2008, p. 314) (grifamos)

Essa discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o preciso instante em que cessam os atos preparatórios (impuníveis) e se iniciam os atos executórios (puníveis) só beneficia os criminosos, já que, na dúvida em se saber se o agente praticou estes ou aqueles, deve considerar-se que tenha praticado apenas os primeiros, pois, em qualquer ordenamento jurídico democrático, é proibida a condenação sem certeza.

2.3 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Nesse contexto, questiona-se a suficiência da Teoria Objetivo-Individual. Será que reprimir apenas atos executórios, considerando que esses sejam, além dos que atacam o bem jurídico, também aqueles praticados **imediatamente** antes, desde que se tenha prova do plano concreto do autor, é a Política Criminal adequada a se adotar ante a grave ameaça que representam as atividades das Organizações Criminosas?

Ora, verifica-se, na prática, o aumento dos crimes cometidos por agentes participantes dessas organizações, demonstrando a ineficácia das medidas tomadas pelo Estado. Assim, acredita-se que a adoção da Teoria da Imputação Objetiva somada à prova do plano concreto do autor (Teoria Objetivo-Individual), e ambas aplicadas, simultaneamente, aos atos de agentes que façam parte de Organizações Criminosas, poderão ser de grande valia, no intuito de punir os delitos por eles praticados, sem maiores repercussões danosas.

Dessa forma, é fundamental fazer um breve estudo do que seja a Teoria da Imputação Objetiva, para que o leitor entenda o porquê da assertiva feita no parágrafo anterior.

O professor Luís Greco, sintetiza-a assim:

A Imputação Objetiva vem modificar o conteúdo do tipo objetivo, dizendo que não basta estarem presentes os elementos ação, causalidade e resultado para que se possa considerar determinado fato objetivamente típico. É necessário, ademais, um conjunto de requisitos. Este conjunto de requisitos que fazem de uma determinada causação uma causação típica, violadora da norma, se chama imputação objetiva. (GRECO, apud ROXIN, 2002, p. 7)

E continua:

A teoria da imputação objetiva é algo por um lado simples, porque ela enuncia o conjunto de pressupostos que fazem de uma causação uma causação objetivamente típica; e estes pressupostos são a **criação de um risco juridicamente desaprovado** e a realização deste risco no resultado. (GRECO, 2007, p. 9) (grifamos)

Mas quando uma conduta produz um risco censurado?

Uma ação será perigosa ou criadora de risco se o juiz, levando em conta os fatos conhecidos por um homem prudente no momento da prática da ação, diria que esta gera uma possibilidade real de lesão a determinado bem jurídico. (GRECO, 2007, p. 26)

(...)

Apenas ações perigosas podem ser proibidas; mas nem toda ação perigosa está proibida. Daí a necessidade de uma segunda etapa, na qual se valora quais dentre os riscos criados merecem a desaprovação do direito. (GRECO, 2007, p. 37)

Conclui-se, portanto, que riscos juridicamente desaprovados são aqueles que estão proibidos pelo ordenamento jurídico.

Entende-se que essa característica da Teoria da Imputação Objetiva, qual seja, a de considerar como causa de um delito a **criação de um risco não tolerado**, é uma ferramenta extraordinária à disposição do Estado para que ele possa punir atos preparatórios praticados por autores que integram Organizações Criminosas. Vejam o motivo desse juízo.

Mostrou-se alhures as dificuldades que existem em determinar o fim dos atos preparatórios (impuníveis) e o início dos atos executórios (puníveis), e destacou-se que, por vezes, delinquentes beneficiam-se disso por terem, na dúvida, suas condutas enquadradas tão-somente como atos preparatórios.

É sabido que, em regra, as Organizações Criminosas são muito bem aparelhadas juridicamente, possuindo verdadeiros “Departamentos Jurídicos” que as assessoram. Assim, qualquer incerteza que consigam introduzir no processo, favorece a busca pela absolvição dos réus.

Guiadas por essa idéia, uma das técnicas por elas utilizadas para que seus agentes não sofram punições é o fracionamento da conduta delitiva de forma que cada ato, por si só, não passe de um mero ato preparatório e, conseqüentemente, segundo a doutrina tradicional, impunível (é óbvio que esta afirmação refere-se apenas aquele ato preparatório para o qual não exista lei incriminadora especial).

Por causa disso, sugere-se que esses delinquentes, nos casos concretos, quando confirmadas atuações ligadas às Organizações Criminosas e restarem comprovados que os atos preparatórios impuníveis por eles praticados componham uma conduta delitiva que beneficia a organização (atuações e conduta provadas por meio de interceptações telefônicas, por exemplo), sejam punidos também pela **tentativa** de tal conduta, além do delito plurissubjetivo cometido, como forma de prestigiar a justiça e as autoridades que trabalharam na persecução criminal, e, principalmente, protegendo de forma ampla o bem jurídico ameaçado ainda que minimamente por esses criminosos.

Destarte, entende-se cabível a essa situação a **Teoria da Imputação Objetiva**,

quando sugere que a criação de um risco proibido pode ser considerada causa de um delito. A resposta a essa “nova” criminalidade oriunda da atuação das Organizações Criminosas exige a diminuição dos níveis de riscos permitidos e a valorização da segurança.

Nesse sentido, em sua obra, transcreve Eduardo Demétrio Crespo:

... Arroyo vinculou a perspectiva do risco com os seguintes fenômenos do direito penal: a criação legislativa de delitos de perigo, ou **incriminação de condutas criadoras de risco, sem esperar a produção efetiva de lesões ou de morte**; o surgimento por obra da lei e da interpretação de bens jurídicos coletivos cujo núcleo é a **idéia de segurança**: a segurança no tráfego, a segurança no trabalho etc.; a “modernização” dos pressupostos materiais e subjetivos da responsabilidade (**imputação objetiva**) e, unido a tudo isso, o desenvolvimento dogmático-jurídico da responsabilidade pelo delito culposos, de ação e de omissão. (CRESPO, 2004, p. 31) (grifamos)

Todavia, para que a **Imputação Objetiva** não seja aplicada de forma desarrazoada, deve-se conjugá-la, no âmbito das formas de realização da conduta típica, com a exigência da **Teoria Objetivo-Individual** que impõe a prova do plano concreto do autor. A limitação imposta por esse requisito da segunda teoria é indispensável, pois, só assim, poder-se-á punir, com justiça, como forma tentada de determinado delito, um ato preparatório que, atualmente, é impunível.

Corroborando o exposto, transcreve-se interessante trecho da obra de Cezar Roberto Bitencourt:

Mesmo fora da escola positiva, alguns autores admitem como puníveis os atos preparatórios, se os agentes são indivíduos **criminalmente perigosos**. Mas não foi essa a orientação adotada pelo Código Penal Brasileiro. (BITENCOURT, 2004, p. 415) (grifamos)

Quanto ao óbice criado pelo Código Penal Brasileiro, sugerir-se-á, oportunamente, a maneira mais adequada de superá-lo.

2.4 CASOS PRÁTICOS

Apresentam-se agora, alguns casos concretos e as possíveis soluções judiciais cabíveis, se adotadas as teorias em tela:

1º – “*No furto, a aquisição da chave falsa é ato preparatório, mas a abertura da porta, com essa chave, já é ato de execução (STF, RTJ 102/216).*” Suponha-se que o agente,

até o momento de sua prisão, só houvesse adquirido a chave falsa, mas, após produzidas as provas no inquérito policial, constatou-se fazer ele parte de uma Organização Criminosa especializada em furtar veículos no Brasil e vendê-los no Paraguai. Pela posição expressa no Código Penal de que atos preparatórios são impuníveis, esse delinqüente não poderia ser condenado, a não ser se preenchidos os demais requisitos típicos objetivos, pela contravenção do art. 25, LCP. Entretanto, optando-se pelo posicionamento defendido, que pugna pela a sanção de atos preparatórios praticados por autor integrante de Organizações Criminosas, poder-se-ia, ao menos, puni-lo por tentativa de furto de veículo.

2º - *“Se a condutora do veículo deixa claro que só não foi roubada por ter “arrancado com seu veículo”, denunciando o fato aos policiais, não há que se falar em tentativa de roubo, mas em meros atos preparatórios impuníveis (TJRJ, 7ª C., Ap.2005.050.06522, j.28.3.2006, vu, in Bol. IBCCr 165/1212-3)”*. Vejam que esse exemplo permitiria acaloradas discussões acerca de terem sido praticados atos executórios ou preparatórios, isto é, os agentes responderiam ou não por tentativa? Considerando-se que os agentes fossem os mesmos do primeiro exemplo, com base nas teorias ora expostas, toda essa celeuma seria irrelevante e, em tese, a condenação por tentativa de roubo poderia ser defendida perante o Poder Judiciário.

3º - *“Não se pode condenar o acusado por intermediação de venda de entorpecente, se a pretensa transação não se realizou, ficando nos atos preparatórios, devido a prisão dos envolvidos antes da consumação da venda (TJMS, 1ª T., AP. 2003.008809-1, j. 7.10.2003, in Bol. IBCCr 165/1009)”*. Nesta situação e sob a ótica do que aqui se defende, a condenação por tentativa de intermediação de venda de entorpecente seria a solução justa, em se constatando que o agente é integrante de Organização Criminosa criada para tal fim.

4º - *“Se joga gasolina no local, afirmando a pretensão de atear fogo na oficina da vítima, mas é obstado pela própria vítima a prosseguir na ação, há somente atos preparatórios, não podendo falar-se em tentativa (TJMG, 3ª C., AP. 1.0134.99.009018-2/001(1), j. 4.4.2006, in Bol. IBCCr 165/1009)”*. Reitera-se o que já foi dito nos exemplos anteriores: caso se constate que o agente faz parte de Organização Criminosa e que praticou tal ato para, de alguma forma, beneficiar a organização, dever-se-á puni-lo por tentativa de incêndio.

Veja-se também a solução que seria dada a interessante exemplo de Hungria, que

aborda atos preparatórios, não puníveis: “*Tício, tendo recebido uma bofetada de Caio, corre a um armeiro, adquire um revólver, carrega-o com seis balas e volta, ato seguido, à procura do seu adversário, que, entretanto, por cautela ou casualmente, já não se acha no local da contenda; Tício, porém, não desistindo de encontrar Caio, vai postar-se, dissimulado, atrás de uma moita, junto ao caminho onde ele habitualmente passa, rumo de casa, e ali espera em vão pelo seu inimigo, que, desconfiado, tomou direção diversa. Não se pode conceber uma série de atos mais inequivocamente reveladores da intenção de matar, embora sejam meramente preparatórios*” (NUCCI, 2009, p. 175). Imagine-se Caio como um policial que, durante uma blitz, tivesse desferido uma bofetada em Tício, porque este oferecia resistência à ação policial. Suponha-se ainda ser Tício um “notório” traficante daquela região e comprovadamente integrante de Organização Criminosa. Seria justo considerar os atos preparatórios de Tício impuníveis, deixando Caio à própria sorte?

2.5 NORMA DE EXTENSÃO

Outra vantagem na adoção do posicionamento defendido seria a desnecessidade de criar, a todo o momento, tipos penais especiais para a criminalização dos atos preparatórios praticados por componentes de Organizações Criminosas. Bastaria introduzir no ordenamento, por meio de lei ordinária, uma norma de extensão do tipo legal do delito consumado semelhante àquela formulada para a tentativa (art. 14, II, CP), que a sanção penal já poderia incidir. Acrescentar-se-ia, *v.g.*, um inciso III ao artigo 14 do CP com a seguinte redação:

“Art. 14 - Diz-se o crime:

(...)

III - Tentado, quando, iniciados os atos preparatórios, por agente comprovadamente integrante de organizações criminosas, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade dele.”

Nesse aspecto, o Código Penal Português mostra-se mais avançado que o Brasileiro, pois, em que pese não possuir um inciso nos moldes do sugerido, o seu artigo 22º dá amplas possibilidades de interpretações para o que seriam atos de execução. Veja-se:

Art. 22º:

“1. Há tentativa quando o agente praticar actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumar-se.

2. São actos de execução:

- a) Os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime;
- b) Os que forem idôneos a produzir o resultado típico; ou
- c) Os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores.** (grifamos)

Observem os exemplos a seguir, mostrando tipos penais criados pelo legislador pátrio especialmente para castigar atos preparatórios que poderiam, tranqüilamente, ser punidos como tentativa de outro delito, caso fosse introduzido o inciso III, com a redação sugerida acima, ao artigo 14 do Código Penal Brasileiro:

1 – **“petrechos para falsificação de moeda” - Art. 291 do CP** – *“Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa”*, que seria apenas ato preparatório para o crime de **“moeda falsa” - Art. 289 do CP** – *“Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro: Pena - reclusão, de três a doze anos, e multa.”*

2 – **“Fabrico, fornecimento, aquisição posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante” - Art. 253 do CP** – *“Fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa”*, que pode ser ato preparatório dos crimes de **“Explosão” - Art. 251 do CP** – *“Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, mediante explosão, arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos: Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa”* e de **“Uso de gás tóxico ou asfixiante” - Art. 252 do CP** – *“Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, usando de gás tóxico ou asfixiante: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.”*

Muitos argumentariam ser o inciso proposto inconstitucional, pois se puniria com base na pessoa do delinqüente e não a partir do fato delituoso, ferindo assim o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e legitimando o Direito Penal do Autor. Essa crítica não procede porque, como dito anteriormente, *“não se trata de punir a mera intenção do agente, pois esta estaria consubstanciada em atos claros e evidentes de seu propósito”* (NUCCI,

2008, p. 314).

Deve-se lembrar também que o Direito Penal, em vários momentos, aceita o denominado “mal necessário” (por exemplo: a pena privativa de liberdade) e assim o faz por entender que algumas situações exigem do Estado atitudes extremadas, como única maneira de coibi-las.

Ante a magnitude que vem assumindo os delitos provenientes das Organizações Criminosas, somente resta ao Estado a opção de adotar medidas rígidas contra elas e seus agentes, sob pena de, em assim não procedendo, deixar a população à mercê desses delinqüentes.

CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar do exposto que, ante a dificuldade existente na doutrina e na jurisprudência em se determinar o fim dos atos preparatórios e o início dos atos executórios, o Estado, por vezes, fica impedido de punir agentes ligados a Organizações Criminosas, pois, valendo-se eles do estratagema de fracionar a conduta delitiva, geram dúvida intransponível no processo que acaba por beneficiá-los.

Assim, apresentou-se com base na característica da **Teoria da Imputação Objetiva**, que considera causa de um delito a criação de um risco juridicamente desaprovado, conjugada com a exigência da **Teoria Objetivo-Individual** impositiva da prova do plano concreto do autor, uma alternativa para o Estado, eficazmente, enfrentar o hodierno fenômeno delitivo.

Para tanto, defendeu-se a introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, de mais uma norma de extensão do tipo legal do delito consumado com o seguinte teor:

“Art. 14 - Diz-se o crime:

(...)

III - Tentado, quando, iniciados os atos preparatórios, por agente comprovadamente integrante de organizações criminosas, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade dele.”

Sustentou-se ser esse inciso constitucional, pois não pune a mera intenção do

agente, já que busca, por meio das provas produzidas nos autos, consubstanciar em atos claros e evidentes o propósito delitivo.

Asseverou-se ainda ser tal norma um “mal necessário”, pois as medidas de política criminal já implementadas para tentar conter o Crime Organizado mostraram-se ineficazes.

Portanto, em face das dificuldades enfrentadas pelo Estado para reprimir as atividades das Organizações Criminosas, novas soluções mais eficientes de Política Criminal devem ser buscadas. Dessa forma, entende-se que a punição de atos preparatórios perpetrados pelos agentes-membros pode contribuir decisivamente nessa “Guerra”.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal – vol. 1*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

CRESPO, Eduardo Demétrio. *CIÊNCIAS PENAIIS: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

DELMANTO, Celso Delmanto; Roberto Delmanto; Roberto Delmanto Junior; Fábio M. de Almeida Delmanto. *Código Penal Comentado*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GOMES, Luis Flávio. *Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei n.º 10.217, de 11.4.2001?* (disponível em www.jusnavigandi.com.br)

GRECO, Luis. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – vol. 1*. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal/ Claus Roxin – Tradução de Luís Greco – 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002*