

AS MEDIDAS DE PREVENÇÃO NO CÓDIGO ANTIMÁFIA COMO INSTRUMENTO DE ENFRENTAMENTO À CRIMINALIDADE ORGANIZADA

PREVENTION MEASURES IN THE ANTI-MAFIA CODE
AS AN INSTRUMENT TO FIGHT

LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN EN EL CÓDIGO
ANTIMAFIA COMO INSTRUMENTO DE
ENFRENTAMIENTO A LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. A justificação teórica do sistema de prevenção italiano e a natureza do procedimento preventivo; 3. Breves comentários sobre as medidas preventivas pessoais e patrimoniais; 4. O crime organizado como um fenômeno complexo e a indispensável atuação contra o enriquecimento ilícito das organizações criminosas; 5. O déficit legislativo no Brasil no campo do direito da prevenção; 6. Conclusão; Referências.

RESUMO:

O presente artigo se propõe a fazer uma análise das medidas de prevenção *ante delictum* instituídas na legislação italiana, fundamentalmente, no Código Antimáfia. A partir do estudo destas medidas no direito comparado, especialmente da natureza jurídica e do procedimento para aplicação, discute-se a viabilidade e a necessidade de replicar um sistema semelhante no Brasil para a atuação no campo da prevenção com foco no enfrentamento à criminalidade organizada. O artigo segue uma linha argumentativa

Como citar este artigo:
NASCIMENTO,
Danilo. As medidas
de prevenção no
código antimáfia
como instrumento
de enfrentamento
à criminalidade
organizada.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 38, 2022,
p. 123-159

Data da submissão:
04/11/2021

Data da aprovação:
08/08/2022

que parte da demonstração *ab initio* da incompletude do ordenamento pátrio na área da prevenção, em razão da carência de normas que possam exercer a mesma função das medidas de prevenção previstas no Código Antimáfia. Aponta-se, ainda, para a insuficiência do Direito Penal como principal instrumento jurídico para o enfrentamento ao fenômeno da criminalidade organizada, justificando-se, assim, a construção de um modelo preventivo *ante e praeter delictum* a exemplo do italiano. Delimita-se o campo de atuação das medidas preventivas e o campo de atuação repressivo-afflitivo. Conclui-se pela necessidade de se estabelecer uma discussão no Brasil que possa levar à construção de mecanismos de prevenção inspirados no modelo italiano, de modo a fortalecer os instrumentos jurídicos de contraste ao crime organizado. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, de objetivo exploratório e abordagem qualitativa, utilizando os métodos indutivo e comparativo.

ABSTRACT:

This article proposes to analyze the *ante delictum* prevention measures established in Italian legislation, fundamentally, in the Anti-Mafia Code. From the study of these measures in comparative law, especially the legal nature and the procedure for application, the feasibility and need to replicate a similar system in Brazil for action in the field of prevention with a focus on fighting organized crime is discussed. The article follows an argumentative line that starts from the *ab initio* demonstration of the incompleteness of the national order in the area of prevention, due to the lack of norms that can perform the same function as the prevention measures provided for in the Anti-Mafia Code. It also points to the insufficiency of Criminal Law as the main legal instrument to face the phenomenon of organized crime, thus justifying the construction of a preventive model *ante* and *praeter delictum*, like the Italian one. The field of action of preventive measures and the field of repressive-afflictive action are delimited. It concludes by the need to establish a discussion in Brazil that can lead to the construction of prevention mechanisms inspired by the Italian model, in order to strengthen the legal instruments of contrast to organized crime. This is a bibliographic research, with an exploratory objective and a qualitative approach, using inductive and comparative methods.

RESUMEN:

El presente artículo se propone hacer un análisis de las medidas de prevención ante delictum instituidas en la legislación italiana, fundamentalmente, en el Código Antimafia. A partir del estudio de estas medidas en el derecho comparado, especialmente de la naturaleza jurídica y del procedimiento para aplicación, se discute la viabilidad y la necesidad de replicar un sistema semejante en Brasil para la actuación en el campo de la prevención con foco en el enfrentamiento a la criminalidad organizada. El artículo sigue una línea argumentativa que parte de la demostración al inicio da incompletitud del ordenamiento patrio en el área de la prevención, en razón de la carencia de las normas que puedan ejercer la misma función de las medidas de prevención previstas en el Código Antimafia. Se apunta, todavía, para la insuficiencia del Derecho Penal como principal instrumento jurídico para el enfrentamiento al fenómeno de la criminalidad organizada, justificándose, así, la construcción de un modelo preventivo ante y praeter delictum al igual del italiano. Se delimita el campo de actuación de las medidas preventivas y el campo de actuación represivo afflictivo. Se concluye por la necesidad de establecerse una discusión en Brasil que pueda llevar a la construcción de mecanismos de prevención inspirados en el modelo italiano, de modo a fortalecer los instrumentos jurídicos de contrastes al crimen organizado.

PALAVRAS-CHAVE:

Medidas; Prevenção; Código; Antimáfia; Itália.

KEY WORDS:

Measures; Prevention; Code; Anti-mafia; Italy.

PALABRAS CLAVE:

Medidas; Prevención; Código; Antimafia; Italia.

1. INTRODUÇÃO

A criminalidade organizada é certamente um dos problemas de maior gravidade que a sociedade contemporânea enfrenta em matéria de segurança pública. Atualmente, não se pode mais limitar a análise des-

te tema apenas às organizações criminosas que usam da violência para consolidar o seu poder em um determinado território. A realidade nos revela de forma bastante clara a atuação cada vez mais significativa de organizações criminosas que operam diretamente na economia formal para lavar o capital amealhado na atividade ilícita, o que é um forte incentivo à corrupção, por meio da troca de favores entre a organização criminosa, políticos e agentes do Estado para a obtenção de vantagens em licitações, privatizações e para o exercício da influência em setores estratégicos em que o Estado possui uma forte participação.

As organizações criminosas em razão do seu entrelaçamento com a política e com a estrutura estatal, por meio da corrupção, impõem graves riscos à democracia, uma vez que o dinheiro ilícito abastece não só o patrimônio pessoal do político e do agente corrupto, mas também serve para financiar as campanhas e obnubilar a vontade popular.

Aquela organização criminosa violenta, portanto, ao longo do tempo, vem se transformando também em organizações criminosas que preferem atuar de forma subterrânea, com pouca visibilidade.

Por essas razões, o tema do enfrentamento às organizações criminosas é multifacetário e deve estar na ordem do dia quando se trata de segurança pública e de estratégias para o aperfeiçoamento dos mecanismos democráticos e da representatividade da vontade popular.

O presente artigo visa, em um esforço de síntese, apresentar o sistema preventivo antimáfia existente na Itália, de modo que se possa compartilhar uma experiência legislativa relevante na área da prevenção relacionada à segurança pública e estimular novas estratégias de atuação no Brasil, com vistas a formulação, inclusive, de um ordenamento jurídico próprio e adequado aos problemas locais de enfrentamento às organizações criminosas.

O artigo foi produzido a partir de uma pesquisa eminentemente bibliográfica, mas igualmente apoiada na legislação e na jurisprudência de referência, em especial a partir do sistema jurídico italiano, com o objetivo de explorar o tema com base em uma abordagem qualitativa, utilizando os métodos indutivo, na análise teórica do tema, e comparativo, no sistema italiano.

2. A JUSTIFICAÇÃO TEÓRICA DO SISTEMA DE PREVENÇÃO

ITALIANO E A NATUREZA DO PROCEDIMENTO PREVENTIVO

O Decreto legislativo n. 159, de 6 de setembro de 2011, é conhecido no meio jurídico simplesmente como *Codice Antimafia*. A ementa do texto normativo, no entanto, nos oferece uma noção talvez não muito precisa sobre a natureza da própria norma ali disposta: “Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136”.¹

Essa descrição legal, em verdade, não corresponde à efetiva forma do ordenamento e tampouco representa de maneira apropriada o seu conteúdo. Em outros termos, não se trata de um código,² pois o texto do decreto não reúne em um único corpo normativo toda legislação de contraste à criminalidade organizada, padecendo, assim, daquela homogeneidade que se espera de um texto codificado.

Na realidade, o texto da lei que delegou ao governo a confecção do atual Código Antimáfia tinha um objetivo inicial muito mais audacioso e abrangente, qual seja, a realização, de fato, de uma codificação única das leis antimáfia e das medidas de prevenção. Por uma série de razões que não seria possível abordar no âmbito restrito deste artigo, o trabalho da Comissão que elaborou o texto legal sofreu algumas limitações. É um consenso, portanto, de boa parte da doutrina, que o diploma que veio a lume não é um código antimáfia, porém, mais modestamente, apenas um “texto único”.³

Dessa forma, ao final dos trabalhos o decreto do governo, fruto da lei de delegação, passou a ser conhecido como Código Antimáfia, com uma estrutura em que o Livro I contém as medidas de prevenção de caráter pessoal e patrimonial, a administração, a gestão e a destinação dos bens sequestrados e confiscados, a tutela de terceiros e as relações com os procedimentos concursais, efeitos, sanções e disposições finais. O Livro II dispõe sobre a disciplina atinente à documentação antimáfia. O Livro III trata da matéria relacionada à atividade informativa e de investigação na luta contra a criminalidade organizada e da instituição e funcionamento da agência nacional para a administração e destinação dos bens sequestrados e confiscados da criminalidade organizada. E, por fim, o Livro IV foi dedicado às modificações do Código Penal, do Código de Processo Penal e da legislação complementar, ab-rogações e disposições transitórias

e de coordenação.

Feitas essas considerações iniciais que visam trazer ao leitor um conhecimento acerca da forma como a lei foi estruturada, tem-se que o sistema preventivo antimáfia pode ser definido como um conjunto de normas de caráter extrapenal, devidamente organizado de forma sistêmica, que incide na área do controle formal sobre a periculosidade social do agente, por meio da aplicação de medidas de prevenção *ante e praeter delictum*.⁴

A partir deste conceito, pretende-se demonstrar algumas características fundamentais do sistema de prevenção. Inicialmente, é possível afirmar que as normas referentes a este sistema atualmente se encontram, em boa parte, porém não exclusivamente, organizadas no *corpus* normativo, que é denominado Código Antimáfia. Isto confere um tratamento sistemático à matéria, seja em relação aos princípios e regras que organizam o sistema, seja com relação ao tratamento jurídico que o legislador dispensou às medidas preventivas, ao procedimento e à execução das medidas, facilitando, assim, o trabalho de harmonização jurisprudencial.

Outro ponto que o conceito realça é o descolamento do sistema preventivo do Direito Penal. É dessa forma que o sistema deve ser entendido. A *raison d'être* do sistema preventivo é diversa dos fundamentos do Direito Penal. Essa é uma premissa para se compreender o sistema preventivo, sob pena de se estabelecer uma infinidade de confusões conceituais, por meio de transposições doutrinárias inadequadas.

Isto não significa que o sistema de prevenção não esteja sujeito a uma *soglia* mínima de observância de direitos e garantias fundamentais, já que o sujeito contra quem se propõe medidas de prevenção pode ter sua liberdade de circulação limitada ou se ver privado do seu patrimônio.

Por esta razão, dada a contiguidade do sistema preventivo com o sistema penal é inevitável que o primeiro se submeta a diversas regras limitativas do poder estatal, da mesma forma como estas regras atuam sobre o Direito Penal e sobre o Processo Penal, como normas de contenção do poder ou violência do Estado contra o indivíduo.

Quando se afirma que o fundamento que justifica a aplicação de medidas de prevenção é diverso daquele do Direito Penal, ou seja, do fundamento que legitima a aplicação da pena, se mira um objetivo muito claro: não confundir medidas preventivas com sanção penal, não confundir prevenção com repressão. Maiello assevera que a matéria referente à preven-

ção, do ponto de vista dogmático e teórico, se coloca entre o Direito Penal e o Direito Administrativo.⁵

Cumprir notar como elemento distintivo relevante que o Direito Penal clássico-liberal se construiu em torno da ideia central de retributividade, a qual obviamente depois se acrescentou a noção também de reinserção social. Na sua essência, porém, o Direito Penal se justifica sob a ótica da retribuição. O Estado é o detentor da violência e a punição a quem viola ou expõe a perigo um bem jurídico tutelado pela lei penal deve ser aplicada de forma proporcional ao dano causado, de modo a se manter a harmonia social. A retribuição é a base do sistema penal e toda a teoria do Direito Penal foi estruturada de modo a garantir que a infligência da pena ocorra dentro de regras claras e limitativas do poder estatal, evitando-se a discricionariedade.

O Direito Penal também não atua *ante delictum*, pois é um direito desenhado para retribuir, ou seja, punir quem cometeu um fato previsto na lei como infração penal.

Essa construção teórica não funciona com as medidas de prevenção, pois essas medidas não estão ancoradas na lógica da retribuição. O objetivo das medidas preventivas, como o nome está a indicar, é evitar que o crime⁶ seja praticado. O seu campo de atuação, portanto, se restringe apenas à prevenção.

É sabido que a pena, além da sua função retributiva, também possui uma função preventiva geral e especial. Quanto à função preventiva geral, a legitimação da pena reside no seu efeito intimidador ou dissuasório, direcionado à generalidade dos seus destinatários, ou seja, não especificamente ao sujeito que praticou o delito, mas a eventuais transgressores da norma. Espera-se que o conteúdo aflagante da pena tenha o condão de fazer com que as pessoas em sociedade respeitem a proibição prevista na lei penal com base no temor da imposição da pena ou que, mediante a aplicação da pena *in concreto*, a condenação surta o mesmo efeito intimidador, revelando de forma mais incisiva que a desobediência à lei tem consequências que não restam apenas no plano abstrato.

A função de prevenção especial, por outro lado, se volta precisamente ao autor de um crime, de modo que este não cometa novas infrações penais. Na dicção de Marinucci e Dolcini, a prevenção especial se apresenta sob três formas:

E questa funzione può essere assolta in tre forme: nella forma della *risocializzazione*, cioè dell'aiuto al condannato a inserirsi o reinserirsi nella società nel rispetto della legge; nella forma della *intimidazione*, rispetto alle persone per le quali la pena non può essere strumento di *risocializzazione*; nella forma, infine, della *neutralizzazione*, quando il destinatario della pena non appaia suscettibile né di *risocializzazione*, né di *intimidazione*; sì che l'unico obiettivo che la pena può perseguire nei suoi confronti è renderlo inoffensivo, o almeno più difficile la commissione di nuovi reati.⁷

Uma vez rememoradas essas noções relacionadas à justificação da pena, deve-se confrontar as medidas de prevenção com este quadro, porque não seria razoável que tais medidas desempenhassem a mesma função da pena. Tampouco seria aceitável que as medidas de prevenção exercessem o mesmo papel das medidas de segurança.⁸ Haveria um óbvio *bis in idem* em ambas as situações, a sugerir o que parte da doutrina chama de *vizio di etichetta*.⁹ Em outras palavras, as medidas de prevenção seriam uma espécie de sanção penal ou, na melhor das hipóteses, algo da mesma natureza das medidas de segurança, apenas com uma roupagem diferenciada. Uma espécie de *escamotage* legislativa para burlar os rígidos critérios do Direito Penal.

A começar pelas medidas de segurança, vale registrar que estas são medidas de caráter sancionatório e que visam neutralizar o indivíduo perigoso socialmente.¹⁰ O ponto em comum com as medidas de prevenção reside justamente no escopo de defesa social. Ambas incidem na esfera da prevenção e visam neutralizar o agente perigoso socialmente.¹¹ O que diferencia uma medida da outra é justamente o destinatário, tomando-se em consideração o aspecto temporal relacionado ao cometimento do crime. Gallo, ao diferenciar as duas medidas, ressalta o seguinte:

La differenza semmai va ravvisata nel fatto che le misure *ante delictum* dovrebbero, per loro natura prescindere dalla considerazione che il soggetto abbia commesso in precedenza delitti e che per essi sia stato condannato, mentre le misure di sicurezza presuppongono proprio quella situazione.¹²

Logo, a aplicação das medidas de segurança pressupõe, como regra, a prática de um crime¹³, o que coloca essas medidas em um campo de incidência após o cometimento do crime. A avaliação quanto a periculo-

sidade social é *post delictum*.

As medidas de prevenção, por sua vez, conforme já se afirma, atuam *ante e praeter delictum*. Vale dizer, estão inseridas no mesmo campo da prevenção especial, mas possuem uma finalidade muito específica, que é evitar que o crime seja cometido, incidindo contra o indivíduo perigoso socialmente antes que ele cometa o crime ou até mesmo prescindindo-se do cometimento do crime.¹⁴ Assim sendo, as medidas de prevenção não estão relacionadas à responsabilidade penal do agente.

Enquanto as medidas de segurança visam impedir que o indivíduo perigoso socialmente cometa novos delitos, as medidas de prevenção buscam obstar que esse potencial transgressor da norma penal venha a cometer crimes.

A pena em sentido estrito se distancia ainda mais das medidas de prevenção, pois para além do seu caráter preventivo, as penas corporais apresentam um evidente conteúdo retributivo.

A retributividade, contudo, deve ficar totalmente dissociada das medidas de prevenção, sobretudo quando se trata das medidas de prevenção patrimoniais como o sequestro e o confisco existentes no sistema preventivo.¹⁵

De qualquer sorte, na esteira da posição jurisprudencial majoritária, seja no plano interno italiano, seja no plano convencional¹⁶, mas medidas de prevenção não apresentam caráter punitivo. No que toca as medidas de prevenção patrimoniais, o sequestro e o confisco realizados no âmbito do sistema de prevenção visam alcançar finalidades claramente precautórias, uma vez que são direcionados a atingir a empresa mafiosa, ou seja, privar a organização criminosa de bens cuja origem não seja possível demonstrar uma procedência lícita e que são utilizados para fins ilícitos por sujeitos perigosos socialmente.

Não se pode esquecer que esses bens sem procedência, que muitas vezes são devolvidos no Brasil ao término de processos criminais que redundam em absolvição por insuficiência de provas, poderiam perfeitamente ser objeto de medidas de prevenção patrimoniais, evitando-se que, devido ao *standard* probatório mais elevado do processo penal, voltassem a ser empregados na atividade criminosa, especialmente nos esquemas de lavagem de dinheiro ilícito da organização, servindo de capital de giro para a atividade econômica que se pretende dar aparência de licitude e,

ainda, financiando o programa criminoso da organização, alimentando o tráfico de drogas, desvirtuando licitações públicas, corrompendo funcionários e políticos, alterando o resultado das eleições, enfim estando a serviço do crime organizado.

Mesmo no campo da prevenção a diferença de foco entre medidas de prevenção e pena ou medidas de segurança é evidente, ainda que não se descure que o Direito Penal, justamente para enfrentar novas formas de criminalidade, esteja atualmente realizando um movimento no sentido de antecipar cada vez mais a tutela penal. São exemplos disso a tutela de bens intermediários, de regra por meio de crimes de perigo abstrato, bem como a previsão de tipos penais da categoria de crimes de obstáculo em que a tutela se coloca em um momento prodrômico para a proteção do bem jurídico. De fato, são condutas que são punidas em antecipação, pois representam obstáculo a crimes mais graves.¹⁷

Esta ampliação do campo do Direito Penal, no entanto, não se contrapõe à existência de um sistema preventivo independente, que atua para evitar o cometimento de crimes, não pressupondo a prática do crime. São esquemas jurídicos diversos,¹⁸ como esclarece Petrin:

L'applicazione delle misure di prevenzione segue uno schema processuale profondamente divergente dal modello codicistico ordinario, in quanto caratterizzato dal particolare oggetto dell'accertamento giudiziario.

Como è noto, esse sono misure special-preventive *ante o praeeter delictum*, cui sono sottoposti taluni soggetti prima e a prescindere dalla commissione di reati, fondate sul presupposto della loro pericolosità, ossia su un giudizio prognostico negativo in ordine al compimento di future attività delinquenti.

La giurisprudenza della Corte Costituzionale si è incaricata di precisare che la conformità alla Carta fondamentale delle misure di prevenzione è necessariamente subordinata all'osservanza del principio di legalità e all'esistenza delle garanzie giurisdizionali.¹⁹

O sistema de prevenção, portanto, se justifica fundamentalmente porque, como ensina Nuvolone, a prevenção é um dever do Estado e um *prius* em relação ao poder punitivo por ele exercitado.²⁰ A oposição de empecilhos a esta atuação necessária e imprescindível do Estado, espe-

cialmente quando está-se a tratar de fatos relacionados à atuação de organizações criminosas com potencial para o cometimento de crimes de alta lesividade, não é, de fato, razoável. Além disso, atuar no campo da prevenção não significa deixar de atender a parâmetros legais bem definidos e que dimensionem de forma adequada o ponto de equilíbrio entre o direito individual e as exigências sociais de segurança.

Em definitivo, as medidas em matéria de prevenção na Itália foram idealizadas para uma finalidade de defesa social, seguindo uma lógica diversa daquela que justifica ou legitima as penas. Não é possível se pensar em propostas sérias de defesa da sociedade, especialmente contra o crime organizado, sem os instrumentos jurídicos adequados que, *a latere* do Direito Penal, podem encarar o fenômeno por uma outra perspectiva, qual seja, a perspectiva da prevenção.

3. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE AS MEDIDAS PREVENTIVAS PESSOAIS E PATRIMONIAIS

O CA apresenta duas tipologias de medidas de prevenção, as de caráter pessoal e as de caráter patrimonial. Em que pese não haver espaço aqui para uma análise mais aprofundada dessas medidas, se pretende fazer uma breve apresentação, sobretudo do ponto de vista descritivo, para que o leitor possa conhecer de uma forma mais prática o sistema preventivo aqui discutido, principalmente sob a ótica da sua justificação.

As medidas de prevenção pessoais e o respectivo procedimento fazem parte do Livro I, Título I, do Código Antimáfia, nos arts. 1º a 15. Basicamente, há medidas pessoais que podem ser aplicadas diretamente pelo questor²¹ e outras que dependem de decisão da autoridade judiciária competente.

As medidas aplicadas pelo questor são o *foglio di via obbligatorio* (art. 2) e o *avviso orale* (art. 3, *comma* 1).

Assim, o art. 1º do Código Antimáfia,²² prevê os destinatários dessas medidas, estatuinto que as medidas de prevenção pessoal são aplicadas pelo questor àqueles que habitualmente de se dedicam a “tráficos delituosos”, àqueles que a conduta e o modo de vida deve ser considerado, sob a base de elementos de fato, que vivam habitualmente, ainda que em parte, com os proventos de atividade ilícita e, ainda, àqueles que pelo seu comportamento deva ser considerado, sob a base de elementos de fato, como

peças dedicadas ao cometimento de crimes que ofendem ou colocam em perigo a integridade física ou moral de menores, a saúde, a segurança ou a tranquilidade pública.

Consta, ainda, do Código Antimáfia que os sujeitos indicados no art. 1º, quando forem considerados perigosos para a segurança pública e se encontrarem fora dos seus locais de residência, poderão ser obrigados a retornar ao *comune* onde residem, ficando proibidos de se deslocar, sem uma autorização prévia, por um prazo não superior a três anos. Essa repatriação interna é feita, segundo dispõe o art. 2º, do Código Antimáfia, por ato motivado do questor, acompanhado da expedição do devido *foglio di via obbligatorio*.

O *avviso orale*, a teor do art. 3º, do Código Antimáfia, a cargo do questor da província de residência, é uma advertência oral pronunciada pela autoridade administrativa em face de um indivíduo contra o qual existem indícios de periculosidade social nos termos definidos no art. 1º. O questor, para praticar este ato, deve intimar a pessoa a comparecer na sua presença e, então, indicando os motivos que servem de base aos indícios de periculosidade, a convida a mudar o seu estilo de vida e comportamento, registrando o ato em documento equivalente a um termo, que, segundo a lei (*comma 2*, do art. 3º), tem a única finalidade de conferir uma data certa ao ato.

Impende destacar que o *comma 4*, do art. 3º, prevê a possibilidade de imposição de outras limitações ao sujeito que foi submetido ao aviso oral quando este tenha sido condenado em sentença definitiva por delito doloso. As vedações previstas são: a proibição de possuir ou utilizar, no todo ou em parte, qualquer aparelho de comunicação radiotransmissora, radar e visores noturnos, indumentos e acessórios para a proteção balística individual, meios de transporte blindados ou modificados para o fim de aumentar-lhes a potência ou a capacidade ofensiva, ou de qualquer forma predispostos ao fim de subtrair-se ao controle da polícia, armas de modesta capacidade ofensiva, reproduções de armas de qualquer tipo, compreendidas as de brinquedo simulacros de armas, outras armas ou instrumentos, de venda livre, capazes de pulverizar líquidos ou misturas de substâncias irritantes impróprias capazes de causar ofensa às pessoas, produtos pirotécnicos de qualquer tipo, bem ainda substâncias inflamáveis e outros meios que de qualquer modo sejam idôneos a provocar com-

bustão e, ainda, programas informáticos e outros instrumentos de criptografia de conversações e mensagens.

Vale salientar, entretanto, que essas vedações impostas pelo questor poderão ser impugnadas perante o juiz competente, consoante contemplado no art. 3º, *comma* 6, do Código Antimáfia.

É importante ressaltar que essas hipóteses previstas no art. 1º representam uma periculosidade genérica e, consoante dispõe o próprio art. 3º, para que seja proferido o aviso oral o questor deverá demonstrar que existem indícios que pesem contra o *prevenuto* acerca da prática de conduta ou de comportamentos descritos na lei e estes indícios devem ser confirmados em elementos de fato.²³

Outra medida de prevenção pessoal é a medida de *sorveglianza speciale di pubblica sicurezza*, prevista no art. 6º, *comma* 1, do Código Antimáfia, que pode ser acompanhada de um *divieto di soggiorno* (proibição de residência) em uma ou mais comunas diversas daquela de residência ou moradia habitual ou em uma ou mais Regiões, nos casos em que dispõe o *comma* 2, do citado dispositivo legal. A medida sob análise tem como destinatário os sujeitos elencados no art. 4º e no art. 1º, do Código Antimáfia, porém neste caso se está diante de uma periculosidade qualificada. Além disso, o art. 4º, *comma* 1, do Código Antimáfia, define que a medida de *sorveglianza speciale di pubblica sicurezza* é de competência da autoridade judiciária. Assim, o é porque em comparação com as medidas pessoais anteriormente citadas o grau de restrição à liberdade de circulação é mais acentuado.

O *comma* 3 do art. 6º, do Código Antimáfia, prevê, ainda, o *obbligo di soggiorno* (obrigação de residência) na comuna de residência ou de moradia habitual.

Quanto aos destinatários da medida de *sorveglianza speciale di pubblica sicurezza*, a primeira hipótese arrolada pelo legislador se refere ao indivíduo perigoso socialmente porque existe fundadas suspeitas de pertencer a associação criminosa de tipo mafioso de que trata o art. 416 *bis* (art. 4º, *comma* 1, letra “a”, do Código Antimáfia). Faço notar que aqui a periculosidade é qualificada, porque é mais grave, já que enquadrar um indivíduo na fórmula “haver indícios de pertencer a uma associação criminosa do tipo mafioso” o coloca, evidentemente, em um *status* mais perigoso do que os comportamentos elencados como perigosos que estão

previstos no art. 1º.

O legislador considera a periculosidade com base no *accertamento* de pertencer o sujeito a uma organização mafiosa *in re ipsa*, ou seja, a periculosidade decorre diretamente de elementos de fato que ligam este sujeito à organização criminosa. Bastam indícios, e esses indícios não precisam ser graves, precisos e concordantes, pois este seria o *standard* para a condenação exigida em processo penal que se contenta apenas com um elevado grau de certeza de confirmação da hipótese acusatória. *In casu*, os indícios devem ser idôneos e suficientes para constatar a provável, e não apenas a possível, adesão do sujeito contra quem se imporá a medida, à uma organização criminosa.

A noção aqui, como se espera, é muito mais flexível do que aquela que funda a responsabilidade penal pela prática do crime tipificado no art. 416 *bis* (crime de associação criminosa de tipo mafioso), do Código Penal italiano. Indícios de pertencer a uma associação criminosa de tipo mafioso não se restringem apenas à prática de condutas que o insiram como membro deste sodalício criminoso. Além desse comportamento, que evidentemente é mais grave, o participante de uma organização criminosa em termos preventivos é aquele que se coloca à disposição da associação criminosa para que esta possa desenvolver o seu programa criminoso, ainda que a sua posição possa ser considerada como de um *extraneus*.

Convém registrar que as medidas de *sorveglianza speciale di pubblica sicurezza* se aplicam não somente contra aqueles indivíduos contra os quais haja indícios de pertencer a uma associação de tipo mafioso. Estes são apenas um de seus destinatários, a luz do que dispõe o art. 4º, *comma* 1, letra “a”, do Código Antimáfia. Nas demais alíneas *comma* 1, no entanto, há um elenco bem extenso de pessoas que podem ser sujeitas às referidas medidas.²⁴

Quanto à titularidade, sem adentrarmos nas exceções, de uma forma geral, a proposta de aplicação da medida de *sorveglianza speciale di pubblica sicurezza* e do *divieto* ou do *obbligo di soggiorno*, consoante estabelece o art. 5º, *comma* 1, pode ser apresentada pelo questor, pelo Procurador Nacional Antimáfia e Antiterrorismo, pelo Procurador da República junto ao tribunal da capital do distrito onde mora a pessoa e pelo Diretor da Direção Investigativa Antimáfia.

Dito isto, após essa brevíssima análise sobre as medidas preventivas

de caráter pessoal, que obviamente não é exaustiva, convém tecer ainda algumas considerações sobre as medidas de prevenção de índole patrimonial, que podem ser aplicadas de forma independente das medidas pessoais.

As medidas de prevenção de natureza patrimonial e o respectivo procedimento estão contemplados no Título II, do Livro I, do Código Antimáfia, nos arts. 16 a 34. São elas: 1) a caução (art. 31); 2) a administração judiciária de bens pessoais (art. 33); 3) a administração dos bens conexos à atividade econômica (art. 34); 4) o sequestro (art. 20); 5) o confisco de prevenção (art. 24); 5) o sequestro e a confisca pelo equivalente (art. 25).

O art. 16 do Código Antimáfia indica como destinatários destas medidas as pessoas contra as quais se admite medidas de prevenção de caráter pessoal impostas pela autoridade judiciária, ou seja, os sujeitos do art. 4º de periculosidade qualificada. Além disso, o dispositivo em questão prevê o cabimento das medidas patrimoniais contra pessoas físicas ou jurídicas assinaladas pelas Nações Unidas ou outro organismo internacional competente para dispor acerca do congelamento de fundos e de recursos econômicos, desde que existam fundados elementos para considerar que os fundos ou os recursos possam ser desviados, ocultados ou utilizados para o financiamento de organizações criminosas ou atividade terrorista, inclusive internacional.

A proposta de uma medida de prevenção de cunho patrimonial, *ex vi* do art. 17 do Código Antimáfia, pode ser apresentada pelo Procurador da República junto ao tribunal da capital do distrito onde reside a pessoa, pelo Procurador Nacional Antimáfia e Antiterrorismo, pelo questor ou pelo Diretor da Direção Investigativa Antimáfia.

Restringindo a análise das medidas patrimoniais ao sequestro e ao confisco, uma vez que estas modalidades representam os principais instrumentos direcionados ao enfretamento da criminalidade organizada, convém pontuar que apesar das medidas patrimoniais serem mais aceitas em sede doutrinária do que as pessoais, há quem sustente, como foi visto anteriormente, que todas as medidas preventivas padecem de vício de etiqueta, pois estes estudiosos entendem que seria uma forma de burlar as regras do Direito Penal.²⁵

Não é essa orientação que aqui se busca perfilhar, pois, mantendo a coerência com todo o *excursus* aqui apresentado, é possível o posiciona-

mento a favor do entendimento segundo o qual a finalidade dessas medidas patrimoniais é também de natureza preventiva. Defender um posicionamento que equipare as medidas preventivas patrimoniais às medidas de segurança ou às sanções penais não contribui para a coerência do sistema preventivo e atenta contra a sua finalidade, que é a prevenção. Seria uma *contradictio in adiecto*.

Sendo assim, o sequestro e o confisco disciplinados Código Antimáfia atuam no campo da prevenção, pois o seu objetivo é retirar de circulação os bens da organização criminosa, impedindo a prática de crimes ou o financiamento de atividade ilícita.

É importante deixar claro, contudo, que notadamente o confisco vai além do caráter meramente preventivo, pois haverá a ablação do patrimônio de forma definitiva. Daí porque a construção pretoriana classifica este tipo de medida como um *tertium genus*, com acentuado caráter reparatório ou ripristinatório do *status quo* anterior à aquisição ilícita do bem.²⁶

As medidas patrimoniais miram a empresa mafiosa, ou seja, a atividade econômica exercida pela organização criminosa para se neutralizar uma situação de perigo social gerada pela grande circulação de bens, valores e dinheiro provenientes de uma origem ilícita. Aqui não se visa propriamente o sujeito perigoso, mas os bens e recursos sem procedência lícita que alimentam o cometimento de eventuais crimes que possam ser cometidos pela organização criminosa e por outros tipos de delinquência de altíssima gravidade.

Para atingir esse objetivo o legislador definiu claramente uma estratégia em que previu a possibilidade de aplicação das medidas de prevenção patrimoniais, independentemente da aplicação das medidas de caráter pessoal. O art. 18, *comma* 1, primeira parte, do Código Antimáfia, determina que as medidas de prevenção pessoais e patrimoniais podem ser requeridas e aplicadas separadamente.

Os *commi* 2 e 3, do art. 18, por sua vez, preveem que o confisco pode ser determinado mesmo no caso de morte do sujeito contra o qual caberia a aplicação da medida. Neste caso, o confisco será direcionado aos herdeiros e sucessores. Consta, ainda, que o procedimento de prevenção patrimonial pode ser iniciado após a morte do sujeito contra quem caberia o confisco, devendo, nesta hipótese, ser proposto contra os herdeiros

a título universal ou contra o particular dentro do prazo de cinco anos da morte.

Um instrumento que pode ser considerado fundamental para os propósitos de enfrentamento ao crime organizado e que se relaciona diretamente com o sequestro e o confisco preventivos está previsto no art. 19 do Código Antimáfia, sob a rubrica *indagini patrimoniali*.²⁷

A investigação patrimonial é, portanto, um antecedente lógico do sequestro e do confisco. Assim, por sequestro se entende uma medida de caráter cautelar que antecede o confisco e pode ser determinada inclusive de ofício. Em outros termos, o sequestro consiste em uma subtração provisória dos bens em confronto de quem tenha a sua disponibilidade material, a posse ou detenção desses bens ou, ainda, a disponibilidade jurídica.

Para que seja determinado o sequestro, à luz do que dispõe o art. 20, *comma* 1, do Código Antimáfia, é indispensável que a decisão seja motivada no sentido de demonstrar que esses bens são de valor desproporcional ao rendimento declarado ou à atividade econômica desenvolvida pela pessoa que dispõe desses bens, de forma direta ou indiretamente.

É possível, ainda, o sequestro quando exista base suficiente de indícios que façam acreditar que esses bens sejam fruto de atividade ilícita ou constituam o seu reemprego. Neste último caso, vê-se claramente a intenção do legislador de obstar a todo custo qualquer espaço para que a organização criminosa realize a lavagem do dinheiro ilícito, bloqueando a circulação do capital financeiro sujo que movimenta a atividade ilícita. Basta uma correlação direta ou indireta do bem com a atividade ilícita.

O confisco previsto na legislação preventiva, por sua vez, é uma medida de natureza ablativa, pois retira em caráter definitivo os bens sequestrados da esfera de disponibilidade da pessoa contra quem se instaurou o procedimento de prevenção.

Para que o confisco se perfectibilize, consoante preceitua o art. 24, *comma* 1, do Código Antimáfia, a pessoa que teve os bens sequestrados não foi capaz de justificar no curso do procedimento a proveniência legítima dos bens gravados pela medida judicial. O parâmetro é a desproporcionalidade entre os bens e os rendimentos declarados ou a atividade econômica desenvolvida ou o vício genético, ou seja, que os bens sejam fruto da atividade ilícita ou constituam o seu reemprego. Também não é válido o argumento que o dinheiro utilizado para a aquisição dos bens

tenha sido provento ou reemprego de evasão fiscal.

Em tema de confisco de bens no campo da prevenção muitas vezes se invoca que este artigo teria estabelecido uma espécie de inversão probatória, ferindo de morte o direito à propriedade e impondo ao *prevenuto* ou *proposto*, que se vê diante da necessidade de enfrentar uma medida deste jaez, o ônus de realizar um esforço probatório desproporcional em relação àquele que o legislador impôs ao proponente da medida. Assim, alega-se que haveria uma ofensa à dignidade da pessoa que se vê privada dos seus bens de forma injusta.

Essa argumentação, no entanto, não resiste diante da jurisprudência consolidada da *Corte di Cassazione*²⁸ que afirma inexistir inversão do ônus da prova porque a lei não elimina o ônus probatório do proponente, estabelecendo apenas uma presunção de ilicitude diante de fatos sintomáticos taxativamente previstos, quais sejam, a desproporcionalidade entre o valor do bem e os rendimentos declarados ou a atividade econômica exercida pelo *prevenuto* ou, ainda, a correlação por meio de indícios suficientes de que o bem é fruto de atividade ilícita ou constitui o seu reemprego.

O legislador segue a máxima *id quod plerumque accidit*, ou seja, incorpora na lei as regras de experiência com relação às coisas que geralmente acontecem nesses casos. Se alguém não tem rendimento e possui um bem de valor e, além disso, há indícios de que esta pessoa esteja ligada a uma organização criminosa ou a condutas ilícitas, o que acontece, de regra, é que esta pessoa não possui ou não adquiriu esse bem de forma legítima.

O autor da proposta de aplicação do confisco deve demonstrar os aspectos sintomáticos definidos pelo legislador, mas o *prevenuto* pode confutar esta alegação mediante a simples comprovação de que o bem tem origem lícita. O ônus da prova para o *prevenuto*, na realidade, deveria até ser mais simples, pois o que se pode geralmente esperar de alguém que detenha um bem é que possa comprovar que é legitimamente o seu proprietário, possuidor ou que pôde dispor de forma legítima desse bem. O que ocorre não é a inversão do ônus probatório, mas a distribuição do ônus segundo as regras da experiência, ou seja, de acordo com o princípio da razoabilidade.

Convém acrescentar, ainda, que a peculiaridade do procedimen-

to preventivo, aqui frisada por diversas vezes, autoriza que o juiz realize no curso do procedimento o aprofundamento probatório, conforme determina o art. 19, *comma* 5, do Código Antimáfia.

Como mecanismo de reforço às medidas patrimoniais o Código Antimáfia, o art. 25, instituiu as figuras do sequestro e do confisco pelo equivalente. Assim, nos casos em que a pessoa contra quem se propõe a medida de prevenção desvia, oculta, ou desvaloriza o bem, com o intuito de evitar ou contornar a execução da ordem de sequestro ou confisco, a medida patrimonial deverá recair sobre valores em dinheiro ou outros bens pelo valor equivalente. O legislador complementa a disciplina prevendo ainda que nos casos em que o confisco não puder ser realizado porque os bens foram transferidos legitimamente a terceiros de boa-fé antes da execução, também se dará o confisco pelo equivalente.

E, ainda, no art. 26 do Código Antimáfia está previsto que no caso de *intestazione fittizia*, ou seja, quando os bens são colocados em nome de um “laranja”, testa-de-ferro ou o que se convencionou chamar também de “homem de palha”, no momento do confisco o juiz declarará a nulidade do ato que dispôs dos bens. Essa norma é interessante porque define, também, os casos em que ocorre uma presunção de registro fictício em nome de terceiro até prova em contrário, a saber: 1) quando as transferências e os registros, ainda que a título oneroso, tenham sido efetuados até dois anos antes da propositura da medida, em favor de ascendente, descendente, cônjuge ou convivente estável, bem como parentes até o sexto grau e afins dentro do quarto grau; 2) quando as transferências e os registros, a título gratuito ou fiduciário, tenham sido efetuados até dois anos antes da propositura da medida.

Para fechar este tópico é importante lembrar que o Código Antimáfia prevê medidas de prevenção patrimoniais diversas do sequestro e do confisco. Além disso, o Código apresenta uma ampla normativa a respeito da administração, gestão e destinação dos bens sequestrados e confiscados (Livro I, Título III), deixando claro o seu propósito de não dar espaço para a atuação das organizações criminosas na esfera econômica e oferecendo ao operador diversos instrumentos que se forem bem empregados podem atingir as organizações criminosas no seu ponto mais vulnerável.

4. O CRIME ORGANIZADO COMO UM FENÔMENO COMPLEXO E A INDISPENSÁVEL ATUAÇÃO CONTRA O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Como se pode notar, as medidas de prevenção existem porque o fenômeno da criminalidade organizada é complexo e exige respostas em diversas áreas de enfrentamento, sendo uma delas, e talvez a mais importante do ponto de vista responsivo, a necessária agressão ao patrimônio ilícito dos grupos criminosos. A lição de Giovanni Falcone e Marcelle Padovani, dirigida obviamente à máfia, mas útil também às nossas formas de organizações criminosas, é lapidar e permanece sempre atual:

La Legge La Torre continua a rivestire però grandissima utilità in tutte le indagini patrimoniali a carico di pregiudicati mafiosi, in quanto autorizza la confisca dei beni acquisiti illecitamente colpendo i mafiosi nel loro punto debole: ricchezza e guadagni. Questa legge, se ben utilizzata, offre al magistrato la possibilità di selezionare le persone sottoposte a indagini: da un lato, quelle per cui esistono prove inconfutabili del reato di associazione mafiosa; dall'altro, quelle per le quali, pur in assenza di prove sufficienti per un processo, il sospetto di appartenenza alla mafia appare tuttavia fondato. Per queste il magistrato può ricorrere a misure di prevenzione a carattere personale e patrimoniale, in attesa di acquisire la prova per gli specifici delitti commessi.²⁹

Parece óbvio, mas não existe, hoje, qualquer forma eficiente de enfrentamento à máfia, assim como a toda forma de manifestação do crime organizado, que não passe obrigatoriamente por uma estratégia séria voltada diretamente a atingir o núcleo financeiro e os ganhos ilícitos das organizações criminosas.

Não se pode esquecer que as organizações criminosas atuais possuem uma atuação muito estreita no setor econômico. Rampioni assevera que a atuação das organizações criminosas no campo da economia se dá, fundamentalmente, de duas formas:

Dalla criminalité d'affaires, dalla criminalità d'impresa appare opportuno distinguere, almeno sul piano concettuale, l'attività illecita realizzata (anche) nel settore economico dalle c.d. organizzazioni criminali: da un lato, l'impresa che nasce lecita e che, poi prende a commettere reati allo scopo – ad. es. – di aumentare i profitti; dall'altro, l'organizzazione crimi-

nale che fa ricorso ai propri, tipici, modelli comportamentali anche nel settore economico.³⁰

As organizações criminosas que atuam de forma empresarial, inseridas no tecido econômico, diferentemente do que vem sendo defendido até mesmo por alguns profissionais da área jurídica, notadamente em confronto à “Operação Lava Jato”, são extremamente prejudiciais para a economia de um país. Marotta faz a seguinte advertência sobre este assunto:

La conquista di imprese solide è diventata un obiettivo strategico della mafia-azienda: conferisce al criminale una veste rispettabile, credibilità, legittimazione, nuove forme di investimento. Le aziende concorrenti vengono progressivamente eliminate attraverso intimidazioni o compartecipazioni economico-finanziarie. Nel giro di pochi mesi l'imprenditore onesto o ha disinvestito o si ritrova ostaggio della strategia imprenditoriale mafiosa.³¹

Não é difícil concluir que a atuação das organizações criminosas na economia é um forte incentivo à corrupção, por meio da troca de favores entre a organização criminosa e políticos para a obtenção de vantagens, direcionamento de licitações, privatizações e atuação em setores estratégicos em que o Estado possui forte participação. Ademais, as organizações criminosas, em razão do seu entrelaçamento com a política através da corrupção, impõem graves riscos à democracia, uma vez que o dinheiro ilícito abastece não só o político corrupto no seu patrimônio pessoal, mas serve também para financiar as campanhas e driblar a vontade popular.³²

Este ciclo pernicioso é devastador para o Estado, pois influi diretamente na economia, por meio do aumento dos preços das obras, compras e serviços públicos, da interferência nas eleições e, por conseguinte, da obnubilação da vontade popular. Além disso, pessoas honestas e com bons propósitos são afastadas da política, deixando-se a administração da coisa pública cada vez mais nas mãos dos saqueadores do dinheiro público e do patrimônio coletivo. Para completar os efeitos deletérios desta prática, não se pode esquecer que em pouco tempo o empresário correto e cumpridor da lei é expurgado de certos setores da economia porque a sua atividade empresarial passa a ser muito custosa e estes setores são dominados por uma casta pequena de empresários associados a políticos.

A estratégia de atuação das organizações criminosas na economia com os seus métodos de dominação de mercado deve ser combatida com

tudo o rigor, sendo inaceitável do ponto de vista ético-social e inaceitável juridicamente. Por esta razão, deve ser uma preocupação constante a criação de mecanismos que possam atuar também na prevenção deste fenômeno criminal tão grave e prejudicial à sociedade. Sobre o fenômeno do crime organizado não se pode perder de vista que a complexidade do problema não permite uma abordagem simplista ou reducionista³³. Marotta afirma que este fenômeno é “complesso e globale e, quindi, un’efficace azione di controllo e di contrasto non può che essere sviluppata su molti fronti e a livello transnazionale”.³⁴ Skaperdas, por sua vez, lembra que o combate ao crime organizado é uma luta sem fim:

Because the conditions that lead to organized crime can never be completely eliminated, I will then argue that the struggle to control organized crime is a never-ending process, not a battle or war that can be completed within the foreseeable future, and that there is much to be done in this process.³⁵

Disso tudo decorre, indiscutivelmente que o fenômeno da criminalidade organizada é extremamente complexo e não admite, por essa razão, um método de enfrentamento tradicional. É indispensável que os atores envolvidos neste processo tenham consciência da diversidade que envolve este problema e que as leis, os intérpretes – aqui se refere especialmente aos tribunais que precisam ter um olhar diferenciado – os agentes públicos, governantes e políticos exerçam seus papéis sem permitir espaços para a ausência ou a omissão do Estado. O sistema judicial é apenas uma pequena e importante engrenagem neste sistema, mas não resolverá sozinho o problema do crime organizado – que, como já foi dito, é inesgotável –, se não houver uma atuação síncrona com dos demais setores do Estado e uma boa parcela de apoio social.

5. O DÉFICIT LEGISLATIVO NO BRASIL NO CAMPO DO DIREITO DA PREVENÇÃO

Nesta linha de argumentação é que o estudo do sistema de prevenção em matéria de máfia existente na legislação italiana pode ser um importante passo para suprir uma falha regulatória significativa existente no marco legal brasileiro.

Muitas vezes no Brasil, salvo algumas louváveis exceções, o que se vê

quando se trata sobretudo de atuação da polícia em presídios com vistas ao desmantelamento das facções instaladas dentro do sistema prisional, são apreensões de celulares, instalações de bloqueadores, transferência de líderes de facções para presídios federais, aplicação do regime disciplinar diferenciado aos líderes, instauração de inquéritos para identificar os integrantes de cada organização dentro do presídio, dentre outras medidas imediatistas e que revelam, sobretudo, uma ação reativa e preocupada com a opinião pública.

Nem sempre as investigações relacionadas a organizações criminosas no âmbito prisional atuam a fundo na questão relacionada à movimentação financeira realizada por essas facções. Apenas recentemente, tem-se notado um esforço dos órgãos de persecução mais direcionado à agressão ao patrimônio ilícito.

Ainda mais difícil no Brasil é a atuação preventiva neste campo da criminalidade organizada, por uma série de motivos, dentre eles a razão que se pretende pôr em evidência neste texto, que é a ausência de instrumentos normativos que permitam uma atuação eficaz contra o sujeito perigoso socialmente antes que ele cometa novos crimes e que sirva para impedir o uso do patrimônio amealhado ilicitamente para fomentar novas práticas criminosas.

No Brasil não se pode falar de um *diritto della prevenzione*. O ordenamento jurídico pátrio carece de um diploma normativo que enfoque o aspecto preventivo do fenômeno da criminalidade organizada e confira ao tema um tratamento jurídico sistemático, definindo medidas de prevenção de caráter pessoal e patrimonial, bem como o respectivo procedimento preventivo.

A atuação no campo preventivo, em termos de segurança pública, ou seja, *ante delictum e praeter delictum*, é indispensável à contenção e desarticulação do fenômeno criminoso no seu momento prodrômico, antes que este comece a se instalar de forma mais acentuada, estendendo a sua influência especialmente sobre o aparato estatal e sobre os tecidos econômico e político, causando graves danos sociais. É imprescindível que os atores encarregados de combater o crime organizado possuam instrumentos que lhes permita a antecipação dos movimentos realizados pelas organizações criminosas, com ênfase principalmente à aplicação de medidas preventivas patrimoniais que impeçam ou dificultem a atuação das

empresas a serviço do crime organizado no mercado formal e no âmbito da administração pública, combatendo a reciclagem dos ganhos ilícitos decorrentes da atividade criminosas.

Edgardo Buscaglia, reportando-se à situação do México, mas que certamente se aplica de uma forma geral ao modo de atuação das organizações criminosas, pondera que o crime organizado não é um fenômeno a ser enfrentado apenas no campo da repressão. Para o autor, o crime organizado se alimenta das falhas regulatórias do Estado e da complexidade de certos setores da economia. Para o autor, portanto, corrigir essas falhas é a melhor política de prevenção em matéria de crime organizado.³⁶

Em que pese a atuação do Estado em alguns setores da economia ser uma necessidade, os marcos regulatórios e os mecanismos de controle devem ser sempre aperfeiçoados para, não se podendo impedir, ao menos dificultar a contaminação do setor pelo crime organizado.

As instâncias de controle devem funcionar em diversos níveis. Um desses níveis, deficiente na legislação brasileira, é o campo da prevenção, a ser realizado sob a ótica da segurança pública em que os órgãos de polícia e, sobretudo, o Ministério Público, devem atuar de forma antecipada, sem esperar que o crime aconteça e independentemente do cometimento do crime. É fundamental que se reflita sobre a implementação no ordenamento pátrio de medidas preventivas que pela sua natureza não fazem parte do setor do Direito Penal e que independam de uma condenação.

A respeito deste assunto, especialmente em matéria de medidas preventivas patrimoniais, o Parlamento Europeu editou a Resolução de 23 de outubro de 2013, que nos arts. 27 a 48 propõe aos Estados-membros a adoção de diversas medidas com o intuito de bloquear as atividades das organizações criminosas, atacando os seus lucros ilícitos e o seu patrimônio. O art. 27, em especial, estatui o seguinte:

27. invita gli Stati membri, sulla base delle legislazioni nazionali più avanzate, a introdurre modelli di confisca non basata sulla condanna, nei casi in cui, sulla base degli elementi di prova disponibili e subordinatamente alla decisione dell'autorità giudiziaria, possa essere stabilito che i beni in questione derivano da attività criminali o sono impiegati per svolgere attività criminali;³⁷

Para a União Europeia é necessário um tratamento uniforme em matéria de criminalidade organizada transnacional e os Estados-mem-

broos devem estar atentos quanto à implementação de medidas de caráter preventivo que possam permitir o confisco de bens das organizações criminosas, independentemente do modelo penal que pressupõe a condenação para aplicação da medida ablatória. A Resolução deixa claro que os Estados-membros deverão instituir modelos de confisco que não sejam fundados na condenação do réu. O Parlamento Europeu solicita, ainda, nos termos do art. 29, que a Comissão especial sobre a criminalidade organizada, a corrupção e a reciclagem de dinheiro apresente uma proposta legislativa apta a garantir de maneira eficaz o recíproco reconhecimento das ordens de sequestro e confisco conexos às medidas de prevenção patrimonial adotados pelas autoridades judiciárias italianas e aos provimentos em matéria cível adotados por diversos Estados-membros, bem como solicita aos Estados-membros que implementem, desde logo, as medidas operativas necessárias a garantir a eficácia de tais provimentos.

É patente a preocupação da União Europeia com o enfrentamento à criminalidade organizada transnacional e, sobretudo, com a necessidade urgente, da parte dos Estados-membros, de assegurar eficácia às medidas preventivas de caráter patrimonial que são adotadas pelos seus integrantes em diversas áreas fora do Direito Penal, como no caso italiano das medidas de prevenção antimáfia e antiterrorismo. Em outros termos, não só há uma confirmação da legitimidade do sistema preventivo italiano, como uma incitação a que outros Estados-membros que ainda não adotam medidas de confisco fora do Direito Penal, ou seja, independentemente de condenação, aperfeiçoem seus ordenamentos com esses mecanismos, como também de plano implementem medidas operativas no sentido de dar eficácia aos provimentos emitidos por autoridades de outros países que já preveem essas medidas, seja no âmbito de um sistema preventivo, seja simplesmente no campo cível.

Essa é a realidade nua e crua, o que nos leva a constatar que o Brasil em tema de prevenção tem uma longa estrada ainda a percorrer.

6. CONCLUSÃO

Diante do todo o exposto, é possível constatar que há um campo do desvio social que não é e nem deve ser objeto de atuação do Direito Penal. Assim, a questão da criminalidade no âmbito da repressão e aplicação de penas deve ficar sujeita às regras do Direito Penal e o desvio social que não

pressupõe o cometimento de um crime compete a um sistema preventivo bem estruturado, que atua no momento antecedente à realização do delito e independentemente da ocorrência do crime.

Colocando a questão nesses termos, não se vê qualquer necessidade de se estabelecer um discurso que, na maior parte das vezes, é atacado pela doutrina como uma ofensa às matrizes clássicas do Direito Penal. Embora sejam evidentes as deficiências do Direito Penal e do Processo Penal para enfrentar determinadas questões da contemporaneidade, a nossa argumentação neste artigo é voltada à delimitação clara, a partir do exame da legislação italiana, bem como da jurisprudência italiana e do direito convencional europeu, do campo de atuação penal, ou seja, repressivo-aflitivo, e do campo de atuação da prevenção em sentido estrito, pertencente ao sistema preventivo *ante e praeter delictum*, que foi especialmente representado pelo Código Antimáfia analisado em seus principais aspectos ao longo deste texto.

Como foi possível demonstrar, a complexidade do fenômeno criminal relacionado sobretudo à criminalidade organizada não admite um método de enfrentamento tradicional. Deve-se ter consciência de que o sistema judicial, por si só, não resolverá o problema do crime organizado, que é uma questão que envolve sobretudo cooperação de todos os setores do Estado e o apoio da sociedade.

O sistema de prevenção italiano deve servir de inspiração para suprimos uma falha regulatória significativa existente no marco legal brasileiro em tema de enfrentamento à criminalidade organizada.

Assim, busca-se, por meio deste artigo, trazer ao leitor uma síntese explicativa do sistema preventivo antimáfia na Itália, compartilhando-se a experiência legislativa e jurisprudencial relevante na área, de modo que seja possível estimular novas estratégias de atuação no Brasil contra a criminalidade organizada e, dessa forma, criar condições para se abrir um debate acerca da utilidade da elaboração de um ordenamento próprio e adequado aos problemas locais em matéria de prevenção.

O ordenamento jurídico brasileiro é carente de instrumentos que permitam aos operadores da segurança pública uma atuação mais eficaz contra as organizações criminosas na área da prevenção. É, por isso, que se torna indispensável que, *a latere* do Direito Penal e do Processo Penal, se passe a enfrentar o fenômeno da grande criminalidade por uma outra

perspectiva, que se antecipe ao cometimento do crime e impeça as organizações criminosas de atuar, especialmente no que concerne o aspecto econômico. Uma atuação séria contra a corrupção e contra o crime organizado pressupõe um aparato regulatório completo, que não suporta vácuos legislativos. Restringir os espaços de discricionariedade e fiscalizar de forma eficiente a administração pública é uma necessidade, pois as organizações criminosas se aproveitam justamente dessas *défaillances* para realizar a sua atividade ilícita.

Dito isto, a elaboração de uma lei que introduza no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de prevenção se justifica, na medida que supre um ponto frágil da legislação de enfrentamento à criminalidade organizada que, no momento, se encontra descoberto de qualquer tipo de proteção jurídica.

Deve-se pensar em um sistema preventivo que, como se demonstrou no exemplo estudado a partir do direito comparado, se estruture de forma descolada do Direito Penal, já que possui uma finalidade diversa e bem precisa, que é a periculosidade social do agente e a agressão ao patrimônio ilícito, incidindo em uma fase anterior ao cometimento do crime ou independentemente do seu cometimento, ou seja, *ante e praeter delictum*.

Por fim, cumpre assinalar que o sistema de prevenção não é uma área em que o poder estatal reina absoluto. Trata-se sempre de um ordenamento jurídico que limita os poderes do Estado e que, por conseguinte, não tolera abusos ou excessos, daí a necessidade de regras precisas para definir os casos em que se aplicam as medidas de prevenção de caráter pessoal ou patrimonial e a construção de um justo processo preventivo. Existe, certamente, uma *soglia* mínima de observância de direitos e garantias fundamentais, visto que o sujeito contra quem se propõe medidas de prevenção pode ter sua liberdade de circulação limitada ou se ver privado do seu patrimônio. Embora com áreas de atuação “descoladas” é evidente uma contiguidade do sistema preventivo com o sistema penal e, por isso, é inevitável que o primeiro se submeta a diversas regras limitativas do poder estatal, da mesma forma como estas regras atuam sobre o Direito Penal e o Processo Penal, como normas de contenção do poder ou violência do Estado contra o indivíduo. Isso tudo, porém, não afasta a autonomia do sistema preventivo e tampouco exclui a sua necessidade, na linha dos argumentos defendidos neste artigo.

REFERÊNCIAS

ALLARA, Mario. *Le nozioni fondamentali del diritto privato*. Torino: Giappichelli, v. 1, 1939.

BARGI, Alfredo. Le insidiose oscillazioni della recente legislazione populista tra tutela della “sicurezza” e garanzia dei diritti fondamentali. In: *Archivio penale*. Pisa: Pisa University Press, fasc. 03/2019, p. 1-13.

BASILE, Fabio. Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione. In: *Giurisprudenza italiana*. Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia: aspetti sostanziali e aspetti procedurali. A cura di Fabio Basile. Torino: Utet, fasc. 11/2015, parte e attualità giuridiche, p. 1.520-1.548.

BUSCAGLIA, Edgardo. *Vacios de poder en México: cómo combatir la delincuencia organizada*. Edición digital. México: Debate, 2013.

CERESA-GASTALDO, Massimo. *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*. Disponível em: https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1449060304CERESA-GASTALDO_2015b.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

CIVELLO, Gabriele. La confisca di prevenzione come “nuova pena”. In: ROMANO, Bartolomeo. (Org.). *Le associazioni di tipo mafioso*. Torino: Utet, 2015. p. 201-251.

CURIONE, Silvia. Gli accertamenti patrimoniali: urgenza di un mutamento prospettico oltre i confini del codice antimafia. In: *Archivio penale*. Pisa: Pisa University Press, fasc. 03/2012, p. 1-20.

D'ASCOLA, Nico. Un codice non soltanto antimafia: prove generali di trasformazione del sistema penale. In: *Archivio penale*. Pisa: Pisa University Press, fasc. 03/2012, p. 1-15.

FALCONE, Giovanni. PADOVANI, Marcelle. *Cose di cosa nostra*. 4. ed. Bergamo: bestBur, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 11. ed. Roma-Bari: Laterza, 2011.

FIANDACA, Giovanni; VISCONTI, Costantino. Il “codice delle leggi antimafia”: risultati, omissioni e prospettive. In: *Legislazione penale*. Torino: Utet, fasc. 02/2012, p. 181-184.

FINOCCHIARO, Stefano. La riforma del codice antimafia (e non solo): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte. In: *Diritto penale contemporaneo*. Fasc. 10/2017, p. 251-259. Disponibile em: https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/pdf-fascicoli/DPC_10_2017.pdf. Accesso em: 17 out. 2021.

GALLO, Ettore. Misure di prevenzione. In: *Enciclopedia Giuridica*. Edizione dell'istituto dell'enciclopedia italiana. Roma: Istituto poligrafico e zecca dello stato, 1990. p. 1-38.

MAIELLO, Vincenzo. La prevenzione *ante delictum*: lineamenti generali. In: MAIELLO, Vincenzo (Org.). *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*. Torino: Giappichelli, 2015. Parte quarta, cap. 1, p. 299-322.

MAIELLO, Vincenzo. Profili sostanziali: le misure di prevenzioni personali. In: *Giurisprudenza italiana*. Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia: aspetti sostanziali e aspetti procedurali. A cura di Fabio Basile. Torino: Utet, fasc. 11/2015, parte Dottrina e attualità giuridiche, p. 1.523-1.528.

MANNA, Adelmo; LASALVIA, Francesco Pio. Le pene senza delitto: sull'inaccettabile "truffa delle etichette". In: *Archivio penale*. Pisa: Pisa University Press, fasc. 01/2017, p. 1-29.

MANNA, Adelmo. Natura giuridica delle misure di prevenzione: legislazione, giurisprudenza, dottrina. In: *Archivio penale*. Pisa: Pisa University Press, fasc. 03/2018, p. 1-18.

MANZIONE, Domenico. Dal "piano straordinario" al codice antimafia e delle misure di prevenzione. In: *Legislazione penale*. Torino: Utet, fasc. 02/2012, p. 185-188.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2015.

MAROTTA, Gemma. *Criminologia: storia, teorie, metodi*. Lavis: Cedam, 2016.

MAUGERI, Anna Maria. La confisca di prevenzione: profili controversi nella più recente giurisprudenza. In: *Giurisprudenza italiana*. Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia: aspetti sostanziali e aspetti procedurali. A cura di Fabio Basile. Torino: Utet, fasc. 11/2015, parte Dottrina e attualità giuridiche, p. 1.534-1.539.

MAUGERI, Anna Maria. *La resa dei conti: alle sezioni unite la questione sulla natura della confisca antimafia e sull'applicazione del principio di irretroattività*. Disponibile em: <https://archiviodypc.dirittopenaleuomo.org/d/2808-la-resa-dei-conti-alle-sezioni-unite-la-questione-sulla-natura-della-confisca-antimafia-e-sull-appl>. Accesso em: 20 out. 2021.

MENDITTO, Francesco. *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*. Disponibile em: https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1463736128MENDITTO_2016a.pdf. Accesso em: 17 out. 2021.

MENDITTO, Francesco. Le misure di prevenzione patrimoniali: profili generali. In: *Giurisprudenza italiana*. Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia: aspetti sostanziali e aspetti procedurali. A cura di Fabio Basile. Torino: Utet, fasc. 11/2015, parte Dottrina e attualità giuridiche, p. 1.529-1.534.

NICASTRO, Guglielmo. Le misure di prevenzione del codice antimafia: il nuovo stenta a nascere e il vecchio a morire (D.Lgs. 6.9.2011 n. 159: artt. 1-34, 66-81). In: *Legislazione penale*. Torino: Utet, fasc. 02/2012, p. 189-222.

PARLAMENTO EUROPEO. Risoluzione 23.10.2013. Plenaria. Disponibile em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fE-P%2f%2fNONSGML%2bTA%2bP7-TA-2013-0444%2b0%2b-DOC%2bPDF%2bV0%2f%2fIT>. Accesso em: 20 out. 2021.

PETRINI, Marco. Le impugnazioni delle misure di prevenzione. In: ROMANO, Bartolomeo (Org.). *Le associazioni di tipo mafioso*. Torino: Utet, 2015. p. 541-556.

RAMPIONI, Roberto. Diritto penale dell'economia e principi informatori del sistema penale. In: RAMPIONI, Roberto. (Org.). *Diritto penale dell'economia*. Torino: Giappichelli, 2011. cap. 1, p. 1-33.

ROMANO, Bartolomeo. L'associazione di tipo mafioso nel sistema di contrasto alla criminalità organizzata. In: ROMANO, Bartolomeo. (Org.). *Le associazioni di tipo mafioso*. Torino: Utet, 2015.

SANTINO, Umberto. *Dalla mafia alle mafie*. Catanzaro: Rubertino Editore, 2006.

SKAPERDAS, Stergios. The political economy of organized crime: providing protection when the state does not. In: *Economics of governance*.

A. Glazer; M. Koethenbueger (orgs.). *Electronic version*. [s.l.]: Springer-Verlag, 2001. v. 2, p. 173-202.

SITES CONSULTADOS

<https://www.cortedicassazione.it/>

<https://www.cortecostituzionale.it/>

<https://www.normattiva.it/>

'Notas de fim'

1 Tradução nossa: “Código das leis antimáfia e das medidas de prevenção, bem como novas disposições em matéria de documentação antimáfia, nos termos dos artigos 1 e 2 da Lei n. 136, de 13 de agosto de 2010.”

2 A doutrina italiana também concebe o termo “código” como um corpus normativo de caráter homogêneo. Allara traz o seguinte conceito: “Tra le numerose e svariate leggi emanate dal potere sovrano vanno particolarmente ricordate talune leggi per la loro ampiezza e generalità. Alludiamo a quelle leggi che prendono il nome di codici. Per codice nel senso moderno, s'intende appunto una legge che contiene un complesso organico di norme relativo a tutto un ramo del diritto”. Cfr. ALLARA, Mario. *Le nozioni fondamentali del diritto privato*. Torino: Giappichelli, 1939. v. 1, p. 29.” Tradução nossa: “Entre as numerosas e variadas leis emanadas pelo poder soberano vão recordadas, em particular, aquelas leis pela sua amplitude e generalidade. Referimo-nos àquelas leis que levam o nome de códigos. Por código no sentido moderno, se compreende, justamente, uma lei que contenha um complexo orgânico de normas relacionada a todo um ramo do direito.” É evidente, entretanto, que o legislador moderno, conhecedor da terminologia jurídica, ao nominar o Decreto legislativo n. 159/2011 de Código Antimáfia não o fez na sua acepção técnica. Certamente, se reportou ao seu conceito moderno mais pela aspiração que o texto poderia representar, do que pelo que ele realmente representa. Logo, deveria ser um código, mas no decorrer do processo legislativo foi sendo desidratado quanto ao seu elemento de completude. A respeito do insucesso do “código” quanto à sua aspiração de harmonização da legislação antimáfia, cfr. FIANDACA, Giovanni; VISCONTI, Costantino. *Il “codice delle leggi antimafia”: risultati, omissioni e prospettive*. In: *Legislazione penale*. Torino: Utet, fasc. 02/2012, p. 181. Por outro lado, enfocando a inadequação do termo “Código Antimáfia” sob o aspecto da amplitude da norma quanto aos seus destinatários, já que alcança não só os integrantes da máfia, mas uma gama bem ampla de sujeitos, cfr. D'ASCOLA, Nico. *Un codice non soltanto antimafia: prove generali di trasformazione del sistema penale*. In: *Archivio penale*. Pisa: Pisa University Press, fasc. 03/2012, p. 3.

3 Cf. ROMANO, Bartolomeo. *L'associazione di tipo mafioso nel sistema di contrasto alla criminalità organizzata*. In: ROMANO, Bartolomeo. (Org.). *Le associazioni di tipo mafioso*. Torino: Utet, 2015. p. 26.

4 Para maiores informações sobre o sistema preventivo estabelecido pelo Código Antimáfia consulte, ex multis, BASILE, Fabio. *Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione*. In: *Giurisprudenza italiana. Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia: aspetti sostanziali e aspetti procedurali*. A cura di Fabio Basile. Torino: Utet, fasc. 11/2015, parte e attualità giuridiche, p. 1.520-1.548; FIANDACA, Giovanni; VISCONTI, Costantino. *Il “codice delle leggi antimafia”: risultati, omissioni e prospettive*.

In: *Legislazione penale*. Torino: Utet, fasc. 02/2012, p. 181-184; MANZIONE, Domenico. Dal “piano straordinario” al codice antimafia e delle misure di prevenzione. In: *Legislazione penale*. Torino: Utet, fasc. 02/2012, p. 185-188; NICASTRO, Guglielmo. Le misure di prevenzione del codice antimafia: il nuovo stenta a nascere e il vecchio a morire (D.Lgs. 6.9.2011 n. 159: artt. 1-34, 66-81). In: *Legislazione penale*. Torino: Utet, fasc. 02/2012, p. 189-222; D’ASCOLA, Nico. Un codice non soltanto antimafia: prove generali di trasformazione del sistema penale. In: *Archivio penale*. Pisa: Pisa University Press, fasc. 03/2012, p. 1-15; FINOCCHIARO, Stefano. La riforma del codice antimafia (e non solo): uno sguardo d’insieme alle modifiche appena introdotte. In: *Diritto penale contemporaneo*. Fasc. 10/2017, p. 251-259. Disponível em: https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/pdf-fascicoli/DPC_10_2017.pdf. Acesso em: 17 out. 2021; MENDITTO, Francesco. Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto. Disponível em: https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1463736128MENDITTO_2016a.pdf. Acesso em: 17 out. 2021.

5 MAIELLO, Vincenzo. La prevenzione ante delictum: lineamenti generali. In: MAIELLO, Vincenzo (Org.). *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*. Torino: Giappichelli, 2015. Parte quarta, cap. 1, p. 301.

6 Por comodidade, ao longo deste trabalho o termo crime será usado de forma ampla, significando infração penal.

7 MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 5. ed. Milano: 2015, p. 4. Tradução nossa: “E esta função pode ser assumida de três formas: na forma da ressocialização, isto é, da ajuda ao condenado a se inserir ou reinserir na sociedade com respeito à lei; na forma da intimidação, em relação às pessoas para as quais a pena não pode ser instrumento de ressocialização; na forma, enfim, da neutralização, quando o destinatário da pena não pareça suscetível nem de ressocialização, nem de intimidação; de modo que o único objetivo que a pena possa perseguir em relação a eles é torná-los inofensivos, ou pelo menos mais difícil o cometimento de novos crimes.”

8 É importante alertar o leitor nesta passagem que ao se fazer referência às medidas de segurança está-se a fazer alusão, especialmente, às misure di sicurezza do Código Penal italiano, cuja previsão legal está contida nos arts. 199 a 240. Essas medidas na legislação italiana possuem uma amplitude bem maior do que as nossas medidas de segurança (art. 96 CP brasileiro), tornando mais instigante o desafio para se fazer um devido distinguish.

9 Parte da doutrina italiana se coloca frontalmente contra o sistema de prevenção penal, por entender que haveria uma burla aos princípios norteadores do Direito Penal, se avançando em um campo que deveria ser exclusivo do referido ramo do direito. Sobre este tema, vide, dentre muitos, CERESA-GASTALDO, Massimo. Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l’incolabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto. Disponível em: https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/upload/1449060304CERESA-GASTALDO_2015b.pdf. Acesso em: 20 out. 2021. Vislumbrando no processo preventivo antimáfia uma lógica de direito penal do inimigo, cfr. BARGI, Alfredo. Le insidiose oscillazioni della recente legislazione populista tra tutela della “sicurezza” e garanzia dei diritti fondamentali. In: *Archivio penale*. Pisa: Pisa University Press, fasc. 03/2019, p. 1-13; e, ainda, MANNA, Adelmo; LASALVIA, Francesco Pio. Le pene senza delitto: sull’inaccettabile “truffa delle etichette”. In: *Archivio penale*. Pisa: Pisa University Press, fasc. 01/2017, p. 1-29. Nico D’Ascola, a seu turno, trata o Codice Antimafia como um antissistema. Cfr. D’ASCOLA, Nico. Un codice non soltanto antimafia: prove generali di trasformazione del sistema penale. In: *Archivio penale*. Pisa: Pisa University Press, fasc. 03/2012, p. 12. Faça referência, ainda, ao pensamento de Luigi Ferrajoli, que embora ferrenho crítico às medidas de prevenção de caráter pessoal, justifica o cabimento das medidas preventivas de caráter patrimonial e as considera relevantes para a prevenção da criminalidade organizada. Para aprofundamento consulte FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 11. ed. Roma-Bari: Laterza, 2011, p. 818-824.

10 Faz-se notar que no Brasil as medidas de segurança, após a reforma penal de 1984,

sofreram uma mudança de tratamento jurídico, diminuindo-se as espécies de medidas e a sua possibilidade de aplicação concomitante ou independentemente da pena. No caso da semi-imputabilidade adota-se o sistema vicariante, ou se impõe a medida de segurança ou a pena corporal reduzida. Na Itália, as medidas de segurança ainda persistem no ordenamento jurídico de forma bastante variegada e constituem o *doppio binario*, podendo ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente com as penas, a depender do caso. Aos imputáveis e semi-imputáveis a medida de segurança pode ser aplicada cumulativamente, instaurando-se o *doppio binario*. Aos inimputáveis a medida de segurança só pode ser aplicada de forma exclusiva. Ao longo dos anos, porém, as medidas de segurança têm passado por uma reformulação jurisprudencial, sobretudo por parte da Corte Constitucional, que tem se esforçado no sentido de definir os limites, especialmente, entre as medidas de segurança de caráter detentivo e as penas privativas de liberdade em sentido estrito, de modo a não permitir a sobreposição de sanções. A orientação pretoriana tem sido de restringir o campo de aplicação das medidas de segurança detentivas que representem uma pena privativa de liberdade de forma disfarçada, aceitando-se a cumulação da medida de segurança com a pena privativa de liberdade apenas nos casos em que estas apresentem um conteúdo específico e diverso. Paralelamente ao esforço jurisprudencial, o legislador também introduziu importantes mudanças de redimensionamento. Apenas a título de precisão, embora não se tenha aqui espaço para se desenvolver um conceito mais detalhado de *doppio binario*, é importante alertar o leitor que na Itália a doutrina costuma usar a expressão *doppio binario* para identificar qualquer sistema paralelo ou um tratamento jurídico diverso do tradicional. Assim, o sistema preventivo que se analisa faz parte do complexo sistema de leis que servem para o enfrentamento à criminalidade organizada e que conferem ao tema um tratamento jurídico diferenciado. O sistema preventivo do Código Antimáfia faz parte desse *doppio binario* e existe também um *doppio binario* para o accertamento di fatti di mafia que convive com o sistema processual penal comum. É exemplo disto o *doppio binario* investigativo, processual e até mesmo um *doppio binario* relacionado à concessão de benefícios penitenciários que envolvam de uma forma geral fatos de máfia, mas que, na verdade, representam, um espectro muito mais amplo de fatos relacionados à criminalidade organizada, delitos de elevado alarme social, delitos que apresentam desafios especiais do ponto de vista investigativo e, ainda, os casos de terrorismo. A legislação italiana prevê um complexo sistema de enfrentamento à criminalidade organizada, daí o nome também de *doppio binario*, porque não se guia pelas regras do processo penal comum. Existem meios especiais de obtenção de prova, uma estrutura própria do Ministério Público para coordenar esse tipo de investigação, a flexibilização de requisitos para a decretação de medidas cautelares e regras especiais para o cumprimento de pena, o denominado carcere duro. Tudo isso, de uma forma bem sintética, faz parte do *doppio binario* voltado ao enfrentamento da criminalidade organizada. É importante registrar, ainda, que na doutrina especializada há quem identifique o sistema preventivo antimáfia com um *terzo binario*. A esse respeito consulte BASILE, Fabio. *Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione*. In: *Giurisprudenza italiana*. Torino: Utet, fasc. 11/2015, p. 1520-1548.

11 Quanto ao fundamento da periculosidade do agente, não há diferença ontológica entre as medidas de segurança no Brasil e na Itália.

12 GALLO, Ettore. *Misure di prevenzione*. In: *Enciclopedia Giuridica. Edizione dell'Istituto dell'enciclopedia italiana*. Roma: Istituto poligrafico e zecca dello stato, 1990. p. 1. Tradução nossa: "A diferença, quando muito, vai reconhecida no fato que as medidas ante delictum deveriam, pela sua natureza, prescindir da consideração que o sujeito tenha cometido anteriormente delitos e que em relação a estes tenha sido condenado, enquanto as medidas de segurança pressupõem tal situação."

13 Digo como regra, pois o art. 202, comma 2, do Código Penal Italiano, prevê a exceção a esta regra, admitindo nos casos previstos em lei a aplicação de medidas de segurança a pessoas socialmente perigosas por fatos não previstos na lei como crime, remetendo a normativa aos arts. 49 e 115, ou seja, ao que se chama na doutrina italiana de *quasi reato*, abrangendo os casos do crime suposto; crime impossível; acordo para cometer um crime

que não vem a ser cometido; e a instigação para cometer um delito, nos casos em que a instigação não é aceita. Estas são as exceções que confirmam a regra.

14 Nesse sentido consulte as Sentenças n. 68/1994 e 76/1970 da Corte Costituzionale italiana. Remete-se ao site da Corte Costituzionale no endereço: www.cortecostituzionale.it

15 Esta questão é alvo de muita discussão doutrinária e jurisprudencial, como será analisado mais adiante ao se tratar especificamente das medidas de prevenção de caráter patrimonial.

16 É importante ressaltar que a própria Corte Europeia de Direitos Humanos na famosa Sentença De Tommaso v. Italia, prolatada pela Grande Câmara, no procedimento n. 43395 de 2009 e publicada em 23 de fevereiro de 2017, apesar de ter reconhecido violações ao art. 5º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e ao art. 2º do Protocolo Adicional n. 4, se ateu à falta de precisão da norma prevista na legislação antimáfia italiana, notadamente quanto à aplicação da medida de sorveglianza speciale di pubblica sicurezza. Tanto é assim, que na sequência desta pronúncia, a Corte Constitucional italiana, ao ser provocada, impôs correções interpretativas voltadas a delimitar e precisar as hipóteses de cabimento deste tipo de medida preventiva (vide nt. 24 infra). Inobstante isso, é importante frisar que na mesma Sentença De Tommaso a Corte de Estrasburgo afastou qualquer natureza punitiva para as medidas de prevenção pessoal e reafirmou o caráter preventivo, desvinculando, assim, esse tipo de medida das regras de Direito Penal. E na Sentença Gogitidze e altri v. Georgia, da 4ª Seção, proferida em 12 de agosto de 2015, quanto às medidas de prevenção de índole patrimonial, a Corte Europeia de Direitos Humanos já havia afastado também o conteúdo punitivo de tais medidas por considerá-las equivalentes a ações civis in rem. Isso tudo é para reafirmar que quanto à natureza preventiva das medidas previstas na legislação antimáfia não há incompatibilidade com o direito convencional.

17 É a situação clara que ocorre, por exemplo, no crime de participar de organização criminosa prevista no art. 2º da Lei n. 12.850/2013 ou no art. 416 bis do Código Penal italiano, ou seja, o tipo penal da associazione di stampo mafioso.

18 Sentença n. 23, de 4 março de 1964, da Corte Costituzionale.

19 PETRINI, Marco. Le impugnationi delle misure di prevenzione. In: ROMANO, Bartolomeo (Org.). Le associazioni di tipo mafioso. Torino: Utet, 2015. p. 541. Tradução nossa: "A aplicação das medidas de prevenção segue um esquema processual profundamente divergente do modelo ordinário do código, na medida em que é caracterizado por um objeto particular de verificação judicial. Como é sabido, são medidas especial-preventivas ante e praeter delictum, às quais são submetidos alguns sujeitos antes e a prescindir do cometimento de crimes, fundadas no pressuposto da sua periculosidade, ou seja, sobre um juízo prognóstico negativo relativo ao cometimento de futura atividade delinquential. A jurisprudência da Corte Constitucional se encarregou de precisar que a conformidade das medidas de prevenção à Carta fundamental é necessariamente subordinada à observância do princípio da legalidade e à existência das garantias jurisdicionais."

20 Apud GALLO, Ettore. Misure di prevenzione. In: Enciclopedia giuridica. Edizione dell'istituto dell'enciclopedia italiana. Roma: Istituto poligrafico e zecca dello stato, 1990. p. 2.

21 O questor na estrutura moderna da administração italiana é a autoridade provincial de segurança pública. Trata-se, portanto, de um dirigente de vértice da Polizia di Stato. O art. 14, da Legge 1 aprile 1981, n. 121 (Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza), prevê que o questor é a autoridade provincial de segurança pública e é ele que tem a direção, a responsabilidade e a coordenação, em nível técnico operativo, dos serviços de ordem e de segurança pública e o emprego para esse fim da força pública e das outras forças eventualmente postas à sua disposição.

22 Para consulta ao texto do Código Antimáfia atualizado o leitor pode acessar www.normattiva.it.

23 Ainda que não seja o caso de fazer um estudo detalhado acerca dos requisitos legais para a aplicação dessas medidas, de modo a melhor situar o leitor, destaca-se que uma questão fundamental é definir um conceito de indícios para fins de prevenção, pois a equiparação conceitual com o processo penal, pelas razões já invocadas, não seria uma solução válida. Para o processo penal italiano ordinário a existência dos fatos não se dessume de indícios, a menos que estes sejam graves, precisos e concordantes (art. 192, comma 2, CPP). O standard probatório no caso da prevenção, baseado na figura da periculosidade genérica, é certamente inferior a este, pois aqui não se trata de prova para uma eventual condenação, que exige um grau de conformação da verdade processual muito próximo à verdade real. Isto não significa, porém, que o ato de polícia direcionado à aplicação de uma medida preventiva possa ocorrer de forma arbitrária, pois o comportamento do agente deve ser enquadrado em uma das hipóteses legais e deve estar ligado a fatos e circunstâncias determinadas que apontem para a periculosidade social do agente. É possível proceder desta forma porque, evidentemente, a limitação ou restrição ao direito de liberdade do sujeito na área da prevenção é muito menos gravosa do que aquela que pode ocorrer como fruto da aplicação da lei penal, no âmbito do processo penal. Não é difícil perceber, dado o conteúdo e a autoridade competente, que essas medidas são de natureza meramente administrativa. São medidas de polícia, autôcecutáveis, pois emanam diretamente do poder de polícia da administração pública e o grau de limitação que se impõe à liberdade de circulação do indivíduo é bastante restrito, apenas palpável, de fato, no foglio di via obbligatorio, já que neste caso o indivíduo deve retornar a sua comuna de residência. O procedimento preventivo, portanto, amplia a margem de discricionariedade neste caso, pois o standard probatório é menos elevado. Para aprofundamento sobre o tema do standard probatório no caso das medidas de prevenção de caráter pessoal, consulte MAIELLO, Vincenzo. Profili sostanziali: le misure di prevenzioni personali. In: *Giurisprudenza italiana. Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia: aspetti sostanziali e aspetti procedurali*. A cura di Fabio Basile. Torino: Utet, fasc. 11/2015, parte Dottrina e attualità giuridiche, p. 1.523-1.528.

24 Em razão da limitação temática a que se propõe neste artigo, não sendo o escopo um estudo detalhado de todo o regramento previsto no Código Antimáfia, mas sobretudo passar ao leitor uma noção de como funciona o sistema preventivo, deixa-se, nesta oportunidade, de analisar todos os destinatários desta medida, focando apenas o caso mais emblemático. Vale lembrar que os destinatários da medida de sorveglianza speciale di pubblica sicurezza estão elencados, como foi dito, no art. 4º, comma 1, letras “a” a “i-bis”, do Código Antimáfia e que dentre esses destinatários há, também, aqueles sujeitos que se enquadram na chamada fattispecie di pericolosità generica (já examinado neste texto) e nas fattispecie di pericolosità connesse alla criminalità organizzata. Portanto, o campo de aplicação é bem amplo. Cumpre observar, ainda, que a Corte Costituzionale, por meio da Sentença n. 24/2019 declarou a ilegitimidade constitucional do art. 4º, comma 1, letra “c”, vedando a aplicação das medidas de sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, aos indivíduos do art. 1º, comma 1, letra “a”, do Código. Em suma, restringiu-se o âmbito do sistema preventivo na tipologia di pericolosità generica, afastando-se o cabimento das medidas de prevenção pessoal especial àqueles que, tendo por base elementos de fatos, se tenha como habitualmente dedicados a “tráficos delituosos” dada a excessiva generalidade e vagueza dessa expressão. Para fins de tradução, penso que a expressão poderia equivaler a algo do gênero “negócios ilícitos”, ou seja, pessoas que tenham como padrão de vida se dedicar a negócios ilícitos. Com efeito, a expressão é muito vaga e a Corte Costituzionale limitou a aplicação sorveglianza speciale di pubblica sicurezza com razão, na esteira da Sentença De Tommaso, prolatada pela Corte Europeia de Direitos Humanos que foi feita referência na nt. 16 supra.

25 Sobre esse ponto se remete à nt. 10, supra. Assumindo um posicionamento no sentido de enquadrar as medidas de prevenção como misure di sicurezza e, por conseguinte, atraí-las para o campo do Direito Penal cfr. MANNA, Adelmo. Natura giuridica delle misure di prevenzione: legislazione, giurisprudenza, dottrina. In: *Archivio penale*. Pisa: Pisa University Press, fasc. 03/2018, p. 1-18. Convém crescer, ainda, em específico quanto ao

confisco de prevenção, a posição bem crítica de G. CIVELLO. Cfr. CIVELLO, Gabriele. La confisca di prevenzione come “nuova pena”. In: ROMANO, Bartolomeo. (Org.). Le associazioni di tipo mafioso. Torino: Utet, 2015. p. 201-251.

26 Para uma análise mais aprofundada da natureza das medidas de prevenção patrimoniais cfr. MAUGERI, Anna Maria. La confisca di prevenzione: profili controversi nella più recente giurisprudenza. In: Giurisprudenza italiana. Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia: aspetti sostanziali e aspetti procedurali. A cura di Fabio Basile. Torino: Utet, fasc. 11/2015, parte Dottrina e attualità giuridiche, p. 1.534-1.539; MAUGERI, Anna Maria. La resa dei conti: alle sezioni unite la questione sulla natura della confisca antimafia e sull'applicazione del principio di irretroattività. Disponível em: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2808-la-resa-dei-conti-alle-sezioni-unite-la-questione-sulla-natura-della-confisca-antimafia-e-sull-appl>. Acesso em: 20 out. 2021; MENDITTO, Francesco. Le misure di prevenzione patrimoniali: profili generali. In: Giurisprudenza italiana. Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia: aspetti sostanziali e aspetti procedurali. A cura di Fabio Basile. Torino: Utet, fasc. 11/2015, parte Dottrina e attualità giuridiche, p. 1.529-1.534. Sobre a posição da jurisprudência, se faz especial menção à Sentença n. 4.880/2015, da Corte di Cassazione, Sezioni Unite, conhecida como Caso Spinelli.

27 Para maiores detalhes, consulte, dentre outros, CURIONE, Silvia. Gli accertamenti patrimoniali: urgenza di un mutamento prospettico oltre i confini del codice antimafia. In: Archivio penale. Pisa: Pisa University Press, fasc. 03/2012, p. 1-20.

28 Para aprofundamento consulte a Sentença n. 32715 de 2014 (Caso Muià-Gravina), da Sesta Sezione, Corte di Cassazione, que é uma decisão mais recente, porém confirma o entendimento da Corte e se reporta ao leading case sobre o tema, a Sentença n. 228, de 12.12.2007, da Quarta Sezione.

29 FALCONE, Giovanni. PADOVANI, Marcelle. Cose di cosa nostra. 4. ed. Bergamo: bestBur, 2013. p.165. Tradução nossa: “A Lei La Torre continua, porém, a revestir grandíssima utilidade em todas as investigações patrimoniais contra criminosos mafiosos, na medida em que autoriza o confisco dos bens adquiridos ilicitamente atingindo os mafiosos no seu ponto mais fraco: riqueza e ganhos. Esta lei, se bem utilizada, oferece ao magistrado a possibilidade de selecionar as pessoas submetida a investigações: de um lado, aquelas contra as quais existe prova irrefutável do crime de associação mafiosa; de outro lado, aquelas contra as quais, mesmo na ausência de provas suficientes para um processo, a suspeita de pertencer à máfia aparece, todavia, fundada. Contra estes o magistrado pode recorrer a medidas de prevenção de caráter pessoal e patrimonial, no aguardo de obter a prova dos específicos delitos cometidos.” A referência feita por Falcone, aqui, era à lei conhecida como Rognoni-La Torre, ou seja, a Lei de 13 de setembro de 1982, n. 646, que já previa as medidas de prevenção patrimonial.

30 RAMPIONI, Roberto. Diritto penale dell'economia e principi informativi del sistema penale. In: RAMPIONI, Roberto. (Org.). Diritto penale dell'economia. Torino: Giappichelli, 2011. cap. 1, p. 28-29. Tradução nossa: “Em relação à criminalité d'affaires, criminalidade de empresa, parece oportuno distinguir, ao menos sob o plano conceitual, a atividade ilícita realizada (também) no setor econômico daquela atividade realizada pelas assim chamadas organizações criminosas: de um lado, a empresa que nasce lícita e que, então, começa a cometer crimes para o fim – por exemplo – de aumentar os lucros; do outro lado, a organização criminosa que faz recurso aos próprios, típicos, modelos comportamentais também no setor econômico.”

31 MAROTTA, Gemma. Criminologia: storia, teorie, metodi. Lavis: Cedam, 2016. p. 439. Tradução nossa: “A conquista de empresas sólidas se tornou um objetivo estratégico da máfia-empresa: confere ao criminoso uma veste respeitável, credibilidade, legitimidade, novas formas de investimento. As empresas concorrentes são progressivamente eliminadas por meio de intimidações ou participações econômico-financeiras. Dentro de poucos meses o empreendedor honesto, ou desinvestiu, ou se encontra refém da estratégia empresarial mafiosa.”

32 Marotta faz uma análise sobre os efeitos negativos da atuação das organizações criminosas para a economia e para a democracia. Nesse sentido, segue o pensamento da autora: “Inoltre, attraverso la degenerazione del sistema economico può essere messo in crisi l'intero sistema democratico. La scomparsa di un mercato trasparente e corretto è, di per sé, il presupposto per la scomparsa della democrazia. Infatti nelle zone in cui l'organizzazione mafiosa ha sostituito il mercato, la democrazia stenta ad imporsi”. Tradução nossa: “Além disso, por meio da degeneração do sistema econômico pode ser colocado em risco o inteiro sistema democrático. O desaparecimento de um mercado transparente e correto é, de per se, o pressuposto do desaparecimento da democracia. De fato, nas zonas nas quais a organização mafiosa substituiu o mercado, a democracia mal consegue se impor.” MAROTTA, Gemma. *Criminologia: storia, teorie, metodi*. Lavis: Cedam, 2016. p. 442.

33 Umberto Santino, se referindo à máfia, define o “paradigma da complexidade”. Assim, em que pese as peculiaridades do fenômeno mafioso, que não se reproduz em nenhum outro lugar do mundo, quanto às organizações criminosas em geral, não se deve perder de vista que o objetivo é o acúmulo de capital e a aquisição de posição de poder. Nas suas palavras: “Secondo tale ipotesi mafia è un insieme di organizzazioni criminali, di cui la più importante ma non l'unica è Cosa nostra, che agiscono all'interno di un vasto e ramificato contesto relazionale, configurando un sistema di violenza e di illegalità finalizzato all'accumulazione del capitale e all'acquisizione e gestione di posizione di potere, che si avvale di un codice culturale e gode di un certo consenso sociale”. Tradução nossa: “Segundo tal hipótese máfia é um conjunto de organizações criminosas, das quais a mais importante, mas não a única, é a Cosa nostra, que agem dentro de um vasto e ramificado contexto relacional, configurando um sistema de violência e de ilegalidade voltado à acumulação de capital e à aquisição e gestão de posição de poder, que se vale de um código cultural e goza de um certo consenso social”. Cfr. SANTINO, Umberto. *Dalla mafia alle mafie*. Catanzaro: Rubertino Editore, 2006, p. 246.

34 MAROTTA, Gemma. *Criminologia: storia, teorie, metodi*. Lavis: Cedam, 2016. p. 446. Tradução nossa: “complexo e global e, portanto, uma ação eficaz de controle e de combate não pode ser desenvolvida a não ser que em muitas frentes e em nível transnacional”

35 SKAPERDAS, Stergios. The political economy of organized crime: providing protection when the state does not. In: *Economics of governance*. A. Glazer; M. Koethenbuerger (orgs.). Eletronic version. [s.l.]: Springer-Verlag, 2001. v. 2, p. 174. Tradução nossa: “Uma vez que as condições que levam ao crime organizado nunca serão completamente eliminadas, eu passaria a argumentar que a luta para controlar o crime organizado é um processo sem fim, não uma batalha ou guerra que pode ser concluída em um futuro próximo, e que existe muito a ser feito neste processo.”

36 “La delincuencia organizada es un fenómeno social y económico indeseable y no un fenómeno militar que pueda prevenirse o erradicarse mediante la represión. Como manifestación económica, la delincuencia organizada crece y se alimenta de las fallas regulatorias de los Estados, y obtiene ganancias en aquellos mercados con excesos de complejidad o ausencia de mercados regulatorios. Es decir, la empresa criminal ofrece todo lo que el Estado, por sus fallas o ausencia, no puede ofrecer [...] Corregir esas fallas de Estado es la mejor política preventiva de la delincuencia organizada”. Cfr. BUSCAGLIA, Edgardo. *Vacios de poder en México: cómo combatir la delincuencia organizada*. Edición digital. México: Debate, 2013. pos. 273 e 285.

37 Tradução nossa: “27. Convida os Estado membros, com base nas legislações nacionais mais avançadas, a introduzir modelos de confisco que não tenham por fundamento a condenação, nos casos em que, com base nos elementos de prova disponíveis e subordinadamente à decisão da autoridade judiciária, possa ser estabelecido que os bens em questão derivem da atividade ilícita ou sejam empregados para realizar atividades criminais” PARLAMENTO EUROPEO. *Risoluzione 23.10.2013. Plenaria*. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fNONSGML%2bTA%2bP7-TA-2013-0444%2b0%2bDOC%2bPDF%2bV0%2f%2ftt>. Acesso em: 20 out. 2021.

