

A OUTRA FACE DO DIREITO DE ASSOCIAÇÃO E O NARCOTRÁFICO

Élisson Yukio HASAI*

Resumo: O presente artigo trata do direito constitucional de associação demonstrando sua finalidade e requisitos legais para que as garantias constitucionais sejam asseguradas. Assim, tendo em vista o aumento demasiado da criminalidade organizada na forma de associação, viável a comparação da associação prevista constitucionalmente como a outra face das associações criminosas, que atuam no seio social, abalando a estrutura do Estado Democrático de Direito e violando bens jurídicos penalmente tutelados.

Palavras-chaves: direito de associação - associações criminosas - quadrilha ou bando e associação para fins de tráfico ilícito de entorpecentes

INTRODUÇÃO

Inegável à vontade do constituinte originário em instituir um Estado Democrático de Direito com a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1.988, criando um “novo Estado”. Em sendo assim, delineou as regras basilares em que a nova ordem constitucional deverá se pautar, a fim de se assegurar à “soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, consoante o disposto no art. 1º da Constituição Federal.

A Constituição Federativa do Brasil contempla regras basilares e ainda, direitos que em razão de sua importância receberam uma roupagem especial, qual seja, o de direito e garantia fundamental. Tanto é fundamental que incorporaram na ordem constitucional como cláusulas pétreas.

O texto constitucional é expresso em dizer: direitos e garantias fundamentais. Um não se confunde com o outro, embora sejam fundamentais. Para Ruy Barbosa *apud* Silva (2.004, p.185):

* O autor é graduando do 5º ano do Curso de Direito nas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP, é estagiário da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, na área da Assistência Judiciária Cível e estagiário do Ministério Público Federal, na Subseção Judiciária de Presidente Prudente-SP.

[...] no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.

Entre os direitos fundamentais está o direito de associação, preconizado no art. 5º, XVII, da Constituição Federativa do Brasil¹, entendido como “toda coligação voluntária de algumas ou de muitas pessoas físicas, por tempo longo, como o intuito de alcançar algum fim (lícito), sob direção unificante. [...]”. (MIRANDA *apud* SILVA, 2.004, p.265), ou ainda, em outras palavras, “o direito de associação viria, pois, a ser a reunião estável e permanente de pessoas, objetivando a defesa de interesses comuns, desde que não proibidos pela Constituição ou afrontosos da ordem e dos bons costumes”. (BASTOS e MARTINS, 1.989, p.96).

O direito de associação “diz respeito ao chamado direito positivo de associação, ou seja: o direito individual dos cidadãos a constituírem livremente associações sem impedimentos e oposições do Estado, [...]”. (BASTOS e MARTINS, 1.989, p.96), introduzido na órbita constitucional em 1891.

Embora o direito de associação seja assegurado constitucionalmente, o seu exercício fica adstrito aos requisitos para tanto. “Convém notar que a Constituição Federal (art. 5º, XVII) permite a associação, desde que não seja para fins ilícitos” (PRADO, 2.002, p. 652), para que receba as garantias daí decorrentes.

A licitude diz respeito à plena consonância da atividade da associação com o ordenamento jurídico como um todo, vale dizer, a atividade desempenhada por um determinado grupo de pessoas em hipótese alguma pode andar em descompasso com a legislação, seja constitucional ou infraconstitucional. Ainda, tal grupo de pessoas não pode ter natureza paramilitar, que segundo Bastos e Martins (1.989, p. 99):

Em primeiro lugar deverão ser tidas como paramilitares aquelas associações de pessoas, não importa se com armas ou sem, que se destinem ao adestramento dos seus membros no manejo destes utensílios bélicos. Excluem-se, é curial, as associações autenticamente desportivas.

Devem ser incluídas também como paramilitares aquelas entidades que, pelo tipo de organização interna, como a adoção rígida de regras hierárquicas e sinais exteriores, tais como uniformes, acabem por apresentar uma afeição militar.

Assim, somente são tidas como associações de índole constitucional as que realizarem atividades lícitas e que não sejam consideradas como paramilitares, sendo que desta forma o Estado não intervirá em suas atividades e na forma de constituição.

A licitude da atividade e finalidade agregada à vedação da natureza paramilitar são requisitos indispensáveis à caracterização das associações de que trata o art. 5º, XVII, da

¹ Art. 5º, XVII, CF: “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”.

Constituição Federal. Ainda, “as associações não têm fins lucrativos” (BASTOS; MARTINS, 1.989, p.99)², o que se contrapõe a criminalidade organizada, pois nesta, o lucro indevido configura um de seus principais objetivos.

A inexistência de um dos requisitos pode dar azo ao nascimento de uma associação de natureza delinqüencial, em contraposição a associação prevista constitucionalmente, podendo ser simplesmente um crime de quadrilha ou bando, comum ou especial, previsto no art. 288 do Código Penal³; uma associação criminosa para fins de tráfico ilícito de entorpecentes⁴ ou até mesmo, uma associação para fins da prática de genocídio⁵.

A associação com fins ilícitos seja qual for à atividade delituosa perpetrada pela mesma, por si só não caracteriza uma organização criminosa ou também denominada como associação delinqüencial, eis que carecem de estrutura complexa e hierárquica, além de outros fatores que caracterizam as organizações criminosas; mas de qualquer forma a associação preconizada na Constituição Federal foi completamente desvirtuada. No entanto, no mínimo, poderá caracterizar uma associação ilícita com finalidade criminosa, podendo desempenhar diversas infrações penais como atividade lucrativa da mesma.

Data venia, uma simples associação para fins de tráfico ilícito de entorpecentes ou outra qualquer, pode estar inserida dentro do contexto das associações criminosas, em sentido diametralmente oposto a associação prevista na Magna Carta, desde que presentes as demais características pertinentes à mesma. Insta ressaltar, *ab initio*, que uma organização criminosa tem suas características próprias e complexas, não se resumindo numa mera associação para fins de tráfico ilícito de entorpecentes, uma vez que o conceito de organização criminosa é mais amplo, podendo englobar o próprio conceito de associação para fins do tráfico de narcóticos, dando margem ao nascimento de uma associação criminosa.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a associação para fins de tráfico de entorpecentes, ou quadrilha ou bando ou até mesmo a associação para fins da prática de genocídio sejam considerados como finalidades perante uma organização criminosa, ou seja, a organização criminosa por ser mais complexa, abarcaria em sua estrutura um dos delitos de concurso necessário, ou até mesmo, os de concurso eventual.

Dentre as atividades empresarias ilícitas praticadas pelas organizações criminosas, pode-se mencionar o tráfico de narcóticos, onde as organizações criminosas almejam auferir lucro fácil em detrimento da saúde e paz pública, abalando por via reflexa, a estrutura do Estado Democrático de Direito, desvirtuando o conceito do direito constitucional de associação, dando origem a associação com fins ilícitos, ou seja, as associações delinqüenciais

² No tocante aos lucros, José Afonso da Silva (2.004, p. 266), diz que: “A ausência de fim lucrativo não parece ser elemento da associação, pois parece-nos que o texto abrange também as associações lucrativas.”

³ Art. 288 do Código Penal: “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”. Pena: reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos”.

⁴ Art. 14, Lei nº 6.368/76: “Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos art. 12 ou 13 desta Lei. Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. O citado artigo, segundo o entendimento doutrinário majoritário, foi derogado pelo art. 8º da Lei nº 8.072/90, encontrando respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal de Federal (STF – HC 73.119-8 – Rel. Carlos Veloso – RT 733/498). Sobre a referida divergência, consultar JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal. 14ª ed. Vol. 3, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 415.

⁵ Art. 2º, Lei nº 2.889/56: “Associarem-se mais de três pessoas para a prática dos crimes mencionados no artigo anterior. Pena: metade da cominada aos crimes ali previstos”.

como exemplo, o Primeiro Comando da Capital e Comando Vermelho, dentre outras, desde que dotadas das características inerentes a estrutura empresarial das mesmas.

Verifica-se que o ordenamento jurídico ao estabelecer os requisitos indispensáveis a criação de uma associação, tem como finalidade a prevenção de um modo geral do nascimento e estabelecimento da criminalidade organizada.

Entretanto, uma vez desvirtuado a natureza do direito de associação contemplado pela Constituição Federal, tal situação enseja a atuação do Estado Democrático de Direito, a fim de reprimir as organizações criminosas ou também denominadas como associações delinqüenciais, por intermédio dos mecanismos legais.

As organizações criminosas, no Brasil, guardam origem no movimento conhecido como “cangaço”, muito embora a doutrina aponte como marco da criminalidade organizada a prática da contravenção penal tipificada como jogo do bicho.

Assim, o movimento cangaço por anteceder a prática da contravenção penal do jogo do bicho pode ser considerado como a origem da criminalidade organizada no Brasil, sendo que, em tese, reveste-se das características da associação como direito e garantia fundamental, somente inexistindo a finalidade lícita. Nesse diapasão, importante ressaltar as lições de Silva (2.003, p.25):

[...] é possível identificar como antecedente da criminalidade organizada o movimento conhecido como cangaço, que atuou no sertão nordestino entre o final do século XIX e o começo do século XX, tendo como origem as condutas dos jagunços e dos capangas dos grandes fazendeiros e a atuação do coronelismo, resultantes da própria história de colonização da região pelos portugueses. Personificados na lendária figura de Virgulino Ferreira da Silva, o *Lampião* (1897-1938), os cangaceiros tinham organização hierárquica e com o tempo passaram a atuar em várias frentes ao mesmo tempo, dedicando-se a saquear vilas, fazendas e pequenas cidades, extorquir dinheiro mediante ameaça de ataque e pilhagem ou seqüestrar pessoas importantes e influentes para depois exigir resgates. Para tanto, relacionavam-se com fazendeiros e chefes políticos influentes e contavam com a colaboração de policias corruptos, que lhes forneciam armas e munições. (grifou-se).

Por derradeiro, acreditamos que o movimento do cangaço seja o marco inicial da criminalidade organizada no território nacional, agregando-se o fato de que o movimento cangaço reunia em seu contexto as principais características das organizações criminosas de acordo com o momento histórico da época, pois não se pode exigir a atual estrutura complexa das organizações criminosas, eis que a criminalidade organizada demonstra uma evolução gradativa e paulatina, de acordo com o momento vivenciado pela mesma.

A atualidade brasileira enfrenta outras organizações criminosas, tendo como principais características o uso da violência a fim de assegurar a impunidade. As principais organizações criminosas em âmbito nacional são o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital.

Segundo Madrid (2.004), em meados dos anos 60/70, ocorreu um movimento com o escopo de inserir o sistema comunista no Brasil. Tal movimento era composto por terroristas

que boa parte foram submetidos ao cárcere privado em conjunto com presos comuns, sendo que estes passaram a absorver as técnicas de guerrilha oferecida pelos terroristas.

Isto ocorreu no interior do presídio de Ilha Grande, Rio de Janeiro, sendo agrupadas e separadas por “falanges”; dentre elas, a falange vermelha⁶ que foi liderada por um grupo de traficantes detidos naquele presídio.

Nesse diapasão, insta destacar a seguinte passagem doutrinária:

No Brasil, quando falamos em crime organizado, lembramos do Comando Vermelho. Esta organização criminosa foi criada no Rio de Janeiro na década de 70, onde seus líderes comandavam a distribuição de drogas nas favelas do Rio de Janeiro, assaltos a bancos e outra práticas. Muitos líderes foram mortos, outros presos, a estrutura foi se expandindo em todos os locais, meios, classes sociais, e ainda permanece. (LIPINSKI, 2.004, p.17).

Importante não se olvidar que no Estado de São Paulo, na década de 90, nasceu o Primeiro Comando da Capital, organização criminosa que herdou as lições de guerrilha, a fim de praticar extorsão mediante seqüestro, roubo a bancos e inclusive o narcotráfico, possuindo formação hierárquica e supremacia de suas próprias leis.

Tal organização criminosa guarda origem no presídio de segurança máxima, anexo à casa de Custódia e Tratamento de Taubaté. Para Silva (2.003, p.27), é possível de se concluir que:

[...] alguns traços comuns entre as diversas origens das organizações criminosas nos diferentes países: a maioria teve como nascedouro movimentos populares, o que facilitou sobremaneira sua aceitação na comunidade local, assim como o recrutamento de voluntários para o exército de suas posteriores atividades ilícitas; muitas delas passaram a atuar no vácuo de algumas proibições estatais (exploração da prostituição, jogos de azar, venda de entorpecentes e de armas sofisticadas); contaram com a conivência de agentes do Estado para o desenvolvimento de suas atividades ilícitas; e impuseram sua lei pelo emprego da ameaça e violência voltada sobretudo para delatores e integrantes de grupos concorrentes.

Não obstante a existência do Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital, imperioso trazer à baila que o Brasil no que tange a questão agrária, enfrenta um “movimento social”, que em razão das influências da igreja católica culminou com a criação da comissão pastoral da terra, ganhando força em 1.984, tendo, em tese, como objetivo a reforma agrária.

Tal movimento social foi denominado como Movimento Sem Terra (MST), mas para a doutrina, o referido movimento é na realidade mais uma forma de organização criminosa, atuando na forma de “movimento social”, a fim de encobrir a sua real natureza,

⁶ Falange Vermelha: segundo Daniela Martins Madrid (2.004, p. 18), a palavra falange, tem origem nas unidades de Infantaria dos exércitos na Grécia Antiga e o adjetivo vermelho, provém das fichas desses prisioneiros considerados comunistas, as quais receberam uma tarja vermelha, para poderem ser identificados.

consistente na “formação de um ‘Estado Paralelo’, como divisões e funções de um Estado de Direito”. (FOGOLIN, 1.997, p.37).

Desta feita, segundo o referido autor, o “MST” caracteriza-se como organização criminosa, agindo de forma insidiosa ao defender a finalidade social com meio apto a realizar a subversão de valores e idéias, eis que na defesa de seus “interesses”, empregam violência e praticam ilícitos penais, com atuação de forma organizada e hierárquica e influências no Poder Público, intimidando a sociedade de forma geral. Ressalte-se que:

[...] esse movimento guerrilheiro e subversivo está invadindo e destruindo propriedades públicas e privadas, com habilidades impressionantes de ‘organizações criminosas’. [...]. Agem na linha do sub-mundo do crime, coagindo, constringendo e marginalizando aqueles que defendem a legalidade e, conseqüentemente, vão contra suas idéias, numa profunda e estratégica inversão de valores. (FOGOLIN, 1.997, p.30).

Embora o “MST” seja nacionalmente conhecido como “movimento social”, parte da doutrina firmou o entendimento que tal roupagem é mera forma de inversão de valores e idéias, sendo na realidade organização criminosa, em razão da presença de peculiaridades existentes somente nas organizações criminosas. Concluindo-se que:

O M.S.T. é uma associação delinqüencial, com constantes e cada vez maiores infiltrações no Estado de Direito. Com o poder de mobilização, com códigos secretos, agentes armados e patrimônio conseguem intimidar aqueles que os servem ou os prejudicam. Profissionalizam a execução de tarefas por métodos modernos, com apoios fortes.

Aproveitam-se das falhas do Estado e, com tendências e poderes transnacionais, possuem esquemas de conexões que garantem expansão de seus objetivos. Produzem atos violentos capazes de causar inércia e fragilidade ao Estado Legal. Possui O M.S.T. previsão de gastos e lucros, metas a cumprir, regras militares e severas, equiparando-se a um Estado-Paralelo. (FOGOLIN, 1.997, p. 90-91).

Não obstante o entendimento alhures sedimentado, a questão agrária envolvendo o Movimento Sem Terra, fomenta divergência doutrinária, levando parte da doutrina entender de forma diametralmente oposta no que tange a caracterização ou não de uma organização criminosa.

Nesse sentido, Varella (1.998), sustenta que a atuação do Movimento Sem Terra estaria acobertada pelo manto de uma das causas de excludente da ilicitude, qual seja, o estado de necessidade, estampado no art. 23, I e 24, ambos do Código Penal. Por conseguinte, todas as condutas que, em tese, conduzissem na tipificação, a ilicitude do fato seria afastada bem como, a incidência de sanção penal. Ainda, embora exista tipicidade objetiva, os comportamentos típicos dos integrantes do mencionado movimento careceriam de tipicidade subjetiva, razão pela qual inexistiria prática de infrações penais e organização criminosa, pois o fim é a reforma agrária.

O crime organizado instala uma nova ordem que caminha de forma paralela ao Estado Democrático de Direito, podendo ser denominada como verdadeiro “Estado Paralelo”, mas com finalidades diversas daquele; dentre elas, o tráfico ilícito de entorpecentes, responsável por grande parte da violência social, que por consequência direta e imediata retira a paz e a saúde pública.

Embora o crime organizado seja um “Estado Paralelo” ao Estado Democrático de Direito, ambos não se coadunam, onde este deve zelar pela prevenção e repressão às associações criminosas, inclusive as que tenham como finalidade o comércio ilegal de entorpecentes, vale dizer, o narcotráfico.

Denota-se, portanto, que a Constituição Federal contempla em seu contexto o direito de associação que deverá obrigatoriamente almejar fins lícitos, a fim de se enquadrar na seara constitucional. Desta feita, a inobservância dos requisitos legais do direito de associação pode ensejar uma associação criminosa, colocando-se como a outra face do direito constitucional a associação, isto é, a face negativa.

Importante ressaltar que em nenhum momento figura como legítima a afirmação de que uma associação criminosa ou organização criminosa tenha o seu nascedouro somente no direito de associação, pois o surgimento das organizações criminosas ocorrem de diversas formas, inclusive pelo desvirtuamento da finalidade de uma associação lícita.

Com o nascimento das organizações criminosas o Estado Democrático de Direito intervém por intermédio de seus mecanismos legais, a fim de reprimir o “Estado Paralelo”, que em síntese, são as associações ilícitas. O Brasil, em relação a repressão das organizações criminosas, conta com a Lei nº 9.034/95 (Lei de Combate as Organizações Criminosas), além dos meios legais estatuídos no Código de Processo Penal e nas legislações especiais de combate a criminalidade.

Muito embora a principal lei de repressão ao crime organizado seja falha e em parte inconstitucional, é imperioso destacar que o Brasil está se preocupando com as associações criminosas, necessitando somente, novas reformas legislativas, a fim de organizar a estrutura do Estado Democrático de Direito para o combate efetivo das organizações criminosas, com o propósito de “desorganizar o crime organizado”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2º vol., 1.989.

FOGOLIN, Marco Antonio Scaliante. **A outra face do M.S.T. O crime organizado**. Presidente Prudente: Grafoeste, 1.997.

LIPINSKI, Antonio Carlos. **Crime organizado & prova penal**. Curitiba: Juruá, 2.004.

MADRID, Daniela Martins. **O crime organizado como precursor do Estado paralelo e o seu confronto perante o Estado democrático de direito**. 2.004. 94 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2.004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2ª ed., 3º vol., 2.002.

SILVA, Eduardo Araújo. **Crime organizado**. Procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2.003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 23ª ed., 2.004.

VARELLA, Marcelo Dias. **Introdução ao direito à reforma agrária**. O direito face novos conflitos sociais. Leme: Editora de Direito, 1.998.