

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Renata Junqueira Guanaes Simões

AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

SÃO PAULO

2012

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Renata Junqueira Guanaes Simões

AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão de curso e obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Penal e Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Ms. Hugo Crepaldi Neto.

SÃO PAULO

2012

AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Renata Junqueira Guanaes Simões

Aprovada em __/ __/ 2012

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Mestre Hugo Crepaldi Neto pela dedicação dispensada não só como orientador desta monografia, mas por todas as brilhantes lições por ele lecionadas ao longo de todo curso de especialização.

Agradeço a meu pai, brilhante advogado criminalista, por me dar a oportunidade de exercer a profissão ao seu lado, compartilhando de ensinamentos diários que sem a menor sombra de dúvida foram fundamentais para o desenvolvimento do presente trabalho.

Agradeço a minha mãe pela educação, dedicação, amor, carinho e principalmente, pelo incentivo e preocupação que colaboraram intensamente na elaboração desta monografia.

Por fim, agradeço a minha irmã e meu noivo pela compreensão e amor.

RESUMO

A problemática do crime organizado não é atual. Todavia, devido à extensão, proliferação e poder que as atividades dessas organizações criminosas têm produzido através principalmente da globalização, é hoje um dos maiores, se não o maior oponente da sociedade e do Estado Democrático de Direito.

Muitas quadrilhas evoluíram para grandes organizações criminosas que expandem sua atuação e influência para uma atuação interestadual, nacional, e até internacional.

As ferramentas utilizadas até o momento estão se mostrando inadequadas e incapazes no combate a essa nova criminalidade. Diante da ineficiência do Estado, surge na população a idéia generalizada que o Direito Penal é o único instrumento apto a coibir a transformação dessa macrocriminalidade através da pena.

Desta forma, essa desordem e ineficiência do Estado têm proporcionado a abertura de novos caminhos denominados “direito de intervenção”, de “terceira velocidade do Direito Penal” ou de “Direito Penal do Inimigo”, que de forma alguma se coadunam com o Estado Democrático de Direito.

Buscou-se, assim, rechaçar essa tendência atual demonstrando que seja qual for a concepção da função da pena e do processo penal, o Direito Penal deve se orientar pelos critérios de proporcionalidade e de imputação dentro do Estado Democrático de Direito, sempre de forma a preservar as garantias e direitos individuais e, conseqüentemente, a essência do ser humano como cidadão.

Palavras chaves: direitos fundamentais – princípios constitucionais – crime organizado – organizações criminosas – conceituação – Direito Penal do Inimigo – Estado Democrático de Direito

ABSTRACT

The problem of organized crime is not current. However, due to the extension, proliferation and Power that the activities of these criminal organizations have produced mainly through globalization, is today one of the largest, if not the biggest opponent of society and the democratic rule of law.

Many gangs have evolved into major criminal organizations expanding their activities and influence to an interstate activity, national and even international.

The tools used so far are proving inadequate and unable to fight this new crime. Given the inefficiency of the state, appears widespread in the population the idea that the criminal Law is the only instrument able to inhibit the transformation of this macro crime through punishment.

Thus, this disorder and inefficiency of the state has provided the opening of new paths called "law of intervention", "third rate criminal Law" or "Criminal Law of the Enemy", which in no way is inconsistent with the Democratic State of Law.

Was sought to thus reject this trend showing that whatever the design function of the penalty and criminal procedure, criminal Law should be guided by criteria of proportionality and allocation within the democratic state, where so preserve the civil rights and guarantees and, consequently, the essence of the human being as a citizen.

Keywords: civil rights – constitutional principles – organized crime – criminal organizations – definition – Criminal Law of the Enemy – Democratic State of Rights

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	11
2.1 Evolução dos Direitos Fundamentais	13
2.2 A relatividade ou limitabilidade dos direitos fundamentais.....	14
3. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL..	16
3.1 Juiz Natural.....	18
3.2 O devido processo legal	19
3.3 O princípio da legalidade ou da reserva legal.....	20
3.4 O princípio da proporcionalidade.....	21
4. ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.....	25
4.1 A criminalidade e suas classificações.....	25
4.2 Conceito ou definição de Crime Organizado	28
4.3 Terminologia específica: a Lei 9.034/95 e a Convenção de Palermo	31
4.4 Modelos de organização criminosa	38
5. FENOMENOLOGIA DO CRIME ORGANIZADO.....	41
5.1 Breve Histórico	41
5.2 Fenomenologia Global.....	46
5.3 Fenomenologia no Brasil.....	49
5.3.1 O crime organizado em São Paulo	49
6. O DIREITO PENAL DO INIMIGO	55
6.1 O Eficientismo Penal e a Expansão do Direito Penal.....	56
6.2 O Direito Penal do Inimigo: Teoria e Influência	59
6.3 O Direito Penal do Inimigo Contra as Garantias Individuais do Cidadão.....	62
6.4 A Influência do Direito Penal do Inimigo	65
7. CONCLUSÃO	67

1. INTRODUÇÃO

Se analisará no presente trabalho “As organizações criminosas e o Direito Penal do Inimigo”.

O tema relacionado às organizações criminosas, na atualidade, configura uma das mais complexas problemáticas do Direito Penal e Processual Penal mundial. Com efeito, em torno dele gravita a grande polêmica da restrição de garantias fundamentais.

Enquanto nenhuma providência eficaz é tomada pelo Estado, o crime organizado cresce assustadoramente, alastrando o pânico e a insegurança entre os cidadãos.

Múltiplos são os campos de atuação do crime organizado, em razão do que o tema deve ser analisado sob o ponto de vista social, econômico, político e jurídico, devido à grande influência que a criminalidade organizada exerce sobre as referidas áreas, que se expande e chega, inclusive, nos três poderes do Estado, pondo em risco, assim, a vida democrática de um país..

Primeiramente destaca-se a definição de criminalidade, seus tipos, para enfim delimitar a criminalidade organizada, principal objeto desse trabalho.

A definição do crime organizado suscita muitos debates doutrinários em razão não só da dificuldade acerca de sua tipificação legal, mas também diante da ausência de um critério consensual. Até o presente momento, não há definição legal de seu conceito.

Passa-se então pelos modelos de organizações criminosas existentes segundo a doutrina, pela fenomenologia do crime organizado, relatando-se um breve histórico a respeito das Máfias Italianas, pelos crimes freqüentemente praticados

pelas organizações criminosas no mundo e no Brasil. Destaca-se o crime organizado em São Paulo, abordando especificamente dados a respeito da facção criminosa denominada Primeiro Comando da Capital, demonstrando a grandiosidade de seus dois mais conhecidos “ataques”.

Finalmente, tendo-se em vista que as ferramentas utilizadas até o momento estão se mostrando inadequadas e incapazes no combate a essa nova criminalidade, principalmente em razão da ineficiência do próprio Estado, surge na população a idéia generalizada que o Direito Penal é o único instrumento apto a coibir a transformação dessa macrocriminalidade através da pena.

Desta maneira, a desordem e a ineficiência do Estado têm proporcionado a abertura de novos caminhos relativos ao enfrentamento dessa macrocriminalidade denominados “direitos de intervenção”, de “terceira velocidade do Direito Penal” ou, ainda, de “Direito Penal do Inimigo”, que de forma alguma se coadunam com o Estado Democrático de Direito.

O Direito Penal do Inimigo desrespeita as garantias fundamentais, inserindo o cidadão que praticou os crimes considerados mais “graves”, fora do sistema jurídico normal, estabelecendo, de certa forma, um sistema paralelo para esses cidadãos que não se enquadram no contrato social.

Desta forma, o crescimento vertiginoso do crime organizado e da ameaça terrorista no mundo contemporâneo tem provocado uma revisão político-constitucional das garantias individuais, cujas percepções opõem-se muitas vezes à garantia do bem coletivo intitulado “segurança”.

Por fim, independentemente da postura adotada, já se nota a contaminação dessa exclusão do “inimigo” e a restrição de garantias individuais em algumas leis brasileiras.

Portanto, o objetivo do presente trabalho é deixar claro que seja qual for a concepção da função da pena e do processo penal, o Direito Penal deve se orientar

pelos critérios de proporcionalidade e de imputação dentro do Estado Democrático de Direito, sempre de forma a preservar as garantias constitucionais e, conseqüentemente, a essência do ser humano como cidadão.

A idéia sobre o tema surgiu ao verificar que atualmente se nota em qualquer local do mundo cidadãos amedrontados seja pelo terrorismo, pelo tráfico ou pela máfia. Realmente, a partir desse medo inerte nas pessoas, a idéia de ser negada aos “inimigos” na forma como denominada por Günther Jakobs, os mesmos direitos assegurados e gozados pelos cidadãos é fortemente tentadora.

Contudo deve-se evitar o imediatismo e considerar as conseqüências advindas a longo prazo, de maneira a sempre se preservar as garantias e direitos individuais, pilares do Estado Democrático de Direito.

2. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 instituiu um sistema de amplas garantias individuais. Passou a exigir que o processo penal não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado.

José Afonso da Silva ensina que os direitos fundamentais não são a contraposição dos cidadãos administrados à atividade pública, como uma limitação ao Estado, mas sim uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que eles dependem¹.

Para o brilhante jurista português, José Joaquim Gomes Canotilho, os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: constituem, num plano jurídico objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; implicando também, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)².

Sabe-se que as normas definidoras dos direitos fundamentais possuem aplicação imediata, consoante dispõe o §1º do artigo 5º da Constituição da República, além de não poder ser abolidas sequer por emenda constitucional.

¹SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p-178

²CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p-541

Os direitos individuais são fundamentais à existência do ser humano, considerado como membro da coletividade, são inerentes ao homem e qualificam a sua natureza enquanto coexistem socialmente dentro do Estado³.

Rogério Lauria Tucci adverte de que nada adiantaria a definição dos direitos individuais se a respectiva declaração não fosse associada aos meios hábeis à sua realização por um dos poderes do Estado, ou seja, se não se vissem eles garantidos por instrumentos aptos à sua assecuração. Surge daí o imperioso dualismo, direitos e garantias fundamentais⁴.

Ruy Barbosa afirma com sua costumeira sabedoria:

Garantias constitucionais se chamam, primeiramente, as defesas postas pela constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizado pelos autores da nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana. Nele se contempla a igualdade legal, a consciência, a palavra, o ensino, a associação, o domicílio, a propriedade. Tudo o que essa região toca, se inscreve sob o domínio das garantias constitucionais, no sentido mais ordinário desta locução⁵.

Conclui Rogério Tucci, então, que a interligação entre os direitos e garantias fundamentais e tamanha e perene, que chegam a ser confundir.

A Magna Carta prevê em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos que tutelam, em suma, os seguintes temas: direitos e garantias individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e, por fim, direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

³ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais do processo penal brasileiro**. São Paulo: 1993, p-50

⁴ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais do processo penal brasileiro**. São Paulo: 1993, p-50

⁵ BARBOSA, Ruy. *apud* TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais do processo penal brasileiro**. São Paulo: 1993. p-52

2.1 Evolução dos Direitos Fundamentais

Atualmente a doutrina classifica os direitos fundamentais em primeira, segunda, ou terceira “gerações” ou “dimensões”, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

Note-se que a maioria dos constitucionalistas prefere utilizar a expressão geração para designar os diferentes grupos de direitos fundamentais surgidos na história. Contudo, no presente trabalho, o termo utilizado será dimensão, uma vez que o termo geração traz a impressão de renovação e sucessão, o que não ocorre com os direitos fundamentais visto que eles se somam, jamais se excluem.

Os direitos de primeira dimensão são considerados pela doutrina os direitos e garantias individuais e políticos clássicos – liberdades públicas – , instituídos através da Constituição Federal. Os de segunda dimensão surgiram no início do século XX e se traduzem nos direitos sociais, econômicos e culturais, acentuando o princípio da igualdade ⁶. Já os direitos de terceira dimensão, surgidos posteriormente, são os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma qualidade de vida saudável, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e outros direitos difusos⁷.

Manoel Gonçalves Ferreira filho assim conclui: “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade”⁸.

Ao tratar do tema dimensão dos direitos fundamentais, alguns autores defendem o surgimento de uma 4ª dimensão. Paulo Bonavides, afirma sobre o tema que são direitos de quarta dimensão “o direito à democracia, o direito à informação e

⁶STF – Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Ministro CELSO DE MELLO, **Diário da Justiça**, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206

⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p-62

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995, p-57 *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p-62

o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”⁹.

Norberto Bobbio acredita que com os efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá a manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo, surge os direitos de quarta dimensão, com o intuito de tutelar a vida a partir da abordagem genética e suas decorrências¹⁰

2.2 A relatividade ou limitabilidade dos direitos fundamentais

Trata-se da principal característica dos direito fundamentais, a qual acarreta duas tendências doutrinárias.

A primeira, seguida por grande parte da doutrina, defende que os direitos e garantias fundamentais não são relativamente limitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados na Constituição Federal de 1988. Sustentam, portanto, que os direitos fundamentais devem ser cortejados com outros valores reconhecidos pela Magna Carta em seus diversos capítulos, ainda que tal cotejamento implique em redução de seu alcance literal¹¹.

Destarte, quando houver conflito entre dois ou mais direitos, deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando-se assim, o sacrifício total de uns em relação a outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada

⁹BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p-571

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p-6

¹¹ DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio machado de Almeida. **A dignidade da pessoa humana e o tratamento dispensado ao acusado no processo penal** in Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 835, p – 444, maio 2005

qual(contradição dos princípios), em prol do significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua¹².

Já a segunda não admite que os direitos e garantias fundamentais sejam interpretados de maneira restritiva, entendendo que não se deve transformá-los em “pretensos” direitos fundamentais, pois poderiam deixar de ser reconhecidos a qualquer momento, de acordo com as circunstâncias e interpretação que lhe for dada.

¹²MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p-63

3. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

A perspectiva teórica do Código de Processo Penal era nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública. Então, veio a Constituição Federal de 1988, caminhando em direção oposta ao instituir os direitos e garantias fundamentais.

O texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além disso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado.

O devido processo penal constitucional busca então, realizar uma justiça penal submetida à exigência de igualdade entre os litigantes. O processo justo deve atentar sempre para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio¹³.

Portanto, os direitos e garantias fundamentais do indivíduo deve sempre orientar a aplicação do Direito Penal e Processual Penal, servindo de fonte de direitos e obrigações, e disciplinando os conflitos sociais.

¹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p-7

Além dos direitos fundamentais, o Direito Penal e Processual Penal devem ser aplicados juntamente com os direitos humanos, postos como fundamentais na ordem constitucional.

Não só nos artigos 5º, 6º e 7º da Constituição Federal estão previstos os direitos humanos. A Emenda Constitucional nº 45/04 veio reafirmar, ao incluir no § 3º do artigo 5º da Magna Carta¹⁴, que serão alçadas a nível de eficácia constitucional as normas sobre direitos humanos previstas em Tratados e Convenções Internacionais, desde que aprovadas por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional.

Do Estado Democrático de Direito derivam princípios que regem os mais diversos campos da atuação humana. Podemos dizer que o maior desses princípios é a dignidade da pessoa humana, que orienta todo o Direito. Da dignidade humana partem outros princípios penais e processuais penais mais específicos, tais como a proporcionalidade, a legalidade, a individualização da pena, a humanidade, o juiz natural, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência etc.

Nessa esteira, os princípios constitucionais não podem afastar-se da proteção dos direitos humanos e garantias fundamentais. Sem tais normas fundantes do sistema processual, não se cumpriria a tarefa de proteção aos direitos fundamentais. Eugênio Pacelli de Oliveira leciona que o Direito Processual Penal é “essencialmente um Direito de fundo constitucional”¹⁵.

Os princípios constitucionais devem ser analisados com certa amplitude de suas vinculações normativas, decorrente da maior abstração de seus comandos. O Direito Penal e Processual Penal rege-se por princípios constitucionais destinados a difícil proteção e tutela dos direitos individuais.

¹⁴ **Art. 5º, §3º:** Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais

¹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p-27

Celso Antônio Bandeira de Melo, ao discorrer a respeito da definição de princípio, afirma que é o alicerce de um sistema, “uma disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência [...]. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes do todo unitário que há por nome de sistema jurídico positivo”¹⁶.

Desta forma, os princípios constitucionais e as garantias individuais devem balizar a correta aplicação e justa interpretação da justiça, que sempre deverá ser guiada pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana, que está acima de qualquer norma de nosso ordenamento jurídico.

3.1 Juiz Natural

O princípio do juiz natural surgiu no Direito anglo-saxão, inicialmente visando o fim do tribunal de exceção, consistente na proibição de instituir um órgão do judiciário exclusiva ou casuisticamente para o julgamento de determinada infração penal.

Após, nos Estados Unidos, em razão do federalismo existente no país, o princípio em referência foi acrescido pela exigência da regra da competência previamente estabelecida ao fato.

Na nossa Constituição Federal de 1988 ele está previsto em dois incisos do artigo 5º, no LIII que dispõe “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, bem como no XXXVII o qual determina que “não haverá júízo ou tribunal de exceção”.

¹⁶MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p-545

Assim, o direito pátrio adotou o princípio do juiz natural com suas duas vertentes fundamentais. Em decorrência de tal princípio, o juiz natural é o órgão do Poder Judiciário com competência previamente estabelecida e derivada de fontes constitucionais.

Desta forma, todos têm a garantia constitucional de serem submetidos a julgamento somente por órgão do Poder Judiciário. Assim, juiz natural é aquele previamente estabelecido, de acordo com regras de competências fixadas antes da ocorrência da infração penal¹⁷.

3.2 O devido processo legal

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a prever de forma explícita o princípio do devido processo legal, ao descrever no inciso LIV do artigo 5º que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Desta forma, o princípio do devido processo legal consubstancia-se, sobretudo, numa garantia do cidadão estabelecida na Constituição da República, objetivando a consecução dos direitos fundamentais, através da efetivação do direito ao processo, materializado num procedimento regularmente desenvolvido, com a concretização de seus corolários, e num processo razoável¹⁸.

Rogério Lauria Tucci explicita que o processo legitimamente instituído e regularmente desenvolvido reclama justa direção do Juiz pela contrariedade entre as partes, isto é, “um contraditório não somente formal, mas substancial, no qual as partes sejam cientificadas da iniciativa judicial e postas em condição de cumprir determinações tidas pelo órgão jurisdicional como necessárias”¹⁹.

¹⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p- 27

¹⁸ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais do processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993. p-68

¹⁹ *Idem*. p-67

Assim, relativamente ao processo judicial, o devido processo legal se apresenta como um conjunto de elementos indispensáveis para que este possa atingir, devidamente sua finalidade compositiva de litígios, no âmbito extrapenal, bem como resolutória de conflitos de interesses de alta relevância social, em matéria penal²⁰.

3.3 O princípio da legalidade ou da reserva legal

Tal princípio já se encontrava presente na “Magna Charta Libertatum”, no século XIII, no “Bill of Rights” das colônias inglesas da América do Norte, bem como na “Déclaration des Droits de l’Homme et Du Citoyen” da Revolução Francesa, através da qual se difundiu para os demais países.

É fundamentado na ideia de que há direitos inerentes à pessoa que não necessitam ser outorgados pelo Estado. Assim, já que não se pode negar ao Estado o poder de estabelecer certas limitações, aquilo que não estiver proibido é permitido. Surgindo então, as proibições na esfera penal, as quais, de acordo com o princípio da legalidade, compete exclusivamente à lei²¹.

Segundo o princípio da legalidade nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma penal criminal pode ser aplicada sem antes ter sido instituído por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constituindo-se real limitação ao poder estatal de interferência nas liberdades individuais²².

A Constituição da República inclui o princípio em exame entre os direitos e garantias fundamentais no artigo 5º, incisos XXXIX e XL, *in verbis*: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” e “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, respectivamente.

²⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais do processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993. p-67

²¹ TOLEDO. Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p-22

²² Idem. p-21

A expressão latina *nullumcrimen, nullapoenasine lege*, construída por Feuerbach no século XIX costuma ser utilizada para como verdadeira tradução do princípio.

A legalidade, consoante Francisco de Assis Toledo, se desdobra em outros quatro princípios, quais sejam: a) *nullumcrimen, nullapoenasine lege praevia*; b) *nullumcrimen, nullapoenasine lege scripta*; c) *nullumcrimen, nullapoenasine lege stricta*; e d) *nullumcrimen, nullapoenasine lege certa*²³.

A primeira, *lexpraevia*, significa a proibição de edição de leis retroativas que “fundamentem ou agravem a punibilidade”. *Lege scripta* significa a mesma proibição, porém via direito consuetudinário. A terceira, *lege stricta*, também impede o agravamento e fundamentação da punibilidade, só que pela analogia. A última, *lege certa*, significa a proibição de leis penais indeterminadas²⁴.

Assim, a aplicação concomitante desses quatro princípios contidos no princípio da legalidade, é construído a função de garantia da lei penal.

3.4 O princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade acompanha a evolução no decorrer da História do Estado de Direito. Sua primeira constitucionalização teria surgido na Alemanha, no fim da Segunda Guerra Mundial.

Firmou-se no Direito Penal durante o Iluminismo, através da obra intitulada “Dos delitos e das penas” precursora na defesa dos direitos humanos, de autoria de Cesare Beccaria, o qual concluía que “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor

²³ TOLEDO. Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p-22

²⁴ *Idem*

das penas aplicável nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”²⁵.

Sabe-se que não existe hierarquia entre os princípios constitucionais ou entre os direitos fundamentais. Quando há colisões entre esses direitos fundamentais, levando-se em conta que nenhum deles deve ser desprezado, através do princípio da proporcionalidade, devidos a certas circunstâncias um deles acabará prevalecendo sobre outro, porém de forma harmônica e equilibrada.

Assim, é o princípio da proporcionalidade que permite o sopesamento dos direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos em que se expressam, quando há contradição entre eles, solucionando-a de forma a se respeitar os todos os envolvidos no conflito²⁶.

A doutrina atual o subdivide em três outros princípios, quais sejam: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da adequação visa uma relação adequada entre os fins determinados e os meios com que são determinados. Com relação ao da necessidade, traduz a idéia de que a medida restritiva seja realmente indispensável para a conservação do direito fundamental, optando-se por aquele que irá afetar com menor intensidade os direitos envolvidos. Por sua vez, de acordo com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, os meios eleitos devem ser razoáveis em relação ao resultado perseguido, devendo o ônus ser inferior ao benefício gerado. Trata-se de relação de custo-benefício, ou seja, ponderação entre os danos causados e o resultado a ser obtido²⁷.

²⁵ BONESSANA, Cesare *apud* GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2004, p-84

²⁶ CAMPOS, Helena Nunes. **Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais**. 2004. Tese (Mestrado). Universidade Presbiteriana Mackenzie. Disponível em: <www.mackenzie.br/fileadmin/pos_graduacao/mestrado/direito_politico_e_economico/cadernos_direito/volume_4/02.pdf>. Acesso em 1º de maio de 2012

²⁷ *Idem*

Destarte, parte-se dessa tríplice dimensão para utilizar o princípio da proporcionalidade, sendo que este representa uma especial característica de garantia aos cidadãos, uma vez que impõe que as restrições à liberdade individual sejam contrabalanceadas com a necessária tutela a determinados bens jurídicos.²⁸

Trata-se de uma relação de custo-benefício que o estado deve analisar quando há conflitos. Alberto Silva Franco a respeito do princípio, aduz:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de condenação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em conseqüência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o 'estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em conseqüência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionais, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade'²⁹.

Igual a todos os princípios constitucionais, o princípio da proporcionalidade deriva do respeito à dignidade da pessoa humana. Alguns autores afirmam que está previsto em diversos dispositivos da Magna Carta implicitamente, tais como nos seguintes incisos do artigo 5º: XLVII, ao abolir alguns tipos de sanções; LXVI, ao exigir a individualização da pena; XLII, XLIII e XLIV, quando exige maior rigor nos casos de maior gravidade, bem como no artigo 98, inciso I, ao instituir moderação nas infrações menos graves.

Desta forma, embora o constituinte não tenha adotado o princípio em referência de forma expressa, ele é encontrado em outros, como por exemplo, o princípio da individualização da pena.

²⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p - 59

²⁹ SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes hediondos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos tribunais. p - 67

Assim, para a cominação da pena, além dos requisitos de idoneidade e necessidade, agrega-se a proporcionalidade. Através da adequação a sanção penal deve ser instrumento apto à consecução da finalidade pretendida pelo legislador. Já o requisito da necessidade importa que o meio escolhido é imprescindível para atingir o fim proposto, na ausência de outro meio de igual eficácia.

4. ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

O aumento da criminalidade em grande proporção é um problema que têm aterrorizado a sociedade. Esse temor torna-se pior quando o crime é praticado por organizações criminosas.

O combate dessa criminalidade organizada existente no mundo atual é um grande desafio para o Estado. Com o mundo globalizado e a evolução tecnológica a legislação infraconstitucional tornou-se ineficaz no combate a essas novas formas de criminalidade. Nesse sentido, mister se faz destacar o ensinamento de Jorge da Silva:

Não se pode analisar a criminalidade e tentar contê-la sem considerar o momento histórico que investiga as condições em que o fenômeno se dá, tendo como referência, pelo menos, o momento imediatamente precedente. Se não se fizer isso, incorrer-se-á sistematicamente no erro de tentar soluções caducas para situações novas e, mais que novas, radicalmente dessemelhantes.³⁰

Assim, imperioso primeiramente destacar a definição de criminalidade, seus tipos, para enfim delimitar a criminalidade organizada, principal objeto desse trabalho.

4.1 A criminalidade e suas classificações

A definição de criminalidade, conforme relatado acima, se torna imprescindível para delimitação da criminalidade organizada.

³⁰ SILVA, Jorge da. **Controle da criminalidade e segurança pública na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p- 3

Consoante o conceito elaborado por Roberto Lyra, “Criminalidade é o conjunto dos crimes socialmente relevantes e das ações e omissões que, embora não previstas como crime, merecem a reprovação máxima”³¹.

Portanto, não são só os fatos tipificados como crime que acarretam a criminalidade, mas outras condutas lesivas à sociedade podem ensejar o cometimento de delitos, como por exemplo, o alcoolismo e a prostituição³².

Depois de conceituar a criminalidade, é indispensável que se apresente a classificação desta conforme seu potencial ofensivo à sociedade a fim de se criar medidas eficazes de combate ao crime organizado.

Antonio Scarance Fernandes destaca com brilhantismo as seguintes modalidades de criminalidade: de bagatela; comum; grave ou organizada, a qual subdivide em violenta e não organizada, nem sempre violenta e não organizada, ou, ainda, organizada³³.

A criminalidade de bagatela compreende os crimes considerados leves. O autor entende que devem ser eliminados do sistema ou transformados em meras infrações administrativas.

Já a criminalidade comum seriam aqueles crimes que devem ficar sob um sistema acusatório progressivo de pena e prisão processual excepcional.

Termina o autor, citando a criminalidade grave, que devidamente subdividida consistiria: na violenta e não organizada que causa danos ao indivíduo, tais como o homicídio, o roubo e o estupro; na nem sempre violenta e não organizada que atinge grupos de pessoas ou a coletividade dentre os quais estariam o envenenamento da água potável, o induzimento ao suicídio coletivo, os golpes financeiros; e, por fim, na

³¹ LYRA, Roberto. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p- 23

³² SILVA, Ivan Luiz da. **Crime organizado: caracterização criminológica e jurídica penal**. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, v.861, p-456, julho de 2007.

³³ FERNANDES, Antonio Scarance. Crime Organizado e a legislação brasileira. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça Penal – 3: críticas e sugestões**. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p-35

organizada, cujas características não foram ainda bem definidas mas se manifestam no mundo através da 'máfia' dos cartéis do tráfico internacional de entorpecentes, dos grupos que atuam no tráfico internacional de armas, no tráfico de mulheres, de crianças.

Pode-se também classificar a criminalidade em microcriminalidade ou criminalidade convencional e macrocriminalidade ou criminalidade não-convencional.

A microcriminalidade é aquela mais visível pela sociedade. Diz respeito aos crimes correntios, que acontecem diariamente podendo ser eles praticados com emprego de violência ou não. Sobre o tema, afirma com propriedade Juary C. Silva: "a microcriminalidade é representada por atos anti-sociais episódicos, indicativos da criminalidade em pequena escala"³⁴.

Ela é resultado das injustiças sociais e desigualdades econômicas, sendo o microcriminoso um criminoso eventual, um marginal da vida societária. Normalmente cometem os delitos de latrocínio, homicídio, lesões corporais, roubo, furto, estupro, ameaça, estelionato, crimes contra honra etc.

Já a macrocriminalidade se traduz na delinquência conexa, estruturada, que visa exclusivamente o lucro. Está incluída na sociedade de modo menos visível, podendo ter a atividade aparência de lícita. O macrocriminoso, de maneira geral, obtém lucro com o crime e fica impune. Trata-se do crime organizado e dos crimes de colarinho branco.

Ambas coexistem na sociedade, conquanto a microcriminalidade seja conjuntural e a macrocriminalidade sistemática e estrutural³⁵.

Desta forma, o problema da criminalidade atualmente passa a ser enfrentado de duas formas: a dos criminosos eventuais, inseridos no âmbito da

³⁴ SILVA, Juary C. *apud* FERNANDES, Newton; Valter Fernandes. **Criminologia integrada**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p-505

³⁵ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p-505

microcriminalidade, e a dos criminosos profissionais, que têm o crime como meio de vida, podendo ser organizado ou não.

4.2 Conceito ou definição de Crime Organizado

A definição do crime organizado suscita muitos debates doutrinários em razão não só da dificuldade acerca de sua tipificação legal, mas também diante da ausência de um critério consensual.

Consoante o professor Marco Polo Levorin, é difícil definir o crime organizado em virtude da complexidade desse tipo de atividade criminosa. Afirma que há receio por parte dos doutrinadores em acarretar atipicidade de várias condutas graves de crime organizado ao conceituar de forma imprecisa o tema³⁶.

Guaracy Mingardi aponta como características do crime organizado as seguintes: previsão de lucros, hierarquia, divisão de trabalho, ligação com órgãos estatais, planejamento das atividades e delimitação da área de atuação³⁷.

Em relação à definição, o autor em referência afirma que há dois tipos de organização criminosa, quais sejam, a tradicional ou territorial, bem como a empresarial. Tratando-se de uma ou de outra, haverá variação dos elementos listados acima, embora outros sejam comuns. Em virtude dessa variação, a definição do crime organizado ficará comprometida se não levar em conta as nuances de cada uma delas. Desta forma, Guaracy Mingardi afirma ser uma “tentativa de, através das características mais marcantes do tipo, defini-lo”³⁸.

O jurista Luiz Flávio Gomes aponta diversas características que, de acordo com seu ponto de vista, permitiriam identificar uma organização criminosa caso a

³⁶ LEVORIN, Marco Polo. **Fenomenologia das Associações Ilícitas**. In: **Crime Organizado**. Coords. Ana Flávia Messa, José Reinaldo Guimarães Carneiro, São Paulo: Saraiva, 2012. p-32.

³⁷ MINGARDI, Guaracy *apud* BORGES, Paulo César Corrêa. **O crime organizado**. São Paulo: UNESP. 2002. p-16

³⁸ MINGARDI, Guaracy. **O estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998. p-81

associação ilícita reunisse ao menos três desses fatores. São elas: previsão de acumulação de riqueza indevida, hierarquia estrutural, planejamento empresarial, uso de meios tecnológicos sofisticados, recrutamento de pessoas, divisão funcional das atividades, conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agentes deste, ampla oferta de prestações sociais, divisão territorial das atividades ilícitas, alto poder de intimidação, real capacidade para fraude difusa e, por fim, conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa³⁹.

Segundo Antonio Scarance Fernandes, o aspecto conceitual de crime organizado apresenta três correntes doutrinárias e legislativas: a) parte-se da noção de organização criminosa para definir o crime organizado, o qual, assim, seria aquele praticado pelos membros de determinada organização; b) parte-se danoção de organização criminosa para definir o crime organizado definindo-o em face de seus elementos essenciais, sem especificação de tipos penais, e normalmente, incluindo-se entre os seus componentes o fato de pertencer o agente a uma organização criminosa; c) utiliza-se o rol de tipos previstos no sistema penal e acrescentam-se outros, considerando-os como crimes organizados⁴⁰.

A primeira corrente é a adotada por nosso ordenamento jurídico partindo-se do princípio de que crime organizado é todo aquele praticado por organização criminosa. Winfried Hassemer é um de seus seguidores, sendo que a organização criminosa se caracterizaria pelo seu poder de corrupção perante o Poder Público⁴¹. Uma crítica considerável seria o fato de que alguns crimes que não merecem tamanho rigor repressivo sejam tratados de forma extrema.

A segunda linha de raciocínio consiste em elencar os dados essenciais caracterizadores do crime organizado, que, de acordo com Alberto Silva Franco, seria a base para uma aproximação conceitual:

³⁹ GOMES, Luiz Flávio *apud* MINGARDI, Guaracy. **O estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998. p-41

⁴⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. Crime Organizado e a legislação brasileira. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça Penal – 3: críticas e sugestões**. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p-36

⁴¹ *Idem*. p-36

o crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base em estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas, dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinquentes e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inercial ou fragilizar os poderes do próprio Estado⁴².

Na terceira e última posição, faz-se um rol das condutas que constituem crime organizado. É vítima de constantes críticas sob o fundamento de ser restritiva, pois condutas que poderiam ser consideradas crimes organizados, se não elencadas, deixariam de ser.

Como se vê, resta claro a carência de uma definição precisa e clara para esse fenômeno criminal. Mesmo o fenômeno não sendo tão recente, os estudos doutrinários e normativos se encontram em estágios iniciais.

Destaca Ribeiro Lopes, não existir um conceito satisfatório de crime organizado, uma vez que é um fenômeno pouco estudado tanto sob a perspectiva criminológica, como sob a perspectiva normativa. Conclui o autor que inexistente rigor científico na expressão “crime organizado”, constituindo-se mais uma “figura de linguagem do que um conceito jurídico ou sociológico”⁴³.

Guaracy Mingardi destaca que, nos Estados Unidos, existem diversas definições de crime organizado, mas a melhor delas é de autoria da Pennsylvania Crime Commission, que traça também as diferentes áreas de atuação das organizações criminosas:

⁴² FRANCO, Alberto Silva. **Um difícil processo de tipificação**. Boletim do IBCCrim. São Paulo, nº 21, p-5, setembro de 1994

⁴³ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça Penal – 3: críticas e sugestões**. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p-174

Crime Organizado: A ilegítima atividade de uma organização traficando bens ou serviços ilegais, incluindo, mas não se limitando, ao jogo, prostituição, agiotagem, substâncias controladas, extorsão, ou outra atividade ilegítima contínua, ou outra prática ilegal que tenha o objetivo de grandes ganhos econômicos através de práticas fraudulentas ou coercitivas ou influência imprópria no governo⁴⁴.

4.3 Terminologia específica: a Lei 9.034/95 e a Convenção de Palermo

Para Guaracy Mingardi os doutrinadores se preocupam com uma possível quebra das garantias fundamentais, e, por essa razão, temem e negam uma definição. Tal relutância afetou o legislador na Lei nº 9.034/95 que, apesar de prever meios de combater o crime organizado, deixou de defini-lo⁴⁵.

Apesar de no Projeto de Lei nº 3.516 apresentado pelo então deputado Michel Temer, em 1989, constar a definição de organização criminosa como sendo a que demonstrasse estrutura criminal, com uma atuação sistematizada regional, nacional ou internacional, após 5 (cinco) anos de tramitação, ao ser transformado na Lei nº 9.034/95, deixou de defini-la.

Ao contrário do primeiro projeto, a Lei nº 9.034/95 apenas estabeleceu os meios de prova e procedimentos investigatórios voltado para o combate de crimes praticados por quadrilha ou bando.

Dessa forma, a lei em referência se restringiu em considerar como crime organizado todo e qualquer crime praticado por quadrilha ou bando, independentemente se o crime em questão era um crime de menor potencial ofensivo, ou crimes mais graves merecedores de investigação e punição mais severa.

⁴⁴MINGARDI, Guaracy. **O estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998. p-42

⁴⁵*Idem*. p-27

Antonio Scarance Fernandes afirma com propriedade a respeito do *déficit* do legislador:

É ao mesmo tempo ampliativa e restritiva. Abrange crimes que, pelo simples fato de serem resultantes de bando ou quadrilha, serão “crimes organizados”, e que, na realidade, podem representar pequena ofensa social, não merecendo especial preocupação. Mas o preceito também restringe, pois em certos casos, os delitos praticados por determinadas pessoas poderiam se caracterizar como “crimes organizados”, e, por estarem desvinculados de bando ou quadrilha, ficarão fora da órbita da lei⁴⁶.

Em suma, a Lei não adotou nenhuma das três correntes doutrinárias adotadas e expostas no tópico anterior, deixando uma lacuna a respeito do que seria organização criminosa ou crime organizado, admitindo equivocadamente que qualquer crime tipificado em outras leis penais possa ser considerado crime organizado, contanto que seja praticado por quadrilha ou bando.

Com o advento da Lei nº 10.217 de 2001, instituiu-se as expressões “quadrilha” ou “bando” ou “organizações” ou “associações criminosas” de qualquer tipo.

O problema acerca do conceito de organizações criminosas ou crime organizado não foi de forma nenhuma solucionado, porém pode-se dizer que foi minimizado, uma vez que o legislador reconheceu que quadrilha ou bando são diferentes de organização criminosa.

Há uma corrente doutrinária que acredita não haver um conceito certo e satisfatório de crime organizado, devido a sua grande mutação e poder de adequação às diferentes realidades. A partir daí, seria um equívoco a definição expressa de crime organizado, pois poderia acarretar duas conseqüências distintas: restringir as condutas delituosas por meio de um rol taxativo, o qual não abordaria todas as modalidades necessárias, ou ainda, ser o conceito extensivo demais, abrangendo muitas condutas que não deveriam estar incluídas. Esses doutrinadores

⁴⁶ SCARANACE, Antonio Fernandes. Crime organizado e legislação brasileira. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça Penal – 3: críticas e sugestões**. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p- 38

acreditam que se deve permitir um conceito elaborado pela doutrina e jurisprudência, a partir da experiência adquirida no assunto.⁴⁷

Fato é que mesmo com o advento da Lei nº 10.217/2001, que tentou ampliar a definição acrescentando ao texto “organizações ou associações criminosas”, não há uma definição do que seja crime organizado, ou mesmo uma descrição legal do que seria os limites ou características essenciais para identificação de uma organização criminosa.

Em 15 de novembro do ano 2000 foi celebrada a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, que por ter sido realizada na cidade italiana de Palermo, ficou conhecida como Convenção de Palermo.

A Convenção de Palermo foi ratificada no Brasil mediante o Decreto Legislativo nº 231/2003 e inserida em nosso ordenamento jurídico por intermédio do Decreto nº 5.015/2004.

No presente tópico, tem relevância a análise dos dois primeiros artigos da indigitada Convenção, que tratam do seu objetivo e terminologia, respectivamente:

Art. 1 – O objetivo da presente Convenção consiste em promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade **organizada transnacional**. (grifos nossos)

Art. 2 – Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

- a) “Grupo Criminoso Organizado” – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existentes há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;
 - b) “Infração grave” – ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;
 - c) “Grupo estruturado” – grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada;
- [...]

⁴⁷ TOLENTINO NETO, Francisco. **Histórico do Crime Organizado**. In: **Crime Organizado**/coords. Ana Flávia Messa, José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Saraiva, 2012. p- 58

Com base no mencionado diploma legal, parte da doutrina e jurisprudência tem entendido que a expressão contida no artigo 1º da Lei nº 9.034/95 deve ser compreendida à luz do artigo 2º da convenção de Palermo.

Os precursores dessa ideia teriam sido Guilherme Madeira Dezem e Evandro Fernandes de Pontes, que afirmam que diante da ausência de definição de organização criminosa no direito brasileiro, deveria aplicar-se aquela prevista na Convenção de Palermo⁴⁸.

Também apóia a ideia Carlos Eduardo de Souza que ao discorrer ao respeito do assunto afirma que a discussão jurídica acerca da falta de conceituação legal do que seja uma organização criminosa cai por terra tendo-se em vista que o Brasil é signatário da Convenção de Palermo⁴⁹.

A grande discussão em torno da adoção ou não do conceito de organização criminosa trazido pela Convenção mencionada gira em torno do fato que esta foi ratificada por simples decreto, sem o cumprimento do devido processo legislativo, em desacordo com o princípio da reserva legal, ou, em sentido amplo, em ofensa ao princípio da legalidade.

O jurista Luiz Flávio Gomes afirma que quando se refere ao “direito penal incriminador interno” (relação do indivíduo com o *ius puniendi* do Estado brasileiro), os tratados e convenções internacionais não podem servir de fonte, sendo que esses últimos são restritos aos crimes internacionais, tais como os crimes de guerra, ou seja, são fontes do Direito Penal internacional tutelando a relação do indivíduo com o Direito Internacional Penal⁵⁰.

⁴⁸ DEZEM, Guilherme Madeira e PONTES, Evandro Fernandes de *apud* SCARANCA, Antonio Fernandes. Crime organizado e legislação brasileira. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça Penal – 3: críticas e sugestões**. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p-15

⁴⁹ SOUZA, Carlos Eduardo de. “**Salve Geral**”, **Convenção de Palermo e Lei 9.034/95**. Boletim do IBBCRim, n.206, 2010

⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Os tratados internacionais podem definir delitos e penas?** Disponível em: <<http://blogdolfq.com.br>> Acesso em: 5 de maio de 2012

Conclui o autor que “o Tratado de Palermo (que definiu o crime organizado transnacional), por exemplo, nesse diapasão, não possui valor normativo suficiente para delimitar internamente o conceito de organização criminosa (até hoje inexistente no nosso país)”⁵¹.

Através do princípio da reserva legal, o único procedimento legislativo apto a criar crimes penas dentro do Direito Penal interno é a lei formal redigida, discutida, votada e aprovada pelos Parlamentares, quais sejam, a denominada lei ordinária, ou, também, a lei complementar.

Assim, apegando-se a legalidade penal, há entendimento jurisprudencial e doutrinário no sentido da inexistência de previsão normativa suficiente para caracterização de crime organizado, ou organização criminosa. Para Luiz Flávio Gomes a definição de crime organizado contida na Convenção de Palermo é muito ampla, genérica, e viola a garantia da taxatividade, emanada do princípio da legalidade⁵².

Apoiando-se nesse raciocínio, o Ministro Marco Aurélio de Melo, com apoio do Ministro Dias Toffoli da Suprema Corte, proferiu o seguinte voto no *habeas corpus* nº 96.007:

A visão mostra-se discrepante da premissa de não existir crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do art. 5º da Carta Federal. Vale dizer que a concepção de crime, segundo o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, pressupõe não só encontrar-se a tipologia prevista em norma legal, como também ter-se, em relação a ela, pena a alcançar aquele que cometa. Conjugam-se os dois períodos do inciso XXXIX em comento para dizer-se que, sem a definição da conduta e a apenação, não há prática criminosa glosada penalmente.

Por isso, a melhor doutrina sustenta que, no Brasil, ainda não compõe a ordem jurídica previsão normativa suficiente a concluir-se pela existência do crime de organização criminosa.

⁵¹ GOMES, Luiz Flávio. **Os tratados internacionais podem definir delitos e penas?** Disponível em: <<http://blogdolfg.com.br>> Acesso em: 5 de maio de 2012

⁵² GOMES, Luiz Flávio *apud* LEVORIN, Marco Polo. **Fenomenologia das Associações ilícitas**. In: Crime Organizado. Coords. Ana Flávia Messa, José Reinaldo Guimarães Carneiro, São Paulo: Saraiva, 2012. p-35

Vale ressaltar, a contrário senso, que o Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria tanto da Ministra Laurita Vaz, quanto da Ministra Eliana Calmon, já se manifestou favoravelmente à utilização do conceito de organização criminosa definido na Convenção de Palermo, no julgamento do *habeas corpus* nº 150.729⁵³ e na ação penal nº 460 – RO, respectivamente.⁵⁴

Esta corrente sustenta que a referida conceituação tem aplicabilidade imediata no âmbito normativo interno, tendo o conceito de organização criminosa sido devidamente incorporado ao ordenamento jurídico nacional consoante os ditames dos artigos 49, inc. I e art. 84, inc. IV e VII da Constituição Federal⁵⁵.

Para estes, a Convenção ao ser internalizada adquiriu o status de lei ordinária, servindo como instrumento de complementação exegética e valorativa do aplicador da lei⁵⁶.

É importante destacar também a Recomendação nº 03 do Conselho Nacional de Justiça datada de 30 de maio de 2006 que sugere a adoção do conceito de crime organizado estabelecido na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional. Todavia, o Conselho Nacional de Justiça não possui competência para criar leis, padecendo tal resolução de um processo legislativo apto para definir o conceito de crime no ordenamento jurídico brasileiro.

⁵³ **HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. INCISO VII DO ART. 1º DA LEI Nº 9.613/98. APLICABILIDADE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONVENÇÃO DE PALERMO APROVADA PELO DECRETO LEGISLATIVO Nº 231, DE 29 DE MAIO DE 2003 E PROMULGADA PELO DECRETO Nº 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA PERSECUÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA.** Vale ressaltar que o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação nº 3, de 30 de maio de 2006, sugere com propriedade: “A adoção do conceito de crime organizado estabelecido na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional de 15 de novembro de 2000 (Convenção de Palermo), aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003 e promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, ou seja, considerando o “grupo criminoso organizado” aquele estruturado, de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer um ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material” (grifos nossos).

⁵⁵ MESSA, Ana Flávia. **Aspectos Constitucionais do Crime Organizado**. In: Crime Organizado. Coords. Ana Flávia Messa, José Reinaldo Guimarães Carneiro, São Paulo: Saraiva, 2012. p-95

⁵⁶ *Idem*

A importância da definição é imperiosa, tendo-se em vista a periculosidade da Lei nº 9.034/95, uma vez que limita direitos e garantias individuais do acusado. A definição do que é organização criminosa à livre arbítrio do magistrado gera, no mínimo, grande insegurança jurídica.

Diante da ausência de um conceito do que sejam as organizações criminosas previstas na Lei nº 9.034/95, bem como do que se deve entender por crime organizado, a aplicação da lei torna-se leviano, por determinação do princípio da reserva legal, aplicar as medidas restritivas da mencionada lei, em razão de todas elas constituírem restrições às garantias individuais⁵⁷.

Antonio Scarance Fernandes conclui seu curso sobre o crime organizado afirmando que a falta de definição de organização criminosa impossibilita a limitação aos direitos e garantias fundamentais do investigado, acusado e condenado, porquanto não é possível a utilização de medidas excepcionais contra o indivíduo apoiando-se no princípio da proporcionalidade, sem que se atenda ao pressuposto da legalidade⁵⁸.

Vale lembrar que o Anteprojeto de Código Penal criado pela Comissão de Juristas através do Requerimento 756 de 2011, aditado pelo número 1.034 de 2011, entregue há cerca de um mês ao Senado Federal, prevê, em seu artigo 256, a pena de 3 (três) a 10 (dez) anos para quem se organiza no mínimo com 3 (três pessoas), de forma estável e permanente, e tenham se organizado para finalidade específica de cometimento de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos, mediante estrutura organizada, divisão de tarefas, hierarquia definida e visando auferir vantagem ilícita de qualquer natureza.

Todavia, atualmente, a matéria permanece de *lege ferenda*.

⁵⁷ FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **O conceito de crime organizado no Brasil: o princípio da legalidade, a Lei N. 9034/95 e a convenção de palermo**. . In: Crime Organizado. Coords. Ana Flávia Messa, José Reinaldo Guimarães Carneiro, São Paulo: Saraiva, 2012. p-79.

⁵⁸ FERNANDES, Antonio Scarance *apud* FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **O conceito de crime organizado no Brasil: o princípio da legalidade, a Lei N. 9034/95 e a convenção de palermo**. In: Crime Organizado. Coords. Ana Flávia Messa, José Reinaldo Guimarães Carneiro, São Paulo: Saraiva, 2012. p-79

4.4 Modelos de organização criminosa

Os autores apontam a existência de dois modelos, ou como outros preferem denominar, duas espécies, de organizações criminosas. O mais comum e mais conhecido no Brasil, é o “territorial” ou “tradicional”. O segundo é o “empresarial”.

Guaracy Mingardi sugere ser possível fixar algumas características do primeiro modelo, na tentativa de se traçar uma definição, todavia tal definição não seria acabada ou completa, uma vez que enquanto a sociedade se transforma as características das organizações criminosas também se modificariam. Para tanto, é necessário verificar as características que tornam as organizações criminosas tradicionais distintas do crime comum e das organizações empresarias lícitas e, desta forma, localizar nos fenômenos sociais sua especificidade⁵⁹.

Karl Jaspers teria traçado um modelo equivalente através de Max Weber:

Ele compara desenvolvimento na China, na Índia, no Ocidente, não para encontrar leis históricas ou tipos sociológicos como abstrações do idêntico ou do semelhante, mas o semelhante é o meio para se chegar à captação tanto mais decisiva do especificamente diferente⁶⁰.

Assim, Guaracy Mingardi afirma ser o crime organizado tradicional um grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento dos lucros. Suas atividades se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, sendo nesta última protegido por setores do Estado⁶¹.

⁵⁹ MINGARDI, Guaracy. **O estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998. p-81

⁶⁰ JASPERS, Karl *apud* MINGARDI, Guaracy. **O estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998. p-82

⁶¹ MINGARDI, Guaracy. **O estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998. p-82

Diferentemente de qualquer outro grupo criminosos, tem como características ainda um sistema de clientela, a imposição da lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas, bem como o controle pela força de determinada porção de território⁶².

Continua o autor em referência relatando que há ao menos quatro formas de surgimento dessas organizações criminosas territoriais, sendo elas: 1) na cadeia, a partir de uma liga de presos, tais como o Comando Vermelho, o Primeiro Comando da Capital e a Camorra; 2) através da união de pequenas quadrilhas, criando um conselho ou empossando um chefão, como a Yakuza; 3) através de laços de sangue que unem grupos em terras dominadas por estranhos, semelhantes ao modelo da Máfia de Nova York; e, por último, 4) pela união de grupos interessados na manutenção do monopólio de determinada mercadoria ou serviço, como o Cartel de Cali⁶³.

As formas de surgimento em acima indigitas são consideradas formas de predomínio, não se apresentam isoladas, sendo que a maioria das organizações criminosas existentes nasceram através da mistura de uma ou mais delas.

Outra característica relevante e constante nas organizações criminosas tradicionais é a fragmentação do poder, ao contrário da imagem trazida pelo modelo de uma Máfia monolítica, por exemplo. Este tipo de organização criminosa encontrada na Itália era composta por grupos geográficos e consanguíneos que formavam alianças variáveis e, muitas vezes, alimentavam rivalidades com outros grupos, ou ainda, dentro da própria família.

Todavia, adverte Guaracy Mingardi que a existência desses mencionados grupos semiautônomos não invalida a ideia de hierarquia, uma vez que ela existe dentro do grupo, até mesmo da mesma família, e, principalmente, entre pessoas de grupos diferentes

⁶² MINGARDI, Guaracy. **O estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998. p - 83

⁶³ *Idem* p-84

Importante apontar também, que na relação entre o chefe e o subordinado, aquele tem o direito de exigir favores deste, que tem obrigação de atendê-lo, quando, como, por exemplo, quando há guerra ou algo que ponha em risco o bem estar da família.

Há ainda, o ritual de início, no qual normalmente é feito uma espécie de juramento de fidelidade, como descritos por alguns membros da Yakusa e da Cosa Nostra.

Já as organizações criminosas tradicionais possuem características menos definidas, possuindo como característica mais marcante o fato de transpor para o crime métodos empresariais, ao mesmo tempo que deixam de lado qualquer resquício de conceitos como honra, lealdade obrigação etc ⁶⁴.

Trata-se de especialização em determinado crime e dispersão das atividades criminais. São organizações pequenas ou médias, montadas como uma pequena empresa, agregando especialistas que se associam para exercer determinada atividade⁶⁵.

Podem ou não possuir liderança definida, porém mesmo quando existe um chefe, não há relações familiares ou de etnia. Os membros possuem profissão, trabalham nela sendo livres para sair do emprego quando estiverem insatisfeitos. Conforme adverte o especialista Guaracy Mingardi “o sistema é mais comercial, nada de juramento ou vendettas”⁶⁶.

Suas principais atividades, consoante a Pennsylvania Crime Commission seriam o jogo, o tráfico, a lavagem de dinheiro e a receptação.

⁶⁴ MINGARDI, Guaracy. **O estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998. p-88

⁶⁵ *Idem*. p-89

⁶⁶ *Idem*

5. FENOMENOLOGIA DO CRIME ORGANIZADO

As organizações criminosas constituem-se como verdadeiras empresas do crime, visando o lucro incessante através da prática de uma ou várias atividades ilícitas. A partir de um território “base”, mediante uma rede hierarquizada, expandem-se por cobiça, seja ela por dinheiro ou poder, podendo ultrapassar as fronteiras municipais, estaduais, atingindo enfim o patamar mais elevado da transnacionalidade.

Contudo, tais organizações não atuam apenas no mercado ilícito, operando também em atividades lícitas através de participação em empresas legítimas, em bancos, realizando, desta forma, a reciclagem do capital advindo do crime.

A problemática do crime organizado não é atual. Todavia, devido à extensão, proliferação e poder que as atividades dessas organizações têm produzido através, principalmente, da globalização, é hoje um dos maiores, se não o maior inimigo da sociedade e do Estado Democrático de Direito.

Ana Luiza Almeida Ferro ressalta o fato das organizações criminosas não terem surgido com a globalização, mas sem dúvida alguma terem se favorecido extremamente com esta em suas estratégias expansionistas em busca de poder e lucro⁶⁷.

5.1 Breve Histórico

Algumas organizações, tais como a Máfia Italiana, americana, as tríades chinesas, a e a Yakusa são bastante antigas. O presente trabalho traçará importantes comentários a respeito da primeira organização, diante de sua notória importância internacional.

⁶⁷ FERRO, Ana Luiza Almeida. **Reflexão sobre o crime organizado e as organizações criminosas**. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 860, p-461, junho de 2007.

A Máfia Italiana de uma forma geral é a mais famosa das organizações criminosas. Surgiu no sul do país, na Idade Média através de um grupo de camponeses que se uniram e se rebelaram contra a impossibilidade de ascensão social e protestando a favor da reforma agrária.

Aterrorizavam os latifundiários depredando plantações e matando gados, levando aqueles a fazerem acordos para garantirem certa proteção preservando suas terras. Há relatórios policiais da época identificando as práticas como atos cometidos por um grupo organizado, que possuía estrutura de divisão de tarefas e ações de extorsões e outros atos ilegais⁶⁸.

A primeira referência oficial feita à *Máfia* teria ocorrido no ano de 1838 em um tribunal siciliano, que mencionou “irmandades” de criminosos. Somente em 1863, a denominação Máfia aparece se referindo aos membros da organização, na peça *Mafiusi de La Vicária*⁶⁹.

Na Itália houve a formação de diversas máfias, tais como a *Ndrangheta*, na região da Calábria, a *Camorra*, atuante nos arredores de Campania, a *Sacra Corona Unita*, que nasceu e age principalmente na Puglia, sendo a mais jovem das máfias italianas, e a mais grandiosa e famosa, a *Cosa Nostra* siciliana⁷⁰.

Diante da diversidade das máfias italianas, cumpre informar comentários relativos à principal e maior delas, qual seja a *Cosa Nostra*, ou ainda, máfia siciliana.

A ascensão de Mussolini na década de 20 provocou considerável repressão à máfia através da prática de atos violentos tais como a prisão de cidades inteiras e a queima de propriedades. O prefeito responsável pela repressão, César Mori, foi afastado em 1929 e aos poucos a máfia foi voltando às antigas atividades.

⁶⁸TOLENTINO NETO, Francisco. **Histórico do Crime Organizado**. In: **Crime Organizado**/coords. Ana Flávia Messa, José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Saraiva, 2012. p-51

⁶⁹MINGARDI, Guaracy. **O estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998. p-50

⁷⁰PELLEGRINI, Angiolo, Paulo José da Costa Júnior. **Criminalidade organizada**. São Paulo: Jurídica brasileira, 1999. p-47

Graças a um trabalho anti-máfia efetuado a partir de 1982 pelo Juiz Giovanni Falcone, com a ajuda de representantes da polícia, foi possível delinear os contornos de uma organização criminosa específica denominada *Cosa Nostra*. Era dotada de normas precisas de conduta e rigorosos processos de admissão.

Tal organização tem importância especial em relação às outras por possuir tradição no tempo, agir dentro e fora dos limites territoriais – região da Sicília – ter elevada potência criminal e financeira, bem como desempenhar função estratégica geral⁷¹.

Angiolo Pellegrini, a respeito do tema, ressalta:

Cosa Nostra é parte integrante daquele conjunto de valores, poder, comportamentos, hierarquia e modalidade de ações costumeiramente resumido no conceito de fenômeno mafioso, do qual constitui a parte mais oculta, profunda e temível. Seu permanente objetivo é o de acumular o maior poder possível, o que a diferencia das associações criminosas afins e lhe atribui uma cultura, uma dimensão e uma estratégia de natureza política⁷².

Tem como principal característica a tendência ao confronto com o Estado e seus representantes, através de relações ocultas, corrupção e violência. Se destaca pelo fato de possuir um critério extremamente seletivo no recrutamento de membros, que devem: provir exclusivamente de ambientes mafiosos, demonstrar amplamente sua capacidade criminosa adequada à lealdade e fidelidade com relação à organização e, via de regra, não é permitido a filiação de jovens.

Nesse rígido processo de seleção são excluídos filhos de policiais, magistrados, homossexuais, divorciados e filhos ilegítimos, pois para esta máfia siciliana, não seriam dignos de confiabilidade plena, tanto no aspecto moral quanto no criminal.

⁷¹ PELLEGRINI, Angiolo, Paulo José da Costa Júnior. **Criminalidade organizada**. São Paulo: Jurídica brasileira, 1999. p-16

⁷² *Idem*

A filiação dos membros é acompanhada de um ritual que acentua a solenidade e o valor de um “contrato para a vida”⁷³.

Há dois marcos fundamentais na história da organização criminosa em referência que a levaram ao seu atual aspecto. São eles o ingresso no tráfico de drogas em 1970 e a ascensão ao poder do grupo dos *corleonesi*⁷⁴.

Na década de 70, com a entrada da *Cosa Nostra* no mercado de drogas ilegais, houve profunda mudança em suas tradicionais características. Surgiu uma cultura criminal mais moderna e empresarial, com novas táticas criminosas e uma rápida internacionalização das relações criminosas.

Para adequar-se às novas necessidades da nova atividade ilícita, os chefes mafiosos acabaram por estabelecer relações mais estreitas com outras organizações criminosas, tal como com a Camorra napolitana, admitindo, inclusive, a filiação de membros de outras organizações.

Foi então que, diante do vultoso lucro gerado pelo tráfico internacional de drogas, seus membros estreitaram relações com expoentes do circuito financeiro e bancário, e começaram a penetrar em atividades econômicas legais, gerando a denominada *máfia empreendedora*.

O segundo elemento caracterizador do atual aspecto da *Cosa Nostra* ocorreu na primeira metade dos anos 80, quando após sanguinolenta guerra da máfia, surge a coalisão mafiosa denominada *corleonesi*, capitaneada por Salvatore Riina, de Corleone – preso na década de 90 após passar cerca de 10 anos foragido na ilha⁷⁵.

Os *corleonesi* impuseram uma gestão feroz, tirânica que acabaram desvirtuando os códigos de comportamento existentes, implicando em consideráveis modificações em alguns comportamentos tradicionais, como por exemplo: a utilização extrema da violência consistentes muitas vezes em atos de natureza

⁷³PELLEGRINI, Angiolo, Paulo José da Costa Júnior. **Criminalidade organizada**. São Paulo: Jurídica brasileira, 1999. p-17

⁷⁴ *Idem*

⁷⁵MINGARDI, Guaracy. **O estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998. p-52

terrorística praticado contra representantes das instituições; a acentuação do segredo, tanto internamente quanto nas relações com os corruptos da administração pública; maior militarização da organização e maior recurso ao homicídio como instrumento de luta interna; e, ainda, a introdução de um “embaixador”, representante local na comissão.

Segundo Angiolo Pellegrini, atualmente, dentro da *Cosa Nostra* operam cerca de 180 grupos criminais, possuindo todos eles aproximadamente 5.000 homens de honra. A Sicília ainda permanece como território por excelência dessa organização, mesmo possuindo sedes espalhadas por todo território nacional.

Contudo, os processos instruídos a partir de arrependidos delatores, tal como Tommaso Buscetta, extraditado do Brasil para Itália⁷⁶, estão levando para a prisão centenas de mafiosos.

Não se pode olvidar porém, o poder de intimidação da *Cosa Nostra*, uma vez que o número de pessoas mortas pela Máfia em referência parece ter aumentado, consoante Alexander Stille⁷⁷, na medida que os acertos políticos deixam de ajudar. Estão entre os mortos políticos, policiais de alto escalão, promotores, grandes empresários e juízes.

Já na América Latina, atualmente a Colômbia é um dos países que mais vêm sofrendo com a ação de suas organizações criminosas. Nos últimos anos foram assassinados doze ministros da Suprema Corte, quatro candidatos à Presidência da República, dois ex-ministros da Justiça, quase uma centena de promotores de justiça e juízes, uma dezena de jornalistas, além de 2000 policiais, tudo pela tentativa de resistência ao poder do narcotráfico⁷⁸.

⁷⁶PELLEGRINI, Angiolo, Paulo José da Costa Júnior. **Criminalidade organizada**. São Paulo: Jurídica brasileira, 1999. p-19

⁷⁷STILLE, Alexander *apud* MINGARDI, Guaracy. **O estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998. p-53

⁷⁸ FERRO, Ana Luiza Almeida. **Reflexão sobre o crime organizado e as organizações criminosas**. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 860, p-461, junho de 2007.

5.2 Fenomenologia Global

A globalização e a tecnologia não foram causas somente da expansão do comércio legal, mas acabou por beneficiar também as atividades comerciais ilícitas.

Na medida em que as organizações criminais se sofisticam e ostentam uma estrutura mais complexa, em moldes sempre empresariais, caminham em direção à transnacionalidade, utilizando-se da globalização e adaptando-se às novas opções de mercado⁷⁹.

A traficância ilícita foi impulsionada pela tecnologia, que expandiu o mercado para outras regiões. As operações clandestinas ocorrem facilmente por meio da *internet*, assim como gera facilidade na forma de movimentar e ocultar bens.

As organizações criminosas aproveitam-se da globalização envolvendo-se em parcerias, desenvolvendo-se na atividade financeira, utilizando-se novas tecnologias que lhes permitem, por exemplo, monitoramento de transporte *on-line*, diversas formas eletrônicas de trocar mensagens a fim de realizarem a venda, tudo em conjunto com a contratação de hackers visando o não rastreamento.

Ainda, em alguns Estados, algumas instituições fronteiriças, por exemplo, a alfândega e o porto, são vulneráveis, e o aliciamento de agentes desses órgãos acabam gerando uma facilidade na entrada e saída de produtos ilegais. Desta forma, os traficantes de diversas áreas acabam delimitando seus territórios e rotas a serem seguidas.

Os crimes praticados por organizações criminosas mais conhecidos por ultrapassarem as fronteiras dos países são: o tráfico de armas, o tráfico de drogas, o tráfico humano, a pirataria (falsificação de produtos industrializados – crimes contra a propriedade intelectual), a lavagem de dinheiro, a pedofilia e, por fim, o terrorismo.

⁷⁹ FERRO, Ana Luiza Almeida. **Reflexão sobre o crime organizado e as organizações criminosas.** In: Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 860, p-461, junho de 2007.

Uma frase proferida pelos traficantes de armas é bem conhecida da sociedade: “Enquanto houver guerra há esperança”. A esperança a qual eles se referem é de permanecer realizando o grande comércio ilegal de armas. Trata-se de um dos crimes mais lucrativo praticado por organizações criminosas e estima-se que para cada arma apreendida outras trinta entram ilegalmente no país⁸⁰.

A rota do comércio internacional ilegal de armas inclui em sua maioria as vias aéreas e marítimas, passando por Foz do Iguaçu, Mato Grosso do Sul e Uruguiana – RS. São oriundas, principalmente, do Paraguai, mas há também as exportadas da Argentina, Bolívia, Uruguai e Estados Unidos, e tem como destino os grandes mercados consumidores situados nos estados de São Paulo e do Rio de Janeiro.

Nas palavras de Juary Silva, o tráfico de entorpecentes é “a vedete do crime”⁸¹. É o crime que proporciona o maior retorno ao capital empregado, que possui a relação financeira de melhor custo-benefício. Apesar disso, é uma das mais recentes modalidades do crime organizado, uma vez que até o início do século a importação e a maioria das drogas era legal em quase todo o mundo.

O tráfico internacional de drogas, como se conhece hoje, iniciou-se na década de 70, atingindo seu ápice na década seguinte ao fazer parte da economia de subsistência de muitos países produtores e exportadores, fato que alavancou a própria economia mundial⁸².

Têm-se que a maior parte dos entorpecentes comercializados no mundo é produzida em países da América do Sul, especificamente na Bolívia e Colômbia, sudeste asiático e Oriente Médio. Marcelo Batlouni Mendroni afirma que o tráfico é das atividades mais rentáveis e, por essa razão, praticado por diversas organizações criminosas. O lucro gerado pela venda da droga tem a finalidade, também, de sustentar e ser reinvestido na própria organização criminosa⁸³.

⁸⁰ SILVA JÚNIOR, Gaspar Pereira. **Facção criminosa**. In: Crime Organizado. Coords. Ana Flávia Messa, José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Saraiva, 2012. p-139

⁸¹ SILVA, Juary *apud* MINGARDI, Guaracy. **O estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998. p-128

⁸² *Op. Cit.*

⁸³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p-125

No Brasil, o terceiro tráfico internacional mais rentável é o humano, atrás somente do comércio ilegal de drogas e do de armas. A expressão direta desse tráfico é a exploração sexual e o trabalho escravo. O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial de Mulheres e Crianças (Palermo 2000), promulgado pelo país, representa um grande avanço a respeito do tema.

Em observância à determinação contida na Convenção acima mencionada, em 2007, o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC) realizou em Brasília o Seminário Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas com a finalidade de discutir políticas e formas de implementação do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP).

No mês de janeiro de 2008 o PNETP foi aprovado pelo Decreto nº 6.347 restando estabelecidas prioridades no enfrentamento ao tráfico de pessoas e crimes correlatos, dentre os quais o aperfeiçoamento da legislação brasileira quanto à matéria.

Os lucros decorrentes dos crimes praticados contra a propriedade intelectual ou industrial são grandes fontes do crime organizado. Tão grande é a incidência desse tráfico, que há países, como Taiwan, que a produção contrafeita de determinados produtos supera a industrialização dos produtos lícitos. O tráfico desses produtos falsificados se entrelaça não só com o crime organizado, mas também ao terrorismo. Marco Polo Levorin afirma haver evidências de que os atentados terroristas à estação de trem de Madri se sustentavam através da venda de cds – *compact disc* – piratas⁸⁴.

Nessa seara, as organizações criminais, para dar aparência lícita aos lucros advindos desses crimes acima mencionados e de outros, utilizam-se em enorme escala do crime de lavagem de dinheiro. Estima-se que a lavagem de dinheiro hoje

⁸⁴LEVORIN, Marco Polo. **Fenomenologia das Associações Ilícitas**. In: Crime Organizado. Coords. Ana Flávia Messa, José Reinaldo Guimarães Carneiro, São Paulo: Saraiva, 2012. p- 42

envolva entre 2% (dois por cento) e 5% (cinco por cento) do Produto Interno Bruto Mundial (PIB), que representaria cerca de 800 (oitocentos) bilhões e 2 (dois) trilhões de dólares, respectivamente⁸⁵.

A preocupação diante da criminalidade organizada transnacional é tanta, que a Organização das Nações Unidas vem buscando alternativas para combater a sua expansão. A celebração da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Brasil através do Decreto Presidencial nº 5.814/06, é a maior prova da cooperação jurídica internacional a respeito do tema.

5.3 Fenomenologia no Brasil

O crime organizado como fenômeno local existe e encontra-se bem evidenciado através das facções criminosas que atuam nos Estados brasileiros. Os crimes cometidos por essas organizações abrangem o tráfico de drogas, o jogo do bicho, o roubo de veículo e cargas e a lavagem de dinheiro, consoante Guaracy Mingardi⁸⁶.

As facções criminosas estão presentes em diversos estados brasileiros, entre eles São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Paraná, Espírito Santo, Rio Grande do Sul, além também do Distrito Federal.

5.3.1 O crime organizado em São Paulo

⁸⁵ LEVORIN, Marco Polo. **Fenomenologia das Associações Ilícitas**. In: Crime Organizado. Coords. Ana Flávia Messa, José Reinaldo Guimarães Carneiro, São Paulo: Saraiva, 2012. p- 42

⁸⁶ MINGARDI, Guaracy. **O estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998. p-227

No Estado de São Paulo a primeira facção criminosa reconhecida com atuação interna nos presídios foi a Serpentes Negras, criada no ano de 1984 na Casa de Detenção de São Paulo, conhecida como “Carandiru”.

Atualmente, a maior facção criminosa do estado é a autodenominada Primeiro Comando da Capital – PCC. Ela foi fundada em 1993 na Casa de Custódia e Tratamento Dr. Arnaldo Amando Ferreira de Taubaté, apelidado pelos presidiários por “piranhão” ou “masmorra”, por ser considerado o mais severo do sistema prisional.

Consoante narra Roberto Porto⁸⁷, os detentos da Casa de Custódia em referência “tomavam banho de sol apenas uma hora por dia, ao lado de um pequeno grupo de encarcerados, no máximo dez. Todos permaneciam em celas individuais, sem direito a visita íntima”. O presídio acolhia presos transferidos por mal comportamento, considerados de alta periculosidade.

Originalmente Primeiro Comando da Capital era o nome de um time de futebol que disputava o campeonato interno do presídio de Taubaté, sendo que na final do campeonato de 1993 seus integrantes resolveram acertar desavenças com dois integrantes do time rival. Após a morte de diversas pessoas, os detentos decidiram iniciar um pacto de confiança.

Os Promotores de Justiça Roberto Porto e Mário Sérgio Christino do Departamento de Investigações sobre Crime Organizado, em denúncia ofertada contra alguns dos membros do PCC ao Juiz da 12ª Vara Criminal do Fórum Central de São Paulo, nos autos do inquérito policial nº 050.02.089596-8, afirma que a organização criminosa em questão tinha como meta inicial o domínio do sistema carcerário visando o monopólio do tráfico de drogas no interior dos presídios e cadeias. Realizavam o domínio dos detentos através da prática de extorsões e execuções contra estes e seus familiares. Com o passar dos anos o PCC expandiu as operações e feitas para fora do sistema carcerário.

⁸⁷ PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. São Paulo: Atlas, 2008. p-73

Aduz os referidos promotores a respeito da facção criminosa Primeiro Comando da Capital:

[...] cujos membros se congregam com o fim predeterminado de abusar da superioridade numérica no sistema para obtenção do lucro ilícito e que, tendo pela consciência do papel que cada qual cumpria na organização, pusera, e, execução o programa de seu recíproco interesse aproveitando-se para isto de pessoas que se encontravam fora do sistema penitenciário. Assim, para êxito do projeto, houve uma sofisticada divisão de trabalho.

Tal estrutura, basicamente piramidal, conta em seu topo como s chamados “Fundadores” ou aqueles os quais, em virtude de seu mister criminoso, alçaram uma posição de perstígio dentro da entidade criminosa [...].

[...]

Apurou-se então que a organização conhecida como Primeiro Comando da Capital é composta [...] por outros em escala hierárquica inferior, os “batizados”, os quais assim são chamados porque reconhecidos por líderes como membros ativos da sociedade criminosa e recebendo, na maior parte das vezes, uma cópia do chamado “estatuto”, ou seja, das regras as quais concordam receber.

[...]

Com a expansão da organização a ordem hierárquica desenvolveu uma ordenação escalonada mais complexa e culminou com a criação dos chamados “pilotos”, presidiários os quais detém o poder de mando dentro de determinado presídio ou pavilhão como representante dos “Fundadores” ou em situação semelhante a estes.

O pavilhão ou presídio sob influência de cada “piloto” é conhecido como “raio” dentro do qual nova escala hierárquica se estabelece, igualmente de natureza piramidal. Assim define-se hoje a escala orgânica do chamado “Primeiro comando da Capital”.

O estatuto ao qual a peça exordial acusatória se refere teria sido descoberto em 1996 pelas autoridades policiais, sendo que estabelece as regras de conduta que devem ser obedecidas pelos membros do Primeiro Comando da Capital.

Existem dois episódios de grande relevância praticados pela facção criminosa em trilha. O primeiro ocorreu em 2001, quando o “Sombra”⁸⁸, membro da organização, coordenou via ligações efetuadas por aparelho celular rebeliões

⁸⁸Idemir Carlos Ambrósio, o “Sombra”, foi assassinado meses depois no Piranhão por 5 (cinco) membros da facção, em luta interna pelo comando geral.

simultâneas em 29 (vinte e nove) presídios no estado de São Paulo, provocando a morte de 16 detentos⁸⁹.

Em 2002, em uma tentativa de desestruturar o PCC, o governo paulista transferiu os líderes desta facção para presídios fora do estado de São Paulo. Todavia a tentativa não só falhou, como os indigitados líderes se associaram a criminosos e organizações locais, tal como o Comando Vermelho do Rio de Janeiro⁹⁰.

O segundo episódio que marcou negativamente a história da cidade paulista, deixando a população perplexa e aterrorizada, foram os ataques aos órgãos públicos e privados perpetrados pela organização em maio de 2006, que tiveram repercussão internacional.

Os ataques, consistentes em homicídios contra policiais, destruição de ônibus, explosão de bombas contra fóruns, bases militares, delegacias, bancos, corpo de bombeiros, entre outros, além de uma média de 80 rebeliões acabaram por paralisar a maior cidade brasileira em plena segunda-feira. O pânico causado na sociedade paulistana foi tanto que a cidade praticamente parou literalmente às cerca de 15h00min (quinze horas). A grande proporção levou o governo federal a deixar à disposição do estado de São Paulo as Forças Armadas Nacionais.

A onde de violência que perpetrou durante dias na capital paulistana fica clara com a análise da matéria publicada no jornal “Folha de São Paulo”:

Uma onda de pânico fez parar ontem a maior e mais rica cidade dopaís e espalhou choque e medo pelo estado de São Paulo.

No quarto dia de terror provocado pela facção criminosa PCC refluíram os atentados contra bases policiais, assassinatos e rebeliões.[...]

O clima de medo perdurou até a noite, quando bares, restaurantes, e até supermercados 24 horas deixaram de funcionar. [...]

⁸⁹ SILVA JUNIOR, Gaspar Pereira da. **Facção Criminosa**. In: Crime Organizado. Coords. Ana Flávia Messa, José Reinaldo Guimarães Carneiro, São Paulo: Saraiva, 2012. p-146

⁹⁰ Azevedo, Solange. **A estranha ascensão de Marcola**. Ed. 2087. 18. Nov. 09 <www.istoe.com.br/reportagens/7581_A+ESTRANHA+ASCENSAO+DE+MARCOLA> Acessado em 2 de julho de 2012.

Comerciários que saíam mais cedo despediam-se com um “boa sorte”. [...]

[...] No meio da tarde, enquanto o PCC encerrava todas as 55 rebeliões em curso após negociações com o governo, teatros, galerias e centro de convenções anunciaram cancelamento de espetáculos, Fóruns e repartições públicas fecharam mais cedo e o aeroporto de Congonhas teve seu saguão interditado durante duas horas e meia, por uma ameaça de bomba.[...] ⁹¹

Finalmente, têm-se que atualmente a facção está sendo chefiada principalmente por Marcos Willians Herbas Camacho, vulgo “Marcola”. Embora o objetivo primário do PCC ser a defesa dos direitos dos detentos, a gestão de “Marcola” teria mudado o rumo da facção, sendo hoje, o primordial escopo da facção paulista a obtenção de lucro. Estima-se que entre os anos de 2005 e 2008 o seu faturamento tenha quaduplicado ⁹².

Consoante noticiado no jornal já indigitado “Folha de São Paulo”, o PCC já encontra ramificações em outros estados da federação e fora do país. Na matéria, o juiz federal Odilon de Oliveira afirma que a organização já teria um líder no Paraguai, segundo depoimentos prestados e a própria polícia do Paraguai.

A respeito da expansão internacional do Primeiro Coando da Capital, Percival de Sousa observa que “As raízes do PCC criaram metástase, crescendo e multiplicando-se em São Paulo para outros Estados, e deste para outros países, como Paraguai, Bolívia e Colômbia, tornando-se internacional” ⁹³.

Além do PCC e da Serpentes Negras (SN), entre outras, atuam ou atuaram em São Paulo as seguintes facções: Comando Revolucionário Brasileiro da Criminalidade (CRBC), Comissão Democrática de Liberdade (CDL) e Seita Satânica (SS).

⁹¹ Da redação, **Medo de ataque pára São Paulo**, jornal Folha de São Paulo, Cotidiano, C3, em 16 de maio de 2006

⁹² *Idem*

⁹³ SOUZA, Percival de. **O sindicato do crime. PCC e outros grupos**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006. p-24

No Rio de Janeiro, sabe-se que 3 (três) facções criminosas disputam a hegemonia do tráfico de drogas nas favelas, quais sejam, o Comando Vermelho (CV), o Terceiro Comando (TC) e o Amigo dos Amigos (ADA).

Ainda, nos outros estados da federação também é marcante a presença das facções criminosas, como o Primeiro Comando Mineiro (PCM), o Comando Mineiro de Operações Criminosas (COMOC), Primeiro Comando do Paraná (PCP), os Manos e os Brasas no Rio Grande do Sul, a Paz, Liberdade e Direito do Distrito Federal (PLD)⁹⁴, *Scuderie Detetive Le Cocq* (organização capixaba)⁹⁵

⁹⁴ SILVA JÚNIOR, Gaspar Pereira. **Facção criminosa**. In: Crime Organizado. Coords. Ana Flávia Messa, José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Saraiva, 2012. p-155

⁹⁵MIRANDA, Gustavo Senna. **Obstáculos Contemporâneos ao Combate às organizações criminosas**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 870, p – 462, abril 2008

6. O DIREITO PENAL DO INIMIGO

A criminalidade atual vem passando por intenso processo de transformação, como o surgimento de novos tipos de crimes que atingem até mesmo vítimas indeterminadas, tais como os crimes contra o meio ambiente e os atos de terrorismo.

Muitas quadrilhas evoluíram para grandes organizações criminosas que expandem sua atuação e influência para uma atuação interestadual, nacional, e até internacional. Tem alto poder de lesividade social, colocando em risco o próprio Estado democrático de Direito.

O direito positivo atual e as instituições jurídicas constituídas estão se mostrando incapazes de combater e repreender os avanços nessa nova e assustadora criminalidade.

Assim, essa nova face da criminalidade reclama uma atuação preventiva e máxima efetividade em relação à sua repressão, sendo que o Direito Penal e Processual Penal, da forma como está, não têm se mostrados adequados para o enfrentamento da criminalidade contemporânea, em especial, a criminalidade organizada.

Através dessa constatação começam a surgir pelo mundo algumas correntes em relação ao enfrentamento dessa nova criminalidade, denominadas de “Direito Penal do Inimigo”, “terceira velocidade do Direito Penal” ou de “direito de intervenção”.

Nesse sentido, Jesús-María Silva Sánchez fala em uma terceira velocidade do Direito Penal e Processual Penal, na qual seria possível a mitigação das regras e princípios contidos nesses direitos por tempo indeterminado⁹⁶.

⁹⁶ SANCHEZ, Jesús-María Silva *apud* MIRANDA, Gustavo Senna. **Obstáculos Contemporâneos ao Combate às organizações criminosas**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 870, p – 470, abril 2008

Já o direito de intervenção, defendido pelo renomado doutrinador alemão Winfried Hassemer que, também partindo da premissa da inadequação do Direito Penal e Processual clássico para o combate à moderna criminalidade, defende a existência de um direito intermediário, entre o direito penal e administrativo, no qual seria possível trabalhar a existência de algumas regras e princípios impensáveis no Direito Penal e Processual Penal tradicional⁹⁷.

A respeito do tema, afirma o autor:

O Direito Penal é incapaz de solucionar os modernos problemas da criminalidade e nós temos que refletir a respeito de algo que seja melhor, mais eficaz, que seja capaz de solucionar esses problemas. Eu chamo isso de 'Direito de Intervenção'. Este é o caminho, pelo menos, dos meus pensamentos⁹⁸.

O Direito do Inimigo, que tem como principal expoente Günther Jakobs, surge nessa tendência, e prega, em suma, que os autores de determinados crimes mais graves afastam-se do contrato social e, por isso, deveriam ter um tratamento diverso daqueles que se mantêm fiéis ao ordenamento jurídico.

6.1 O Eficientismo Penal e a Expansão do Direito Penal

As medidas penais e processuais penais contra o terrorismo nos Estados Unidos e Europa, no primeiro especificamente após os ataques do “11 de setembro”, marcam a consolidação de mudanças no direito penal mundial.

As ferramentas utilizadas até o momento estão se mostrando inadequadas e incapazes no combate a essa nova criminalidade. Diante da ineficiência do Estado, surge na população a ideia generalizada que o Direito Penal é o único instrumento apto a coibir a transformação dessa macrocriminalidade através da pena.

⁹⁷ HASSEMER, Winfried. **Perspectivas de uma moderna política criminal. Três temas de direito penal**. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993. p-83-97

⁹⁸ *Idem*. p-84

Segue-se com a tendência de que a resposta à crise é criminalizar cada vez mais condutas, aumentar as penas das já existentes, criar delitos de perigo, em boa parte, abstrato, enfim, consistindo determinadas medidas e um recrudescimento do sistema penal.

Tal tendência fica claramente demonstrada no Brasil com legislações próprias de emergência, que visam acalmar o clamor público. É cada vez mais frequente a edição de leis penais, seja para criar novos tipos penais, seja para agravar os já existentes, na ânsia de determinado caso em que a mídia deu maior relevância.

Nesse sentido, imperiosa a consideração de Alessandro Baratta ao analisar a eficiência do Direito Penal e a eficiência do pacto social. Segundo o autor a condição de validade e eficácia do pacto social moderno é a eliminação da violência através do monopólio legítimo da força por parte do Estado⁹⁹.

Todavia, não é o que vem ocorrendo no Direito Penal moderno. Este, na intenção de conter a violência, acabou a ocultando, excluindo do pacto social os sujeitos mais fracos, tornando invisível a violência estrutural na sociedade¹⁰⁰.

Após os conflitos assumirem a dimensão de guerra civil, a força de ordem e o sistema penal também a assumem, dilatando-se desproporcionalmente o “momento penal”, que acaba por englobar as atitudes e práticas das formações militares e paramilitares, dos grupos armados, bem como das organizações terroristas ou criminosas¹⁰¹.

Assim, tal fenômeno aparece quando há um aumento crescente da criminalidade organizada pelos órgãos de controle formal, concluindo-se equivocadamente de que a forma de combate deve ser idêntica a utilizada.

⁹⁹ BARATTA, Alessandro. **Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social. Criminología y sistema penal.** Buenos Aires: Editorial B de f. p-176

¹⁰⁰ *Idem*

¹⁰¹ *Idem.* p-177

Quando os conflitos diminuem, tende a desaparecer o condicionamento recíproco entre guerra e pena, entre violência armada e violência punitiva, sendo que aí o sistema punitivo legal se impõem sobre o sistema paralelo. Então, o controle efetivo do sistema paralelo pelo Estado aparece como condição necessária para normalização do sistema legal, afim de que os conflitos sociais e políticos não apareçam mais de forma violenta¹⁰².

Desta forma, a normalidade do sistema penal é uma consequência do respeito ao pacto social. A paz, então, aparece como condição necessária do pacto social, juntamente com a eficácia das normas que regulam a organização e a divisão dos poderes do Estado, garantindo por conseguinte os direitos fundamentais do cidadão¹⁰³.

Consoante o autor, o efficientismo penal que surgiu no direito moderno constitui uma nova forma de “Direito Penal de emergência”, deixando de ser o Direito Penal subsidiário, se convertendo então em *prima ratio*, através do qual se deseja resolver os diversos problemas sociais. Este efficientismo penal então, tenta tornar mais eficaz e ágil a resposta punitiva, limitando ou suprimindo, contudo, garantias fundamentais estabelecidas na tradição do direito penal liberal, nas Constituições e nas Convenções Internacionais¹⁰⁴.

De acordo com o exposto por Alessandro Baratta, conclui-se que o próximo passo inevitavelmente acarretaria a expansão do Direito Penal, com a criminalização de estágios prévios – direito penal repressivo –, de tipos penais abertos e imprecisos, criação de novos tipos penais, e, por fim, a supressão de garantias processuais, que aparecem em nome da eficiência do Direito Penal como resposta ao descontrolo da sociedade traduzido no descontrolo do Estado.

Em relação a essa expansão do Direito Penal, Manuel Cancio Meliá afirma que:

¹⁰² BARATTA, Alessandro. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: Editorial B de f. p-177

¹⁰³ *Idem*

¹⁰⁴ *Idem*

A atividade legislativa em matéria penal, desenvolvida ao longo das últimas décadas nos países de nosso entorno tem colocado, ao redor do elenco nuclear de normas penais, um conjunto de tipos penais que, vistos desde a perspectiva dos bens jurídicos clássicos constituem hipóteses de ‘criminalização do estado prévio’ a lesões de bens jurídicos cujos marcos penais, ademais, estabelecem sanções desproporcionalmente altas¹⁰⁵.

Algumas nações tem adotado estratégias punitivistas e repressivas para coibir essa criminalidade contemporânea em nome da segurança nacional. A pressão social provocada pela insegurança e medo que ronda os cidadãos serve como justificativa utilizada pelo Estado para legitimar a violação das garantias fundamentais.

6.2 O Direito Penal do Inimigo: Teoria e Influência

O Direito Penal do Inimigo tem como principal expoente Günther Jakobs. A teoria penal em referência é fundamentada através do contratualismo, na qual, em suma, todas as pessoas que integram a sociedade firmam uma espécie de contrato social, através do qual surgem direitos e obrigações.

Günther Jakobs se fundamenta especificamente no contratualismo defendido por Thomas Hobbes e, em partes, por Immanuel Kant. Não se pode olvidar os pensamento de outros dois importantes contratualistas, tais como Rosseau e Fichte, todavia, Jakobs adverte que não segue a concepção destes por pregarem uma separação radical entre o cidadão e seu Direito, bem como abstrata entre e o injusto inimigo e o cidadão¹⁰⁶.

Parte-se do princípio que os indivíduos que cometem crimes graves, para Hobbes, “o réu de alta traição”, e para Kant, quem permanentemente ameaça,

¹⁰⁵ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Potyo Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p-56

¹⁰⁶ *Idem*. p-26

colocam em perigo a própria existência do Estado, rompendo definitivamente o contrato social devendo, portanto, ser tratados como inimigo.

Nesse âmbito de inimigo se incluiriam os indivíduos praticantes de terrorismo, dos mais diversos tráfico, a macrocriminalidade financeira, os reincidentes, os membros de organizações criminosas, entre outros¹⁰⁷.

Günter Jakobs, afirma que há regras no Direito Penal que permitem apreciar que naqueles casos nos quais a expectativa de comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, a disposição do Estado em tratar o delinqüente como pessoa diminui, e continua:

Assim, por exemplo, o legislador (por permanecer primeiro no âmbito do Direito material) está passando a uma legislação – denominada abertamente deste modo – de luta, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas, assim como, em geral, no que tange aos crimes. Pretende-se combater, em cada um desses casos, a indivíduos que em seu comportamento [...], em sua vida econômica [...] ou mediante sua incorporação a uma organização [...] se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa¹⁰⁸.

Continua o autor narrando que a reação do ordenamento jurídico diante dessa criminalidade é o fato da punibilidade avançar para o âmbito de preparação, e a pena se dirigir à segurança frente a fatos futuros, e não mais à sanção de fatos cometidos¹⁰⁹.

Desta feita o Estado de natureza seria um estado de ausência de normas, ou seja, de liberdade excessiva, dando ao vencedor da guerra o poder de determinar o que é a norma, já ao perdedor, resta submeter-se a esta determinação¹¹⁰.

¹⁰⁷ PONTES, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008. p-47

¹⁰⁸ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Poty Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p-34-35

¹⁰⁹ Idem. p-35-36

¹¹⁰ Idem. p-36

Ainda, fazendo uma analogia aos ataques do “11 de setembro” para explicar que as garantias fundamentais desses criminosos radicais devem sim ser suprimidas, indaga Günther Jakobs: “Quem não quer privar o Direito Penal do cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de estado de Direito deveria chamar de outra forma aquilo que tem que ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito Penal do Inimigo, guerra contida¹¹¹”.

Aduz o autor em questão que assim como no direito material, visando à proteção da tramitação ordenada do processo, há também o direito processual do inimigo, com regras mais extremas que se dirigem à eliminação de riscos. Cita como exemplo a coação a uma retirada de sangue, investigações secretas, intervenção de agentes infiltrados, incomunicabilidade do preso com seu defensor¹¹².

Por fim, a respeito da universalização dos direitos humanos, adverte o autor que o estabelecimento destes com vigência universal é válido, porém distinto de sua garantia, isto é, os que tornam vulneráveis os direitos humanos devem ser castigados, contudo, “isso não é uma pena contra pessoas culpáveis, mas contra inimigos perigosos, e por isso, deveria chamar-se a coisa por seu nome: Direito Penal do Inimigo”¹¹³.

Antônio Carlos da Ponte traça sabiamente os principais aspectos do Direito Penal do inimigo mencionados acima: a) relativização e até mesmo supressão de alguns direitos e garantias individuais; b) O Direito Penal deve abandonar sua tradicional visão retrospectiva, que busca reparar o mal já realizado, e acolher uma concepção prospectiva, direcionada aos fatos futuros; c) as penas devem ser indeterminadas, durando enquanto forem necessárias, não devendo sua intensidade estar associada à culpabilidade do agente, mas ao perigo abstrato representado pelo inimigo; e d) o âmbito da norma deve antecipar-se ao máximo, punindo-se até mesmo atos preparatórios, desde que tal medida seja eficaz ao pronto impedimento da ação do inimigo¹¹⁴.

¹¹¹ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Potyo Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p-37

¹¹² Idem. p-40

¹¹³ Idem. -p48

¹¹⁴ PONTES, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008. p-47

Já Manuel Cancio Meliá caracteriza o Direito Penal do Inimigo de Günter Jakobs por três elementos: em primeiro lugar se constata um amplo adiantamento da punibilidade, na medida que a perspectiva do ordenamento jurídico-penal se torna prospectiva, em segundo lugar as penas previstas são desproporcionalmente altas e por último, determinadas garantias processuais são suprimidas ou relativizadas¹¹⁵.

O penalista espanhol em referência bem observa que de certa forma, a posição de Jakobs já pode ser notada através de um fenômeno político interligado que seria, de acordo com Meliá, a neocriminalização. As esquerdas políticas que sempre defenderam a descriminalização e os direitos e garantias fundamentais acima de tudo, já mudaram de atitude: de uma linha que identificava a criminalização de determinadas condutas como mecanismos de repressão para a manutenção do sistema econômico-político de dominação, a uma linha que descobre as pretensões de neocriminalização especificamente referente a delitos de esquerda, tais como a discriminação racial, a violência contra as mulheres etc.¹¹⁶

Observa o autor que este fenômeno contraditório aparece também em países com tradição democrática, sob o argumento de proteção a seus cidadãos, têm adotado medidas políticas que extrapolam os limites constitucionais do direito Penal.

6.3 O Direito Penal do Inimigo Contra as Garantias Individuais do Cidadão

Para os que defendem a teoria do Direito Penal do Inimigo, como o jurista Gustavo Senna Miranda, não se pretende a exclusão dos preceitos constitucionais, pelo contrário, volta-se os olhos para Constituição, sem que a visão seja parcial, ou seja, com a observância exclusiva dos direitos e garantias fundamentais, já que a

¹¹⁵MELIÁ, Manuel Cancio; JAKOBS, Günther. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p-67

¹¹⁶ *Idem*. p-61

tutela de tais direitos também depende de uma adequada defesa dos direitos sociais¹¹⁷.

O jurista indigitado afirma não se tratar da adoção integral do Direito Penal do Inimigo, mas sim buscar uma maior efetividade do Direito Penal e Processual Penal, valendo-se, contudo, do princípio da proporcionalidade¹¹⁸.

Todavia, apesar do devido respeito, é inadmissível a supressão ou mesmo restrições de garantias individuais. Como bem assevera André Luis Callegari e Fernanda Arruda Dutra, atualmente se nota em qualquer local do mundo cidadãos amedrontados seja pelo terrorismo, pelo tráfico ou pela máfia. Realmente, a partir desse medo inerte nas pessoas, a ideia de ser negada aos “inimigos” na forma como denominada por Günther Jakobs, os mesmos direitos assegurados e gozados pelos cidadãos é fortemente tentadora. Não há como negar¹¹⁹.

Contudo deve-se evitar o imediatismo e considerar as consequências advindas a longo prazo. Através de justificativas nobres, como esta parece ser, alguns regimes autoritários iniciaram seu domínio através da restrição das garantias fundamentais aos cidadãos.

Ademais, o nascimento dos direitos fundamentais teve como fundamento exatamente a reação do povo contra o Estado absolutista que acabou por reconhecer ao ser humano direitos inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis.

Seja qual for a concepção da função da pena e do processo penal, o Direito Penal deve se orientar pelos critérios de proporcionalidade e de imputação dentro do Estado Democrático de Direito, sempre de forma a preservar as garantias constitucionais e, conseqüentemente, a essência do ser humano como cidadão.

¹¹⁷ MIRANDA, Gustavo Senna. **Obstáculos Contemporâneos ao Combate às organizações criminosas**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 870, p – 473, abril 2008

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ CALLEGARI, André Luis. DUTRA, Fernanda Arruda. **Direito Penal do Inimigo e Direitos Fundamentais**. In Revista dos Tribunais, São Paulo, v.862, p-438, agosto de 2007.

Nessa linha, bem observa André Luis Callegari no prólogo da obra de Günther Jakobs:

Independente da gravidade da conduta do agente, este, há de ser punido criminalmente como transgressor da norma penal, como indivíduo, como pessoa que praticou um crime, e não como um combatente, como um guerreiro, como um inimigo do estado e da sociedade. A conduta por mais desumana que pareça, não autoriza o estado tratar o ser humano como se um irracional fosse. O infrator continua sendo um ser humano¹²⁰.

A intervenção e poderes do Estado se encontram limitado na Constituição Federal. As garantias individuais do cidadão devem ser preservadas sob pena de não se constituir um Direito Penal legítimo.

Direitos fundamentais são a base de todo sistema jurídico que reconhece aos seus cidadãos garantias fundamentais inalienáveis. A diferenciação entre inimigo e cidadão viola, desde o início, o princípio constitucional da igualdade.

Tendo-se em vista que os direitos fundamentais do cidadão estão integrados por um conteúdo comum baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, maior e gerador de todos os princípios constitucionais, o Direito Penal e Processual Penal devem sempre se nortear neste princípio maior em sua existência, validade e eficácia.

Portanto, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana como corolário de qualquer Direito. No Estado Democrático de Direito ele tem valor absoluto, sem o qual o Direito Penal e Processual Penal perde sua eficácia.

Para concluir, importante mencionar a postura adotada pela Casa dos Lordes no Reino Unido que julgou inconstitucional a edição de um “pacote antiterrorista” que continha leis severas e suprimia direitos e garantias fundamentais¹²¹.

¹²⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p-17

¹²¹ CALLEGARI, André Luis. DUTRA, Fernanda Arruda. **Direito Penal do Inimigo e Direitos Fundamentais**. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, v.862, p-438, agosto de 2007.

Ao contrário, os Estados Unidos, após os ataques terroristas do “11 de setembro”, através do “USA Patriotic Act”, aprovou ordens militares fortalecendo o poder de polícia sobre a sociedade civil, criando prisões de segurança máxima como a da baía de Guantánamo, nos quais os prisioneiros se sujeitam a interrogatórios violentos e coercitivos.

6.4 A Influência do Direito Penal do Inimigo

Independentemente da postura ou teoria adotada, não se pode negar que na legislação brasileira já há certa contaminação dessa tendência punitivista criminal.

Cumprido mencionar, primeiramente, a sábia lição de Massimo Donini que afirma que quem pretende situar corretamente no debate penal contemporâneo a categoria de inimigo como destinatário das políticas criminais ou penais atuais, pode limitar-se a realizar uma seleção, circunscrevendo o Direito Penal do Inimigo a alguns aspectos do Direito Penal contemporâneo¹²².

A indigitada contaminação é encontrada na Lei de Crimes Hediondos, nº 8.072 de 1990, na qual não se verifica uma nova incriminação de condutas, mas sim uma alteração de penas ou restrição de garantias processuais em relação aos autores desses crimes, aproximando-se do direito penal do autor previsto por Günther Jakobs.

Em sua obra intitulada Crimes Hediondos, Alberto Silva Franco, cita as ponderações do professor João Mestieri:

[...] Na mesma Constituição, para proteger-se determinados direitos e relações, realmente fundamentais, acreditou-se que o melhor meio fosse tornar os correspondentes crimes inafiançáveis,

¹²² DONINI, Massimo *apud* André Luis Callegari, Cristina Reindolff da Motta. **Estado e Política criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo Direito Penal do Inimigo ou a terceira velocidade do Direito Penal**. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, v.867, p-457, janeiro de 2008.

imprescritíveis etc. Na esteira desse pensamento, tornando lei maior, editaram-se no Brasil leis inacreditáveis, como a dos crimes hediondos, fazendo “tabula rasa” dos institutos da anistia, graça e indulto, da liberdade provisória e dos regimes de cumprimento de pena. Esqueceu-se, ou sequer sabia-se, do fato de que tais institutos referem-se ao homem e não à qualidade do fato por ele praticado. [...] Pretende-se construir, sem dúvida, um Direito Penal órfão da história, ignorante dos princípios e conquistas já apropriadas pela humanidade [...]”¹²³.

A lei em referência não chegou ao extremo previsto no Direito Penal do Inimigo, mas sem dúvidas acaba por suprimir diversas garantias penais e processuais penais fundamentais aos que praticam os delitos previstos como hediondo, determinando tratamento diferenciado ao autor do delito.

Outra lei que demonstra claramente essa tendência punitivista é 10.792/2003 a qual estabelece o Regime Disciplinar Diferenciado para os presos provisórios ou condenados que cometam crimes dolosos ocasionando subversão da ordem ou disciplina internas, além daqueles sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Além de afrontar a própria dignidade da pessoa humana, uma vez que isola o preso em cela individual, restringe as visitas, bem como fixa o banho de sol em apenas duas horas semanais, mostra que mais uma vez o legislador se preocupou com o direito penal do autor, e não do fato, quando estabelece que o agente que pertencer a uma organização criminosa, independentemente de prova, está sujeito ao Regime Disciplinar Diferenciado¹²⁴.

Portanto, as citadas leis demonstram a contaminação dessa exclusão do “inimigo”, de tratamento desigual, desrespeitando garantias fundamentais, inserindo o cidadão que praticou os crimes considerados mais “graves”, fora do sistema jurídico normal, estabelecendo, de certa forma, um sistema paralelo para esses cidadãos que não se enquadram no contrato social.

¹²³ SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994..

¹²⁴ André Luis Callegari, Cristina Reindolff da Motta. **Estado e Política criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo Direito Penal do Inimigo ou a terceira velocidade do Direito Penal**. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, v.867, p-460, janeiro de 2008.

7. CONCLUSÃO

Os direitos e garantias individuais são fundamentais à existência do ser humano, considerado como membro da coletividade, são inerentes ao homem e qualificam a sua natureza enquanto coexistem socialmente dentro do Estado.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são considerados pela doutrina aqueles direitos políticos clássicos – liberdades públicas – , instituídos através da Constituição Federal. Os de segunda dimensão surgiram no início do século XX e se traduzem nos direitos sociais, econômicos e culturais, acentuando o princípio da igualdade. Já os direitos de terceira dimensão são os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma qualidade de vida saudável, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e outros direitos difusos.

Do Estado Democrático de Direito derivam princípios que regem os mais diversos campos da atuação humana. Podemos dizer que o maior desses princípios é a dignidade da pessoa humana, que orienta todo o Direito. Da dignidade humana partem outros princípios penais e processuais penais mais específicos, tais como a proporcionalidade, a legalidade, a individualização da pena, a humanidade, o juiz natural, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência etc.

Desta forma, os princípios constitucionais e as garantias individuais devem balizar a correta aplicação e justa interpretação da justiça, que sempre deverá ser guiada pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana, que está acima de qualquer norma de nosso ordenamento jurídico.

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos, deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando-se assim, o sacrifício total de uns em relação a outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos

princípios), em prol do significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

O aumento da criminalidade em grande proporção é um problema que têm aterrorizado a sociedade. Esse temor torna-se pior quando o crime é praticado por organizações criminosas.

O combate dessa criminalidade organizada existente no mundo atual é um grande desafio para o Estado. Com o mundo globalizado e a evolução tecnológica a legislação infraconstitucional tornou-se ineficaz no combate a essas novas formas de criminalidade.

As organizações criminosas locais e mundiais tem apresentado cada vez mais poder paralelo ao Estado, com força econômica material e pessoal capaz de fazer frente a qualquer instituição de defesa das estruturas vigentes.

Ela dissemina a corrupção, o tráfico de drogas, armas, pessoas, o jogo do bicho, a lavagem de dinheiro, a pirataria, o terrorismo, a sonegação fiscal, o roubo de carga, quase sempre através de violência e intimidação, atingindo os cidadãos, comunidades, fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito.

Enquanto nenhuma providência eficaz é tomada pelo Estado, o crime organizado cresce assustadoramente, alastrando o pânico e a insegurança entre os cidadãos.

O combate ao crime organizado é fundamental para manutenção do próprio Estado Democrático de Direito, para que se assegure as prestações sociais assumidas pelo Estado na Constituição Federal.

A definição do crime organizado suscita muitos debates doutrinários em razão não só da dificuldade acerca de sua tipificação legal, mas também diante da ausência de um critério consensual. Nosso ordenamento jurídico parte do princípio

de que crime organizado é aquele praticado por organização criminosa. Assim, é importante a definição do que seja organização criminosa.

A Lei nº 9.034/95 apenas estabeleceu os meios de prova e procedimentos investigatórios voltado para o combate de crimes praticados por quadrilha ou bando, deixando de conceituar “organização criminosa”. Mesmo com o advento da Lei nº 10.217/2001, que tentou ampliar a definição acrescentando ao texto “organizações ou associações criminosas”, não há uma definição do que seja crime organizado, ou mesmo uma descrição legal do que seria os limites ou características essenciais para identificação de uma organização criminosa.

A definição de crime organizado contida na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional é ampla, genérica, e sua utilização viola o princípio da reserva legal ou da legalidade. Apesar da Recomendação nº 03 do Conselho Nacional de Justiça datada de 30 de maio de 2006 sugerir a adoção do conceito de crime organizado estabelecido na Convenção de Palermo, o CNJ não possui competência para criar leis, padecendo tal resolução de um processo legislativo apto para definir o conceito de crime no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, a matéria permanece de *lege ferenda*.

Na medida em que as organizações criminais se sofisticam e ostentam uma estrutura mais complexa, em moldes sempre empresariais, caminham em direção à transnacionalidade, utilizando-se da globalização e adaptando-se às novas opções de mercado.

O crime organizado como fenômeno local existe e encontra-se bem evidenciado através das facções criminosas que atuam nos Estados brasileiros. Atualmente, no Estado de São Paulo, a maior facção criminosa é a autodenominada Primeiro Comando da Capital – PCC, fundada em 1993.

Existem dois episódios de grande relevância praticados pela facção criminosa Primeiro Comando da Capital. O primeiro ocorreu em 2001, quando o “Sombra”,

membro da organização, coordenou via ligações efetuadas por aparelho celular rebeliões simultâneas em 29 (vinte e nove) presídios no Estado de São Paulo, provocando a morte de 16 (dezesesseis) detentos. O segundo episódio que marcou negativamente a história da cidade paulista, deixando a população perplexa e aterrorizada, foram os ataques aos órgãos públicos e privados perpetrados pela organização em maio de 2006, que tiveram repercussão internacional.

A facção criminosa em questão vem crescendo e se expandido para outros Estados, e destes para outros países como Paraguai, Bolívia e Colômbia.

Diante da situação de violência globalizada existente, a primeira resposta que aparece como instrumento de combate é o Direito Penal e o Direito Processual Penal, trazendo como conseqüência a criação de novos tipos penais, o aumento de penas e a restrição de garantias fundamentais.

Desta forma, o crescimento vertiginoso do crime organizado e da ameaça terrorista no mundo contemporâneo tem provocado uma revisão político-constitucional de garantias individuais. Segue-se com a tendência de que a resposta à crise é criminalizar cada vez mais condutas, aumentar as penas das já existentes, criar delitos de perigo, em boa parte, abstrato, enfim, consistindo determinadas medidas e um recrudescimento do sistema penal.

Este eficientismo penal então, tenta tornar mais eficaz e ágil a resposta punitiva, limitando ou suprimindo, contudo, garantias fundamentais estabelecidas na tradição do Direito Penal liberal, nas Constituições e nas Convenções Internacionais

Algumas nações tem adotado estratégias punitivistas e repressivas para coibir essa criminalidade contemporânea em nome da segurança nacional. A pressão social provocada pela insegurança e medo que ronda os cidadãos serve como justificativa utilizada pelo Estado para legitimar a violação das garantias fundamentais.

Desta maneira, a desordem e a ineficiência do Estado têm proporcionado a abertura de novos caminhos relativos ao enfrentamento dessa macrocriminalidade denominados “direitos de intervenção”, de “terceira velocidade do Direito Penal” ou, ainda, de “Direito Penal do Inimigo”, que de forma alguma se coadunam com o Estado Democrático de Direito.

O Direito Penal do Inimigo parte do princípio que os indivíduos que cometem crimes graves, para Hobbes, “o réu de alta traição”, e para Kant, quem permanentemente ameaça, colocam em perigo a própria existência do Estado, rompendo definitivamente o contrato social devendo, portanto, ser tratados como inimigo.

Nesse âmbito de inimigo se incluiriam os indivíduos praticantes de terrorismo, dos mais diversos tráfico, a macrocriminalidade financeira, os reincidentes, os membros de organizações criminosas, entre outros

Tem como principal expoente Günter Jakobs, que o caracteriza pela presença principalmente dos três seguintes elementos: em primeiro lugar se constata um amplo adiantamento da punibilidade, na medida que a perspectiva do ordenamento jurídico-penal se torna prospectiva, em segundo lugar as penas previstas são desproporcionalmente altas e por último, determinadas garantias processuais são suprimidas ou relativizadas.

Atualmente se nota em qualquer local do mundo cidadãos amedrontados seja pelo terrorismo, pelo tráfico ou pela máfia. Realmente, a partir desse medo inerte nas pessoas, a idéia de ser negada aos “inimigos” na forma como denominada por Günther Jakobs, os mesmos direitos assegurados e gozados pelos cidadãos é fortemente tentadora. Não há como negar.

Contudo deve-se evitar o imediatismo e considerar as conseqüências advindas a longo prazo. Através de justificativas nobres como esta parece ser, alguns regimes autoritários iniciaram seu domínio através da restrição das garantias

fundamentais aos cidadãos. Ademais, o nascimento dos direitos fundamentais teve como fundamento exatamente a reação do povo contra o Estado absolutista que acabou por reconhecer ao ser humano direitos inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis.

As respostas à criminalidade organizada, embora imperiosas, devem enquadrar-se dentro do marco constitucional, respeitando os direitos e garantias fundamentais. Tendo-se em vista que os direitos fundamentais do cidadão estão integrados por um conteúdo comum baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, maior e gerador de todos os princípios constitucionais, o Direito Penal e Processual Penal devem sempre se nortear neste princípio maior em sua existência, validade e eficácia.

Independentemente da postura ou teoria adotada, não se pode negar que na legislação brasileira já há certa contaminação dessa tendência punitivista criminal.

A indigitada contaminação da tendência punitivista é encontrada na Lei de Crimes Hediondos e na Lei que estabelece o Regime Disciplinar Diferenciado. As leis em referência não chegaram ao extremo previsto no Direito Penal do Inimigo, porém prevêm restrições de garantias fundamentais em relação aos seus autores.

Portanto, as citadas leis demonstram a contaminação dessa exclusão do “inimigo”, de tratamento desigual, desrespeitando garantias fundamentais, inserindo o cidadão que praticou os crimes considerados mais “graves”, fora do sistema jurídico normal, estabelecendo, de certa forma, um sistema paralelo para esses cidadãos que não se enquadram no contrato social.

Seja qual for a concepção da função da pena e do processo penal, o Direito Penal deve se orientar pelos critérios de proporcionalidade e de imputação dentro do Estado Democrático de Direito, sempre de forma a preservar as garantias constitucionais e, conseqüentemente, a essência do ser humano como cidadão.

BIBLIOGRAFIA

_____. **Aspectos Constitucionais do Crime Organizado**. In: Crime Organizado. Coords. Ana Flávia Messa, José Reinaldo Guimarães Carneiro, São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **A estranha ascensão de Marcola**. Ed. 2087. 18. Nov. 09<www.istoe.com.br/reportagens/7581_A+ESTRANHA+ASCENSAO+DE+MARCO+LA> Acessado em 2 de julho de 2012.

BARATTA, Alessandro. **Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciências penales, la política criminal y el pacto social**. *Criminologia y sistema penal*. Buenos Aires: Editorial B de f.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BORGES, Paulo César Corrêa. **O crime organizado**. São Paulo: UNESP. 2002.

CALLEGARI, André Luis. DUTRA, Fernanda Arruda. **Direito Penal do Inimigo e Direitos Fundamentais**. In Revista dos Tribunais, São Paulo, v.862, p-438, agosto de 2007.

CALLEGARI, André Luis; MOTTA, Cristina Reindolff. **Estado e Política criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo Direito Penal do Inimigo ou a terceira velocidade do Direito Penal**. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, v.867, p-460, janeiro de 2008.

_____. **Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais**. 2004. Tese (Mestrado). Universidade Presbiteriana Mackenzie. Disponível em www.mackenzie.br/fileadmin/pos_graduacao/mestrado/direito_politico_e_economico/cadernos_direito/volume_4/02.pdf. Acesso em 1º de maio de 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio machado de Almeida. **A dignidade da pessoa humana e o tratamento dispensado ao acusado no processo penal** in Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 835, p – 444, maio 2005.

_____. **Fenomenologia das Associações Ilícitas**. In: **Crime Organizado**. Coords. Ana Flávia Messa, José Reinaldo Guimarães Carneiro, São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Facção Criminosa**. In: **Crime Organizado**. Coords. Ana Flávia Messa, José Reinaldo Guimarães Carneiro, São Paulo: Saraiva, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Crime Organizado e a legislação brasileira**. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça Penal – 3: críticas e sugestões**. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERNANDES, Newton; Valter Fernandes. **Criminologia integrada**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Reflexão sobre o crime organizado e as organizações criminosas**. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 860, p-461, junho de 2007.

FRANCO, Alberto Silva. **Um difícil processo de tipificação**. Boletim do IBCCrim. São Paulo, nº 21, p-5, setembro de 1994.

GOMES, Luiz Flávio. **Os tratados internacionais podem definir delitos e penas?** Disponível em: <<http://blogdolfq.com.br>> Acesso em: 5 de maio de 2012.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2004.

HASSEMER, Winfried. **Perspectivas de uma moderna política criminal. Três temas de direito penal**. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993.

_____. **Histórico do Crime Organizado**. In: **Crime Organizado**/coords. Ana Flávia Messa, José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Saraiva, 2012.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Potyo Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LYRA, Roberto. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MINGARDI, Guaracy. **O estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998.

MIRANDA, Gustavo Senna. **Obstáculos Contemporâneos ao Combate às organizações criminosas**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 870, p – 462, abril 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

———. **O conceito de crime organizado no Brasil: o princípio da legalidade, a Lei N. 9034/95 e a convenção de palermo**. . In: Crime Organizado. Coords. Ana Flávia Messa, José Reinaldo Guimarães Carneiro, São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Criminalidade organizada**. São Paulo: Jurídica brasileira, 1999.

PONTES, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

SILVA, Ivan Luiz da. **Crime organizado: caracterização criminológica e jurídica penal**. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, v.861, p-456, julho de 2007.

SILVA, Jorge da. **Controle da criminalidade e segurança pública na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA, Carlos Eduardo de. **“Salve Geral”, Convenção de Palermo e Lei 9.034/95**. Boletim do IBBCRim, n.206, 2010

SOUZA, Percival de. **O sindicato do crime. PCC e outros grupos**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006.

TOLEDO. Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais do processo penal brasileiro**. São Paulo: 1993.