

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Rodrigo de Campos Costa

Formas de enfrentamento à criminalidade organizada

MESTRADO EM DIREITO PENAL

SÃO PAULO

2011

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Rodrigo de Campos Costa

Formas de enfrentamento à criminalidade organizada

MESTRADO EM DIREITO PENAL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Penal, sob orientação do Prof.Dr.Dirceu de Mello.

SÃO PAULO

2011

BANCA EXAMINADORA:

*Felizes os que têm fome e sede de
justiça, porque serão saciados.*

Mateus 5, 6 (Bíblia Sagrada)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter me concedido forças e me iluminado para a conclusão deste mestrado, mesmo diante de todas as dificuldades que me foram impostas, tanto de ordem profissional como pessoal.

Agradeço a meus pais, José e Maria Helena, pelo empenho em minha formação intelectual e moral, sobretudo, por ensinar-me o valor da leitura e do estudo.

Agradeço a minha amada esposa Gisele, simplesmente, por TUDO e as minhas adoráveis filhas Helena e Glória por serem minha eterna fonte de incentivo e inspiração.

Agradeço ao Prof.Dr.Dirceu de Mello pelo exemplo de vida e sabedoria.

Agradeço também ao Prof.Dr.Marco Antônio Marques pela ajuda dispensada no momento em que mais precisei durante o curso.

RESUMO

COSTA, Rodrigo de Campos. *Formas de enfrentamento à criminalidade organizada*

O objetivo do presente trabalho consiste na análise do Direito Penal, no que diz respeito ao enfrentamento da criminalidade organizada. Foi delineada evolução do Direito Penal, com início nas principais escolas penais e também através das linhas do pensamento dogmático, do causalismo ao funcionalismo. Com norte no bem jurídico, como finalidade do Direito Penal, foram estabelecidos parâmetros para sua definição, ancorado nos valores constitucionais. O bem jurídico foi cindido em sua análise, sendo classificado como de natureza individual e universal, classificação essa que permitiu defender a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Foram objeto de análise os mandados de criminalização, cuja fundamentação, obriga o legislador infraconstitucional à proteção do bem eleito pela Constituição. Quanto ao crime organizado, foi analisada sua evolução enquanto fenômeno social e jurídico. Foi objeto de análise a história da legislação brasileira, desde o Código Penal do Império até a atual Lei 9.034/95. Na análise do conceito do crime organizado, levou-se em consideração o conceito previsto pela Convenção de Palermo, mais aberto e permissivo, de modo a não engessar a legislação, devido aos efeitos do avanço da globalização, de modo que para estabelecer o conceito foram identificadas suas características, firmando ainda posicionamento pela necessidade de definição legal. Os instrumentos de investigação da Lei 9.034/95 também foram analisados, firmando-se por argumentos legitimadores. Por fim, foram analisados o Direito Penal do Inimigo e o Direito à Segurança, como formas de se interpretar e fundamentar legislações tanto de ordem penal como processual no enfrentamento à criminalidade organizada. Pela pesquisa feita, posicionamo-nos no sentido de interpretar o Direito à Segurança, como um direito fundamental, na acepção objetiva, com base nos imperativos de tutela. A colisão de princípios constitucionais deve ser sanada através da aplicação do princípio da proporcionalidade.

PALAVRAS CHAVES: funcionalismo; bem jurídico; crime organizado; globalização, instrumentos de repressão; direitos fundamentais; imperativos de tutela; Direito Penal do inimigo; direito à segurança; princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

COSTA, Rodrigo de Campos. Ways of fighting organized crime.

The purpose of this paper is to analyse Criminal Law in relation to the fight against organized crime. The evolution of Criminal Law was outlined, starting with the main penal schools and also with the dogmatic lines of thought, from Causalism to Functionalism. Considering the legal interest as Criminal Law's main objective, parameters based on constitutional values were established for its definition. The analysis of the legal interest was double folded, having been classified as being of both individual and universal nature, thus enabling the defence of the constitutionality of crimes of abstract danger. The warrants of criminalization, whose fundamentals oblige the infra-constitutional legislator to protect the legal interest elected by the Constitution, were object of analysis. As for organized crime, its evolution as a social and legal phenomenon was analysed, focusing on the history of Brazilian legislation, from the Imperial Penal Code to today's Law 9.034/95. The analysis of the concept of organized crime was based on the concept taken from the Palermo Convention, more open and permissive, so as not to restrict legislation on the account of the effects of the advance of globalization. Thus, in order to establish the concept of organized crime, its characteristics were identified insisting on the need for legal definition. The investigation tools of the Law 9.034/95 were also analysed, following legitimizing arguments. Lastly, the Enemy's Criminal Law and the Right to Safety were analysed as ways to interpret and provide justification for legislations both from penal as well as processual order in the fight against organized crime. From the research done, we conclude for the interpretation of the Right to Safety as a fundamental right, in its objective acception, based on imperatives of tutelage. The collision between constitutional principles must be solved through the application of the principle of proportionality.

KEY WORDS: Functionalism; legal interest; organized crime; globalization; repression tools; fundamental rights; tutelage imperatives; enemy's criminal law; right to safety; principle of proportionality.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. ESCOLAS PENAIS.....	13
2.1 Escola Clássica.....	14
2.2 Escola Positiva.....	16
2.3 Terceira Escola.....	19
2.4 Escola de Política Criminal.....	20
2.5 Escola Técnico-Jurídica.....	20
3. EVOLUÇÃO DA TEORIA DO DELITO.....	22
3.1 Do causalismo ao finalismo.....	22
3.2 Advento do funcionalismo e suas principais espécies...	28
4. BEM JURÍDICO PENAL.....	40
4.1 Objetivos do Direito Penal.....	42
4.2 Conceito.....	46
4.3 Espécies.....	50
4.4 Crimes de Perigo Abstrato.....	55
4.5 Institutos Despenalizadores.....	59
4.6 Moral e bem jurídico.....	63
4.7 Teoria do Bem Jurídico e aproximação constitucional.....	65
4.8 Mandados de criminalização implícitos e explícitos.....	68
5. CRIME ORGANIZADO.....	76
5.1 Conceito e características.....	76
5.2 Breve esboço histórico da legislação no Brasil.....	84
5.3 Necessidade de tipificação autônoma e Convenção de Palermo.....	92
5.4 Instrumentos de combate e repressão.....	99
5.4.1 Garantia e eficiência.....	99
5.4.2 Ação controlada.....	102

5.4.3 Infiltração de agentes.....	105
5.4.4 Interceptação telefônica e telemática.....	109
5.4.5 Interceptação ambiental.....	112
5.4.6 Delação premiada.....	114
5.5 Considerações finais sobre o crime organizado.....	117
6. FORMAS DE ENFRENTAMENTO.....	124
6.1 Direito Penal do Inimigo.....	124
6.1.1 Origem.....	124
6.1.2 Fundamentação filosófica.....	126
6.1.3 Distinção entre cidadão e inimigo.....	129
6.1.4 Características e manifestações do Direito Penal do Inimigo.....	133
6.1.5 Críticas doutrinárias.....	136
6.1.6 Possível legitimidade do Direito Penal do Inimigo.....	140
6.2 Direito à segurança.....	145
6.2.1 Conceito de segurança.....	145
6.2.2 Acepção objetiva dos direitos fundamentais.....	147
6.2.3 Princípios e regras.....	151
6.2.4 Aplicação do princípio da proporcionalidade.....	154
7. CONCLUSÃO.....	161
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	164

1. INTRODUÇÃO

A sociedade atual vivencia um processo evolutivo em todos os seus segmentos e não podemos desconsiderar o fato que a criminalidade faz parte da sociedade, com a qual igualmente evolui.

A criminalidade deixou de ter um aspecto exótico, folclórico e até saudosista, passando a ter requintes que vão da crueldade à sofisticação extremas, isso em decorrência do avanço dos meios tecnológicos, da agregação da doutrina empresarial na criminalidade organizada, do caráter transnacional do crime, como tráfico de armas, drogas e de pessoas.

Hoje, organizações criminosas ultrapassaram os limites territoriais de seus países de origem, lançando mão de seu poder intimidatório em países estrangeiros.

Temos como exemplo, a atuação da máfia chinesa nos Estados Unidos da América, na exploração de mercadorias falsificadas e da máfia russa, com os dissidentes da antiga KGB, com o desmantelamento da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, em território europeu, atuando no tráfico de heroína e Skank nos países do Oriente Médio.

Devemos citar ainda a máfia italiana, como a COSANOSTRA e a SICILIANA que, igualmente, ainda atuam nos Estados Unidos da América, na exploração de jogos de azar, tráfico de entorpecentes, homicídios, extorsão a comerciantes dentre outros.

Além disso, temos ainda novas modalidades de crimes, que afetam bens difusos e coletivos, como empresas que poluem e agridem o meio ambiente, causando enorme degradação ambiental, aliado ainda aos crimes contra a ordem econômica e financeira.

A infiltração da criminalidade organizada no poder público, em todas as suas esferas, faz com que este, que deveria pautar-se pela moralidade e probidade administrativas, sobretudo, pela prevalência do interesse público sobre o privado, adote manobras que vão de encontro ao seu objetivo principal, com vistas ao lucro ilícito.

Não obstante, quando se fala em criminalidade organizada, não se pode deixar de mencionar as organizações criminosas que atuam dentro e fora dos presídios paulistas e cariocas, inclusive aqueles sob comando do governo federal,

como o de Catanduvas/PR, que comanda o tráfico de drogas, assaltos, seqüestros dentre outros.

A onda de ataques contra a população civil, ocorrida na cidade do Rio de Janeiro, orquestradas por traficantes sufocados pela criação das Unidades de Polícia Pacificadora, demonstraram seu poder bélico e logístico no embate contra os poderes do Estado, tendo sido necessária a conjugação das Forças Federais e Estaduais, em atuação conjunta para derrotá-los.

O avanço da criminalidade organizada, com sua subseqüente infiltração nos poderes constituídos, causa na população a crença na impunidade e o desejo e aprovação da violência estatal, como instrumento de justiça.

Pois bem. Frente a esse quadro de incessante evolução da criminalidade, o objetivo do presente trabalho é discutir se o Direito Penal, como forte elemento de poder e repressão estatal, em cotejo com sua característica de controle social, possui instrumentos e fundamentação que possam prevenir e reprimir condutas desse matiz, trazendo de volta a paz social e o equilíbrio na sociedade.

Questionar-se-á, no presente trabalho, se o Direito Penal evoluiu de maneira constante e igual à criminalidade, dita organizada.

Assim, no segundo capítulo desta dissertação, serão tratadas de maneira breve, as principais escolas penais, de maneira que no terceiro capítulo será feita uma breve incursão sobre a evolução da Teoria do Delito, dando enfoque para à nova tendência do Direito Penal Moderno, com o advento do funcionalismo de CLAUS ROXIN e GUNTHER JAKOBS.

No quarto capítulo, foi feita a delimitação e conceituação do bem jurídico penal como forma de garantia de limitação do poder estatal em punir condutas que, efetivamente, demonstrem lesividade na ambiência social. Será tratado ainda o duplo aspecto dos direitos fundamentais, sob a ótica da proibição da proteção deficiente, notadamente, no que se refere aos mandados de criminalização explícitos e implícitos.

No quinto capítulo, será discutida a criminalidade organizada, com suas espécies, a Convenção de Palermo, instrumentos de investigação, necessidade de tipificação autônoma e outros aspectos ligados ao tema.

No último capítulo, serão tratadas as possíveis fontes de fundamentação para o enfrentamento da criminalidade organizada, em específico o Direito Penal do inimigo, com suas características e fundamentação filosófica, bem como o direito à

segurança como direito fundamental, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, como possível fonte de fundamentação, para a flexibilização das garantias fundamentais, em prol da sociedade, possibilitando assim, o enfrentamento com paridade de armas no combate ao crime organizado, de forma eficaz e efetiva, respeitando-se os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, com fundamento na dignidade da pessoa humana.

2. ESCOLAS PENAIS

Para se ter compreensão do atual estado do Direito Penal, como elemento de enfrentamento à criminalidade organizada, no atual contexto social, faz-se necessário o conhecimento, ainda que perfunctório, de suas principais escolas penais e os postulados que as fundamentaram.

O conhecimento dos postulados das antigas escolas penais fornece subsídio ao operador do Direito Penal, para uma análise crítica do atual desenvolvimento da dogmática penal, de maneira a fornecer também fundamentação lógica e jurídica, tendo com norte, sempre a dignidade da pessoa humana, para instrumentos processuais e leis de combate mais eficazes nesse tipo tão especial de enfrentamento.

É certo que o Direito Penal evolui na medida em que a sociedade evolui, razão pela qual é correto dizer que sofre influências de ordem filosófica, sociológica, política dentre outros em seus postulados.

Corroborando esse entendimento ANTONIO LUÍS CHAVES CAMARGO¹, afirma:

O Direito Penal, no correr dos tempos, sofreu influências diretas de correntes filosóficas, que determinaram mudanças metodológicas, sempre no sentido de torná-lo eficaz diante das transformações sociais.

O conhecimento dessas modificações se faz necessário no sentido de compreendermos o conceito semântico dos elementos que compõem o crime e dos nexos material (causal) e psicológico (subjetivo) que ligam os autores aos fatos que tenham relevância jurídico-penal.

No mesmo sentido, ANTONIO MONIZ SODRÉ DE ARAGÃO², preconiza:

O Direito Penal, na sua concepção científica, é o produto da civilização dos povos, através de longa evolução histórica; mas os germes deste direito, em manifestações embrionárias, grosseiras e primitivas, surgem e se desenvolvem desde que há um agrupamento de homens em convívio social. É certo que na infância da humanidade não existem códigos de leis; há, porém, hábitos e costumes que se vão formando lentamente e cujo respeito se impõe

¹ **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**, p.21.

² **As Três Escolas Penais**, p.24.

aos membros da coletividade como um dever que não pode ser impunemente violado.

Neste trabalho serão analisados os postulados das seguintes escolas: Clássica, Positiva, a Terceira Escola, a Escola de Política Criminal e, por fim, a Escola Técnico-Jurídica, visto que através de suas inovações e estudos, deram origem à grande parte do pensamento do Direito Penal e fundamentação às demais escolas penais.

2.1 Escola Clássica

A Escola Clássica do Direito Penal, denominação dada pela Escola Positiva, através de ENRICO FERRI, tem como origem o combate ao Estado Absolutista, no qual a pena era aplicada como vingança, pelo poder estatal.

O principal postulado da Escola Clássica consistia em “homem conhece o direito”, tendo como principais defensores FILANGIERI, PAGANO, ROMAGNOSI, ROSSI, CARMIGNANI, FEUERBACH e JEREMIAS BENTHAM.

Todos pautavam-se pela obra de CESARE BECCARIA “Dos Delitos e das Penas” em 1764, o qual teve como inspiração a obra de JEAN JACQUES ROUSSEAU (O Contrato Social), MONTESQUIEU (O Espírito das Leis) e, sobretudo, na vanguarda do pensamento Iluminista, que combatia a todo custo as arbitrariedades do regime absolutista.

A obra de BECCARIA pode ser considerada um marco na evolução das garantias fundamentais e da ciência penal. Com ela, surgem postulados como finalidade e proporcionalidade da pena, duração do processo, dentre outras garantias que sequer haviam sido discutidas sob a égide do regime totalitário absolutista.

Já dizia BECCARIA³:

Abramos a história e veremos que as leis, que são ou deveriam ser pactos entre homens livres, não têm sido, em geral mais do que o instrumento das paixões de poucos, ou que nasceram de uma necessidade fortuita e passageira; não têm sido ditadas por um frio observador da natureza humana, que concentrasse num só ponto as ações da multidão de homens e as considerasse deste ponto de

³ Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, **Dos Delitos e das Penas**, p.15-16.

vista: “a máxima felicidade repartida por um maior número”. Felizes aquelas pouquíssimas nações que não esperaram que o lento movimento das combinações e vicissitudes humanas fizesse suceder aos males extremos um encaminhamento para o bem, e que apressaram as etapas intermediárias com boas leis; e merece gratidão aos homens o filósofo que teve a coragem, do seu gabinete obscuro e desprezado, de lançar à multidão as primeiras sementes das verdades úteis, por muito tempo infrutíferas.

Para EUGENIO RAÚL ZAFFARONI⁴ e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI a importância de BECARRIA traduz-se na seguinte frase: “É seguramente com CESARE BONESANA, Marquês de Beccaria, que se deve iniciar a lista daqueles que sem dúvida, podem ser considerados os próceres de nossa ciência”.

ALESSANDRO BARATTA⁵ assim se manifesta sobre a obra de BECCARIA:

Esta fase deliciosamente filosófica do pensamento penal italiano se abre com o pequeno e afortunadíssimo tratado *Dei Delitti e Delle Pena*, escrito por Cesare Beccaria em 1764. Este tratado é, como há muito a crítica amplamente demonstrou, menos a obra original de uma genial personalidade do que a expressão de todo um movimento de pensamento, em que conflui toda a filosofia política do iluminismo europeu, especialmente, o francês.

O grande nome da Escola Clássica foi FRANCESCO CARRARA, com a obra *Programa del corso di diritto criminale*. Através dele, nasce a Escola Jurídica Italiana que tinha como fundamento estabelecer a diferença entre o direito e a moral. De acordo com FRANCESCO CARRARA, a defesa da sociedade é a justificativa para o Estado exercer o direito de punir.

As principais características da Escola Clássica, segundo RENE ARIEL DOTTI⁶, possuem a seguinte subdivisão:

Como orientação político-social [...] a) pesquisou e estabeleceu os fundamentos e os limites do poder de punir do Estado; b) reagiu contra as penas cruéis e infamantes, propugnando pela abolição da pena de morte e outras penas corporais; c) reivindicou um sistema de garantias para o acusado durante o processo e na fase de execução.

Como orientação filosófica-jurídica [...] a) o método de estudo deveria ser lógico-abstrato; b) o crime e a pena são entes jurídicos, com abstração da realidade humana que envolve a conduta do

⁴ **Manual de Direito Penal Brasileiro**, v.1, p.234.

⁵ **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**, p.33.

⁶ **Curso de Direito Penal: Parte Geral**, p.153.

delinqüente, c) fundamento de responsabilidade penal a responsabilidade moral, com base no livre arbítrio, distinguindo entre imputáveis e imputáveis; d) a pena é retribuição, expiação da culpabilidade contida no fato punível, i.e., o maljusto como contragolpe ao mal-injusto praticado pelo criminoso.

Consoante as lições de BASILEU GARCIA⁷, também pode ser dito, a respeito da Escola Clássica:

[...] para se apreenderem os dados essenciais acerca da escola clássica, é útil analisar a definição do delito que CARRARA propôs e que centraliza os postulados capitais dessa escola: Delito é a infração da lei do Estado promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultado de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso.

Portanto, pode-se dizer, de forma resumida, que os principais postulados da Escola Clássica foram: a) a pena como caráter retributivo; b) o crime analisado como um ente jurídico; c) o Direito Penal tratado enquanto ciência, através do método dedutivo; d) a responsabilidade penal tendo como fundamento o livre arbítrio.

Finalmente, deve-se destacar o ideário segundo o qual a pena deve ser proporcional ao crime praticado, e não um castigo, de ordem estatal ou com fundamentação religiosa.

2.2 Escola Positiva

Por sua vez, a Escola Positiva, apresenta como postulado “direito, conhece o homem”. Defendendo esse fundamento e postulado, os notáveis da Escola Positiva, foram CESARE LOMBROSO, ENRICO FERRI e RAFAEL GAROFALO.

Contudo, não se devem misturar os conceitos abstraídos da Escola Positiva com a filosofia positivista de Augusto Comte, na medida em que são conceitos que não possuem vinculação alguma.

Na verdade, a origem da nomenclatura positiva, tem relação com aplicação, diferente da Escola Clássica, de métodos científicos e, portanto, positivos no estudo do Direito Penal, sobretudo, na figura do delinqüente.

⁷ Instituições de Direito Penal, p.86.

A principal característica desta escola era a análise do criminoso em sua essência, por suas características físicas e biológicas, somadas à ambiência na qual vivia.

É certo que a Escola Clássica, a princípio, não estudava a figura do delinqüente, tratando apenas e tão somente da figura delitiva, notadamente, as características do delito, propriamente dito. Tanto que, em relação aos clássicos, é correto dizer que foram eles os responsáveis, em sua grande maioria, pelo desenvolvimento das principais teorias de compreensão e caracterização do delito.

A Escola Positiva, por seu turno, agrega aos seus fundamentos, o conhecimento de outros ramos do conhecimento, tal como a Antropologia, Criminologia e a Sociologia. Ao Direito aplicam-se métodos de análise enquanto ciência, tanto que a esse período é conhecido como período científico do Direito Penal.

Segundo ROBERTO LYRA⁸: “Para os positivistas históricos, o Direito Penal devia subordinar-se, ora à Antropologia Criminal (Lombroso), ora à Sociologia Criminal (Ferri), ora à Criminologia (Garofalo)”.

Pela doutrina, um dos fundadores do período científico do Direito Penal, dando advento à Escola Positiva, foi CESARE LOMBROSO.

CESARE LOMBROSO agrega ao Direito Penal os conhecimentos advindos da Antropologia, sendo criador da “teoria do criminoso nato”⁹.

É preciso ressaltar que CESARE LOMBROSO, diferentemente do que se possa pensar, possui como formação principal a medicina psiquiátrica e não o direito. Na sua carreira, um dos cargos ocupados foi o de Diretor do Manicômio de Pésaro, local onde pode observar os delinqüentes com anomalias mentais.

Segundo ALESSANDRO BARATA¹⁰, CESARE LOMBROSO, na obra *L'uomo delinquente* “[...] considerava o delito como um ente natural, ‘um fenômeno necessário como o nascimento, a morte, a concepção’, determinado por causas biológicas e de natureza sobretudo hereditária”.

A respeito de CESARE LOMBROSO, RENE ARIEL DOTTI diz:

⁸ **Novíssimas Escolas Penais**, p.7.

⁹ Teoria segundo a qual o criminoso possui características físicas e biológicas que o indicariam, como é relatada em sua obra *L'uomo delinquente*.

¹⁰ Op. cit., p.38-39.

Foi na Universidade de Turim que Lombroso assumiu a cátedra de Psiquiatria onde lecionou a disciplina de Antropologia Criminal. As investigações que iriam fundamentar muitas de suas conclusões acerca da teoria do criminoso nato tiveram como objeto os cadáveres de delinquentes mortos em confronto com policiais. E foi na autópsia de um deles, o famoso bandido Vilella, que Lombroso encontrou o que chamou de *fosseta occipital média*, indicativa de seres inferiores na escala animal. Em face daquele achado heurístico, o grande mestre sustentou a idéia segundo a qual o criminoso reproduz a natureza e as tendências do homem primitivo. O delito, portanto, seria a expressão do atavismo.

Sobre sua importância dentro do Direito Penal, ROBERTO LYRA¹¹ diz o que segue: “O relevo de CESARE LOMBROSO, tem sido equiparado ao de CESARE BECCARIA, falando-se nos dois Césares do Direito Penal”

Já ENRICO FERRI, conhecido advogado criminalista, é autor de obras importantes a respeito desse tema: *L'imputabilità umana e La negazione Del libero arbitrio*, *Progetto di codice penal italiano* e *I delinquenti nell'arte e nella letteratura*.

Agregou ao Direito Penal a Sociologia, analisando as condições, notadamente, de ordem social, que circundam a ambiência do delinquentes.

Na linha de ENRICO FERRI, há a total desvinculação do livre arbítrio, no que se refere à responsabilidade penal. Há, no seu entendimento, fatores de cunho sociológico que preponderam na responsabilização penal.

Portanto, em virtude dos argumentos acima expostos, ENRICO FERRI¹² estabelece a seguinte diferença entre os fundamentos da Escola Clássica e da Escola Positiva:

A diferença profunda e decisiva entre as duas escolas está portanto principalmente no Método: dedutivo, de lógica abstrata, para a escola clássica, - indutivo e de observação dos fatos para escola positiva; aquela tendo por objeto “o crime” como entidade jurídica, esta, ao contrário, “o delinquentes” como pessoa, revelando-se mais ou menos socialmente perigosa pelo delito.

Nesse sentido, ALESSANDRO BARATTA¹³ a respeito das características da Escola Positiva apregoa:

¹¹ Op. cit., p.9

¹² **Princípios de Direito Criminal**, p.65.

¹³ Op. cit., p.38.

A reação ao conceito abstrato de indivíduo leva a Escola positiva a afirmar a exigência de uma compreensão do delito que não se prenda à tese indemonstrável de uma causação espontânea mediante um ato livre de vontade, mas procure encontrar todo o complexo das causas na totalidade biológica e psicológica do indivíduo, e na totalidade social que determina a vida do indivíduo.

É importante também citar RAFAEL GAROFALO, autor da fase conhecida como jurídica da Escola Positiva; mesmo que seus estudos não tenham surtido o mesmo efeito que os de CESARE LOMBROSO e ENRICO FERRI, sua obra – A Criminologia - ganhou destaque por fornecer conteúdo de sistema aos postulados positivistas, estabelecendo os seguintes princípios: a) responsabilidade do delinqüente com base na periculosidade por ele proporcionada; b) finalidade da pena como prevenção especial; c) fundamento da punição consiste na teoria da Defesa Social.

A respeito de RAFAEL GAROFALO, ROBERTO LYRA¹⁴ assim se manifestou:

GAROFALO, se bem que, na primeira fase da escola, desse mais importância à visão jurídica, revela, como FERRI, maior receptividade ao evolucionismo sociológico de SPENCER e à filosofia franco-inglesa em geral. Refiro-me, é claro, à vanguarda metodologicamente positivista.

2.3 A Terceira Escola

A referida Escola Penal surge no contexto das escolas ecléticas, cujos dogmas refletiam a não concordância com os posicionamentos extremados das Escolas Positiva e Clássica.

Os principais defensores foram: BERNARDINO ALIMENA, GIAN BATISTA IMPALLOMINI e EMMANUELE CARNEVALE.

A Terceira Escola tenta agregar e formar uma síntese dos principais postulados das escolas Positiva e Clássica, no que não são divergentes, sobretudo, no que se refere à independência do Direito Penal, enquanto sistema positivado, contudo, agregando os valores advindos das ciências humanas, notadamente, da Antropologia, Criminologia e Sociologia, conforme preconiza RENE ARIEL DOTTI¹⁵:

¹⁴ Op. cit. p.7.

¹⁵ Op. cit., p.153.

Essa escola sustenta que se deve manter a autonomia do Direito Penal, mas sem desconsiderar a importância da Filosofia do Direito ao mesmo tempo em que se deveriam promover investigações antropológicas e sociológicas do delito.

2.4 A Escola de Política Criminal

Dentro ainda dos movimentos ecléticos surge a Escola de Política Criminal, cujo comando e diretrizes são de FRANZ VON LITSZ, o qual desejava unir os positivistas e clássicos, pouco se diferenciando da Terceira Escola.

A intenção da referida escola consistia em estudar o Direito Penal em todas as suas possíveis aplicações, conforme ensinam EDILSON MOUGENOT BONFIM e FERNANDO CAPEZ¹⁶: “Referida Escola era deliberadamente eclética e visava ao estudo do ‘Direito Penal total’, ou seja, à confluência das ciências contributivas que formariam a ‘enciclopédia penal’”.

Como características, temos a independência do Direito Penal, visto como ciência autônoma, da mesma forma que são tidas como ciências autônomas a Criminologia, a Antropologia e a Sociologia, de maneira que a imputabilidade tem fulcro na responsabilidade penal, por fim, a pena possui como variante a periculosidade do preso.

2.5 Escola Técnico-Jurídica

A Escola Técnico-Jurídica tinha como postulado o estudo da aplicação do Direito Penal, defendendo sua autonomia e apresentando como objeto de estudo e análise, única e exclusivamente, a lei positiva.

Por outro lado, não aceitava como vinculação ou mesmo fonte de estudo, qualquer tipo de contribuição proveniente da Criminologia, da Sociologia, da Antropologia, da Filosofia e ciências afins.

Portanto, conforme ensinam EDILSON MOUGENOT BONFIM e FERNANDO CAPEZ¹⁷ “[...] o estudo técnico jurídico tem de se ater o Direito Penal vigente, sendo feito por meio de processos de pesquisas exegéticas, dogmáticas e críticas.”

¹⁶ **Direito Penal Parte Geral**, p.98.

¹⁷ *Ibid.*, p.98.

Na verdade, constatou-se depois que a Escola Técnico-Jurídica nada mais era do que dogmática penal, propriamente, dita.

3. EVOLUÇÃO DA TEORIA DO DELITO

3.1 Do causalismo ao finalismo

No que concerne à Teoria do Delito, duas grandes teorias (Clássica e Finalista) preocuparam-se em estabelecer seus respectivos conceitos sobre a conduta humana, haja vista que sem ela, inexistente o crime.

Tanto a Teoria do Causal como a Finalista também possuem suas incongruências quando conceituam a culpabilidade que, igualmente, ao conceito de ação, também será, resumidamente, tratada no presente trabalho.

A pioneira teoria que estabeleceu os primeiros parâmetros conceituais foi a conhecida como Clássica ou Causal-Naturalista, baseada nos pilares da Escola Positivista e tendo forte influência das ciências naturais. Ela definia a conduta como uma mera seqüência de ato, a qual, em conseqüência, dava causa a um resultado.

Teve como principais precursores FRANZ VON LISZT e ERNEST VON BELING.

Segundo FRANZ VON LISTZ¹⁸, na concepção clássica, a ação era conceituada como:

[...] caracteriza a manifestação de vontade e, por conseguinte, a ação significa simplesmente, no sentido desta concepção, o impulso da vontade. Pode-se definir fisicamente como inervação, e se pode conceber psicologicamente como “aquele fenômeno da consciência pelo qual estabelecemos as causas”.

A fase em que a Teoria Clássica foi desenvolvida e, portanto, teve forte influência, percebia-se que os jusfilósofos traziam conceitos vindos das leis da natureza, para as ciências humanas, daí, definir a conduta com sendo uma mera relação de causa e efeito.

Segundo o RENE ARIEL DOTTI¹⁹ entende-se por ação: “Para os adeptos da Teoria do Causal-naturalista, a ação pode ser definida como um comportamento humano voluntário que produz modificação no mundo exterior.”

¹⁸ **Tratado de Derecho Penal, t.2**, p.297 – [...] caracteriza la manifestación de voluntad y, por conseguinte, el acto significa simplemente, en el sentido de esta concepción, el impulso de la voluntad. Se le puede definir fisicamente como inervación, y se le puede concebir psicológicamente como “aquele fenómeno de la conciencia por el cual establecemos las causas” (tradução livre do autor).

O termo utilizado por FRANZ VON LISZT para conceituação da conduta, - enervação muscular -, significa um movimento voluntário, no qual é totalmente dispensável ou prescindível o fim, ou a finalidade para a qual se dirige.

Igualmente, cabe esclarecer que durante o seu desenvolvimento, a Teoria Clássica passou por duas fases distintas, a primeira, definia a conduta – a ação ou omissão humana – desprovida da voluntariedade, sendo, portanto, uma mera enervação muscular. No entanto, sob influência de IMMANUEL KANT e EDMUND MEZGER, a segunda fase da teoria, consistiu na inclusão da voluntariedade no conceito de conduta, sendo definida como fase neoclássica.

LUIZ RÉGIS PRADO²⁰ estabeleceu, de maneira objetiva, as duas fases distintas do desenvolvimento do causalismo:

a) Teoria do Causal-naturalística – Ação é o movimento corporal voluntário que causa uma modificação no mundo exterior. A manifestação da vontade é toda conduta voluntária – ação ou omissão – resultante de um movimento do corpo. Compõe-se de: *vontade, movimento corporal e resultado*. É concebida em seu aspecto natural, axiologicamente, neutra (*teoria acromática, sistema Listz-Beling* ou *clássico de delito*).

[...]

b) Teoria do Causal-valorativa – Em momento posterior, admitiu-se, por influência da filosofia neokantiana, um conceito valorativo da ação – *conduta humana como atuação da vontade no mundo exterior* -, mas que não deixou de ser um conceito causal.

Entretanto, a simplicidade do conceito causal de ação, não respondia diversas questões atinentes ao tema, fazendo com que, HANS WELZEL – penalista alemão - em absoluta contestação do dogma causal-natural, incluísse no conceito de ação, o elemento finalidade.

Para os finalistas toda conduta é voltada e dirigida a um fim, a finalidade é inerente à conduta, de maneira que, para os mesmos, não é possível, excluir da conduta o elemento finalidade.

O próprio HANS WELZEL²¹ assim definiu a Teoria do Finalista da ação:

A ação humana é exercício de uma atividade final. A ação é, portanto, um acontecimento *final* e não puramente *causal*. A

¹⁹ Op. cit., p.307.

²⁰ **Curso de Direito Penal Parte Geral**, p.302.

²¹ **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Tradução Luiz Régis Prado**, p.27.

finalidade, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis conseqüências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins.

[...]

A finalidade é, por isso – dito de forma gráfica – “vidente”, e a causalidade, “cega”.

Há ainda resistência à Teoria do Finalista da ação, isso em decorrência do conceito de crime de culposos, no qual a conduta humana é involuntária, logo, se involuntária é a conduta, primeiro elemento do crime, não haveria que se falar em finalidade numa conduta que, desde o início, não seria desejada.

Não bastasse isso, também não convence aos críticos a questão atinente ao resultado no crime culposos o qual é previsível.

No que diz respeito às características do finalismo, LÚCIO ANTONIO CHAMON JÚNIOR²² assim se manifestou:

Neste sentido, o sujeito faria uma antecipação mental e interna do resultado a partir do qual, uma vez querido, buscaria os meios a alcançá-lo. Todavia, quando da escolha destes meios, o sujeito também realizaria um processo capaz de perceber – ainda que mentalmente e em razão de seu saber causal acumulado – quais seriam os efeitos concomitantes, podendo, assim, ainda que dentro de um mesmo plano selecionar outros meios, ou ainda contar com a superveniência de tais efeitos.

Portanto, de maneira bastante resumida, no que diz respeito ao conceito de ação tem-se, de um lado, a Teoria do Causal, defendendo a conduta apenas como uma mera enervação muscular que leva a um resultado, absolutamente, desprovida de qualquer outro elemento e, por outro lado, a Teoria do Finalista que acresce ao conceito de ação, a finalidade, pois toda ação é dirigida a um fim.

Ainda analisando as teorias causal e finalista, a culpabilidade também foi objeto de intenso debate pelos partidários e defensores, das teorias mencionadas.

A Teoria Psicológica da Culpabilidade foi desenvolvida por BELLING e FRANS VON LITSZ, os mesmos que deram azo ao desenvolvimento da Teoria do Causal-Naturalista da ação, precursora no desenvolvimento do tema.

Diante disto, para os adeptos da Teoria do Causal, o conceito de delito era dividido em dois elementos, o objetivo e o subjetivo; no primeiro, estaria o fato típico

²² **Do Giro Finalista ao Funcionalismo Penal**, p.16-17.

e antijuridicidade, conhecido como injusto penal; no segundo, por fim, estaria a culpabilidade.

Logo, se o fato típico fazia parte do elemento objetivo, pode-se afirmar que se adotava a Teoria do Tipo Avalorado, ou seja, ao tipo penal cabia apenas a descrição da conduta em toda a sua extensão. Retroagindo, a Teoria do Tipo Avalorado, foi a primeira teoria a estabelecer seus conceitos, sendo, posteriormente, superada pela teoria que entende que o fato típico consiste em indício de ilicitude, proporcionando ao tipo penal o caráter indiciário.

Também, quanto à antijuridicidade, bastava a contradição da conduta do agente frente ao ordenamento jurídico, sem qualquer conteúdo de subjetividade ou mesmo conhecimento de que agia em contrariedade à lei.

Porquanto, se ao fato típico cabia apenas a descrição do tipo penal para configuração da antijuridicidade bastava apenas a realização concreta e fática de conduta divergente do ordenamento jurídico; a culpabilidade era composta pelo dolo e culpa como suas espécies e a imputabilidade como seu pressuposto.

Tendo a imputabilidade como pressuposto da culpabilidade, antes de se adentrar à análise do dolo ou culpa, primeiro deveria ser analisada a capacidade do agente de compreender o caráter ilícito de sua conduta.

Pela Teoria Psicológica a culpabilidade consistiria apenas no elo psicológico que liga o autor ao ilícito perpetrado; assim, o dolo é desprovido do conhecimento da ilicitude, não sendo normativo, mas apenas natural.

JOSÉ FREDERICO MARQUES²³ sobre a Teoria Psicológica assim dissertava:

A conduta objetivamente ilícita de que proveio a lesão a interesse penalmente tutelado só será delituosa e punível, se contiver o coeficiente subjetivo da culpabilidade. É esta que liga o fato típico e antijurídico ao homem, estabelecendo o nexa necessário entre o conteúdo objetivo da conduta ilícita e o querer interno do agente. Dolo e culpa são formas de que se reveste o liame psicológico entre o agente e o fato ilícito. E como nos falta no vocabulário jurídico um termo que exprima genericamente o elemento subjetivo do crime, adota-se o termo “culpabilidade” (ou culpa em sentido lato) para designar o terceiro elemento estrutural do delito.

²³ Tratado de Direito Penal, v.2, p.201.

BASILEU GARCIA²⁴ adepto da Teoria Psicológica, manifestava-se da seguinte maneira:

A culpabilidade é o nexu subjetivo que liga o delito ao seu autor. Reveste, no Direito brasileiro, as formas de dolo e culpa. Este último vocábulo, emprega-se em sentido restrito, que é o mais usual, e em sentido amplo, para designar, *in genere*, a culpabilidade.

Essa teoria desenvolvida pelos penalistas alemães, em que pese sua importância, visto ser a precursora, não conseguia, no entanto, considerando a culpabilidade mero elo psicológico, explicar como se caracterizaria um delito que fosse perpetrado tendo como elemento volitivo a culpa inconsciente.²⁵

Portanto, passou-se à fase seguinte, no desenvolvimento da Teoria Normativa da Culpabilidade.

Também conhecida como Teoria Psicológico-Normativa ou Normativa Complexa, consiste em uma evolução do conceito de culpabilidade, surgida, paralelamente, à evolução do conceito de ação, na qual IMMANUEL KANT mesmo sendo adepto ao classicismo aderiu à conduta um elemento valorativo.

Pela Teoria Normativa desenvolvida por FRANK, a culpabilidade não poderia ser mais tratada como nexu psicológico, vez que não explicava a problemática da culpa inconsciente; entretanto, acrescentou à culpabilidade um conceito normativo, um juízo valorativo e, portanto, de reprovabilidade.

Segundo ANTONIO CARLOS DA PONTE²⁶:

Para os adeptos da teoria psicológico-normativa, a culpabilidade é um juízo de valor sobre uma situação fática de ordinário psicológico, e seus elementos psicológicos, quais sejam, dolo e culpa, estão no agente do crime, enquanto seu elemento normativo está no juiz.

Dessa forma, pela Teoria Normativa, a culpa e o dolo que antes eram espécies de culpabilidade, passam a ser elementos; idêntica situação, ocorre com a imputabilidade, crescendo-se ainda a exigibilidade de conduta diversa²⁷.

²⁴ **Instituições de Direito Penal.v.1**, p.349.

²⁵ Na culpa inconsciente não há a previsão do resultado, assim, não havendo previsão de resultado como há que se falar em vínculo psicológico ou subjetivo?

²⁶ **Inimputabilidade e Processo Penal**, p.21.

²⁷ Possibilidade do agente, frente à situação que enfrentava, de determinar-se conforme o direito.

Nas palavras de FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO²⁸ assim se determinaram os parâmetros da Teoria Normativa:

Podemos sintetizá-la nos seguintes termos: “Dentro desta concepção normativa, a culpabilidade é, pois, essencialmente, um juízo de reprovação ao autor do fato, composto dos seguintes elementos: imputabilidade; dolo ou culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência, imperícia); exigibilidade, nas circunstâncias, de um comportamento conforme ao direito.

Outrossim, cabe ressaltar que para essa teoria, o dolo passava a ser híbrido, pois era dotado do liame psicológico da conduta aliado à consciência da ilicitude (dolo normativo).

No entanto, mesmo com o avanço da Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade, ainda pairavam dúvidas que não eram possíveis de serem sanadas através de sua adoção, sobretudo no que se refere aos criminosos habituais.

Porquanto, acrescentando-se como elemento o dolo normativo à culpabilidade, significa agregar e valorar, acima do necessário, toda a origem do agente, na sua ambiência social.

A respeito desse tema, cabe lembrar os ensinamentos de CÉZAR ROBERTO BITENCOURT²⁹:

Esse criminoso, em virtude do seu meio social, não tinha essa *consciência da ilicitude*, necessária à configuração do dolo, porque, de regra, se criava e se desenvolvia em um meio em que determinadas condutas ilícitas eram normais, corretas, eram esperadas pelo seu grupo social. Ora, se essa pessoa não tinha a consciência da ilicitude, porque nasceu e se criou em determinado grupo social, em que a visão sobre a realidade é diversa, e sendo a consciência da ilicitude indispensável à existência do dolo, a que conclusão se chegava? Somente se podia concluir que tal indivíduo agia sem dolo, pois não tinha consciência da ilicitude. Se agia sem dolo e sendo esse elemento requisito da culpabilidade, chegava-se a uma segunda conclusão: essa pessoa era inculpável.

Portanto, é possível concluir que a adoção desse conceito de dolo híbrido é deveras perigoso na medida em que seria quase impossível considerar-se

²⁸ **Princípios Básicos de Direito Penal**, p.223.

²⁹ **Manual de Direito Penal – Parte Geral**, p.291.

responsável por um delito aquele que possui um comportamento perigoso e danoso, do ponto de vista social, sobretudo, quando influenciado pelo meio em que vive.

Na Teoria Normativa Finalista, também conhecida como Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, desenvolvida HANS WELZEL, a culpabilidade é analisada como juízo de reprovabilidade, tendo, posteriormente, realocados, por HANS WELZEL os seus elementos dentro da estrutura do conceito de delito.

Assim, HANS WELZEL desenvolveu uma nova teoria da culpabilidade, deslocando o dolo e a culpa, aspectos subjetivos para a conduta, dentro do fato típico, acrescentando à culpabilidade, como juízo de reprovabilidade, os elementos imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Portanto, ao tipo penal que antes, segundo a concepção clássica tinha apenas função descritiva e à antijuridicidade, que consistia apenas na contradição da conduta com o ordenamento jurídico, desprovida de qualquer carga subjetiva, passou, com o patrocínio de HANS WELZEL a serem dotados de subjetividade. Ademais, o dolo que antes era híbrido, ou seja, normativo, passou a ser natural, ou seja, desprovido da consciência de ilicitude.

É importante trazer as lições de HANS WELZEL³⁰ sobre o tema:

No juízo da culpabilidade segue-se levando em conta, porém, elementos fáticos que não são objeto de consideração nos elementos anteriores do conceito de delito – por exemplo, a consciência da antijuridicidade e a imputabilidade. Esses elementos não podem ser trasladados para o tipo e para o injusto por razões de caráter lógico. A imputabilidade da ação antijurídica jamais pode ser, logicamente, elemento constitutivo de sua antijuridicidade. O mesmo acontece com a consciência da antijuridicidade, que não pode ser elemento constitutivo da antijuridicidade da conduta

Assim, pela doutrina de HANS WELZEL a culpabilidade passa a ser normativa e não mais o elo ou vínculo psicológico, o dolo e a culpa na conduta, e aquele desprovido da consciência ilícita.

3.2 Advento do funcionalismo e suas principais espécies

Pelo que se expôs no tópico anterior, há de dar-se a devida importância e grandeza à Teoria do Finalista de HANS WELZEL, a qual deu novo norte ao Direito

³⁰ Op. cit., p.91.

Penal, analisando enquanto ciência, agregando a finalidade à conduta e reconhecendo a culpabilidade enquanto juízo de reprovabilidade.

Contudo, com a evolução da Teoria do Delito, sobretudo, pela forte escola alemã, uma nova fundamentação na dogmática penal, liderada pelo penalista CLAUS ROXIN, formado pela Universidade Hamburgo estava por surgir no início dos anos 70.

CLAUS ROXIN, através de sua teoria, passa a desprezar os conceitos de ação e culpabilidade que outrora foram objeto de intensos debates pelos defensores das teorias causal (FRANZ VON LITSZ) e finalista (HANS WELZEL). Na verdade o que se passa a dar valor e agregar consiste na análise da função do Direito Penal no sistema social.

Entretanto, é importante frisar que não há relação alguma entre a Teoria de CLAUS ROXIN, quando faz alusão à análise do Direito Penal em relação à sua função no sistema social e a Teoria dos Sistemas desenvolvida por NIKLAS LUHMAN que, posteriormente, será objeto de análise.

O sentido utilizado por CLAUS ROXIN quando se refere a sistema, segundo LÚCIO ANTÔNIO CHAMON JÚNIOR³¹ significa dizer:

Quando analisa o “sistema do Direito Penal” está é pretendendo – sob a batuta, e sob sua interpretação de Kant – reunir sob o mando de uma determinada idéia, sob determinados princípios, os diversos conhecimentos da Dogmática penal, estruturando estes conhecimentos sob a luz desses princípios, permitindo, assim, que a Teoria do Delito seja, em suas palavras, “um todo ordenado”. Então, parte Roxin a uma interpretação do Direito Penal sob a idéia de sua finalidade e de seus princípios políticos criminais.

A crítica de CLAUS ROXIN é dirigida aos finalistas e clássicos, sob dois aspectos: de um lado, o excesso de rigorismo na análise decomposta dos elementos do crime e, de outro, o excesso ontológico em seus conceitos, menosprezando elementos inerentes na ambiência social.

Ademais, CLAUS ROXIN³² prossegue na crítica ao finalismo:

Os próprios adeptos da teoria final da acção nunca estiveram totalmente conscientes do antagonismo que se esconde por detrás

³¹ Op. cit., p.46.

³² **Problemas Fundamentais de Direito Penal**, p.114.

do ponto de partida da referida teoria; antagonismo esse que até ao momento ainda não foi claramente exposto na discussão dogmática. Porém, pode afirmar-se que tal antagonismo haveria necessariamente de influenciar a configuração sistemática desta doutrina, sendo que as dificuldades com que a Teoria do Finalista teve de se confrontar nos últimos quinze anos tiveram a sua origem, em última análise, nessas tendências opostas do conceito de acção supostamente tido como unitário.

Não obstante, fato é que o próprio CLAUS ROXIN³³, em que pesem suas críticas, reconhece a importância de HANS WELZEL dentro da Teoria do Delito, reconhecendo, inclusive seus méritos:

Primeiramente, o finalismo contribuiu de modo decisivo para o descobrimento do desvalor da ação enquanto um elemento constitutivo do injusto penal, e para a delimitação da culpabilidade e de outros pressupostos da responsabilidade penal. Está claro que a finalidade é somente um fator entre os vários que determinam o injusto penal.

Assim, analisando o Direito Penal enquanto função, a Teoria Funcionalista de CLAUS ROXIN, passou a ser cunhada de **funcionalismo teleológico**.

O ponto central do funcionalismo teleológico de CLAUS ROXIN consiste em adicionar à dogmática penal, elementos de política criminal, ou seja, elementos sociais, cuja função é limitar a responsabilidade criminal em casos que, efetivamente, seja necessária a sua aplicação, utilizando como critério limitador e de responsabilização penal a sua Teoria da Imputação Objetiva.

Por Teoria da Imputação Objetiva, compreenda-se, consoante o magistério de LUÍS GRECO³⁴:

[...] O que essa teoria faz é relegar o tipo subjetivo e a finalidade a uma posição secundária e recolocar o tipo objetivo no centro das atenções. Este tipo objetivo não pode, porém, esgotar-se na mera causação de um resultado – é necessário algo mais para fazer desta causação uma causação objetivamente típica. Este algo mais compõe-se, fundamentalmente, de duas idéias: a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado.

Segundo a lição de ANTONIO CHAVES DE CAMARGO³⁵:

³³ **Estudos de Direito Penal: Tradução Luís Greco**, p.59-60.

³⁴ **Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva**, p.09.

³⁵ Op. cit., p.37.

A dogmática, integrada com a política criminal, deve cumprir os requisitos da clareza e ordenação conceitual, referência à realidade e orientação em políticas criminais. O ponto de partida desta formulação é a configuração dos princípios superiores da dogmática na teoria penal.

Nesse sentido, o funcionalismo de CLAUS ROXIN, tido com moderado, defende que o fim da pena é exclusivamente preventivo negativo, seja no viés geral, como no especial.

Relembrando, entende-se que a pena, enquanto finalidade preventiva negativa, no aspecto geral, tem por objetivo prevenir, com sua aplicação que novos delitos venham a ser cometidos, através de uma ameaça psicológica, sob uma perspectiva de prospecção futura. Pode-se ainda dizer que, com sua aplicação, “ameaça” outras pessoas que cogitem, porventura, delinquir.

Por seu turno, quando a sanção é efetivamente aplicada, fala-se em prevenção geral negativa especial, pois direcionada está à pessoa que sofre a pena prevista no respectivo tipo penal.

A respeito do tema, PAULO QUEIROZ³⁶ manifesta-se afirmando que:

[...] distingue dois momentos da pena: a cominação e a individualização judicial. No primeiro momento, o objetivo da norma é “a intimidação de todos como possíveis protagonistas de lesões jurídicas”; no segundo, fim da pena é “dar fundamento efetivo à cominação legal, dado que, sem a aplicação da cominação tal seria ineficaz”. A aplicação/execução é a realização da coação psicológica contida na cominação legal, concretizando aquela ameaça. Portanto, o sentido da norma penal é a intimidação geral por meio da anulação dos impulsos de sensualidade móvel que é de todos os crimes.

Pode-se dizer que CLAUS ROXIN foi revolucionário, quando se despreendeu da carga valorativa sobre a conduta, quando reduziu a importância da tipicidade e da culpabilidade.

A doutrina, praticamente, majoritária comunga no sentido de igualar a importância de CLAUS ROXIN à de HANS WELZEL, no que se refere à Teoria do Delito, haja vista que seus postulados mudaram a análise da dogmática penal por quase toda a Europa e têm conquistado inúmeros adeptos na América Latina.

Pelo funcionalismo teleológico de CLAUS ROXIN a tipicidade formal, que consiste no mero enquadramento da conduta ao tipo penal, na subsunção da

³⁶ **Funções do Direito Penal**, p.35.

conduta ao tipo, seria realizada sob o crivo da função do Direito Penal, através da Teoria da Imputação Objetiva, a qual terá como norte os conceitos de política criminal.

A adesão aos postulados de dogmática penal e política criminal, vistos de maneira conjunta, também teriam seus pontos negativos, levantados pelo próprio CLAUS ROXIN³⁷, conforme segue abaixo:

[...] a) desatenção da justiça no caso concreto; b) redução de possibilidade de solução dos problemas; c) deduções sistemáticas ilegítimas do ponto de vista político-criminal e d) utilização de casos demasiados abstratos.

Porquanto, pesem as críticas levantadas pelo próprio criador, as vantagens da adoção do funcionalismo teleológico são infinitamente superiores.

Aduz CLAUS ROXIN³⁸:

Um sistema jurídico penal teleológico-racional difere dos projetos sistemáticos causal e final no campo do ilícito não só através de sua abertura para o empírico e para a política criminal, mas igualmente porque ele reconhece a ação típica não exclusivamente como um dado prévio ontológico, e sim também como produto de uma valoração legislativa.

Portanto, em síntese conclusiva a respeito do funcionalismo teleológico de CLAUS ROXIN, pode-se afirmar que sua teoria consiste na análise do Direito Penal, sob a perspectiva conjunta da dogmática penal com políticas criminais, sendo a pena caracterizada pela sua finalidade de prevenção geral negativa, tanto especial como geral, utilizando como critério de responsabilização criminal a Teoria da Imputação Objetiva, a qual fundamenta-se nos seguintes postulados: criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado.

Outrossim, a dogmática ao extremo como era no passado, para CLAUS ROXIN perde importância, notadamente, por dar maior grau de importância e concretude às políticas criminais.

Feito este breve esboço, no que diz respeito ao funcionalismo teleológico defendido por CLAUS ROXIN, passemos agora à análise de outra linha do

³⁷ **Funcionalismo e Imputação Objetiva: Tradução Luís Greco**, p.35.

³⁸ **Estudos de Direito Penal: Tradução Luís Greco**, p. 82.

funcionalismo defendida pelo penalista germânico GUNTHER JAKOBS, tido como extremado.

Ambas as teorias funcionalistas possuem como ponto em comum, o desapego ao excesso ontológico na dogmática penal empregada pelo finalismo.

Entretanto, a linha funcionalista defendida por GUNTHER JAKOBS, discípulo direto de HANS WELZEL, é deveras distinta, na medida em que utiliza como fundamentação, não a dogmática penal, muito menos conceitos vindos de política criminal, mas sim, fundamenta-se no modo como acredita que se constitui a sociedade.

Para ANTONIO CHAVES DE CAMARGO³⁹, GUNTHER JAKOBS:

[...] segue uma linha bastante diferenciada do finalismo, ao não admitir como fundamentos metodológicos de seu sistema a dogmática ontologista do finalismo welzeliano, base desta teoria.

Para tanto, baseou-se no filósofo NIKLAS LUHMANN, o qual é responsável pelo desenvolvimento da Teoria dos Sistemas, cuja origem remonta no funcionalismo estrutural de Parsons, o qual, por seu turno, adota os fundamentos de EMILE DURKEIN.

Resumidamente, a respeito de ÉMILE DURKEIN, AIRTON JOSE DA SILVA⁴⁰ diz o que segue:

A sociologia funcionalista é hoje uma das mais difundidas nas sociedades capitalistas, em primeiro lugar nos Estados Unidos. O pensamento de Émile Durkheim foi retomado e desenvolvido especialmente por dois sociólogos americanos, Robert K. Merton e Talcott Parsons, sem dúvida os maiores responsáveis pelo desenvolvimento do funcionalismo moderno. Na opinião de Peter Berger, "Robert K. Merton, da Universidade de Colúmbia, representa, juntamente com Talcott Parsons, de Harvard, o mais destacado teórico da sociologia americana contemporânea. A análise de Merton sobre as funções 'manifesta' e 'latente', bem como outras exposições importantes do que ele considera ser a abordagem funcionalista da sociedade, será encontrada em seu livro *Social Theory and Social Structure*, Chicago, Free Press, 1957". Funções manifestas são as funções conscientes e deliberadas dos processos sociais, enquanto que as funções latentes são inconscientes e involuntárias. Um exemplo dado por Berger nos ajuda a entender a distinção: "Missões cristãs em certas partes da África tentaram 'manifestamente'

³⁹ Op. cit. p.38.

⁴⁰ **O Discurso Sócio-Antropológico: Origem e Desenvolvimento**, Consulta em: <http://www.airtonjo.com/socio_antropologico03.htm> acesso em 24/09/2010.

converter os africanos ao cristianismo, mas ajudaram 'latentemente' a destruir as culturas tribais, proporcionando condições para rápida transformação social". O funcionalismo, ao analisar qualquer elemento de um sistema social, procura saber de que maneira este elemento se relaciona com os outros elementos do mesmo sistema social e com o sistema social como um todo, para daí tirar as conseqüências que interferem no sistema, provocando sua *disfunção*, ou, por outro lado, contribuem para a sua manutenção, sendo, portanto, *funcionais*.

Não é objetivo do presente trabalho, aprofundar-se na Teoria dos Sistemas, mas sim apresentar seus principais fundamentos que motivaram GUNTHER JAKOBS a desenvolver a sua Teoria Funcionalista, cunhada como **funcionalismo radical ou sistêmico**.

Pela Teoria dos Sistemas, como o próprio nome diz, a sociedade é composta de diversos sistemas sociais, os quais interligam-se em virtude do processo de ambiência e convivência social, de maneira que o elemento que mantém o equilíbrio entre os sistemas, é a expectativa de que seus integrantes não irão adotar posturas que venham a infringir regras básicas desta convivência.

Nesse sentido, NIKLAS LUHMANN⁴¹ afirma:

O que muda na atual compreensão da Teoria dos Sistemas, em relação aos avanços alcançados nos anos 1950 e 1960, é uma formulação mais radical, na medida em que se define o sistema como a diferença entre sistema e meio. Tal formulação necessita de um desenvolvimento explicativo, já que se apóia em um paradoxo de base: o sistema é a diferença resultante da diferença entre sistema e meio. O conceito de sistema aparece na definição, duplicado no conceito de diferença.

Toda a teoria está baseada, então, em um preceito sobre a diferença: o ponto de partida deve derivar da disparidade entre sistema e meio, caso queira conservar a razão social de Teoria dos Sistemas. Quando se escolhe outra diferença inicial, obtém-se então como resultado outro corpo teórico. Assim, a Teoria dos Sistemas não começa sua fundamentação com uma unidade, ou com uma cosmologia, que represente esse unidade, ou ainda com a categoria de ser, mas sim, com a diferença.

Assim, GUNTHER JAKOBS adotando em parte, os fundamentos da Teoria dos Sistemas, entende que a sociedade sendo composta por sistemas sociais, a par ainda das expectativas que nutrem em relação às pessoas, aduz à norma a função

⁴¹ Introdução à Teoria dos Sistemas: Tradução Ana Cristina Arantes Nasser, p.81.

estabilizadora da sociedade, na qual as pessoas que nela convivem devem ser, absolutamente, fiéis.

Ainda sobre a Teoria dos Sistemas, EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT⁴² assim se posiciona:

Na teoria dos Sistemas, as sociedades modernas se caracterizam por sua complexidade, porque se trata de um mundo onde tudo é possível, onde tudo pode ocorrer. Precisamente, para facilitar a orientação do homem no mundo devem-se criar mecanismos que permitam a redução da complexidade, e um deles é a criação de sistemas sociais, dentro dos quais o direito marca os limites da configuração que se dá a si mesma da sociedade e que caracteriza de uma determinada maneira.

A norma para GUNTHER JAKOBS tem função primordial no contexto social, como elemento de estabilização da sociedade, garantidor das expectativas existentes em cada um.

Dessa forma, forte na importância atribuída à norma, GUNTHER JAKOBS defende que a função do Direito Penal é a manutenção da vigência da norma.

Para GUNTHER JAKOBS⁴³:

Se se pretende que uma norma determine a configuração de uma sociedade, a conduta conforme a norma realmente deve ser esperada no fundamental, o que significa que os cálculos das pessoas, deveriam partir de que os demais se comportarão, conforme a norma, é dizer, precisamente, não a infringindo.

Ainda no que diz respeito à norma, mas agora, analisada sob o aspecto da conduta, GUNTHER JAKOBS⁴⁴ posiciona-se na seguinte linha:

Essa concepção, entretanto, não significa que somente o desvalor da ação tenha importância. Ao contrário, como já disse, o decisivo é que não se reconhece a vigência da norma, e esse não-reconhecimento, ao ser um processo comunicativo, sempre precisa de uma objetivação do fato de que o autor subjetivamente não tenha levado em consideração a norma como máxima de comportamento.

⁴² **Direito Penal e Funcionalismo: Tradução André Luiz Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil**, p.13.

⁴³ **Derecho Penal Del enemigo**, p.37 – Si se pretende que una norma determine la configuración de una sociedad, la conducta conforme a la norma realmente debe ser esperable en lo fundamental, lo que significa que los cálculos de las personas deberían partir de que los demás se comportarán conforme la norma, es decir, precisamente no infringiéndola (tradução livre do autor).

⁴⁴ **Fundamentos do Direito Penal: Tradução André Luís Callegari**, p.63.

A partir dessa seqüência de raciocínio, com base nos preceitos de GUNTHER JAKOBS, deve-se pensar, desapego aos conceitos ontológicos, adoção em parte da Teoria dos Sistemas, entendendo a norma, como elemento estabilizador da sociedade, o passo seguinte seria constituir um argumento de como manter-se a vigência da norma dentro do ordenamento jurídico, isto é, qual instrumento seria utilizado.

Assim, pelo funcionalismo sistêmico a função do direito é a manutenção da vigência da norma, sendo esta, a função do Direito Penal.

O Direito Penal para GUNTHER JAKOBS não pode ter como objetivo ou função, a proteção a bens jurídicos. Para o Catedrático da Universidade de Bonn, a proteção a bens jurídicos ocorre de maneira subsidiária, através da proteção principal da norma, mediante aplicação da sanção penal, seu instrumento de manutenção e vigência.

Sobre a função do Direito Penal, RENATO DE MELLO JORGE MIRANDA⁴⁵ assim descreve a posição de GUNTHER JAKOBS:

Negando a importância do bem jurídico, Jakobs coloca que a legitimação do Direito Penal se dá mediante a aprovação conforme a constituição das leis penais, sendo que, em espectro mais direcionado, a legitimação material residiria no fato de que essas leis são imprescindíveis para a manutenção da forma da sociedade e do Estado.

[...]

De acordo com seu pensamento, a Teoria do Bem Jurídico é desprovida de potencial crítico, podendo dizer respeito a qualquer opção do legislador. Para ele, a proteção ao *status quo* melhor se mostraria desde uma perspectiva normativa, que denotaria o fim do Estado, sem prejuízo de opções liberais. Em verdade, conforme essa linha de pensar, o Direito Penal não deve servir para uma proteção genérica de bens jurídicos, mas para proteção de bens contra certos ataques, garantidos que são pela norma, sem que haja uma idealização prévia a esta.

Sobre a norma e suas características GUNTHER JAKOBS⁴⁶, entende que devem ser manifestadas através de um ato jurídico competente e que também deve

⁴⁵ **Crimes Sexuais: Bases críticas para a reforma do Direito Penal sexual**, p.184-185.

⁴⁶ **El Derecho Penal Del Enemigo en el contexto Del funcionalismo**, p.14-15 - El primeiro de los puntos de partida – el Derecho vigente es el Derecho fundamentado como correcto – es puramente normativo; el mundo de las normas jurídicas lleva aquí una vida propia en la que lo único que interesa es si las normas jurídicas y sus concreciones han sido inferidas de modo formalmente correcto de una norma de autorización vigente o de manera materialmente correcta de principios superiores materiales vigentes, concretamente, de la inteligencia o de la razón, o de una

prever uma sanção, inclusive sob pena de responsabilização, pela omissão por parte do governante que não faça a previsão adequada, aliado ainda à sua absoluta ineficácia:

O primeiro dos pontos de partida – o direito vigente é o direito fundamentado como correto – é puramente normativo; o mundo das normas jurídicas leva aqui uma vida própria sendo que apenas interessa é se a norma jurídica e suas concreções tenham sido inferidas de modo formalmente correto, de uma norma de autorização vigente ou de maneira materialmente correta, de princípios superiores materiais vigentes, concretamente, da inteligência ou da razão, ou de uma Constituição que se encontra – seja pela razão que for – em vigor. Se não se cumpre uma norma, deve produzir-se uma sanção; se isto não ocorre, deverá sancionar-se a omissão por parte do órgão do Estado.

Concatenando o pensamento funcionalista sistêmico de GUNTHER JAKOBS, o Direito Penal possui como meta principal a manutenção da vigência da norma, a qual, por sua vez, possui como função, manter as expectativas sociais de condutas em sua convivência social.

O instrumento que é responsável pela materialização da função do Direito Penal, enquanto mantenedor da vigência da norma é, justamente, a sanção penal. Por conta deste raciocínio a pena, segundo GUNTHER JAKOBS, possui função de prevenção geral positiva.

Mas nesse ponto, a desobediência/infidelidade ao um comando estabelecido na norma dando azo à configuração de um crime, indo, portanto, de encontro ao que nela está estabelecido, configura uma disfunção sistêmica, que deve ser reprimida através da sanção, que estabiliza a expectativa quebrantada.

Levando em conta este raciocínio GUNTHER JAKOBS⁴⁷ diz:

Partindo dessa perspectiva, chega-se a uma concepção coerente do ordenamento jurídico: o direito não é um muro construído para proteger bens, é, sim, a estrutura que garante a relação entre as pessoas. Portanto, o Direito Penal como proteção de bens jurídicos significa que uma pessoa, apegada a seus bens, é protegida de ameaças de outra pessoa.

Constitución que se encuentra – sea por la razón que sea – em vigor. Si no se cumple una norma, debe producirse una sanción; si esto no sucede, deberá sancionarse la omisión por parte del órgano del Estado (tradução livre do autor).

⁴⁷ **Direito Penal e Funcionalismo: Tradução André Luiz Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil**, p.33.

Portanto, a respeito da sanção penal, para GUNTHER JAKOBS⁴⁸, esta possui como característica a prevenção geral positiva, tendo ainda como finalidade “[...] demonstra sua validade especialmente na teoria dos fins da pena: o fato é uma lesão da vigência da norma, a pena é a sua eliminação”.

Discordando de GUNTHER JAKOBS, no que se refere à pena enquanto prevenção geral positiva, JESÚS-MARÍA SILVA SANCHEZ⁴⁹, vincula a função da pena a características de um Direito Penal Simbólico:

[...] Em outras palavras, convertendo-se num mecanismo puramente simbólico e abandonando o terreno do instrumental. Assim, se é certo que um direito eficiente seguramente será sempre funcional, não está tão claro que um Direito funcional precise ser realmente, e não apenas forma aparente, eficiente. Está claro que, se um Direito meramente simbólico, de pura aparência de eficiência, então a médio ou a longo prazo tampouco terá cumprido sua função preventiva. Desse modo, evidentemente, constituirá um dos mais claros exemplos de direito ineficiente, pois, com custos supostamente (apenas supostamente) mais baixos, na verdade não terá conseguido vantagem real alguma.

Tal como CLAUS ROXIN, o sistema funcionalista de GUNTHER JAKOBS também possui como critério de atribuição da responsabilidade a Teoria da Imputação Objetiva, a qual, segundo MANUEL CANCIO MELIÁ e ANDRÉ LUIZ CALLEGARI⁵⁰ consiste, no que se encontra abaixo transcrito:

A teoria da imputação objetiva é o contexto teórico em que se delinea o alcance objetivo real das normas penais, dos tipos delitivos, não uma mera tópica de problemas de imputação do resultado.

[...] Entendida a teoria da imputação objetiva deste modo, é um procedimento de interpretação dos tipos penais que significa a conexão entre texto da lei e a realidade social.

Portanto, feito este breve esforço a respeito da Teoria Funcionalista de GUNTHER JAKOBS, podemos assim resumi-la: a finalidade do Direito Penal é a manutenção da vigência da norma, através da sanção penal. A infração penal

⁴⁸ Ibid., p.51.

⁴⁹ **Eficiência e Direito Penal, Coleção Estudos de Direito Penal: Tradução Maurício Antonio Ribeiro**, p.54.

⁵⁰ Op.cit. p.85-86.

desestabiliza o sistema, configurando uma infidelidade à norma, razão pela qual a norma, reestabiliza o sistema, através da aplicação da sanção penal, tendo dessa maneira a pena, características de prevenção geral positiva. Ademais, o critério de responsabilização criminal, também é a Teoria da Imputação Objetiva, com algumas diferenças em relação à estabelecida por ROXIN, mas não é objetivo do presente trabalho aprofundar-se nesse assunto.

Num quadro comparativo dos sistemas funcionalistas penais de GUNTHER JAKOBS e CLAUS ROXIN, a doutrina, embora ainda apresente resistência, encontra maior afinidade com os postulados de CLAUS ROXIN, o qual limita a aplicação do Direito Penal, sendo, portanto, mais benéfico ao delinqüente, diferente do critério de GUNTHER JAKOBS, sobretudo, levando-se em conta sua fundamentação a respeito da culpabilidade atrelada à fidelidade normativa.

Mesmo assim, o próprio CLAUS ROXIN⁵¹ reconhece a importância de GUNTHER JAKOBS, conforme segue abaixo:

A especial originalidade metódica de sua concepção de sistema consiste em estruturar a dogmática jurídico-penal com base nos conceitos e categorias da teoria de sistemas sociais (em especial a de LUHMANN). No que toca ao conteúdo, mais controvertida peculiaridade de sua teoria do crime está em deixar JAKOBS a culpabilidade ser completamente absorvida pelo conceito de prevenção geral, em consonância com sua teoria dos fins da pena.

⁵¹ **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal: Tradução Luiz Greco**, p.130.

4. BEM JURÍDICO PENAL

O Direito Penal tendo como norte a teoria do contrato social desenvolvida por Jean Jacques Rousseau em sua obra o “O contrato social”, tem como finalidade proteger os cidadãos que dele fazem parte, contra atos nocivos e que perturbem a paz social.

Isso quer dizer que as pessoas as quais fazem parte e aderiram a este contrato, são coniventes e permitem que o Estado atue, seja de forma repressiva ou preventiva, no sentido resguardar a paz e segurança social.

Assim, o Direito Penal possui caráter intimidador e de controle social, por parte do Estado, uma vez que elege condutas que entende perniciosas ao convívio social, criminalizando-as, através do comando normativo competente, determinando sanção, por vezes, proporcional à sua gravidade, seja de natureza pecuniária, seja restritiva de liberdade.

De toda sorte, entendendo que o Direito Penal é um instrumento do Estado, no sentido de criminalizar condutas que entende nocivas à sociedade, também é correto dizer que o Direito Penal de um Estado, será reflexo do regime adotado pelo mesmo.

Temos exemplos, num passado não muito distante, de regimes totalitários, como na Alemanha nazista ou na Itália de Mussolini, onde o Estado, utilizando-se do instrumento a ele conferido – Direito Penal – reprimia uma série de condutas que entendia como nocivas, diante do contexto social que vivenciava e, portanto, perniciosas à sociedade, ferindo direitos e garantias outrora reconhecidas por legislações anteriores.

Portanto, o Direito Penal é um forte, senão o maior instrumento, nas mãos do Estado, com vistas à manutenção do poder. Levando-se em conta esse quadro, a história fornece-nos diversos exemplos de como o Direito Penal foi mal utilizado por inúmeros governantes, elegendo condutas que não demandavam resposta através do Direito Penal, haja vista que o Estado utilizava de critérios não, necessariamente, jurídicos na eleição de condutas criminosas, mas sim, critérios políticos e subjetivos, visando apenas à manutenção e sustentação no poder.

Diante dessa fundamentação, o postulado que deve determinar e vincular o Estado, através do legislador, na eleição de condutas criminosas, é tarefa bastante

árdua, mas os erros e excessos do passado, como no Absolutismo, na Idade Média e na Segunda Grande Guerra Mundial, fornecem parâmetros de como não agir e, as vitórias conquistadas através da Revolução Francesa e do Iluminismo são exemplos a serem seguidos pelo legislador no sentido de ter um Direito Penal justo e condizente com os valores humanitários de uma sociedade democrática, valorizando acima de tudo a dignidade da pessoa humana.

Com a finalidade de concretizar-se um Direito Penal que atenda aos ideários da sociedade hodierna, duas premissas deverão sempre orientar e pautar o legislador, quais sejam: o seu caráter fragmentário e o Direito Penal como *ultima ratio*.

Pelo caráter fragmentário, significa dizer que o Direito Penal elege determinadas condutas, dentro de um contexto, que devem merecer resposta penal, ou seja, reprime apenas fragmentos de condutas e não todas; por *ultima ratio*, entenda-se que o Direito Penal deve agir, apenas e tão somente, como último instrumento por parte do Estado. Dessa forma, se outros instrumentos legais tais como o Direito Civil, Administrativo, são suficientes para resolução do conflito, não se deve utilizar o Direito Penal, haja vista sua característica repressiva e, portanto, mais grave, suprimindo, por vezes, direitos como a liberdade, patrimônio e até a própria vida.

A respeito da *ultima ratio*, BERND SCHÜNEMANN⁵²:

O significado da fórmula da *ultima ratio* tem sido discutido de maneira geral no que se atêm as relações entre Direito Penal e direito administrativo. Segundo TIEDMANN, em muitos casos o Direito Penal representa a medida menos grave, porque o controle por uma autoridade administrativa apenas é suficientemente eficiente se exercido com muito rigor, o que é um peso também para os cidadãos que se comportam conforme a lei. Sustentam que, pelo contrário, as proibições do Direito Penal, poderiam concentrar nos comportamentos verdadeiramente perigosos, intervindo assim, menos nas liberdades dos cidadãos.

⁵² **¡El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los limites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho. Traducción de Ángela de la Torre Benítez, p.52** - El significado general de la fórmula de la ultima ratio ha sido discutido en forma general en lo que atañe a las relaciones entre derecho penal y derecho administrativo. Según TIEDEMANN, em muchos casos el derecho penal representa incluso la medida menos grave, porque el control por una autoridad administrativa solo es lo suficientemente eficiente si se ejerce con mucho rigor, lo que es un peso también para los ciudadanos que se comportan conforme a la ley. Sostiene que, por el contrario, las prohibiciones del derecho penal podrían concentrar en los comportamientos verdaderamente peligrosos, interviniendo así menos em las liberdades de los ciudadanos (tradução livre do autor).

É preciso o magistério de LUIS GRECO⁵³, a respeito da *ultima ratio*, trazendo-a como sinônimo de acessoriedade, intervenção mínima e sua aproximação com o princípio da fragmentariedade.

O princípio da subsidiariedade, também denominado princípio da *ultima ratio*, da acessoriedade, da intervenção mínima, e de sentido bastante próximo ao chamado princípio da fragmentariedade, é amplamente reconhecido na moderna ciência do Direito Penal. A doutrina esmagadoramente majoritária o compreende da seguinte maneira: *como o Direito Penal representa a intervenção mais gravosa na liberdade dos cidadãos, o Estado só está legitimado a recorrer ao Direito Penal quando não dispuser de outro meio menos grave para coibir a prática de determinado comportamento*. Apesar de, na maior parte dos casos, se mencionarem entre os meios menos graves outros ramos do direito, em especial o direito administrativo ou o direito civil, alguns autores apontam, acertadamente, que também meios extra-jurídicos devem ser levados em conta.

A tarefa de determinar a diretriz a ser adotada pelo Estado, na eleição de condutas criminosas é deveras difícil, haja vista o vasto campo de discricionariedade por parte do detentor do poder. No entanto, a fim de frear esse poder, necessário faz-se estabelecer qual o efetivo objetivo do Direito Penal.

Para CLAUS ROXIN⁵⁴:

A questão a respeito de quais princípios gerais podem limitar a faculdade penal estatal de punir é bastante controvertida e objeto de extensa literatura. [...] Meu ponto de partida é o seguinte: os limites da faculdade estatal de punir só podem resultar na finalidade que tem o Direito Penal no âmbito do ordenamento estatal. Quero descrever esta finalidade de uma maneira que ela possa ser objeto de consenso na cultura ocidental e também em vastas partes do mundo.

4.1 Objetivos do Direito Penal

A terminologia a respeito do tema é diferente, consoante a doutrina a ser utilizada; fala-se em missão do Direito Penal, função do Direito Penal, mas o que se necessita saber é qual sua efetiva finalidade e objetivo, na medida em que, definidos

⁵³ **Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal**, p.266.

⁵⁴ **Estudos de Direito Penal: Tradução Luis Greco**, p.32.

esses parâmetros – missão, objetivo ou função – é possível fornecer subsídios que limitem a atuação legislativa, por vezes, repressora, através do Direito Penal.

Para FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO⁵⁵ para quem a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos:

A tarefa imediata do Direito Penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos. Nisso, aliás, está empenhado todo o ordenamento jurídico.

Na linha de HANS WELZEL⁵⁶, ao proteger-se valores elementares de consciência social, abre-se um caminho inevitável para a proteção aos bens jurídicos; no entanto, seu entendimento está condicionado ao primeiro momento, qual seja, a proteção de valores éticos e sociais, “[...] a função do Direito Penal é de natureza ético-social, para o segundo há de pensar-se em, principalmente a proteção dos bens jurídicos [...]”

Para CLAUS ROXIN⁵⁷ a finalidade do Direito Penal é “[...] garantir a convivência pacífica na sociedade [...]”, através da proteção de bens jurídicos, contrariamente à tese de que o Direito Penal tem como objetivo a proteção a bens jurídicos, conforme preleciona CLAUS ROXIN⁵⁸:

HIRSCH entende que o conceito de bem jurídico como entidade pré-existente ao critério do legislador não existe. O conceito de bem jurídico oferece um enfoque apto para a limitação imanente do Direito Penal. STRATENWERTH remete as múltiplas e diversas definições de bem jurídico existentes na literatura e assim conclui que “conseguir uma completa definição material de bem jurídico”, é impossível. Indo mais adiante, defende a opinião de que a razão pela qual se cria um tipo penal não é a proteção de bens jurídicos, senão a conduta indesejável. Deveria reconhecer-se que o decisivo na hora de querer criar uma norma, ou em sentido contrário, de não querer

⁵⁵ Op.cit., p.13-14.

⁵⁶ **Derecho Penal Parte Geral**, p.12 – [...] la función del derecho penal es el carácter ético y social, para el segundo há de pensar principalmente en la protección de bienes jurídicos [...] (tradução livre do autor).

⁵⁷ Op.cit., p.33.

⁵⁸ **¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?**, p.445 - HIRSCH entiende que el concepto de bien jurídico como entidad preexistente a labor del legislador no existe. El concepto de bien jurídico ofrece un enfoque apto para la limitación inmanente del Derecho Penal. STRATENWERTH remete a las múltiples y diversas definiciones de bien jurídico existentes en la literatura y de ahí concluye que “conseguir una completa definición material del bien jurídico”; o sea: es imposible. Yendo más allá, defiende la opinión de que la razón por la que se crea un tipo no es la protección de bienes jurídicos, sino lo indeseable de la conducta. Debería reconocerse que lo decisivo a la hora de querer mantener una norma o, en sentido contrario, de no querer em absoluto que se de una conducta, es la posición de la sociedade reconocida por el Parlamento (tradução livre do autor).

em absoluto que uma conduta seja típica, é a posição da sociedade reconhecida pelo Parlamento.

Por outro lado, para GUNTHER JAKOBS⁵⁹, a função do Direito Penal consiste na manutenção da vigência da norma, não descartando a proteção jurídica do bem, mas centrando-se na proteção da norma, como meta fundamental do Direito Penal. Para o penalista alemão, uma vez garantida a vigência da norma, por corolário, o bem jurídico estará protegido.

O Direito Penal garante a vigência da norma, não a proteção de bens jurídicos. Neste ponto, os representantes da tese da proteção dos bens jurídicos argumentarão que isso não deve, de forma alguma, ser uma contraposição; pelo contrário, dirão que o decisivo é limitar o Direito Penal à proteção da vigência daquelas normas que proíbem afetar um bem, e deslegitimar as outras normas, especialmente, aquelas que se caracterizam por proteger determinadas convicções morais.

Assim, temos posicionamentos, que se confrontam a respeito da missão do Direito Penal, de um lado, defendendo que sua missão seria a proteção dos bens jurídicos, de outro, preconizando a proteção da vigência da norma, segundo os adeptos do funcionalismo sistêmico, tendo como precursor GUNTHER JAKOBS, Não obstante as posições contrárias acima externadas por CLAUS ROXIN.

Dando enfoque às razões que fundamentam a não aceitação da Teoria do Bem Jurídico Penal, FÁBIO ROBERTO D'AVILA⁶⁰ afirma:

Entre velhos e novos argumentos alega-se, principalmente, (a) sua incapacidade em contribuir para a definição da tutela obrigatória, estaria restrita à tutela possível, nada dizendo sobre a obrigatória; (b) insuficiência enquanto argumento crítico, mesmo que restrito a definição de tutela possível; (c) a impossibilidade de obter-se uma definição material de bem jurídico ou mesmo a sua não preexistência ao legislador; (d) a sua inadequação a técnicas de tutela em expansão, nomeadamente no Direito Penal secundário, (e) a falácia do seu contributo na superação de delitos de cunho meramente moral, uma vez que, para a proibição de uma conduta, bastaria ser ela indesejada e, em razão disso, objeto de um acordo de base social e legislativamente reconhecido.

⁵⁹ **Direito Penal e Funcionalismo: Tradução André Luiz Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Cali**, p.34.

⁶⁰ **Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no Direito Penal contemporâneo**, p.10-11.

Contudo ainda que pesem as argumentações em sentido contrário e o calibre de seus autores, a doutrina majoritariamente inclina-se no sentido de que a finalidade principal do Direito Penal, consiste justamente na proteção de bens jurídicos, finalidade esta que vai ao encontro do conceito material do crime, no qual o delito consiste em lesão ou ameaça de lesão a bens juridicamente tutelados.

PAULO CÉSAR BUSATO e SANDRO MONTES HUAPAYA⁶¹, assim se posicionam em relação à missão do Direito Penal:

Deste modo, para que tenhamos um Direito Penal que expresse verdadeiramente os propósitos dos iluministas de igualdade e liberdade, somente é possível conceber como missão do Direito Penal a garantia igualitária de proteção aos bens jurídicos indispensáveis para o desenvolvimento social do homem, através da sanção aos ataques mais graves dirigidos contra tais bens jurídicos.

Ainda defendendo esse posicionamento, MARCIA DOMETILA LIMA DE CARVALHO⁶² assim se manifesta a respeito da função do Direito Penal:

A doutrina moderna tem entendido, como função primordial do Direito Penal, a proteção dos denominados bens jurídicos. Isto é explicado, por vários juristas, como consequência, mesmo, do postulado da garantia, impedindo, não só a intensificação dos aspectos subjetivos estranhos à realidade social, mas, também, a interferência do poder autoritário do aplicador da lei sobre condutas que, mesmo juridicamente relevantes, não ofendam esses bens jurídicos.

É importante lembrar as lições de CLAUS ROXIN⁶³ a respeito dos defensores do posicionamento de que o objetivo do Direito Penal consiste na proteção de bens jurídicos:

Sem embargo, a idéia de proteção de bens jurídicos como instrumento de limitação da intervenção jurídico penal também tem encontrado comprometidos defensores. HASSEMER, protagonista

⁶¹ **Introdução ao Direito Penal, Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**, p.35.

⁶² **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**, p.33.

⁶³ **¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?**, p.446 - Sin embargo, la Idea de protección de bienes jurídicos como instrumento de la limitación de la intervención jurídico-penal también ha encontrado comprometidos defensores. HASSEMER, protagonista desde hace más de treinta años del por el llamado concepto “crítico” de bien jurídico y en la actualidad vicepresidente del Tribunal Constitucional alemán, ha afirmando recientemente que “la prohibición bajo amenaza de pena de una conducta que no pueda vincularse con um bien jurídico constituiría terror estatal [...] la limitación de la esfera de libertad no tendría ningún elemento legitimador del que pudiera extraerse su sentido. SCHUNEMANN vincula la renuncia al potencial crítico del principio de protección de bienes jurídicos com la regresión del Derecho penal “a un nivel pré-ilustrado” (tradução livre do autor).

há mais de 30 anos do chamado conceito “crítico” de bem jurídico e na atualidade Vice-Presidente do Tribunal Constitucional Alemão, tem afirmado, recentemente, que “a proibição sob ameaça de pena de uma conduta que não possa vincular-se com um bem jurídico, constituiria terror estatal [...] a limitação de uma esfera de liberdade não teria nenhum elemento legitimador do que possa extrair-se seu sentido. SCHUNEMANN vincula a renúncia ao potencial crítico do princípio de proteção de bens jurídicos como o regresso do Direito Penal “a um nível pré-ilustrado”.

Finalmente temos a posição externada por EDUARDO LUIS AGUIRRE⁶⁴: “A pergunta obrigatória sobre o que consiste o objeto de proteção do Direito Penal, se responde, recorrentemente que o que tutela são os bens jurídicos [...]”

Portanto, forte na premissa maior de que a missão do Direito Penal consiste na proteção a bens jurídicos, ainda resta a difícil tarefa de conceituar o que seria bem jurídico.

Outrossim, destaque-se que o simples fato de um bem ser juridicamente tutelado, não significa dizer que tenha o respaldo da legislação penal, face às características inerentes ao Direito Penal, isto é, a fragmentariedade e da *ultima ratio*.

Eleito um bem jurídico, passadas as barreiras da fragmentariedade e da *ultima ratio*, ter-se-á o que se convém denominar de bem jurídico penal

4.2 Conceito

É certo que o direito é dinâmico, evoluindo paralelamente com a sociedade, da mesma forma que o conceito de bem jurídico, modifica-se à sua maneira.

Estabelecer um conceito fechado sobre bem jurídico é tarefa quase impossível, mas podem estabelecer-se critérios e parâmetros seguros para sua conceituação, tendo como meta sempre limitar o poder repressor do Estado, frente ao arbítrio na utilização do Direito Penal.

A respeito da dificuldade em se conceituar bem jurídico penal, JUAREZ TAVARES⁶⁵ assim preleciona: “Dada as variedades com que se apresenta, é praticamente impossível conceituar exhaustivamente o bem jurídico.”.

⁶⁴ **Baratta y el bien jurídico penal**, p.149 - A la pregunta obligada de cuál es el objeto de protección del Derecho penal, se respondia recurrentemente que lo que tutela son los bienes jurídicos [...] (tradução livre do autor).

Segundo CLAUS ROXIN⁶⁶, bem jurídico penal significa:

Com apoio nestas reflexões se pode definir os bens jurídicos como realidades ou fins, que são necessários para uma vida social livre e segura, que garanta os direitos humanos e fundamentais do indivíduo, ou para o funcionamento do sistema estatal erigido para a consecução de tal fim.

Não obstante, JORGE FIGUEIREDO DIAS⁶⁷, também apresenta a dificuldade em se obter um conceito fechado a respeito do bem jurídico penal, assim o conceituando:

[...] a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo Estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.

Por seu turno, LUIZ LUISI⁶⁸, disserta a respeito do conceito de bem jurídico de GUNTHER JAKOBS:

Gunther Jakobs, por sua vez, escreve que o bem jurídico consiste no uso e desfrute de uma situação valorada positivamente. Exemplo: o bem jurídico sobre o que recai a propriedade não é a coisa sobre o que recai a propriedade, mas a relação de possibilidade de uma utilização entre proprietários e coisas. Os bens jurídicos, para o penalista alemão referido, são *objeto em sua relação com as pessoas, unidades funcionais valiosas, potenciais ou participativas, isto é, condições de possibilidade de participar da interação social.*

O Direito Penal é resultado de escolhas políticas influenciadas pelo tipo de Estado em que a sociedade está organizada. O direito de punir é uma manifestação do poder de supremacia do Estado nas relações com os cidadãos, principalmente na relação indivíduo-autoridade. A situação histórica, portanto, condiciona o conceito de crime e, conseqüentemente, o conceito de bem jurídico e a sua importância para o Direito Penal.

⁶⁵ **Bien Jurídico Y Función en Derecho Penal**, p.11 - Dada las variedades con que se presente, es prácticamente imposible conceptuar exhaustivamente el bien jurídico (tradução livre do autor).

⁶⁶ op.cit., p.448 - Con apoyo en estas reflexiones se pueden definir los bienes jurídicos como realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin (tradução livre do autor).

⁶⁷ **Direito Penal: parte geral**, t.I, p.114.

⁶⁸ **Princípios Constitucionais Penais**, p.170.

Ainda procurando um conceito de bem jurídico penal, JUAREZ TAVARES⁶⁹, manifesta-se da seguinte maneira:

A noção de bem jurídico como interesse juridicamente protegido é produto da idéia privatística, dominante no século passado, que se intrometeu na formulação da teoria do injusto desde VON JHERING. Aqui o marco penal encontra suas delimitações no momento subjetivo, quer dizer, na materialização do exercício da capacidade de contratar por parte do sujeito, de modo que, protegendo-se o interesse, se concebe a vida social como uma resultante de pretensões individuais, as quais dependendo de sua importância se vêm amparadas pela norma de direito público. Há aqui, se bem que ingênua, uma idéia utilitarista da normal penal sobre a base de uma realidade.

Outrossim, deve-se ressaltar ainda que a proteção aos bens jurídicos, transcende à norma penal e que esta, na verdade, apenas materializa, mediante o comando normativo competente sua proteção. Bens como a vida, patrimônio, saúde, liberdade dentre outros, são protegidos pelo Estado, através da norma penal; a norma, por sua vez, materializa sua proteção, sendo correto, portanto, afirmar que o bem, é anterior à norma, que a precede, pois são garantias inerentes ao ser humano.

Entrementes, não se deve confundir bem jurídico, com objeto material do delito, que são conceitos, absolutamente, distintos e independentes. Bem jurídico é o valor, está no campo da abstração, objeto material é o bem sobre o qual recai a conduta do agente, de característica concreta.

Conforme prelecionam PAULO CÉSAR BUSATO e SANDRO MONTES HUAPAYA⁷⁰, a respeito do tema:

O objeto material é concreto e representa a configuração material do interesse jurídico. Assim, por exemplo, enquanto o bem jurídico protegido do delito de furto é o patrimônio e no delito de lesões é a integridade física, o objeto material do furto é o carro, a carteira ou o televisor, e o objeto material das lesões é corpo humano. O bem jurídico é interesse jurídico protegido; o objeto material é o objeto sobre o qual incide a ação do sujeito.

Assim, pelos conceitos de bem jurídico trazidos à análise nesta dissertação, aliado ainda à crença de que o objetivo do Direito Penal consiste na proteção de

⁶⁹ **Teoria do Injusto Penal**, p.177.

⁷⁰ Op.cit. p.52-53.

bens jurídicos e que somente a lesão a bens jurídicos fundamenta um Direito Penal calcado em valores da dignidade da pessoa humana, percebe-se que todos os conceitos convergem numa via única, qual seja, de que bem jurídico são valores, interesses ou, como diz CLAUS ROXIN, garantias para o livre desenvolvimento da pessoa humana. Assim, se o ponto em comum do conceito de bem jurídico centra-se na pessoa humana, em valores ou garantias para seu livre desenvolvimento, qual e como seria a justificativa para criminalizar condutas que não afetem o livre desenvolvimento da pessoa humana? Dito de outro modo, é possível fundamentar a eleição de uma conduta criminosa, através do Direito Penal, que não necessariamente proteja um bem jurídico? É dizer, toda a legislação penal está, necessariamente, vinculada e calcada à Teoria do Bem Jurídico?

Antes de responder, a análise da questão faz-se premente, na medida em que, se a resposta à assertiva suso descrita for afirmativa, não será possível justificar leis penais que protejam a fauna, a flora e etc.

Nesse sentido, LUIS GRECO⁷¹, adotando o mesmo posicionamento de CLAUS ROXIN e ROLAND HEFENDEHL, defende uma via, não muito convencional, no sentido de que somente o bem jurídico delimita o Direito Penal, no entanto, abre exceções: “O bem jurídico seria, portanto, quase sempre condição necessária para legitimar uma proibição, salvo face a poucas exceções, como a proteção de animais, da flora e (talvez) dos interesses de gerações futuras”. Ainda, nessa exceção, há que se acrescentar a necessidade de proteção do embrião.

Portanto, para finalizar, retroagindo ao conceito material de crime, no qual consiste o delito em lesão a bem juridicamente tutelado, deve-se estabelecer, após a conceituação de bem jurídico penal, quando são estabelecidos parâmetros e quais são aqueles que estabelecem a efetiva lesão a um bem juridicamente tutelado. Entretanto, antes faz-se necessário analisar as espécies de bens jurídicos penais, a fim de estabelecer-se, com segurança, os critérios de lesão.

⁷¹**Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal**, p.259.

4.3 Espécies

O foco central da presente dissertação é trazer à baila a análise do Direito Penal, enquanto elemento de controle social, face às atuais necessidades da sociedade que hoje vivenciamos, notadamente, os aspectos da crescente criminalidade, dita organizada.

Primou-se, neste capítulo, por entender que a finalidade do Direito Penal, consiste na proteção a bens jurídicos, isso porque tal fundamentação vai ao encontro dos valores da dignidade da pessoa humana, em cotejo com os primados de um Estado Democrático de Direito.

A dogmática penal e a eleição de condutas criminosas, no que se refere à Teoria do Bem Jurídico, num primeiro momento da evolução do Direito Penal, centravam sua fundamentação, voltada, única e exclusivamente, para proteção a valores individuais, tal como a vida, patrimônio, liberdade, honra dentre outros.

Por conta dessa valoração, temos o que se convencionou denominar bem jurídico individual, porque o objeto de sua proteção é individualizado, centralizado e facilmente identificado. A lesão a um bem jurídico individual é constatada sem maiores problemas.

Entretanto, os avanços da sociedade pós-industrial, envolvendo nesse sentido, os conceitos de saúde pública, segurança econômica, meio ambiente (incluindo o conceito a flora, fauna e a biodiversidade), ambiência tecnológica, os efeitos da transnacionalidade, o mercado de capitais dentre outros, fizeram com que a antiga Teoria do Bem Jurídico Penal, fosse remodelada.

Essa remodelação, na verdade, partiu-se de uma constatação, a saber: a evolução da sociedade fez surgir valores em relação aos quais o Direito Penal de outrora, mesmo fincado na Teoria do Bem Jurídico, possuía suas limitações.

O avanço da sociedade, com novos valores agregados, fez surgir o que se convencionou denominar de Teoria da Sociedade do Risco, desenvolvida por Ulrich Beck e a respeito do qual RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA⁷² manifesta-se:

Na modernidade avançada, a produção social de riqueza vem acompanhada, sistematicamente, por uma correspondente produção social de riscos. Diante disso, os problemas e os conflitos da sociedade são substituídos por problemas e conflitos que surgem da

⁷² **Direito Penal Supra Individual: Interesses Difusos**, p.28.

produção, definição e divisão dos riscos produzidos de maneira técnico científica. De fato, essas mudanças conceituais não de ser percebidas, primeiramente, à medida que se confirma o nível atingido pelas forças humanas produtivas e tecnológicas e, também, pela segurança e pelos regulamentos estabelecidos pelo Estado Social, ambos visando, objetivamente, reduzir e excluir socialmente a miséria social.

Ainda no que se refere à Teoria da Sociedade do Risco, PIERPAOLO CRUZ BOTTINI⁷³, analisa a evolução desenfreada da sociedade, em descompasso com outros ramos do conhecimento:

A obstinação na inovação importa na velocidade da descoberta de novas tecnologias que, por sua vez, decorre do financiamento de pesquisas científicas destinadas a tais finalidades. Este fenômeno cria uma dinâmica peculiar, pois a intensidade do progresso da ciência não é acompanhada pela análise, por parte desta mesma ciência, dos efeitos decorrentes da utilização destas novas tecnologias. A criação de novas técnicas de produção não é seguida pelo desenvolvimento de instrumentos de avaliação e medição dos potenciais resultados de sua aplicação. Do descompasso entre surgimento de inovações científicas e o conhecimento das conseqüências de seu uso surge a incerteza, insegurança, que obrigam o ser humano a lidar com o risco sob uma nova perspectiva.

Assim o avanço da sociedade, agregando novas condutas e valores, fez também com que surgissem novas modalidades de condutas que lesavam interesses, que demandavam proteção jurídica penal. Contudo, essa nova faceta da criminalidade, lesava bens jurídicos não necessariamente identificados, mas pertencentes a uma coletividade, surgindo então o que se convencionou denominar de bens jurídicos supra-individuais ou universais.

Para MIR PUIG⁷⁴, os bens jurídicos supra-individuais ou universais merecem proteção, através do Direito Penal, porque:

As mudanças que tem sido usufruídas pelo capitalismo e o modelo de Estado em nosso âmbito cultural vêm determinando ou exigindo

⁷³ **Crimes de Perigo Abstrato**, p.35-36.

⁷⁴ **Derecho Penal: Parte General**, p. 135 - Las modificaciones que entretanto ha ido experimentando el capitalismo e el modelo de Estado en nuestro ámbito cultural van determinando o exigiendo ciertos cambios en los bienes jurídicos del Derecho Penal. En la actualidad va abriéndose paso la opinión de que el Derecho Penal debe ir extendiendo su protección a intereses menos individuales pero de gran importancia para amplios sectores de la población, como el medio ambiente, la economía nacional, las condiciones de la alimentación, el derecho al trabajo en determinadas condiciones de seguridad social y material – lo que se llaman los intereses difusos (tradução livre do autor).

certas mudanças nos bens jurídicos do Direito Penal. Na atualidade vão abrindo-se passo a opinião de que o Direito Penal deve estender sua proteção a interesse menos individuais, mas de grande importância para amplos setores da população, como o meio ambiente, a economia nacional, as condições de alimentação, o direito ao trabalho em determinadas condições de segurança social e material – o que se chamam de interesses difusos.

A grande problemática da Teoria do Bem Jurídico supra-individual consiste, justamente, na dificuldade ou mesmo na impossibilidade de identificar-se a efetiva lesão ao bem jurídico e também ao sujeito passivo de tal ação, supostamente, delituosa.

Não obstante às dificuldades acima expostas, observa-se também que o conceito de bem jurídico supra-individual possui conceituação vaga, consoante lição de WINFRIED HASSEMER⁷⁵:

Já numa primeira aproximação vemos que as novas leis no âmbito de nosso Direito Penal material (Parte Especial e leis penais especiais) não têm como objeto de proteção apenas bens jurídicos universais, apenas que estes bens jurídicos universais estão formulados de forma especialmente vaga.

Contrário à tese do bem jurídico supra-individual e para quem sua definição é prescindível, temos GUNTER STRATENWERTH⁷⁶:

Neste modelo social não pode servir como base na qual tenha que se verificar sua legitimidade na legislação penal de uma época totalmente distinta. Com isto, quero dizer que o conceito de bem jurídico coletivo é prescindível. Por um lado, se a lei protege os interesses individuais mais ou menos consolidados de uma pluralidade de sujeitos, talvez um número indeterminado ou de que todos, então não temos que criar nenhum bem jurídico universal a

⁷⁵ **Pena y Estado: Función simbólica de la pena**, p.32 - Yá en una primera aproximación vemos que las nuevas leyes en el ámbito de nuestro Derecho Penal material (Parte Especial y leyes penales especiales) no tienen como objeto de protección sólo bienes jurídicos universales sino asimismo que estos bienes jurídicos universales está formulados de forma especialmente vaga (tradução livre do autor).

⁷⁶ **La criminalización em los delitos contra biens jurídicos colectivos**, p.371-372 - [...] Este modelo social ya no puede servir como baremo em el que haya de verificar su legitimidad la legislación penal de una época totalmente distinta. Con esto quiero decir que el concepto de bien jurídico colectivo es prescindible. Por un lado, si la ley protege los intereses individuales más o menos consolidados de una pluralidad de sujetos, tal vez un número indeterminado o de que todos, entonces no tenemos que crear ningún bien jurídico universal a justificar la normal penal (que naturalmente siempre puede tener más o menos sentido. (tradução livre do autor).

justificar a norma penal (que naturalmente sempre pode ter mais ou menos sentido).

A respeito da problemática envolvendo a adoção da tutela a bens jurídicos universais, é pertinente a posição de RAUL CERVINI⁷⁷, o qual reconhece a necessidade de proteção penal a bens universais, não deixando de lado o fato de que a proteção jurídico penal de tal bem, pode, mas não necessariamente, proteger um bem jurídico individual: “[...] A respeito da fórmula dois esclarecimentos: a) da afirmação de que o delito econômico ampara básica e prioritariamente bens supra-individuais, não se deve concluir que possa, ademais, restar protegido o interesse jurídico particular [...]”.

Em relação aos defensores do bem jurídico supra-individual ou universal, diz-se que são adeptos da Teoria Dualista, na medida em que aceitam e acordam que existem bens jurídicos individuais e coletivos, ambos, legítimos e merecedores de proteção, através do Direito Penal. Nessa linha de pensamento temos JORGE FIGUEIREDO DIAS, CLAUS ROXIN, KLAUS TIEDMAN, BERND SCHUNEMANN dentre outros.

Por outro lado, os que defendem a existência somente de bens jurídicos individuais, que legitimam a atuação do Direito Penal, seguem a Teoria Monista, cujos defensores são WINFRIED HASSEMER e GUNTER STRATENWERTH.

Pode-se dizer que a doutrina majoritariamente, tanto nacional como internacional, é favorável à eleição de bens jurídicos universais, como merecedores de proteção jurídica, através do Direito Penal.

A adoção da Teoria Monista como fundamento de eleição de condutas criminosas, leva à impossibilidade de criminalizar condutas como o devastamento florestal, crimes contra a fauna, contra o sistema financeiro dentre outros, uma vez que nessas modalidades de crimes, não há lesão a bem jurídico individual, mas universal. Ademais, por tal disciplina, um simples ato de corrupção, sem maiores proporções, também estaria deslegitimado, na medida em que não lesaria interesse individual, mas sim da coletividade, materializado na proibidade da Administração Pública.

⁷⁷ **Derecho Penal Económico: concepto y bien jurídico**, p.88 - [...] Al respecto formula dos aclaraciones: a) de la afirmación de que el delito económico ampara básica y prioritariamente bienes supraindividuales, no se debe concluir que pueda además quedar protegido el interes jurídico particular [...] (tradução livre do autor).

O que a doutrina pondera é sobre a utilização de critérios sérios na eleição de bens jurídicos universais, na definição de condutas criminosas, diferentemente do que se vê nos dias de hoje, na utilização, absolutamente, desarrazoada do Direito Penal, desprezando os critérios da *ultima ratio* e do princípio da fragmentariedade.

Há, atualmente, um aumento significativo de leis tipificando condutas como criminosas que poderiam ser amparadas por outros ramos do direito, sobretudo, o Direito Administrativo Sancionador, caracterizando dessa maneira o que se chama de Direito Penal Simbólico. Utiliza-se o Direito Penal, como substituto de políticas públicas e sociais, inflacionando a legislação penal, causando com isso, inevitavelmente, a sua ineficácia na proteção de bens jurídicos que, efetivamente, merecem a chancela penal.

Nesse sentido MARCELO DA SILVEIRA CAMPOS⁷⁸ preconiza:

As políticas de segurança pública e justiça criminal do Brasil pós 1988 sugerem que diferentes conflitos sociais ainda são pensados prioritariamente sob a ótica da resolução penal e da criminalização. Ou seja, a instituição e seus mecanismos de legitimação fazem "...desconhecer como arbitrário e a reconhecer como legítimo e natural um limite arbitrário, ou melhor, a operar solenemente, de maneira lícita e extraordinária, uma transgressão dos limites constitutivos da ordem social e da ordem mental a serem salvaguardadas a qualquer preço" (BOURDIEU, 1998, p.98). Assim, da perspectiva parlamentar e do Executivo, a resolução civil de problemas e conflitos está subordinada à perspectiva penalizadora.

Assim, visando fornecer substrato para eleição de bens jurídicos universais, a doutrina convencionou classificá-los como bens jurídicos coletivos e difusos. Nesse sentido GIANPAOLO POGGIO SMANIO⁷⁹, assim disserta sobre o tema:

[...]

b) *os bens jurídicos penais de natureza coletiva*, que se referem à coletividade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os demais titulares do bem jurídico. São, dessa forma, indivisíveis em relação aos titulares. No Direito Penal, os bens de natureza coletiva estão compreendidos dentro do interesse público. Podemos exemplificar com a tutela da incolumidade pública, da paz pública etc.;

⁷⁸ **Crime e Congresso Nacional, uma análise da Política Criminal aprovada de 1989 a 2006**, p.212.

⁷⁹ **O conceito de bem jurídico penal difuso**, Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 30/11/2010.

c) os bens jurídicos penais de natureza difusa, que também se referem à sociedade como um todo, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade. São, igualmente, indivisíveis em relação aos titulares. Os bens de natureza difusa trazem uma *conflituosidade social* que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade, como na *proteção ao meio ambiente*, em que os interesses econômicos industriais e o interesse na preservação ambiental se contrapõem, ou na *proteção das relações de consumo*, contrapostos os fornecedores e os consumidores, na *proteção da saúde pública*, no que se refere à produção alimentícia e de remédios, na *proteção da economia popular, da infância e juventude, dos idosos* etc.

Portanto, de maneira resumida, temos bens jurídicos individuais e bens jurídicos universais ou supra-individuais, os quais, por seu turno, subdividem-se em bens jurídicos coletivos e bens jurídicos difusos, todos consoante a adoção de critérios democráticos e com base na dogmática penal, portadores de dignidade penal, respeitados os princípios basilares da *ultima ratio* e da fragmentariedade.

Retroagindo à problemática do bem jurídico universal, RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA⁸⁰ assim se posiciona: “No particular caso dos bens difusos ou supra-individuais, devido à sua própria característica impessoal, nem sempre será confirmado um dano evidente”.

Assim, por conta dessa problemática quando se elege um bem jurídico universal, digno de proteção penal, ocorre, na maioria das vezes, o que se denomina de crime de perigo abstrato, de duvidosa constitucionalidade, para parte da doutrina, objeto do tópico seguinte.

4.4 Crimes de perigo abstrato

Para adentrar no questionamento atinente à constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, é necessário, estabelecer o conceito de crime de perigo.

Entenda-se por crime de perigo, a mera exposição do bem juridicamente tutelado à situação de possível lesão. De toda sorte, a partir dessa premissa – possibilidade de lesão – decorre a subdivisão dos crimes de perigo, em concreto e abstrato.

⁸⁰ **Direito Penal Supra Individual, Interesses Difusos**, p.89.

Nos crimes de perigo concreto, para a realização do tipo incriminador, faz-se necessária a efetiva exposição de perigo ao bem jurídico, fato que por si só não gera dificuldade no enfrentamento do tema.

Por outro lado, nos crimes de perigo abstrato, basta a realização da conduta prevista no tipo para configurar a situação de perigo, de modo que, sua exposição efetiva ao perigo não é exigida pela norma penal para consumação do delito.

Assim, de um lado, o crime de perigo concreto demanda a comprovação de efetiva exposição a dano, leia-se perigo, ao tipo incriminador para sua realização, razão pela qual, pode-se dizer que possui presunção *jures tantum*. Em sentido, diametralmente oposto, o crime de perigo abstrato não demanda esta efetiva exposição a dano, de modo que a mera conduta já basta para configuração do delito, tendo-se que sua presunção é *jures et jures*.

A doutrina é reticente ao aceitar a criminalização de condutas que não causem lesões efetivas a interesses juridicamente tutelados, tendo como norte o princípio da lesividade e da intervenção mínima, havendo quem se posicione no sentido de que seria inconstitucional tal modalidade delitiva.

Os que se posicionam pela inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, entendem que o conceito de bem jurídico penal está totalmente atrelado aos valores estabelecidos pela constituição, não podendo dela se afastar ou mesmo encontrar exceções.

Consoante posição de MARCO AURÉLIO COSTA MOREIRA DE OLIVEIRA⁸¹:

O disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, indica como juridicamente relevante a causação de lesões efetivas ou ameaças a direitos, só podendo ser entendidas como verdadeiras ameaças as que sejam concretas, pois ameaças abstratas inexistem. Em consequência, a ordem jurídica não deve admitir crimes de perigo abstrato, por não conterem as condições concretas e diretas a afetarem bens fundamentais juridicamente protegidos.

Adotam essa mesma linha LUIZ FLÁVIO GOMES, DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, ALICE BIANCHINI dentre outros, os quais comungam do entendimento segundo o qual os crimes de perigo abstrato atentam contra o princípio da dignidade da pessoa humana, culpabilidade, ofensividade e lesividade, na medida em que não

⁸¹ **Crimes de perigo abstrato**, Disponível em: <www.ibccrim.org.br>, consulta em 01/11/2010.

há lesão, propriamente, dita ao bem jurídico tutelado, mas antecipação da punição estatal.

Entretanto, em virtude do processo de evolução da sociedade pós-industrial, agregando novos valores conforme já explanado em linhas pretéritas, a adoção de condutas criminosas, com base no conceito de perigo abstrato é algo inevitável, sob pena da sociedade perecer, no que se refere à proteção dos bens jurídicos universais.

Nesse sentido RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA⁸² assim se posiciona:

Verdadeiro fenômeno das sociedades de risco, o enfoque supra-individual do Direito Penal, tem, em grande monta, se utilizado do referencial dos crimes de perigo abstrato. Nesse contexto, aqui tratado quanto ao Direito Penal Econômico, funda-se uma das maiores críticas às novas fronteiras criminais.

[...]

Sem dúvida, enorme quantidade de doutrinadores sustenta que, dada a ampliação ou expansão do Direito Penal, torna imprescindível tal técnica.

Favorável à tese do crime de perigo abstrato, GUNTHER JAKOBS⁸³, fundamenta que se houve a eleição de um bem jurídico penal, nada mais coerente o legislado punir, eventual perigo de lesão a esse bem, já previamente tutelado pela norma penal.

De fato, o costume da antecipação do delito é, no Direito Penal moderno, um problema, cuja gênese, porém, não alheia à tese do Direito Penal como proteção de bens jurídicos: se do que se trata é da proteção de bens jurídicos, então, essa proteção deve ser efetiva, e dessa perspectiva, não se aceitaria a renúncia à penalidade das condutas geradoras de perigo abstrato. Se no contexto da lesão de um bem, fica aberta a seguinte questão: por que razão há de se esperar até que se produza a lesão?

Na linha de GUNTHER JAKOBS observamos CLAUS ROXIN, BERND SCHUNEMANN citados por LUIS GRECO⁸⁴:

⁸² **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**, p.154-155.

⁸³ **Direito Penal e Funcionalismo: tradutores André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli, Lúcia Kalil**, p.42.

⁸⁴ **Princípio da Ofensividade e crimes de perigo abstrato: Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito**, p.126.

Ou seja, é preciso formular critérios de distinção um pouco mais complexos do que um mero tudo ou nada, numa postura que não pode ser, nem de aceitação global, nem de obstinada recusa, mas de busca de um sadio meio termo, ciente da heterogeneidade dos problemas com que se está lidando [...]

Portanto, amparados na melhor doutrina, observamos que é perfeitamente plausível e necessária, diante do atual contexto da sociedade, a criminalização de condutas, através de crimes cuja exposição ao perigo seja abstrata. Nesse sentido, temos que a utilização é encontrada com maior incidência, quando tutela bens jurídicos universais, tanto na modalidade difusa como coletiva.

Ainda quanto à suposta inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da lesividade, é bastante preciso o posicionamento de PIERPAOLO CRUZ BOTTINI⁸⁵, no sentido da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato:

A nosso ver, o respeito ao princípio da lesividade não implica a rejeição de plano, dos delitos de perigo abstrato (infra IV, 4.1.3). A lesividade não é verificada apenas nos comportamentos que danificam bens jurídicos, mas abarca também a ameaça real ou potencial dos objetos de tutela, que revela condutas penalmente relevantes. O abalo social que legitima a repressão é revelado inicialmente pela conduta, e não pelo resultado *ex post*.

Exemplos dessa tutela encontram-se dispostos no Estatuto Repressivo, nos crimes contra incolumidade pública, como também na legislação esparsa, notadamente, no que se convencionou chamar de Direito Penal Econômico, no qual temos a Lei 7492/86 que dispõe sobre os crimes contra o sistema financeiro, dentre outros.

O que se deve pugnar é a banalização de crimes de perigo abstrato, procurando sua utilização na proteção de bens jurídicos universais, efetivamente, dignos de tutela pelo Direito Penal, que deverá ser forte nos preceitos da *ultima ratio* e do princípio da fragmentariedade, sob pena de perda, por parte do Direito Penal, de sua eficiência e legitimidade.

⁸⁵ Op.cit., p.172.

4.5 Institutos despenalizadores

A noção de bem jurídico penal é verdadeiramente limitadora do poder estatal na criminalização de condutas e é uma das garantias fundamentais dos cidadãos, que não poderá ser abandonada em um Estado Democrático de Direito.

Estabelecidos os critérios de lesão ao bem jurídico, abre-se a porta para descriminalização de condutas que não demonstrem lesão ao bem juridicamente tutelado.

Da análise da Teoria do Bem Jurídico penal, decorrem três princípios, os quais acarretam a descriminalização, através da atipicidade da conduta, sendo eles:

Princípio da intervenção mínima - estabelece que o Direito Penal só deva atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica das pessoas e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessária para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*.

No que se refere à *ultima ratio*, como características do Direito Penal e corolário do princípio da intervenção mínima, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO⁸⁶ “[...] mesmo quando o Direito Penal tutela bens e interesses jurídicos já tutelados pelo direito privado, o faz de maneira peculiar e autônoma”.

Deve-se destacar a posição de LUIZ LUISI⁸⁷ no que se refere ao paralelo que faz entre a intervenção mínima e a legalidade:

Através do princípio da legalidade se impõem limites ao arbítrio judicial, mas como bem observou Gian Domenico Romagnoso, - escrevendo em 1791 – o Estado, respeitada a prévia legalidade dos delitos e das penas, pode criar figuras delitivas iníquas e instituir penas vexatórias à dignidade da pessoa humana. Impõe-se, para evitar uma legislação inadequada a injusta restringir, e mesmo, se possível, eliminar o arbítrio do legislador.

O princípio da intervenção mínima é o responsável pelos bens de maior relevo que merecem a especial proteção do Direito Penal e presta-se, também para fazer com que ocorra a chamada descriminalização.

Logo, com base nesse princípio, os bens selecionados deverão permanecer sob a tutela do Direito Penal, porque são considerados como de maior importância e

⁸⁶ Lições de Direito Penal, p.10.

⁸⁷ Op.cit., p.84.

relevo por parte do legislador. Também será com fundamento nele que o legislador, atento às mutações da sociedade, o qual com sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram da maior relevância, fará retirar do ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores.

Como exemplo temos o atual tratamento dispensado pela Lei de Drogas, no que se refere ao tratamento do usuário de entorpecentes, o qual, outrora, respondia por infração penal e hoje, responde por mera infração administrativa.

Princípio da lesividade e da intervenção mínima são analisados de maneira conjunta. De um lado, a lesividade esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que deverão ser incriminadas pela lei penal; por seu turno, a intervenção mínima, cuja natureza somente permite a interferência do Direito Penal, quando se estiver diante de ataques a bens jurídicos importantes.

Na verdade, esclarecerá sobre quais são as condutas que não poderão sofrer os rigores da lei penal.

A respeito das características do princípio da lesividade, NILO BATISTA⁸⁸ elenca quatro funções para o nominado princípio, quais sejam:

“[...] Primeira: proibir a incriminação de uma atitude interna; Segunda: proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; Terceira: proibir a incriminação de simples Estados ou condições existenciais; Quarta: proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Princípio da Insignificância ou Bagatela - Para LUIZ RÉGIS PRADO⁸⁹ a insignificância “[...] é o instrumento para a exclusão da imputação objetiva de resultados”, ou seja, é um critério para determinação do injusto penal.

Na verdade, o princípio da insignificância ou bagatela, possui como diferencial ontológico dos outros dois princípios – intervenção mínima e lesividade -, o fato de que nele, há lesão a bem jurídico penalmente tutelado. Contudo, essa lesão é tão ínfima, tão inócua que seria descomedido o respectivo autor sofrer o peso da lei penal.

Nesse sentido, o posicionamento de JESÚS PÓRFILO TRILLO NAVARRO⁹⁰:

⁸⁸ **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**, p.92-95.

⁸⁹ Op.cit. p.46.

⁹⁰ **Criminalidad de bagatela: descriminalización garantista**, p.24 - Em relación a la criminalidad de bagatela, uno de los principales binômios de la polémica doctrinal – aparte del centrado en los

Em relação à criminalidade de bagatela, um dos principais binômios da polêmica doutrinária – a partir da colisão dos princípios da legalidade versus oportunidade, de posterior abordagem – vem constituindo, pela procedência de sua descriminalização, atendendo a essa lesividade mínima [...]

Em relação à lei penal e seus rigores, cabe aos autores de crimes que, efetivamente, demandem atuação forte do Direito Penal. Assim, devido a essa criação doutrinária amplamente, aceita pelos nossos tribunais superiores, inclusive no Supremo Tribunal Federal, delitos cuja lesão seja ínfima ao bem juridicamente tutelado, serão reconhecidas como atípicas sob o ponto de vista da dogmática penal.

Na prática forense, vem sendo reconhecido o princípio da insignificância, de maneira, absolutamente, majoritária, em seara federal, nos delitos de contrabando e descaminho, nos quais o valor dos tributos federais suprimidos não ultrapassa o valor de R\$10.000 (dez mil reais).

Abaixo, colacionado julgado oriundo do Supremo Tribunal Federal⁹¹:

Destarte, concluiu-se que para a caracterização de ato jurídico como insignificante são incabíveis considerações de ordem subjetiva, consoante reputado pelo acórdão recorrido, que afastara a incidência do princípio da bagatela com base na existência de vários registros contra o agravante pelo mesmo delito, ainda que não houvesse notícia de condenação transitada em julgado. Por fim, afirmou-se que, em se tratando de ato insignificante, este torna-se atípico, a impor o trancamento da ação penal por falta de justa causa. Precedentes citados: HC 84412/SP (DJU de 19.11.2004); HC 77003/PE (RTJ 178/310).

De igual forma, nos delitos de sonegação fiscal ou apropriação indébita de contribuição previdenciária, nos quais o valor do crédito constituído não ultrapassa soma de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), é reconhecido também o princípio da insignificância.

Abaixo, encontra-se colacionada jurisprudência oriunda do Superior Tribunal de Justiça⁹²:

princípios da legalidad versus oportunidad de posterior abordaje – viene constituído por la procedência de su descriminalización, atendiendo a esa nimiedad lesiva [...] (tradução livre do autor).

⁹¹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Penal. AI 559904. Ministro Sepúlveda Pertence. DJU 07/06/2005.

⁹²BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, RE nº 240.656, Ministro José Arnaldo Fonseca, DJU 11/12/2000.

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. NÃO-RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS ART. 95, "D", DA LEI 8.212/91. PRINCÍPIO DA BAGATELA OU DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO, IN CASU.

Sendo de pequena monta os valores não-recolhidos à instituição previdenciária, correta a decisão a quo que aplicou ao caso o princípio da insignificância, ante a ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado no tipo penal.

Em seara estadual, no que se refere a delitos patrimoniais, cujo valor se encontra aquém de um salário mínimo vigente, também é reconhecida a insignificância penal.

Abaixo citamos a decisão oriunda do Superior Tribunal de Justiça⁹³, a respeito da insignificância em delitos patrimoniais:

Penal. Habeas corpus. Tentativa de furto de uma bijuteria cujo valor não ultrapassa R\$ 30,00. Negativa de substituição e do sursis. Aplicabilidade do princípio da insignificância ou bagatela. Possibilidade.

Ainda no que se refere ao meio mais seguro de determinação de quando, efetivamente, ocorre a lesão ao bem jurídico, vale lembrar FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO⁹⁴:

O 'como' da proteção penal reside precisamente na seleção das situações e perigo e das formas de agressão que se quer evitar, para transformá-las em tipos delitivos, com o que se aciona o mecanismo da prevenção geral e especial, inicialmente referido.

Deveras, a importância do desenvolvimento da Teoria do Bem Jurídico Penal, sobrepõe-se à existência do próprio princípio da legalidade penal, mesmo que tais princípios não se encontrem explicitados no texto constitucional, como o da legalidade.

Os princípios da lesividade, intervenção mínima e bagatela são princípios implícitos à ordem constitucional, não menos importantes do que os princípios

⁹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. HC 90.555, Relatora Ministra Jane Silva, DJU 11/03/2008.

⁹⁴ Op. cit., p.18.

explícitos, mas decorrentes do corolário da dignidade da pessoa humana e do regime de Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, manifesta-se LUIZ LUISI⁹⁵:

A Constituição vigente no Brasil diz serem invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade (art.5º *caput*), e põe como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, no art. 1º do inciso III, a dignidade da pessoa humana.

[...]

Destarte, embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas da nossa *Grundnorm*, tratando-se de um postulado nela inequivocamente implícito.

4.6 Moral e bem jurídico

Não se pode confundir moral e bem jurídico, haja vista que a conceituação do que significa a moral é demasiadamente subjetiva, possuindo diversas variantes.

Essas variantes, que podem ser a própria educação, origem, religião, condição social, dentre outros, fornecem critérios, extremamente, inseguros como parâmetro de eleição de condutas perniciosas e que sejam nocivas ao convívio social.

No entanto, não se pode desvincular, em absoluto, o bem jurídico da moral, na medida em que, na maioria das vezes, um bem juridicamente tutelado possui como matiz a identificação com a moral. Assim, é correto dizer que existe um mínimo ético de moral aplicado ao direito, mas não é correto padronizar a eleição do bem jurídico com fulcro, única e exclusivamente, na moral, frente à insegurança em utilizar critérios, demasiadamente, subjetivos.

Na Alemanha nazista, era comum ter-se como critério definidor da existência de delito a ofensa aos costumes alemães, dando azo a inúmeras injustiças cometidas e ao arbítrio do detentor do poder.

Conforme posicionamento de KNUT ANELUG⁹⁶ a respeito da Teoria do Bem Jurídico, como freio limitador da utilização da moral, como critério de eleição de bem jurídico:

⁹⁵ Op. cit., p.40.

⁹⁶ **El concepto “Bien Jurídico”, em la teoría de la protección penal de bienes jurídicos**, p.246-247 - Esta teoría impide que legisladores e intérpretes protejan la vigencia de las normas de conducta en si misma considerada. El peligro de que esto ocurra acecha tanto al Derecho penal del despotismo

Esta teoria impede que legisladores e intérpretes protejam a vigência das normas de conduta em si mesma considerada. O perigo de que isto ocorra espreita tanto o Direito Penal do despotismo como do moralismo. O déspota pode abusar do Direito Penal para forçar atos simbólicos de submissão, isto é, para exigir a obediência pela obediência. O moralista pode impor a moral em interesse da própria moral para assegurar sua fixação na estrutura psíquica. Segundo a Teoria do Bem Jurídico, ambas são ilegítimas.

A doutrina é unânime nesse sentido, ou seja, de que a moral não deve ser utilizada como orientadora e norte, na definição de bens juridicamente tutelados e, por via de consequência, mercedores de chancela legal, através do Direito Penal.

É tão unânime a questão atinente à diferenciação entre bem jurídico e moral, aliado ainda à não vinculação de seus princípios na eleição de condutas, cujo resultado seja a criminalização, que os penalistas alemães CLAUS ROXIN e GUNTHER JAKOBS, que defendem posições, absolutamente, díspares e antagônicas, sobre a função do Direito Penal, acabam por convergir em suas posições a respeito do tema em comento.

Para CLAUS ROXIN⁹⁷:

Outra consequência da concepção delineada é que a imoralidade ou a reprovabilidade ética de um comportamento não podem legitimar uma proibição penal, se os pressupostos de uma convivência pacífica não forem lesionados. Não se pode fundamentar a punibilidade do homossexualismo, alegando tratar-se de uma ação imoral [...].

No mesmo sentido GUNTHER JAKOBS⁹⁸:

A afirmação positiva de que o Direito Penal serve à proteção de bens jurídicos, costuma-se vincular uma afirmação negativa: as meras infrações morais, por assim dizer, não lesam bem algum e, por isso, não devem ser punidas. Por essa razão, afirma-se que a moral em si mesma – já que uma vulneração desta não afeta a ninguém – deve ficar excluída como bem.

como al del moralismo. El déspota puede abusar del Derecho penal para forzar actos simbólicos de sumisión, esto es, para exigir la obediencia por la obediencia. El moralista puede imponer la moral en aras de la propia moral para asegurar su fijación en la estructura psíquica. Según la teoría del bien jurídico detrás de las normas de conducta, ambas cosas son ilegítimas (tradução livre do autor).

⁹⁷ **Estudos de Direito Penal: Tradução Luis Greco**, p.37-38.

⁹⁸ **Direito Penal e Funcionalismo: Tradutores André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli, Lúcia Kalil**, p.32.

Por fim, segundo EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI⁹⁹:

Sob nenhum ponto de vista a moral em sentido estrito pode ser considerada um bem jurídico. A 'moral pública', é um sentimento de pudor, que se supõe ter o direito de tê-la, e que é bom que a população a tenha, mas se alguém carece de tal sentimento [...].

Dessa forma, devido aos argumentos acima expostos, longe está a hipótese de vinculação entre bem jurídico e moral, hipótese que se aproximaria dessa fundamentação, de enorme insegurança jurídica, diga-se de passagem, seria a tese defendida por HANS WELZEL, a respeito da função do Direito Penal, já mencionada em sub-tópico anterior, para quem a função do referido direito seria a proteção de valores ético-sociais, leia-se, moral.

Portanto, a moral como norte na eleição de bens jurídicos dignos de tutela penal, é medida que muito se aproxima de regimes totalitários e se distancia de critérios da dignidade da pessoa humana e de um regime baseado no Estado Democrático de Direito.

4.7 Teoria do Bem Jurídico e aproximação constitucional;

A doutrina e os próprios tribunais vêm sendo mais sensíveis à aproximação do conceito de bem jurídico penal, em consonância com os valores constitucionais.

Por conseguinte, essa valoração ocorre em vias, absolutamente, distintas, de um lado, a adoção do princípio da lesividade, intervenção mínima e insignificância, os quais refletem uma possível interpretação constitucional que levam à despenalização de condutas que não afetem, sobremaneira, bens juridicamente, tutelados ou mesmo que seja reconhecida sua atipicidade. Em sentido oposto, a existência de mandados de criminalização expressos ou implícitos que norteiam o legislador na eleição de condutas que entendem, já no contexto da carta constitucional seja lesiva e, portanto, perniciososa à sociedade.

⁹⁹ Op.cit., p.399.

Partindo dessa premissa, tendo o texto constitucional como norte na eleição de bens juridicamente tutelados pelo Direito Penal, toda a legislação penal feita à luz de ordem constitucional diversa deve ser relida, sob o prisma da recepção do novo texto constitucional.

Nesse sentido, MARCIA DOMETILA LIMA DE CARVALHO¹⁰⁰ manifesta-se:

Sendo a constituição a expressão dos princípios fundamentais que inspiram o ordenamento jurídico, nela se encontra inserida a concepção do direito que deverá informar toda a legislação subjacente. O conteúdo da Constituição, expressão centrada do direito existente em uma determinada ordem social, deve ser levado em conta pelas demais normas do sistema jurídico.

Da mesma forma, FRANCESCO PALAZZO¹⁰¹ preconiza:

Já havíamos acenado, desde as páginas iniciais, para a possibilidade de adequação constitucional de disposições incriminadoras isoladas, no âmbito interpretativo, por parte da jurisprudência constitucional ou ordinária, independentemente de incidência sobre a estrutura externo-linguística do tipo, mas atuando, tão só, sobre o conteúdo normativo interno, no sentido de melhor adaptá-lo ao cambiante quadro dos valores constitucionais.

Há posição em sentido contrário, entendendo que o critério constitucional não é tão seguro quanto parece, posição esta defendida por PAULO CÉSAR BUSATO e SANDRO MONTES HUAPAYA¹⁰², citando como exemplo constituições outorgadas, como a do Brasil, na Revolução de 1964, as quais não necessariamente expressavam valores democráticos.

Para os penalistas citados “[...] o bem jurídico cuja defesa incumbe ao Direito Penal é aquela cuja proteção implica a manifestação de garantias de igualdade e liberdade cidadãs.”

Assim, em virtude das proposições acima expostas, é correto dizer que todo o processo de eleição de bens juridicamente tutelados deve ter como espelho a constituição? Em caso afirmativo, não seria despropositada toda a discussão a respeito do bem jurídico, na medida em que bastaria utilizar como parâmetros os valores estabelecidos pela Carta Política?

¹⁰⁰ Op. cit., p.36-37.

¹⁰¹ **Valores Constitucionais e Direito Penal: Um estudo comparado, Tradução Gérson Pereira dos Santos**, p.96-97.

¹⁰² Op. cit., p.52.

Na verdade, o legislador deve ter como norte a Carta Política, mas sempre, tendo o freio limitador fornecido pela *ultima ratio* e fragmentariedade, haja vista que nem todos os valores protegidos pela Constituição, necessariamente, possuem dignidade penal.

Nesse sentido temos a posição de LUIS GRECO¹⁰³:

Creio que a resposta deve recair em sentido negativo, porque o bem jurídico penal, apesar de ter de ser arrimado na constituição – afinal, doutro modo, não poderia limitar o poder do legislador -, deve ser necessariamente mais restrito do que o conjunto dos valores constitucionais. Nem tudo o que a constituição acolhe em seu bojo pode ser objeto de tutela pelo Direito Penal. A palavra-chave aqui é o princípio da subsidiariedade e *ultima ratio*, ou da intervenção mínima [...]

A nossa constituição protege até mesmo os interesses do Colégio Pedro II, ao qual dedica dispositivo próprio, em que declara: “O Colégio Pedro II, localizado na Cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal (art.242 §2º)

Portanto, diante do que acima foi exposto, o legislador ordinário utilizará como critério norteador para eleição de bens jurídicos penais dignos de tutela penal, aqueles cuja diretriz tenha como referência os valores constitucionais, conforme preleciona RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA¹⁰⁴: “[...] os valores essenciais devem ter referência constitucional, estando o legislador ordinário obrigatoriamente vinculado a uma proteção de bens jurídicos, prévia ao ordenamento penal”.

Entretanto, com o intuito de trazer à baila os principais posicionamentos doutrinários, é importante mencionar a posição sustentada por ÉDSON LUIS BALDAN¹⁰⁵, no que se refere à necessidade de aproximação dos bens jurídicos aos valores expressos em tratados internacionais, valores estes que teriam maior segurança jurídica, na medida em que não se estaria à mercê da legislação do país, a qual por conjunturas governamentais pode adotar uma Constituição não necessariamente garantidora:

A relevância hodierna da ordem jurídica supranacional avulta, em especial, na proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo o instrumento mais atual e relevante do ponto de vista penal, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, recentemente incorporado

¹⁰³Princípio da Ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito, p.100-101.

¹⁰⁴ Direito Penal Supra-Individual, p.51.

¹⁰⁵ Intertipicidade Penal, f.45.

ao ordenamento brasileiro. Os indivíduos, antes submissos em absoluto às leis de seu país, tornaram-se hoje sujeitos de direito internacional e, nessa condição, a essa normativa podem recorrer para defesa de seus direitos subjetivos.

4.8 Mandados de criminalização implícitos e explícitos

O enfrentamento do tema bem jurídico teve por meta, estabelecer sua definição consoante valores estabelecidos pela Constituição, por outro lado, estabeleceram-se ainda que os conceitos atinentes à matéria atuam como fonte de limitação do poder estatal em punir condutas que não possuam dignidade penal, consoante os princípios e barreiras limitadoras estabelecidas pela fragmentariedade e da *ultima ratio*.

Assim, estabelecer-se o bem jurídico como finalidade protetora do Direito Penal, constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito, cuja diretriz principal consiste na valorização da dignidade da pessoa humana, sua finalidade mantenedora.

Entretanto, num primeiro momento, poder-se-ia concluir que a análise do Direito Penal, cujo objetivo consiste na proteção de bens jurídicos, os quais, por seu turno, encontram amparo principiológico nos valores estabelecidos por uma ordem constitucional, poderia levar ao raciocínio de que a Constituição Federal atuaria única e exclusivamente, com a finalidade de limitar e frear a atuação do Poder Legislativo na definição de condutas criminosas.

No entanto, a análise dos dispositivos constitucionais, notadamente, o art.5º da Carta Política e outros dela decorrente, a exemplo ainda das Constituições da Itália, Espanha, Alemanha dentre outros, constata-se a existência de comandos nos quais o poder constituinte originário não deixou margem a dúvidas, no sentido de que o legislador deverá reprimir tais condutas, através do Direito Penal.

Segundo LUIZ LUISI¹⁰⁶:

Todavia, as Constituições contemporâneas têm, ao lado dos princípios até agora analisados, uma série de preceitos destinados a alargar a incidência do direito criminal, no sentido de fazê-lo um instrumento de proteção a direitos coletivos, cuja tutela se impõe para que haja uma justiça mais autêntica, ou seja, para que se atendam as exigências de Justiça material.

¹⁰⁶ Op. cit., p.57.

Nesse ponto, o legislador originário constituinte, uma vez elegendo tais condutas, no texto constitucional, como necessárias de proteção penal, levou em consideração sua gravidade e a necessidade premente de proteção à sociedade.

Tais comandos constitucionais de determinação ao legislador são conhecidos como mandados de criminalização, podendo ser implícitos ou explícitos.

Para ANTONIO CARLOS DA PONTE¹⁰⁷:

Os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral.

São explícitos os mandados de criminalização, quando expressos no corpo da Carta Política, conferindo a obrigatoriedade, por parte do legislador em proteger determinado bem jurídico, através do Direito Penal.

Isso porque, no que se refere aos mandados de criminalização explícitos, a sua menção na Constituição é uma relação de conteúdo para continente, significa dizer que não haverá na Carta Política a definição do crime, mas sim, a menção genérica de que tal conduta deverá ser protegida pelo legislador, através do Direito Penal, de modo que este sim, defini-lo-á como crime, com seus elementos e a respectiva sanção penal.

Assim, LUCIANO FELDENS¹⁰⁸:

O mandato constitucional não define a conduta incriminada, menos ainda estabelece-lhe a sanção, mas tão somente, e de forma nem sempre específica, a conduta por incriminar. Daí porque centra-se, a princípio, em uma *obrigação de caráter impositivo* dirigida ao legislador, para que edifique a norma incriminadora, ou, quando esta já existe, em uma *obrigação negativa*, no sentido de que se lhe é vedado retirar, pela via legislativa, a proteção já existente.

Do texto constitucional são extraídos os seguintes mandados de criminalização explícitos, a título exemplificativo:

¹⁰⁷ **Crimes Eleitorais**, p.152.

¹⁰⁸ **A Constituição Penal: A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**, p.75.

- Art.5º, inc.XLII: atendendo a determinação do legislador constitucional, foi editada Lei 7.716/89, a qual define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor;
- Art.5º, inc.XLII: o dispositivo constitucional em apreço fora atendido parcialmente, com a edição da Lei 9.455/97, que definiu os crimes de tortura, no que se refere ao tráfico ilícito de entorpecentes, temos, atualmente, a Lei 11.343/2006, a qual revogou a legislação anterior definidora. Aos crimes hediondos, temos Lei 8.072/90, discriminando em rol exaustivo os crimes considerados hediondos, trazendo, em seu bojo, disposições mais severas, tanto de cunho penal, como processual penal. Por fim, o presente comando constitucional foi parcialmente atendido, na medida em que, o crime de terrorismo ainda carece de definição específica por parte do legislador¹⁰⁹;
- Art.5º, inc.XLIV: A doutrina entende que a Constituição recepcionou a Lei 7.170/83, conhecida como Lei de Segurança Nacional, na qual há previsão de tipos penais atinentes à figura constitucional;
- Art.7º, inc.X: Não há lei específica sobre tal modalidade criminosa, no entanto, é possível adequar a conduta no crime de apropriação indébita, conforme previsão no art.168 do CPB¹¹⁰;
- Art.227 §4º: dispositivo constitucional atendido pela edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, através da Lei 8.069/90, com seus dispositivos criminais, bem como, com a recente alteração do Código Penal Brasileiro, com a Lei 12.015/2009 que dispõe sobre crimes contra a dignidade sexual. Nesta alteração, o que antes era chamado de violência presumida, no art.224, agora se identifica como estupro de vulnerável, previsto no art.217-A do CPB¹¹¹, com presunção absoluta;

¹⁰⁹ Há posicionamento na doutrina, no sentido de que o crime de terrorismo está definido no art.20 da Lei 7.170/83, na medida em que neste dispositivo legal faz menção a “atos de terrorismo”. Entretanto, tal posição está praticamente superada, haja vista que este tipo penal é deveras vago, não esclarecendo quais, ou o que, seriam atos de terrorismo.

¹¹⁰ Apropriação Indébita, *In verbis*: Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

¹¹¹ Estupro de vulnerável, *in verbis*: Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

- Art.225 §3º: dispositivo constitucional atendido, com a Lei 9.605/98, a qual estabeleceu crimes específicos contra a flora e fauna. Acrescentando ainda a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Portanto, parte dos dispositivos constitucionais em apreço foram atendidos pelo legislador ordinário, com a criação de tipos penais, protegendo os bens jurídicos nela insertos; no entanto, parte há em que ainda carece de efetiva proteção, como no caso do crime de terrorismo, cuja necessidade é premente, face ao avanço do terrorismo na comunidade mundial.

Mesmo havendo a incriminação de condutas determinadas taxativamente pela Constituição, há que se destacar se tal incriminação é, do ponto de vista de proteção e tutela, eficaz e eficiente, e não apenas a caracterização de um Direito Penal simbólico, rechaçado pela melhor doutrina.

Todavia, pese o reconhecimento da existência dos mandados de criminalização explícitos, não foi criado por parte do legislador dispositivo processual eficaz, no sentido de obrigar o Poder Legislativo a criminalizar as condutas determinadas no texto constitucional.

Há, quando muito, a possibilidade de ingressar junto ao Supremo Tribunal Federal com ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conforme posicionamento de ANTONIO CARLOS DA PONTE¹¹², cujo resultado seria de praticidade nula, frente à importância do instituto, impondo apenas e tão somente o Poder Legislativo em mora:

No ordenamento jurídico brasileiro, o não atendimento a um mandado de criminalização por parte do Poder Legislativo não traz, no âmbito legal, qualquer consequência, a não ser a instituição do Congresso Nacional em mora legislativa, desde que, para tanto, tenha sido proposta ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental ou mandado de injunção. Esse é o grande problema que acomete o assunto, qual seja, não há qualquer tipo de sanção efetiva destinada ao legislador que, de forma dolosa ou não, deixa de proceder ao enfrentamento da matéria que seria obrigatória.

¹¹² Crimes Eleitorais, p.152.

Por seu turno, mesmo não havendo previsão de mecanismo processual eficiente, a ponto de determinar ao Poder Legislativo sua atuação, a existência, propriamente, dita do mandado de criminalização, no corpo constitucional, impõe limites na esfera de autonomia do legislador.

Esses limites atuam no sentido de que, quer o mandado seja expresso ou implícito, não poderá o legislador, simplesmente, ao seu bel prazer, derrogar lei que protegia dado bem jurídico, por força de ordem constitucional, caso em que estará incorrendo, dita lei, em absoluta inconstitucionalidade. De outro lado, também não poderá o legislador, diminuir a proteção penal, através de lei menos gravosa, a bem jurídico cuja proteção decorre de mandado de criminalização.

A respeito do tema LUCIANO FELDENS¹¹³:

Enfim, uma vez mais, cabe esclarecer aquilo que é regra geral: face de sua legitimidade democrática, o legislador dispõe de ampla liberdade para concretizar os termos da proteção normativo-penal, o que haverá de fazer em observância aos demais princípios que fundamentam o Direito Penal. Todavia, os mandados constitucionais de penalização promovem um momento em que vedam ao legislador deixar a descoberto o bem jurídico cuja proteção penal é constitucionalmente requerida.

Em via oposta encontra-se a fundamentação do mandado de criminalização implícito.

Diferentemente dos mandados explícitos, nos quais há menção expressa da conduta indesejada na Carta Política, determinando ao Poder Legislativo a edição de lei para a devida proteção, os mandados implícitos, decorrem da interpretação axiológica e contextual dos preceitos estabelecidos na Constituição.

Para ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS¹¹⁴, o conceito de mandados de criminalização implícitos é assim tratado:

Além dos mandados expressos de criminalização, a doutrina e a jurisprudência de algumas Cortes Constitucionais do mundo extraíram pela via hermenêutica o chamado mandado implícito de criminalização, que seria ordem de utilização do Direito Penal para proteger determinados bens jurídicos, que, sem o instrumento penal, ficariam insuficientemente protegidos.

¹¹³ Op.cit., p.80.

¹¹⁴ **Mandados de Criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas das violações de direitos humanos**, p.16.

A doutrina cita como antecedente e aceitação da existência dos mandados implícitos, o julgamento do Tribunal Constitucional Alemão, acerca da constitucionalidade de uma lei que permitia o aborto, antes de três meses de gestação, sendo decidido pela Corte Alemã, pela inconstitucionalidade da referida norma infraconstitucional, com base no princípio da proibição da proteção deficiente/insuficiente.

Segundo ANTONIO CARLOS DA PONTE¹¹⁵, citando o julgado do Tribunal Constitucional Alemão:

[...] não convence a objeção de que não se possa deduzir de uma norma de direito fundamental garantidora de liberdade a obrigatoriedade do Estado de sancionar criminalmente. Se o Estado é obrigado, por meio de uma norma fundamental que encerra uma decisão axiológica, a proteger eficientemente um bem jurídico especialmente importante também contra ataques de terceiros, freqüentemente serão inevitáveis medidas com as quais as áreas de liberdade de outros detentores de direitos fundamentais serão atingidas.

Na mesma linha do julgamento do Tribunal Alemão, houve julgamento pela Corte Constitucional da Itália, a qual reconheceu, igualmente, a inconstitucionalidade de dispositivo legal que considerava o crime de blasfêmia, apenas quando perpetrado em prejuízo das crenças da Igreja Católica, devendo, dessa forma, o legislador, abranger todos aqueles que professassem outro credo, manifestando, mais uma vez, o princípio da proibição da proteção deficiente/insuficiente.

Na batuta dos julgados acima, o Tribunal Constitucional da Espanha, também julgou inconstitucional, lei que aumentava as hipóteses de aborto legal, em descompasso com os preceitos do texto constitucional daquele país.

A válvula propulsora dos mandados de criminalização implícitos consiste na leitura dos valores contidos na Carta Política, como direitos fundamentais, os quais possuem uma dupla dimensão, subjetiva e objetiva, segundo LUCIANO FELDENS¹¹⁶:

- a) por um lado, avultaria seu caráter de direitos subjetivos, ou seja, de direitos de defesa do particular frente ao Estado, sendo essa a

¹¹⁵ Op. cit., p.165.

¹¹⁶ Op. cit., p.98.

vertente sobre a qual está arraigada a concepção tradicional dos direitos fundamentais;

- b) por outro lado, os direitos fundamentais, funcionando em sua dimensão objetiva como imperativos de tutela, estariam igualmente a exigir uma atuação ativa (positiva) do Estado, obrigando-o (inclusive ao legislador) a um proceder socialmente adequado, protegendo – e assim fomentando – a realização efetiva dos direitos fundamentais mediante prestações.

Da dupla dimensão acima descrita, interessa ao tema ora abordado, a acepção objetiva dos direitos fundamentais, ou seja, a linha de pensamento, segundo a qual impõe ao Estado deveres de proteção, como imperativos de tutela.

Por conta desse dever, ao Estado cabe a proteção dos direitos fundamentais, sob pena de incorrer na proibição de proteção deficiente, uma das variáveis do princípio da proporcionalidade que será tratado em capítulo específico.

Pelo texto constitucional, segundo LUIZ LUISI¹¹⁷, são mandados de criminalização implícitos:

Também pode ser entendida, embora não expressa como cláusula de criminalização a norma constitucional que proclama a inviolabilidade do direito “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagens das pessoas”, contida no inciso X do art.5º da nossa Carta Magna

A interpretação, segundo a qual, somente aceitar-se-ia a existência dos mandados explícitos como fundamento legitimador do Direito Penal, seria desarrazoada, na medida em que perderia fundamento toda a legislação penal que não fosse reflexo do texto constitucional explícito.

Exemplo claro seria a própria existência do crime de homicídio, cujo bem protegido é a vida, a qual não está prevista através de mandado de forma explícita, mas sim, de forma implícita, no art.5º da Constituição Federal de 1988, estampado no direito à vida. Dessa forma, não é admissível, muito menos arrazoado, indagar se tal bem carece de proteção constitucional.

Na verdade, o direito à vida é um valor supremo estabelecido no próprio texto constitucional, legitimando dessa forma a proteção por parte do Poder Legislativo, através do Direito Penal.

¹¹⁷ Op. cit., p.59.

Portanto, a aceitação dos mandados de criminalização implícitos e explícitos, demonstra uma nova faceta da visão constitucional do Direito Penal, mormente, de sua posição ativa de proteção da sociedade, com ações positivas no sentido de coibir, através de legislação repressora, ou seja, do Direito Penal, condutas nocivas à sociedade. Assim, como frisado, anteriormente, a Constituição atua não somente como freio limitador, mas também como fonte legitimadora de atuação do poder repressor estatal.

Nesse sentido, temos a posição de LENIO LUIZ STRECK¹¹⁸, a respeito da visão constitucional do Direito Penal, notadamente, no que se refere a sua função legitimadora do poder repressor, elegendo bens jurídicos dignos de tutela penal, face ainda ao avanço da criminalidade na sociedade atual:

Perfeita, pois, a análise de Baratta: é ilusório pensar que a função do Direito (e, portanto, do Estado), nesta quadra da história, esteja restrita à proteção contra abusos estatais. No mesmo sentido João Baptista Machado, para quem o princípio do Estado de Direito, neste momento histórico, não exige apenas a garantia de defesa de direitos e liberdades contra o Estado: *exige, também, a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato*. Desse modo, ainda com o pensador português, é possível afirmar que *idéia de Estado de Direito demite-se de sua função quando se abstém de recorrer aos seus meios preventivos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos*.

E por fim, ainda citando LENIO LUIZ STRECK¹¹⁹ este arremata “[...] ao Estado de Direito e ao Estado Social, o Direito Penal serve, simultaneamente, para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime”, protegendo dessa maneira a sociedade.

¹¹⁸ **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre o crime de furto privilegiado e tráfico ilícito de entorpecentes?”, Disponível em: <www.leniostreck.com.br>, acesso dia 24/11/2010.**

¹¹⁹ Ibid.

5. CRIME ORGANIZADO

5.1 Breve esboço histórico

A análise da evolução histórica da criminalidade organizada é elemento essencial, senão fundamental, para sua compreensão no cenário jurídico nacional e internacional. Essa compreensão da criminalidade organizada, seja como fenômeno social, seja como fenômeno jurídico, também é premente, na medida em que, analisado tal fenômeno, identificadas as suas características e seus elementos, a criação de institutos e formas para o enfrentamento tendem a ser mais eficientes, tanto do ponto de vista jurídico como social.

O fenômeno jurídico crime organizado, no cenário nacional e internacional, é relativamente recente, haja vista que a terminologia utilizada data de pouco mais de meio século, de modo que a legislação específica a respeito do assunto, seja tipificando como modalidade criminosa, seja prevendo instrumentos para repressão também é recente.

No entanto, a análise da história, do oriente ao ocidente, permite resgatar fragmentos nos quais é possível perceber as primeiras linhas do que hoje se tornou o crime organizado como conhecemos.

Em obra sobre o tema, EDUARDO ARAÚJO DA SILVA¹²⁰ disserta a respeito da evolução histórica do crime organizado, passando um panorama de sua evolução mundial, no qual é perceptível coletar seu nascedouro:

A mais antiga delas são as Tríades Chinesas, que tiveram início no ano de 1644, como movimento popular para expulsar os invasores do império Ming [...].

[...]

A organização criminosa *Yakuza* remonta aos tempos do Japão feudal do século XVIII e se desenvolveu nas sombras do Estado para exploração de diversas atividades ilícitas [...].

[...]

Na Itália, a organização conhecida modernamente como Máfia, teve início como movimento de resistência contra o Rei de Nápoles, que em 1812 baixou um decreto que abalou a secular estrutura agrária da Sicília, reduzindo os privilégios feudais e limitando os poderes dos príncipes, que contrataram *uomini d'onore* para proteger as investidas contra a região, os quais passaram a constituir associações secretas denominadas máfias.

¹²⁰ **Crime Organizado Procedimento Probatório**, p.17-24.

[...]

Na Rússia, a organização criminosa mais tradicional e misteriosa (*Vor v zakone*) iniciou suas atividades na última década do século XIX, ainda na época czarista, nos campos da Sibéria, dedicando-se à prática de diversos crimes.

[...]

Nos Estados Unidos da América, a criminalidade organizada nasceu no final da década de 20, em razão da proibição irrestrita da comercialização do álcool, o que determinou a dedicação de alguns grupos (*gangs*), de forma organizada e estável ao contrabando da bebida, mediante corrupção das autoridades e chantagens a empresários.

No Brasil observa-se que os primeiros registros históricos remontam ao movimento do cangaço, no nordeste brasileiro, sobretudo, no grupo liderado por Virgulino Ferreira da Silva, o *Lampião*, conforme lição de EDUARDO ARAÚJO DA SILVA¹²¹ “No Brasil, é possível identificar como antecedente da criminalidade organizada o movimento conhecido como cangaço, que atuou no sertão nordestino entre o final do século XIX e o começo do século XX [...]”.

No entanto, mesmo antes do cangaço, tivemos movimentos relativamente organizados, mas de afronta ao regime constituído, como no caso da Revolta de Canudos, liderada por Antônio Conselheiro, tão bem descrita por Euclides da Cunha, na obra “Os Sertões”.

Feito este breve esboço a respeito da evolução histórica do crime organizado enquanto fenômeno social, passaremos neste momento à análise dos fundamentos jurídicos históricos nacionais que levaram à sua análise, enquanto fenômeno jurídico na atualidade.

A grande maioria da doutrina especializada a respeito do tema aponta como antecedentes jurídicos necessários ao crime organizado, o crime de quadrilha ou bando e os crimes perpetrados mediante concurso de agentes.

Neste trabalho, visto que esse tópico consiste apenas um esboço para análise do tema, será tratado apenas o crime de quadrilha ou bando, como antecedente, mesmo porque nesse tipo delitivo, encontra-se maior aproximação com as características do crime organizado, vez que se trata de uma associação, a princípio estável e permanente, diferente do concurso de agentes, no qual há uma mera associação esporádica, sem um mínimo de estabilidade.

¹²¹ Op. cit., p.25.

No período em que o Brasil estava submetido à corte portuguesa, vigoraram como legislação penal as ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, cujas características, por conta do período, agravadas pela brutalidade da idade média, possuíam o absoluto apego às penas cruéis e degradantes, ao passo que era desprovida de qualquer tipo de garantia aos acusados da época.

A respeito dessas características, JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI¹²² manifesta-se:

É de todos sabido o rigor e a iniquidade contidos no Livro V, das Ordenações do Reino. Ninguém, entre nós, resumiu melhor o conteúdo dessas compilações do que José Frederico Marques, cuja página merece ser transcrita: nessas compilações rigorosas e iníquas, “o legislador ali só teve em vista conter os homens por meio do terror”, como disse Coelho da Rocha. Penas crudelíssimas eram cominadas a infrações muitas vezes sem maior importância.

Mesmo com essas características, o antecedente histórico que se assemelhava ao crime de quadrilha ou bando, prevendo a cominação de pena a crimes cometidos por agrupamento de pessoas pelas Ordenações era o crime de assuada, o qual segundo LUIZ ROBERTO UNGARETTI DE GODOY¹²³ era “[...] figura típica encontrada em todas as Ordenações que vigoraram no Brasil”. A previsão do crime de assuada encontrava-se disposta no Título XLV, livro V das Ordenações do Reino, no Código Filipino, conforme abaixo, *in verbis*:

Qualquer pessoa, que com ajuntamento de gente, além dos que em sua caza tiver, entrar em caza de alguém para lhe fazer mal, e o ferir a elle, ou á outrem, que na dita caza tiver, morra morte natural.

[...]

1. E se o ajuntamento de gente, que assi fez, for para fazer mal, ou dano a alguma pessoa, e não entra em caza alguma, posto que o ajuntamento não faça mal, nem dano, se fôr fidalgo, seja preso e degredado quatro annos para Africa, e pague cem cruzados, a metade para que o accusar, e a outra para nossa Camera.

Da análise do delito em tela, percebe-se a forte imprecisão dos termos utilizados no tipo penal, característico da época, a presença de penas graves e desproporcionais ao crime, demonstrando, dessa forma, o arbítrio do Estado e o desapego à segurança jurídica na definição de condutas criminosas.

¹²² Códigos Penais do Brasil, Evolução Histórica, p.58.

¹²³ Crime Organizado e seu Tratamento Jurídico Penal, p.5.

Após a vigência das Ordenações, com a proclamação da independência do Brasil, o Código Criminal de 1830 feito à época do Império, por determinação da Constituição de 1824, possuía fortes características iluministas, sobretudo, dos postulados da Escola Clássica do Direito Penal, o qual tinha como guia os escritos de BECCARIA na obra “Dos Delitos e das Penas”.

Nas palavras de NELSON HUNGRIA¹²⁴ o Código Criminal de 1830 era o “[...] o primeiro Código autônomo da América Latina”.

Assim, nesse estatuto repressor havia a previsão do crime de Sociedades Secretas e Ajuntamentos Illicitos, previstos no art.282 com redação *in verbis*:

Art. 282. A reunião de mais de dez pessoas, em uma casa em certos e determinados dias sómente se julgará criminosa, quando fôr para fim de que se exija segredo dos associados, e quando neste ultimo caso não se communicar em fórma legal ao Juiz de Paz do districto em que se fizer a reunião.

Penas – de prisão por cinco a quinze dias ao chefe, dono, morador, ou administrador da casa; e pelo dobro, em caso de reincidência.

Art.285. Julgar-se-há commetido o crime, reunindo-se três, ou mais pessoas, com a intenção de se ajudarem mutuamente para commeterem algum delicto, ou para privarem illegalmente a alguém do gozo, ou exercício de algum direito, ou dever.

[...]

Art.286. Praticar em ajuntamento illicito algum dos actos declarados no artigo antecedente.

Penas – de multa de vinte a duzentos mil réis, além das mais em que tiver incorrido o Réo.

Nesse tipo penal é perceptível a cautela do legislador, ainda que precária, ao mencionar o número mínimo de agentes para configuração do delito, a finalidade e, de forma prematura, a proporcionalidade da sanção penal, diferente do que constava no crime de assuada, nas Ordenações, no qual bastava apenas o “ajuntamento de gente” para configuração do delito com penas mais graves, em relação ao crime.

À época dos fatos, mesmo com a cautela acima adotada, o texto sofreu severas críticas da doutrina, haja vista os termos vagos utilizados, bem como pela punição de atos que sequer chegariam à preparação delitiva propriamente dita.

Nesse sentido é importante lembrar ANTONIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO¹²⁵, citando penalistas da época, absolutamente, críticos ao tipo penal em questão:

¹²⁴ **Comentários ao Código Penal, v. I, t. I., p. 47.**

Marques Perdigão faz sérias críticas aos dois artigos, em especial no que se refere aos aspectos gramaticais, ressaltando, no entanto, a importância da previsão de crime contra a paz pública, na legislação brasileira.

[...]

Preocupado com a imprecisão do tipo penal e com os riscos de arbitrariedade na aplicação da lei, Alves Júnior assevera:

“Daqui deduzimos que para prevalecer a incriminação definida pelo art.285 é preciso que a intenção, o *dolus malus*, que anima e prende os congregateos se traduza por actos preparatórios.”

[...]

Francisco Luiz restringe ainda mais os limites do tipo, destacando, que a simples resolução, ou intenção, não constitui crime, nem mesmo os atos meramente preparatórios.

É certo, portanto, que os crimes de “assuada” e “ajuntamento”, consistiram nas primeiras linhas do que viria a ser o crime de quadrilha ou bando, notadamente, o de “ajuntamento”, que mais se assemelha com o delito de quadrilha, na medida em que, àquela época, já era tido como crime perpetrado contra a paz pública e também com previsão de número mínimo de agentes de igual forma ao atual art.288 do Código Penal.

Com a queda do Império e a proclamação da República, houve a promulgação de uma nova legislação repressora, conhecido como Código Penal de 1890.

O referido código foi elaborado em quase três meses, pelo jurista Batista Pereira, o qual assumiu o encargo por determinação do então Ministro da Justiça Campos Salles.

O governo recém empossado desejava que o Código Penal fosse elaborado de forma célere, conforme menciona JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI¹²⁶:

Tinha pressa o Governo, que, apressando-se em expedir o Decreto 774, de 20 de setembro de 1890, pelo qual abolia a pena de galés, reduzia a 30 anos as penas de prisão perpétuas, mandava computar a prisão preventiva na execução da pena de morte e estabelecia a prescrição das penas.

O projeto de Código Penal elaborado por Batista Pereira fora aprovado praticamente na íntegra, contudo, tal legislação fora objeto de diversas e severas

¹²⁵ **Organização Criminosa: Nova perspectiva do tipo legal**, p.65-66.

¹²⁶ Op. cit., p.74.

críticas por parte da doutrina, as quais o comparavam ao código anterior, tido como de melhor qualidade técnica do que o segundo.

Devido aos erros e falhas cometidas, efetivamente existentes no Código de 1890, isso, muito provavelmente, decorrente do exíguo espaço de tempo disponível a Batista Pereira para sua elaboração, diversas legislações esparsas foram promulgadas com a intenção de atualizá-lo.

A grande quantidade de legislações esparsas levou à criação da Consolidação das Leis Penais feitas por Vicente Piragibe, materializada pelo Governo, através do Decreto 22.213 de 14 de dezembro de 1932.

É importante citar as palavras de NELSON HUNGRIA¹²⁷, a respeito de Vicente Piragibe, o qual dizia possuir “[...] paciência beneditina e habilidade mosaista [...]”.

No Código Penal de 1890, Batista Pereira ainda continuou a utilizar a designação para o crime de ajuntamento, conforme redação do Código Criminal do Império, no Título II dos Crimes contra a segurança interna da República, seguindo praticamente, a mesma dialética e fundamentação, *in verbis*:

Art.119. Ajuntarem-se mais de três pessoas, em logar publico, com desígnio de se ajudarem mutuamente, para, por meio de motim, tumulto, ou assuada: 1º, commetter algum crime; 2º, privar ou impedir a alguém do gozo ou exercicio de um direito ou dever; 3º, exercer algum acto de odio ou desprezo contra qualquer cidadão; 4º, perturbar uma reunião publica, ou a celebração de alguma festa civica ou religiosa:
Pena – de prisão cellular por um a tres mezes.

Diferente da redação anterior, o novo tipo penal de “ajuntamento”, previu novas hipóteses de ocorrência do crime, incluindo: perturbar reunião pública e exercer algum ato de desprezo, contra qualquer cidadão. Por outro lado, manteve o mesmo número de pessoas, isto é, mais de três, para configuração do tipo penal.

Seguindo o rito cronológico, tivemos diversos projetos de Código Penal, que antecederam o Código Penal de 1940, dentre eles o Projeto de Galdino Siqueira, o Projeto Sá Siqueira e por fim, o conhecido e notório Projeto de Alcântara Machado.

Desses projetos, destaca-se o elaborado por Alcântara Machado, o qual segundo NELSON HUNGRIA¹²⁸: “[...] já disse e repito que é de todo verdadeira a

¹²⁷ **Comentários ao Código Penal v.1, t.1**, p.80.

¹²⁸ Op. cit., p.80.

comparação no sentido de que o Projeto de Alcântara Machado está para o Código Penal como o Projeto Clóvis está para o Código Civil [...]”.

No Projeto de Alcântara Machado, temos o efetivo nascedouro do que hoje conhecemos como o crime de quadrilha ou bando, de modo que o Código de 1940 seguiu, e muito, a sua semelhança.

Estava previsto no art.199 do citado Projeto, conforme transcrição *in verbis*

Art.199. Aquadrilharem-se três ou mais pessoas para a prática de crimes.

Pena – reclusão por 3 a 7 anos para o cabeça ou organizador; e por 1 a 5 anos para os outros.

1° Aumentar-se-á a pena, se, armados, os agentes percorrerem o sertão, ou as estradas, ou outros logares em que se desenvolvam a sua atividade criminosa; ou se a quadrilha se valer do concurso de menores de 18 anos.

2° Punir-se-á com detenção por 6 meses a 2 anos, ou multa de 1 a 5.000\$, ou ambas cumulativamente, aquele que, sabendo tratar-se de membro de quadrilha, fornecer a um deles asilo ou viveres, sem participar de qualquer forma de sua atividade criminosa.

Aumentar-se-á a pena, se os viveres ou asilo forem fornecidos continuamente. Não haverá logar a aplicação da pena, se o beneficiário for ascendente, descendente, cônjuge, irmão, cunhado, tio ou sobrinho do agente.

Contudo, em decorrência do Golpe de Estado imposto pelo governo Vargas, o Projeto de Alcântara Machado, sequer entrou em vigor, de modo que coube a Nelson Hungria, coordenar o projeto do que hoje se tornou o atual Código Penal 1940.

Entretanto, a importância do Projeto de Alcântara Machado ficou registrada nos anais da ciência penal nacional, sobretudo, na Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, Decreto Lei 2.848/1940, da lavra do então Ministro do Estado dos Negócios da Justiça, Francisco Campos¹²⁹, conforme segue: “Não devo encerrar esta exposição sem recomendar especialmente a Vossa Excelência todos quantos contribuíram para que pudesse realizar-se a nova codificação penal no Brasil: Dr. Alcântara Machado [...]”.

O Código Penal de 1940, em sua parte especial, no art.288 descreve o crime de quadrilha ou bando, no Título dos Crimes Contra a Paz Pública, com a seguinte redação *in verbis*: Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando,

¹²⁹ **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal**, p.266.

para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

Urge mencionar a posição de NELSON HUNGRIA¹³⁰, a respeito da autonomia do crime de quadrilha ou bando, no sentido de que, segundo afirma, tal crime, não possui relação alguma com crimes anteriormente, previstos seja no Código Criminal de 1830 como no Código Penal de 1890, conforme aponta:

Trata-se de entidade criminal estranha aos nossos Códigos anteriores, não passando de um equívoco de Galdino Siqueira (ob. Cit.,pág.366) o dizer que o fato já se encontrava aí incriminado sob o título de *ajuntamento ilícito*, pois este não passava de reunião accidental de sediciosos ou amotinados na praça pública, sem nenhum caráter de estabilidade associativa.

Podemos apontar que NELSON HUNGRIA¹³¹ fora o um dos primeiros penalistas nacionais a apontar a existência de criminalidade organizada, sob o nome “banditismo organizado”, na medida em que afirmava que a *intentio legis* do crime do art.288 era, justamente, punir a “delinqüência associada” que era fenômeno crescente à época do Código Penal, bem como afirmava que havia pessoas, absolutamente, avessas ao cumprimento da lei, e que “[...] coligam-se como militantes inimigos da sociedade, formando entre si estáveis *associações* para o crime e entregando-se, pelo encorajamento e auxílio recíprocos [...]”

Ainda a respeito da origem do crime de quadrilha ou bando, a doutrina costuma citar como antecedentes históricos o Código Penal Francês, conforme menciona E. MAGALHÃES NORONHA¹³², na mesma linha de NELSON HUNGRIA:

O crime de bando ou quadrilha foi definido pelo Código Penal francês no art.265 [...]
Seguiram-se vários Códigos italianos (parmense, toscano, sardo etc.) e mais tarde o de Zanardelli (art.248) e o alemão (arts.127 e 129). Hoje, é a espécie capitulada por diversos estatutos: italiano (art.416), argentino (art.210), uruguaio (art.150), português (art.263), francês (art.265), belga (art.322), russo (art.593) e outros.

Ainda citando E. MAGALHÃES NORONHA¹³³, é interessante a referência por ele feita contemplando a evolução da criminalidade, notadamente, a de cunho

¹³⁰ **Comentários ao Código Penal, vol.IX**, p.175.

¹³¹ *Ibidem*, mesma página.

¹³² **Direito Penal, v. 4**, p.89.

organizado para a época, sendo feita, menção na mesma obra, à Máfia nos Estados Unidos e da Itália, no que diz respeito à atuação dos *gangsters*, quando afirma: “Lá, os *gangsters*, perfeitamente organizados [...]”. Em território nacional, citam-se os movimentos do cangaço, Antônio Conselheiro e outros crimes que ficaram notoriamente conhecidos à época, que tinham um mínimo de organização, razão pela qual fora criado o crime de quadrilha ou bando. Podemos dizer que sua motivação era punir e reprimir, através da aplicação da lei penal, atos preparatórios que atentavam contra a paz pública, com um mínimo de estabilidade e permanência, quiçá com um mínimo de organização, através da associação de agentes.

Assim, é facilmente perceptível a realidade social vivenciada nos anos quarenta, o tipo de delinquência enfrentada, o seu matiz, suas características, de modo que o tipo penal do art.288 do Código Penal era suficiente e bastante para sua repressão e prevenção.

No entanto, passados mais 70 anos, a sociedade de outrora difere em absoluto, da sociedade inspiradora do Código Penal de 1940. Novos valores foram agregados, o avanço da tecnologia, a sociedade de risco, globalização, livre comércio, fizeram surgir o que hoje se conhece como crime organizado, conforme atesta JOÃO PAULO BALTAZAR JÚNIOR¹³⁴:

Não há dúvidas, aliás, de que “a tecnologia a alcance do bem serve também ao mal”. A criminalidade, então, como fenômeno inerente à sociedade, acompanha o desenvolvimento populacional e tecnológico da sociedade na qual está inserido, modernizando-se, também.

5.2 Conceito e características;

A tarefa de estabelecer o conceito sobre o crime organizado é deveras difícil, haja vista a existência de diversos fatores que influenciam no estabelecimento de seu conceito.

Esses fatores são de cunho social, filosófico, ideológico, territorial, todos com diversas variantes, de modo que uma definição que atenda os anseios de todos esses fatores é, praticamente, inviável, senão impossível, isso sem falar na conceituação jurídica, a qual, irremediavelmente, segundo o posicionamento

¹³³ Op.cit.,p.89-90.

¹³⁴ **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**, p.84.

adotado terá reflexos na dignidade da pessoa humana, com medidas, tanto de direito substantivo ou adjetivo, suprimindo garantias individuais.

Outra dificuldade enfrentada na conceituação do crime organizado reside em teorias que, pasmem, acreditam na sua inexistência ou que seja motivada por interesses escusos do Estado, a fim de criar legislações repressoras, conhecida como “discurso do mito”, conforme leciona JOÃO PAULO BALTAZAR JÚNIOR¹³⁵:

Para o discurso do mito não existem organizações criminosas, sendo o conceito uma criação ou categoria forjada a partir da história e dos casos norte-americano e italiano e exportada para países periféricos, de modo imperialista, por meio de acordos ou da pressão internacional, a impor aos demais países soluções inadequadas e alheias à sua tradição jurídica.

Em sentido, diametralmente, oposto ao discurso do mito temos a Teoria da Conspiração, também extraída de JOÃO PAULO BALTAZAR¹³⁶, cuja finalidade consiste em fornecer elementos de toda a ordem, sobre uma nefasta criminalidade organizada, enraizada em todos os seguimentos da sociedade e do Poder Público, sobretudo, por elementos estrangeiros, complexa, com ligação no tráfico de drogas, armas, corrupção, lavagem de dinheiro, cujas características demandam uma legislação repressora forte para seu enfrentamento e combate, com a redução das garantias fundamentais.

Na obra de GUARACY MINGARDI¹³⁷ a respeito do crime organizado, o referido sociólogo também ressalta a dificuldade de estabelecer o conceito do tema. Contudo, elencou três principais correntes a respeito do conceito de crime organizado, haja vista que por meio dessas correntes, que atuam na análise, estudo, defesa, repressão, investigação do crime organizado, é possível obter elementos bastantes para sua conceituação. São elas: advogados criminalistas, ciências sociais, imprensa, policiais e judiciário.

Resumidamente, a respeito dos advogados criminalistas, é feita menção ao XV Congresso Internacional de Direito Penal, realizado no Rio de Janeiro, no qual foi debatido o crime organizado, que não obteve êxito na sua definição. As ciências sociais citam estudos feitos por sociólogos a respeito da Máfia Italiana e Americana, nos quais também, de um lado houve a defesa da efetiva existência da Máfia como

¹³⁵ **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência.**, p.84.

¹³⁶ *Ibid.*, p.79-80.

¹³⁷ **O Estado e Crime Organizado**, p.26.

organização criminosa e de outro, que na verdade a Máfia inexistiria como organização criminosa, mas sim como “modo de vida”. Na imprensa, percebeu-se a exasperação do conceito de crime organizado, não seguindo nenhum rigor técnico, mas sim os índices de IBOPE e “furos” jornalísticos. No que diz respeito aos policiais, cita o exemplo da distinção de conceitos entre a Polícia Civil e a Militar do Estado de São Paulo. Por fim, a respeito do judiciário, apresenta o conceito extraído do então Juiz de Direito Luiz Flávio Gomes, hoje advogado criminalista e Professor de Cursos Preparatórios para Carreiras Jurídicas.

Interessante mencionar a posição de JORGE FIGUEIREDO DIAS¹³⁸, para o qual é dispensável o conceito de crime organizado, na medida em que para ele, o crime organizado, nada mais é do que o resultado, de crimes praticados por associações criminosas, cujo tipo penal já se encontra previsto no Código Penal Português, ou seja, toda a criminalidade organizada precede à existência da associação criminosa:

A criminalidade organizada enquanto entidade jurídico-penalmente relevante constitui antes, em meu parecer, um simples conceito jurídico instrumental ou conceito-meio, que se liga, em determinadas condições e pressupostos, à prática ou ao propósito de praticar determinados tipos de crimes já existentes no ordenamento jurídico penal.

[...]

Procurei até agora demonstrar que o conceito jurídico-penal de criminalidade organizada deve supor, por um lado, a prática do crime de associação criminosa e, por outro, a prática pela associação de crimes – no estágio da consumação, da tentativa ou mesmo da preparação – de particular natureza e gravidade (chamados crimes de catálogo).

Há conceitos oficiais do que seria crime organizado; para o FBI (*Federal Bureau of Investigation*) – a Polícia Federal Americana - o crime organizado consiste em¹³⁹:

¹³⁸ **A criminalidade Organizada: fenômeno ao conceito jurídico-penal**, p.12 e 26-27.

¹³⁹ Disponível em: <<http://www2.fbi.gov/hq/cid/orgcrime/glossary.htm>> The FBI defines organized crime as any group having some manner of a formalized structure and whose primary objective is to obtain money through illegal activities. Such groups maintain their position through the use of actual or threatened violence, corrupt public officials, graft, or extortion, and generally have a significant impact on the people in their locales, region, or the country as a whole (tradução livre do autor). Acesso em 06/06/2011.

O FBI define crime organizado como qualquer grupo que tenha de alguma forma uma estrutura formalizada e cujo objetivo primário seja obter lucros através de atividades ilegais. Tais grupos mantêm suas posições através do uso de violência, ou ameaça de violência, corrupção de funcionários públicos, suborno ou extorsão e geralmente tem um impacto significativo na população local, da região ou país como um todo.

Na verdade, a maneira mais eficiente de extrair-se o conceito de crime organizado, consiste na identificação de suas características, as quais podem ser essenciais ou não essenciais.

Essas características do que se entende por crime organizado, também sofrem as variantes elencadas pelos fatores acima expostos, de maneira que a melhor técnica consiste em obter um conceito não muito fechado, mas flexível do crime organizado, em decorrência do processo de expansão da sociedade, em conjunto com o Direito Penal que permite adequar-se à sociedade atual.

MARIO DANIEL MONTOYA¹⁴⁰ identifica as razões pelas quais encontram-se dificuldades em se obter o conceito de crime organizado.

O principal problema com o termo “crime organizado” é a interpretação que fazem desse conceito o público, por um lado, e os funcionários, pelo outro, sem esquecer que a mencionada expressão pode ter diversos significados em países diferentes. Esse tipo de atividade criminosa pode se perseguida em uma determinada jurisdição e não ser legalmente reconhecida em outra.

Partindo da premissa de obter-se um conceito flexível, através de características, igualmente, flexíveis, apontamos abaixo as principais entre elas:

- a) **Pluralidade de agentes:** é assente na doutrina e jurisprudência que, pese não haver ainda definição, sob o ponto de vista legal de como se configura a organização criminosa, é necessário que haja três ou mais pessoas, conforme GUILHERME DE SOUZA NUCCI¹⁴¹ “[...] pensamos que a melhor solução é buscar o equilíbrio do conceito de associação criminosa aos anteriores, visando encontrar uma quadrilha ou bando ou uma organização criminosa [...]”, ademais, tal posicionamento decorre ainda da Convenção de Palermo, que será tratada adiante. Não obstante, também

¹⁴⁰ **Máfia e Crime Organizado**, p.185.

¹⁴¹ **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, p.251.

- deve acrescentar nesse item que, agregada à pluralidade de agentes trata-se, igualmente, de elemento inerente à estabilidade e permanência, eis que não existente, estar-se-á diante de um mero concurso de agentes;
- b) **Infiltração no poder público:** analisamos esta característica não somente pelo enfoque, comumente, utilizado pela doutrina especializada, no sentido de que uma ORCRIM¹⁴² precisa de agentes públicos para se sustentar, mas também no sentido de que a própria essência da ORCRIM seja de agentes públicos, especializados e voltados à prática reiterada de crimes atinentes às suas funções;
- c) **Divisão de tarefas:** quando se pensa em divisão de tarefas, não seriam tarefas estanques, mas sim a necessidade de cada membro da ORCRIM ter conhecimento prévio de qual seria a sua função dentro da estrutura criminosa. P. ex. numa ORCRIM composta por policiais, especializada em extorquir empresários que atuam no ramo de exportação, um dos membros é responsável por obter informações a respeito da vida particular da pessoa a ser extorquida, com a finalidade de orientar àqueles que irão praticar a extorsão. Nesse mesmo sentido, acrescentamos que o planejamento empresarial, a nosso ver, não configura como característica fundamental, mas sim como um *plus* à ORCRIM, demonstrando ainda mais seu poder e sofisticação;
- d) **Poder de intimidação:** nesse sentido, é possível incluir não somente a ameaça física, propriamente, dita, mas também qualquer tipo de poder que a ORCRIM tenha para prejudicar ou causar mal a outrem. Nesse sentido, pedimos vênia para mencionar a experiência deste signatário, quando da condução da Operação Avalanche, desencadeada pela Polícia Federal, em Setembro de 2008. Um dos núcleos investigados, composto por policiais federais, civis, despachantes aduaneiros e servidores da receita federal, tinha como finalidade, justamente, a extorsão de empresários que atuavam no ramo de importação e exportação, de modo que uma vez feita a exigência de pagamento ilícito e esta não sendo paga, os agentes públicos apreendiam todas as cargas a serem importadas pela vítima - procedimento pela Receita Federal. De outro lado, uma vez feita a

¹⁴²ORCRIM – termo técnico utilizado pela Polícia Federal para designar Organização Criminosa.

apreensão, gerando termo de apreensão e guarda fiscal, instauravam inquérito policial em desfavor da vítima - procedimento feito pela Polícia Federal. Percebe-se então que os agentes públicos utilizam-se de canais lícitos, atinentes ao seu ofício, para materializar o temor na vítima, não necessariamente, através da ameaça física;

- e) **Obtenção de lucro ilícito:** finalidade principal e válvula motriz do crime organizado é a obtenção de lucros ilícitos, através da prática de crimes;
- f) **Lavagem de dinheiro:** A lavagem de bens e capitais é fundamental para manutenção e existência de uma ORCRIM, pois sem ela, todo o capital ilícito obtido pela empreitada criminosa é passível de ser, facilmente, seqüestrado ou bloqueado pelos órgãos de repressão estatal. Nesse sentido, como forma de lavagem temos a manutenção de contas em paraísos fiscais, através de contas numéricas, sem identificação, como ocorre na Suíça, criação de empresas fantasmas, contas bancárias em nome de *laranjas*, simulação de negócios e contratos, dentre outros. Imagine-se um servidor público federal do Poder Executivo, corrupto, pertencente a uma ORCRIM, cujo salário consta no sítio www.servidor.gov.br, na ordem de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Ele, no entanto, ostenta padrão salarial muito além do que lhe são devidos os seus vencimentos. Para justificar o acréscimo patrimonial, deverá, sob pena de ser investigado, adotar providências no sentido de maquiar, camuflar sua renda ilícita mensal, sob pena de prejudicar as atividades da ORCRIM da qual pertence;
- g) **Existência de cadeia de comando:** A cadeia de comando é o marco principal do crime organizado; é necessária a existência de uma chefia, de um comando central ao qual os membros reportam-se, a fim de obter as diretrizes da empreitada criminosa. Esse comando central pode tanto ser visível como invisível; a invisibilidade da chefia é apenas mais um elemento que demonstra o nível de organização de uma ORCRIM.

Perceba-se que as características acima descritas, vão ao encontro de um conceito aberto, flexível, em prol da sociedade, assim como o conceito do FBI. Estabelecer um conceito fechado de crime organizado vai de encontro com os preceitos da sociedade pós-industrial, com novos valores agregados que evoluem

diuturnamente, isso sem mencionar a respeito de organizações criminosas transnacionais.

É preciso destacar ainda que a maioria dos manuais utiliza como fonte de fundamentação, exemplos extraídos da literatura estrangeira, como a Máfia Italiana, Máfia Russa, Yakuza dentre outros. Entretanto, a realidade brasileira difere e bastante, da casuística internacional, isso devido aos fatores, econômicos, sociais, educacionais, culturais e etc.

A título de exemplo, mencionar como característica fundamental de uma ORCRIM, a sofisticação, a utilização da tecnologia na prática dos atos criminosos é colocar por terra a possibilidade de enquadrar como ORCRIM o Comando Vermelho, que, recentemente, capitaneou uma onda de ataques contra a sociedade civil na cidade do Rio de Janeiro, sendo necessária para sua contenção a união das forças federais e estaduais.

No Brasil existe posicionamento no sentido de diferenciar uma organização criminosa de uma facção criminosa, de modo que esta última seria atinente a grupos violentos como o Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho, Associação Dos Amigos dentre outros, conforme leciona MÁRIO SÉRGIO SOBRINHO¹⁴³:

A estrutura e as características desses grupos criminosos menos organizados permitem considerá-los como facções criminosas. As facções criminosas, tal qual os grupos de criminalidade organizada, estão voltadas para as atividades ilícitas e clandestinas, valem-se da violência e da intimidação e utilizam da “lei do silêncio”, preservando a área territorial de domínio e atuação.

Tais grupos ainda estão limitados à utilização de rádios amadores para sua comunicação, quando muito, aparelhos de rádio NEXTEL, sua contabilidade é feita à mão, em manuscritos, conforme noticia a imprensa¹⁴⁴, a sofisticação e a tecnologia passam longe para estas organizações, no entanto, possuem organização na divisão de tarefas atreladas ao comércio do tráfico¹⁴⁵ e alto poder de intimação na população.

¹⁴³ **O Crime Organizado no Brasil**, p.33.

¹⁴⁴ Herculano Barreto Filho, **Contabilidade do Tráfico na Vila Cruzeiro revela gastos de R\$ 788 mil**, Jornal EXTRA. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/contabilidade-do-traffic-na-vila-cruzeiro-revela-gastos-de-788-mil-na-compra-de-armas-968795.html>> acesso 02/02/2011.

¹⁴⁵ Nos morros cariocas o tráfico divide tarefas entre aqueles que são responsáveis pela vigilância dos pontos, gerência da bocas de fumo, cotação do valor da droga, contato com policiais corruptos, até a cadeia máxima de comando.

A organização nos grupos acima descritos também é demonstrada no poder de corrupção, na aquisição de armamento bélico, seja oriundo dos próprios organismos de segurança pública, como também através do tráfico internacional de armas, de modo que entendemos que a diferenciação entre organização criminosa e facção criminosa é descabida.

Por outro lado, utilizando a mesma característica – sofisticação e utilização de meios tecnológicos – um grupo especializado em obter financiamentos fraudulentos do BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento), através da falsificação de documentos públicos e privados, com alta tecnologia nessa falsificação, utilizando canais criptografados para sua comunicação, *off shores* no exterior para lavagem de dinheiro ilícito obtido, corrompendo servidores públicos, possuindo contas em paraísos fiscais, não perpetra nenhum ato de violência física, ameaça ou intimidação seja direta ou indireta, mas nem por isso deixa de ser considerada uma organização criminosa.

Portanto, a adoção das características acima mencionadas permite classificar como organização criminosa, os dois grupos acima descritos, ambos, igualmente, danosos à sociedade, cada um à sua maneira.

Nesse sentido, importante lembrar o posicionamento de ANTONIO SCARANCE FERNANDES¹⁴⁶, a respeito da existência de dois tipos de organizações criminosas:

[...] estudiosos separassem as organizações criminosas em dois grandes tipos: o territorial, tradicional, mafioso, e o empresarial. O primeiro atuaria em áreas determinadas, cobraria pedágios de casas comerciais, utilizaria largamente da violência; o segundo agiria junto a grandes corporações, realizaria sofisticados processos de lavagem de dinheiro, operaria no mercado financeiro.

Resumidamente, entendemos que dentre as várias características apontadas pela doutrina, as citadas a seguir não são fundamentais para o reconhecimento de uma organização criminosa: a) emprego de violência física; b) planejamento empresarial; c) utilização de tecnologia sofisticada; d) base piramidal; e) existência de poder paralelo; f) lei do silêncio.

A existência dessas características dentro de uma organização acresce o seu potencial danoso e lesivo à sociedade, merecendo ainda maior rigor da lei.

¹⁴⁶ O Equilíbrio na Repressão ao Crime Organizado, p.13.

5.3 Necessidade de tipificação autônoma e Convenção de Palermo

Neste capítulo foram discutidas as dificuldades em obter-se o conceito do que seria organização criminosa, indo de conceitos fechados, estanques a conceitos mais abertos, flexíveis em consonância com a evolução da sociedade.

A opção do conceito adotado, inexoravelmente, influi na forma como será descrito o tipo penal da organização criminosa, com seus elementos objetivos e subjetivos.

Optar por criminalizar a organização criminosa, também encontra óbices na identificação do bem jurídico afetado, com essa forma tão especial de infração penal, nas condutas oportunamente mencionadas no tipo penal, a co-existência de infrações perpetradas mediante concurso de agentes, ou mesmo os crimes de quadrilha ou bando, associação criminosa, prevista na Lei de Drogas dentre outros.

Ao legislador cabe a árdua tarefa de criar um tipo penal coerente, consoante os primados da dogmática penal, calcado na Teoria do Bem Jurídico, sem atender a anseios midiáticos, longe, sobretudo, de um Direito Penal Simbólico e próximo, de um Direito Penal eficiente e eficaz, norteado para os princípios do Estado Democrático de Direito, com base na dignidade da pessoa humana.

O tipo penal organização criminosa, inevitavelmente, deve ser aberto, sob pena de perecer e engessar a sua aplicação, caso se opte por prever todas as formas de sua ocorrência. A criminalidade organizada e suas técnicas evoluem, diuturnamente, com a sociedade, como já foi, exhaustivamente, mencionado neste trabalho. A respeito dessa abordagem é importante mencionar o posicionamento de MARCELO BATLOUNI MENDRONI¹⁴⁷:

Na verdade, em nossa opinião, não se pode definir organização criminosa através de conceitos estritos ou mesmo de exemplos de condutas criminosas como sugerido. Isso porque não se pode engessar este conceito, o restringido a esta ou àquela infração penal.

Por conta dessas dificuldades e outras ainda, há países que optaram por não tipificar a organização criminosa, tal como a Alemanha, inspirada nos ensinamentos

¹⁴⁷ **Crime de Lavagem de Dinheiro**, p.49.

do funcionalismo penal, sob pena de engessamento da legislação e a Inglaterra, na medida em que estabelecer um conceito fechado de organização criminosa poderia criar óbices para aplicação de mecanismos legais previstos em suas legislações, conforme menciona JOÃO PAULO BALTAZAR¹⁴⁸:

Na Inglaterra, por exemplo, não há definição legal, pois se entendeu que uma definição poderia criar uma controvérsia legal que complicaria desnecessariamente a aplicação da lei penal e poderia vir a deixar de fora do âmbito da aplicação da lei alguns fatos. Também assim na Alemanha, onde criminalidade organizada é um conceito de direito processual ou policial, que serve como critério para autorizar determinadas medidas de investigação específicas, não havendo, porém, delito de organização criminosa.

No Brasil, temos a Lei 9.034/95, proveniente do Projeto de Lei 3.516 de autoria do então Deputado Federal Michel Temer, cujo texto não apresentou dispositivo identificando ou mesmo trouxe elementos mínimos e conceituais sobre o que seria a organização criminosa. A referida legislação traz dispositivos legais processuais, que devem ser utilizados na repressão ao crime organizado.

Contudo, como tal lei, prevendo mecanismos de investigação ao crime organizado poderia ser aplicada, se não há o conceito legal do que seria crime organizado?

Entre diversas idas e vindas de projetos de leis sobre o crime organizado, após a promulgação da Lei 9.034/95, foi promulgada a Lei 10.217/2001 a qual alterou o corpo inicial da Lei 9.034/95 com a seguinte redação *in verbis*: Art. 1º Esta Lei define e regula os meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

De toda a sorte, face à ausência de tal conceito, atualmente, a Lei 9.034/95 vem sendo aplicada para investigação, genericamente, para qualquer tipo de crime, desde que, perpetrado mediante quadrilha ou bando, conforme dispõe o art.288 do CPB ou por associação criminosa, segundo previsão da Lei de Drogas.

Outrossim, mesmo sem a existência de conceito legal de organização criminosa, há diversas leis, posteriores à Lei 9.034/95, cujo conteúdo faz menção à organização criminosa, seja como circunstância agravante, até mesmo

¹⁴⁸ Op. cit., p.146.

possibilitando a utilização de mecanismos processuais ou para configuração de tipo penal específico.

As leis que fazem menção direta ao conceito de organizações criminosas no Brasil são: a) A atual Lei de Drogas, no § 4º, do art.33; b) Lei 9.613/98, no Art. 1º inc. VII e §4º; c) Lei de Execuções Penais, no que se refere ao Regime Disciplinar Diferenciado, conhecido, popularmente, como RDD, conforme disposição do art.52, § 2º.

Portanto, no Brasil conceituar legalmente a organização criminosa, não consiste em uma faculdade do legislador ordinário, mas sim uma obrigatoriedade, sob pena de inviabilizar a utilização de dispositivos legais previstos posteriormente à promulgação da Lei 9.034/95, bem como estabelecer efetivamente quais são os parâmetros para utilização dos instrumentos de investigação nela previstos, a fim de serem utilizados para o efetivo combate a organizações criminosas e não para crimes perpetrados por meras quadrilhas ou bandos, como ocorre, atualmente.

No mesmo sentido, WINFRIED HASSEMER¹⁴⁹ alerta: “Deve-se diferenciar entre criminalidade organizada e criminalidade de massa. Ambos têm em suas condições de surgimento pouco em comum e exigem estratégias diferentes [...]”

ANTONIO SÉRGIO DE MORAIS PITOMBO¹⁵⁰ assim se manifesta sobre o tema:

A falta de tipo legal põe os operadores do direito sob risco de padecerem com a arbitrariedade judicial, dada a perda da garantia da reserva legal. O desprezo à união entre direito e processo penal compõe mais um aspecto de temor, porque a perseguição passa a ter valor não pelo fim justo, mas pela satisfação de empregar esses meios contra determinadas pessoas, em nome de falsos ideais de proteção a interesse, paz, segurança, ou ordem pública.

Por conta dos argumentos acima expostos, entendemos ser absolutamente premente o legislador ordinário ser proativo, no sentido de conceituar, legalmente, a organização criminosa, seja tipificando como conduta criminosa, seja para estabelecer efeitos processuais e penais dela decorrentes, fornecendo parâmetros de segurança jurídica.

¹⁴⁹ **Direito Penal Libertário, Del Rey Internacional 6, apresentação Gilmar Ferreira Mendes: Tradução Regina Greve, p.141.**

¹⁵⁰ Op. cit., p.114-115.

A ausência de definição de organização criminosa, no entendimento de ANTONIO SCARANCE FERNANDES¹⁵¹ “[...] impossibilita a restrição a direitos e garantias do investigado, do acusado, do condenado, com fundamento no fato de pertencer a esse tipo de entidade [...]”.

Mencionou-se linhas acima a necessidade do legislador ordinário, optando por tipificar a organização criminosa, primar por boa técnica legislativa, calcado na dogmática penal e Teoria do Bem Jurídico.

Porquanto, se a opção do legislador ordinário consistir na tipificação autônoma do delito de organização criminosa, significa dizer que será tratado como delito independente aos perpetrados pela dita organização.

Logo o referido tipo penal deve ser dotado de elementos bastantes que permitam diferenciá-lo do crime de quadrilha ou bando e de outros, previstos na legislação esparsa, como no caso da associação criminosa da Lei de Drogas, já mencionado anteriormente.

Nesse sentido, ANDRÉ LUÍS CALLEGARI¹⁵² posiciona-se:

Assim, no Direito Penal substantivo, uma das manifestações mais características deste combate é a tipificação das condutas de “pertencer ou colaborar com uma organização delitiva”, como delito independente dos fatos puníveis que tenha como finalidade a organização.

O tipo organização criminosa terá como objetividade jurídica, leia-se, bem jurídico protegido a paz pública, de natureza universal, na medida em que protege uma série indeterminada de pessoas, inegavelmente, ameaçadas por associações de cunho ilícito, com o fito de perpetrar delitos de suma gravidade que atentam contra a sociedade. Esse ponto de vista é defendido por MARIO DANIEL MONTOYA¹⁵³.

Entretanto, é importante lembrar o posicionamento de MANUEL CANCIO MELIÁ¹⁵⁴, notadamente, no que se refere à segurança pública como bem jurídico tutelado, posição esta minoritária “[...] um ataque direto contra um bem jurídico

¹⁵¹ Op. cit., p.15.

¹⁵² **Controle Social e Criminalidade Organizada**, p.18.

¹⁵³ Op.cit., p.172.

¹⁵⁴ **El injusto de los delitos de organización: peligro e significado**, p.37 – [...] un ataque directo contra un bien jurídico autónomo de la “paz interior”, que comprendería también la “seguridad pública”, la “seguridad pública interior”, o de la seguridad pública y el orden estatal (tradução livre do autor).

autônomo da 'paz interior' compreenderia também a 'segurança pública', a 'segurança pública interior' ou a segurança pública e a ordem estatal [...].”

De igual forma será classificado como crime de perigo abstrato, na medida em que a mera associação de pessoas, de forma organizada, estável e permanente e outros elementos que o legislador acrescer, será o suficiente para a configuração do tipo penal, não sendo, portanto, necessária a efetiva prática de crimes para sua configuração, de igual forma, ao crime de quadrilha ou bando, consoante posicionamento majoritário da jurisprudência.

Assim, ainda citando MANUEL CANCIO MELIÁ¹⁵⁵:

Esta especial periculosidade, de acordo com este ponto de vista, é o que justifica “excepcionalmente” que a organização seja combatida já no Estado de preparação. De acordo com este pensamento, na realidade, não é possível identificar um objeto de proteção específico para os delitos de organização, de modo que haveria que sustentar que o bem jurídico protegido por estas infrações seria o conjunto de bens jurídicos tutelados pela Parte Especial. Em consequência, os delitos de organização se concebem como meros delitos de perigo (abstrato).

Dentro desse contexto, com o fito de obter um conceito do que seria uma organização criminosa, o Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, incorporada pelo direito pátrio, com *status* de lei ordinária através do Decreto 5.015 de 12/03/2004.

Nessa convenção, dentre as diversas obrigações que o Brasil assumiu junto à Organização das Nações Unidas há uma que consiste, justamente, em tipificar legalmente, o crime organizado.

O texto do Decreto 5.015/2004 o qual promulga a Convenção de Palermo, consiste o crime organizado transnacional *in verbis*:

"Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com

¹⁵⁵ Op.cit., 35-36 – Esta especial peligrosidade, de acuerdo con este punto de vista, es la que justifica “excepcionalmente” que la organización sea combatida ya em el estadio de la preparación. De acuerdo com este planteamiento, en realidad no es posible identificar un objeto de protección específico para los delitos de organización, de modo que habría que sostener que el bien jurídico protegido por estas infracciones sería idêntico al conjunto de los bienes jurídicos tutelados en la Parte Especial (tradução livre do autor).

o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

É importante ressaltar que a incorporação da Convenção de Palermo constitui apenas e tão somente a adoção, pelo Brasil, do conceito de crime organizado transnacional, isto é, quando a organização criminosa atua em diferentes países e não, com atuação local, conforme posiciona-se RODRIGO CARNEIRO GOMES¹⁵⁶:

A natureza ou o caráter transnacional do delito ou das ações do grupo criminoso constitui elemento básico do conceito de crime organizado, notadamente porque assim figura no texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo)

Em decorrência da incorporação da Convenção de Palermo em território nacional, o Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁷ através de voto em sede *habeas corpus* da lavra da Ministra Laurita Vaz, posicionou-se favorável a sua adoção, conforme consta abaixo:

[...]

2. Capitulação da conduta no inciso VII do art. 1.º da Lei n.º 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por organização criminosa, sendo esta disciplinada no art. 1.º da Lei n.º 9.034/95, com a redação dada pela Lei n.º 10.217/2001, c.c. o Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Precedente.

[...]

Não obstante, por conta do hiato legislativo nacional, o Conselho Nacional da Justiça, através da Recomendação nº 3, de 30/05/2006¹⁵⁸, orienta os Tribunais Federais e varas especializadas, a adotarem o conceito estabelecido pela Convenção de Palermo, sobre o crime organizado *in verbis*:

1. Ao Conselho da Justiça Federal e aos Tribunais Regionais Federais, no que respeita ao Sistema Judiciário Federal, bem como

¹⁵⁶ **O crime organizado na visão da Convenção de Palermo**, p.20.

¹⁵⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Penal, HC 77771, 5ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJU 30/05/2008.

¹⁵⁸ Disponível: <http://www2.oabsp.org.br/asp/clipping_jur/ClippingJurDetalhe.asp?id_noticias=18086&AnoMes=20066> acesso em 08/02/2011.

aos Tribunais de Justiça dos Estados a especialização de varas criminais, com competência exclusiva ou concorrente, para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas.

2. Para os fins desta recomendação, sugere-se:

a) a adoção do conceito de crime organizado estabelecido na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000 (Convenção de Palermo), aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003 e promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, ou seja, considerando o "grupo criminoso organizado" aquele estruturado, de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Em que pese o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Nacional da Justiça pela recepção da Convenção de Palermo no sistema legislativo nacional, com *status* de lei ordinária, absorvendo assim o conceito de criminalidade organizada, VICENTE GRECO FILHO¹⁵⁹, posiciona-se de forma contrária, alegando os seguintes motivos:

Tal conceituação, porém, data vênua, não pode ser considerada como tal porque imprestável para o Direito brasileiro, eis que não estabelece requisitos distintivos entre o nosso "quadrilha ou bando" e o "grupo criminoso organizado", distinção hoje necessária para os efeitos processuais penais e penais. A expressão "organização criminosa" (entidade diferente, portanto de quadrilha ou bando e nisso a Convenção de Palermo de nada serve) é utilizada para fins penais, além da Lei nº 9.034, por exemplo, no crime de lavagem de dinheiro e nos da Lei de Drogas.

Por fim, dentre os diversos projetos de lei, há em andamento no Congresso Nacional, o projeto de lei do Senado de nº 150/2006, de autoria da Senadora Serys Slhessarenko, com alterações do Senador Aloísio Mercadante, cujo objetivo consiste em estabelecer, efetivamente, o conceito de crime organizado, tipificando como conduta criminosa, bem como regulamentando os instrumentos processuais nela descritos, tal como a infiltração policial dentre outros.

¹⁵⁹ **A entrega vigiada e o tráfico de pessoas**, p. 292.

No projeto o qual, segundo *site* do Senado Federal¹⁶⁰ encontra-se com parecer aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça, em 25/11/2009, através do Parecer nº 2.221/09, dispõe, sobre a conceituação de organização criminosa, estabelecendo como infração penal autônoma, bem como, regulamentando, parte dos mecanismos de investigação nela previstos, *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, meios de obtenção de prova, crimes correlatos e procedimento criminal a ser aplicado.

§1º Considera-se organização criminosa a associação, de três ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional.

§2º Esta Lei se aplica também aos crimes previstos em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente.

Percebe-se pelo texto do projeto, que o legislador optou por seguir os termos do Decreto 5.015/2004 o qual ratificou a Convenção de Palermo, utilizando elementos flexíveis para configuração da organização criminosa, indo, dessa forma, ao encontro do conceito mencionado em tópico anterior, em consonância ainda com organismos policiais de credibilidade mundial, como o FBI – *Federal Bureau of Investigation* -, possibilitando desta maneira, adequar o tipo penal à incessante evolução da criminalidade organizada, dificultando, dessa maneira, o engessamento da legislação penal.

Ademais é oportuno mencionar ainda, que o projeto fixou em três pessoas, o número de agentes necessários para integralização do tipo penal, diferentemente de como se posicionava a doutrina majoritária, em contrapartida ao crime de quadrilha ou bando, previsto no art.288 do CPB.

5.4 Instrumentos de combate e repressão

5.4.1 Garantia e eficiência

¹⁶⁰ Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/70367.pdf>> acesso dia 09/02/2011;

Antes de tecer comentários específicos a respeito dos instrumentos de enfrentamento à criminalidade organizada, faz-se premente a análise do binômio garantia e eficiência, na medida em que somente através dele é possível encontrar fundamentos para a sustentação de tal legislação.

O binômio garantia e eficiência consiste na pedra fundamental do processo penal contemporâneo, sobretudo naqueles que têm como fundamento o Estado Democrático de Direito.

Como estabelecer o equilíbrio entre a prevalência de garantias fundamentais ao investigado, em despropósito de uma investigação eficiente, em benefício da sociedade, tão refém de atos criminosos e de barbáries das mais ignóbeis, consiste tarefa das mais árduas.

O binômio – garantia e eficiência – deve sustentar-se equilibrado, sob pena de afronta ao Estado Democrático de Direito e o cometimento de enormes injustiças, seja em desfavor do investigado, seja em desfavor da própria sociedade, que já vivenciou regimes totalitários e ditatoriais, nos quais eram suprimidas diversas garantias e direitos fundamentais, sob o manto da ilegítima proteção e manutenção da paz social.

ANTONIO SCARANCE FERNANDES¹⁶¹ assim se posiciona a respeito do tema:

Entende-se ser eficiente o processo que além de permitir uma eficiente persecução criminal, também possibilita uma eficiente atuação das normas de garantia. Assim, é dotado de eficiência o ordenamento formado por regras que permitam o equilíbrio entre o interesse do Estado em punir autores de infrações penais e o interesse do acusado em se defender plenamente.

[...]

Não se deve pender para os extremos de um hipergarantismo ou de uma repressão a todo custo.

Atualmente, o que se percebe é, justamente, a existência de dois pólos absolutamente opostos, cujas raízes não admitem opinião em sentido contrário, de um lado, os defensores de um hipergarantismo em total prejuízo da sociedade, beneficiando dessa a maneira a criminalidade organizada; de outro, os adeptos de legislações com fundamento no Direito Penal do inimigo, aplicadas de maneira

¹⁶¹ Op. cit., p.09-10.

totalmente indiscriminada e irrestrita, privando os cidadãos de seus direitos mínimos de personalidade.

Qualquer posição extremada leva ao equívoco e, por sua vez, à injustiça, mesmo que sob o manto da proteção da dignidade ou da proteção infundada da sociedade, o que se deve buscar é o equilíbrio, proporcionando a aplicação justa dos institutos processuais penais.

A respeito da dignidade da pessoa humana, MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA¹⁶² assim se posiciona:

A dignidade da pessoa humana implica em liberdade, igualdade e justiça; todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Tanto a garantia como a eficiência analisados sob o prisma dos mecanismos de investigação dispostos na Lei 9.034/95, são reflexos de princípios estampados no corpo da Constituição; de um lado a garantia à privacidade e de outro o direito das pessoas em conviver em uma sociedade segura, ou seja, o direito fundamental à segurança, cujas características serão melhores abordadas no capítulo seguinte.

As garantias constitucionais não podem ser usadas como escudo de proteção para o cometimento de toda a sorte de delitos, em prejuízo da sociedade, que hoje vive refém em seus próprios lares.

Entretanto, empenhados na busca do equilíbrio do binômio garantia e eficiência, respaldado nos preceitos estabelecidos pela Carta Magna de 1988, deve-se destacar que a evolução da criminalidade, sobretudo a organizada, de grupos terroristas, as de molde empresarial, demanda uma legislação forte, na qual inevitavelmente haverá a flexibilização das garantias fundamentais, para seu enfrentamento com paridade de armas.

A não adoção desse tipo de legislação enfraquecerá o Estado, titular da persecução penal, deixando a sociedade à mercê do crime organizado; porém, esse tipo de legislação deve ser aplicada com o maior rigor técnico possível, em casos extremos e de absoluta necessidade, nos quais os mecanismos comuns de investigação e repressão demonstrem sua ineficácia, nesse tipo tão incomum de

¹⁶² **Cidadania e Democracia: Instrumentos para a efetivação da dignidade humana**, p.224.

enfrentamento, a fim de que se mantenham íntegros os direitos e garantias individuais, sobretudo, a dignidade da pessoa humana.

Os efeitos da criminalidade organizada na sociedade são nefastos, de extrema gravidade, conforme análise de ADA PELLEGRINE GRINOVER¹⁶³:

É grave a situação do crime organizado no Brasil, sobretudo no que diz respeito ao narcotráfico, à indústria dos seqüestros, à exploração de menores e aos denominados “crimes de colarinho branco”, com evidentes conexões internacionais, principalmente, no que tange ao primeiro, que também envolve, com o último, a “lavagem de dinheiro”.

Para finalizar, JOÃO PAULO BALTAZAR JÚNIOR¹⁶⁴ assim disserta sobre o tema:

Os delitos de organizações criminosas, sejam elas de tipo violento ou empresarial, apresentam dificuldades probatórias se comparadas com a criminalidade tradicional. A prova em delitos de criminalidade organizada é fragmentária, dispersa, assemelha-se a um verdadeiro mosaico, montado a partir de várias fontes diversas, para permitir chegar-se a uma conclusão seja pela pluralidade de agentes, pela utilização da estrutura empresarial como anteparo, pela hierarquia e compartimentação, e pela adoção sistemática de rotinas de segredo e destruição de provas, de modo que são justificadas medidas para fins de assegurar a segurança do processo.

5.4.2 Ação controlada

O instituto da ação controlada foi uma das inovações trazidas pela Lei 9.034/95, no art.2º, inc.II, cujo conteúdo permite, quando se estiver diante de investigação atinente à criminalidade organizada, postergar a ação policial para momento mais conveniente no que se refere à produção de provas.

A Convenção de Palermo no art.20 do referido diploma legal também fez a previsão expressa do que denominou “entrega vigiada”.

Para ANTONIO SCARANCE FERNANDES¹⁶⁵ a ação controlada consiste em “[...] permissivo legal adotado nos mais civilizados e democráticos países do mundo, nos quais por razões históricas, estão efetivamente preparados para combater o crime organizado”.

¹⁶³ **A legislação brasileira em face do crime organizado**, p.61.

¹⁶⁴ **Limites Constitucionais à Investigação. O conflito entre o direito fundamental à segurança e o direito de liberdade no âmbito da investigação criminal**, p.211.

¹⁶⁵ **O conceito de crime organizado na Lei 9034**, p. 03.

É cediço que a produção de provas no que se refere à criminalidade organizada é tarefa bastante complexa, sendo necessária a utilização de mecanismos processuais de produção de prova não convencionais, conhecidos como Técnicas Especiais de Investigação (T.E.I.), conforme manifesta-se FAUSTO MARTIN DE SANCTIS¹⁶⁶:

As chamadas técnicas especiais de investigação são consideradas indispensáveis para o enfrentamento da criminalidade organizada e estão em consonância com as obrigações assumidas pelo Brasil, no campo internacional, por meio da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena de 1988, artigo 11, itens 1,2 e 3), da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção da ONU de 2000, artigo 20) e da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção da ONU contra a corrupção de Mérida de 2003, artigo 50).

A essência do referido dispositivo legal, consiste em permitir ao presidente da investigação, leia-se, Delegado de Polícia de carreira, sob pena de não incorrer em crime de prevaricação, postergar eventual ação ou operação policial¹⁶⁷, no momento em que as provas estiverem mais sólidas, sobretudo, no se refere à identificação do maior número de integrantes da ORCRIM, sua forma de agir, infiltração no poder público e, se possível, seus líderes.

Trata-se de uma estratégia de investigação, haja vista que na maioria das vezes, os líderes da ORCRIM não se envolvem na prática do delito, propriamente, dito, utilizando-se de pessoas que pouco envolvimento tem com os atos da ORCRIM, de modo que a ação controlada possibilita, quando bem empregada e em cotejo com outros meios de provas (monitoramento telefônico, telemático, vigilância e etc.) descobrir os meandros do crime organizado.

A doutrina convencionou denominar a possibilidade que o instituto trouxe de flagrante postergado ou prorrogado, justamente, por permitir postergar ou prorrogar ação policial.

Comumente, a doutrina visando exemplificar a utilização da ação controlada, utiliza-se do conhecido exemplo da entrega de entorpecentes, na qual a interdição da ação policial seria necessária para se chegar ao efetivo proprietário da droga. No

¹⁶⁶ **Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro**, p.10.

¹⁶⁷ Por ação ou operação policial entendam-se buscas (local e pessoal), apreensões, prisões e diligências diversas.

entanto, a utilização da ação controlada é bastante ampla, permitindo sua aplicação a diversas situações criminosas.

A título de exemplo, em investigação realizada por este mestrando em 2006, na Operação Águas Profundas do Departamento de Polícia Federal, cujo objetivo consistia em investigar uma ORCRIM especializada em fraudar processos de licitação da PETROBRÁS, através da utilização da ação controlada, em cotejo com outras provas, foi possível acompanhar todo o processo de licitação, absolutamente, fraudado mediante atos de corrupção ativa e passiva, inclusive obtendo provas de envolvimento de membros de alto escalão daquela empresa pública. É importante afirmar que, sem a utilização da ação controlada, postergando assim a ação policial, no caso mencionado, não seria possível a identificação de todos os envolvidos.

Por outro lado, em se tratando de investigações atinentes à lavagem de dinheiro, a ação controlada também mostra-se como medida de excelência nesse tipo de investigação, haja vista permitir identificar, através da vigilância e outros meios de provas, as contas operadas e as formas de colocação, ocultação e integração do capital ilícito.

Também em casos de corrupção policial, a retardação da ação policial, em cotejo com outras provas, permite identificar o grau de hierarquia dos policiais envolvidos e outros que porventura sejam coniventes e beneficiem-se desse tipo de delito.

Quanto ao tratamento legal dispensado à ação controlada, há previsão expressa na nova Lei de Drogas, no art.53, que disciplina a maneira exata de sua aplicação, inclusive exigindo autorização judicial, mediante prévia manifestação do Ministério Público. Ademais, ainda no art.53 há necessidade de conhecimento do itinerário provável e a identificação de seus colaboradores.

A doutrina divide-se a respeito da autorização judicial para ação controlada da Lei 9.034/95, justamente, pela previsão posterior da Lei 11.343/2003 mencionada no parágrafo anterior.

Para VICENTE GRECO FILHO¹⁶⁸ a autorização judicial é necessária somente quando se tratar da hipótese prevista na Lei de Drogas, por ser especial. Em sentido diverso EDUARDO ARAÚJO DA SILVA¹⁶⁹, GUILHERME DE SOUZA NUCCI¹⁷⁰ e

¹⁶⁸ Op. cit., p.303.

¹⁶⁹ Op. cit., p.94.

¹⁷⁰ Op. cit., p.252.

ANTONIO SACARANCE FERNANDES¹⁷¹, mesmo não havendo previsão expressa na Lei 9.034/95, entendem relevante a autorização judicial, precedida de manifestação do Ministério Público.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça no HC 200802362632 da lavra do Ministro JORGE MUSSI da 5ª Turma, em julgamento no dia 16/11/2009, entendeu que não há necessidade de autorização judicial para utilização do instituto da ação controlada previsto na Lei 9.034/95.

Portanto, a Autoridade Policial, ao iniciar uma investigação que verse sobre tráfico de entorpecentes, deverá representar, fundamentadamente, pelo deferimento da medida, apresentando os requisitos exigidos no art.53 da Lei de Drogas. Por outro lado, em se tratando de investigação atinente à criminalidade organizada, quando o objeto de investigação não for o tráfico de drogas, a Autoridade Policial mencionará em relatório circunstanciado, as razões da não atuação policial, bem como o efetivo resultado da aplicação da ação controlada.

O Departamento de Polícia Federal orienta os Delegados de Polícia Federal, quando iniciarem investigações atinentes a organizações criminosas, a representarem judicialmente pelo deferimento da ação controlada, mesmo que não necessária, com a finalidade de prevenir eventuais questionamentos acerca da legalidade da prova.

5.4.3 Infiltração de agentes

A infiltração policial consiste em meio de prova excepcional, permitido pela Lei 9.034/95, no art.2º, inc. V parágrafo único, estando, portanto, no rol das mencionadas técnicas de investigação especiais aplicadas no enfrentamento da criminalidade organizada.

Consiste a infiltração, no ingresso de policial ou membro de órgão de inteligência, em organização criminosa, de maneira velada, mediante a utilização de identidade falsa fornecida pelo Estado, com a finalidade de obter informações e provas a respeito da forma de atuação, integrantes e líderes dentre outras.

É preciso dar a devida importância e credibilidade à prova obtida através da infiltração, na medida em que as informações coletadas são provenientes, quando

¹⁷¹ O Equilíbrio na Repressão ao Crime Organizado, p.17.

bem empregada, do âmago da organização. Provas e informações desse nível são demasiadamente, difíceis de serem obtidas, haja vista as complexas ramificações da ORCRIM, bem como sua intrincada rede de relacionamentos.

As telas do cinema retrataram no filme “Donnie Brasco”, a atuação do agente infiltrado Joseph Dominick, cujo desempenho foi um dos mais marcantes da história do FBI (Federal Bureau of Investigations), por ter possibilitado obter informações a respeito do funcionamento de duas grandes famílias mafiosas de Nova York, as famílias Bonano e Colombo, possibilitando ainda seu desmantelamento.

No Brasil, a exemplo de outros países como a Argentina e Espanha, o procedimento de infiltração policial deve ser precedido de fundamentada autorização judicial para sua utilização.

Entretanto, há hiatos identificados na Lei 9.034/95, mormente, no que diz respeito ao prazo de duração da medida, a qual pela ausência de dispositivo legal permite que seja ilimitada; à maneira pela qual o Juiz e o membro do Ministério Público serão informados das atividades do agente infiltrado, bem como, de igual forma, ao prazo em que estas informações deverão chegar ao conhecimento, tanto do Juiz como do Ministério Público.

Tais medidas – prazo da infiltração e prazo dos relatórios e informações – são fundamentais para que tanto o Juiz como o Ministério Público tenham pleno controle sobre legalidade desse meio excepcional de produção de provas. A ausência desse controle, dá margem à atuação desproporcional por parte dos organismos responsáveis pelo emprego da infiltração.

Segundo BELÉN CASSANI¹⁷² há duas espécies de agentes infiltrados:

O primeiro deles é definido pela doutrina como aquele sujeito normalmente integrado em força pública que, com a finalidade de descobrir uma conduta delitiva em andamento ou desenvolvimento, leva a termo uma atuação surpreendendo o infrator [...].

O informante, ao contrário, é, em linhas gerais, uma pessoa que, sem pertencer às forças de segurança, está disposto a colaborar de forma confidencial no esclarecimento de delitos [...].

¹⁷² **Agentes encubiertos e informantes como médios de prueba contra el crimen organizado. Un análisis desde la jurisprudência de derechos humanos**, p.237-238 – El primero de ellos es definido por la doctrina como aquel sujeto ordinariamente integrado en la fuerza pública que, con la finalidad de descubrir una conducta delictiva en marcha o desarrollo, lleva a cabo una actuación o despliegue que, sorprendiendo al infractor [...]. El informante, por el contrario, es, en líneas generales, una persona que, sin pertenecer a las fuerzas de seguridad, está dispuesto a colaborar en forma confidencial en el esclarecimiento de delitos [...] (tradução livre do autor).

No Brasil, a infiltração policial é permitida não somente a policiais, mas também para agentes de inteligência. Nesse sentido, por agentes de inteligência entendemos que são aqueles pertencentes ao Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN) instituído pela Lei 9.883/99, regulamentado pelo Decreto 4376/2002.

Há, na doutrina, posicionamento em sentido contrário à permissão de agentes de inteligência atuarem na condição agentes infiltrados, como preconiza FLÁVIO CARDOSO PEREIRA¹⁷³, para o qual:

Discordamos do legislador brasileiro ao permitir que agentes de inteligência possam se infiltrar em organizações criminosas para os fins previstos na Lei 9034/95, vez que estaria sendo desvirtuado o labor daqueles, cujo objetivo precípua é o de busca de informações tendentes à manutenção da ordem e da segurança nacional, como o caso do agente da ABIN [...].

Contudo, discordamos desse posicionamento, restritivo à aplicação do instituto, na medida em que há situações que um agente de inteligência pertencente, p.ex. à Receita Federal (COPEI – Coordenação de Pesquisa e Investigação) será muito mais apto a realizar uma infiltração dentro de uma Delegacia da Receita Federal, ou mesmo dentro de uma Aduana em posto de fronteira, do que um policial, mesmo que preparado e treinado para tanto. Essa aptidão, devido ao conhecimento prévio a respeito das atividades desenvolvidas, no caso mencionado pela Receita Federal, pela ORCRIM, é fundamental para subsidiar o agente infiltrado.

A atividade de inteligência desempenhada pelos membros do SISBIN, não se resume apenas em coleta de dados de inteligência para assessoramento do processo decisório da Presidência da República, leia-se, inteligência de Estado. Há atividades desenvolvidas por membros do SISBIN que podem – e devem – auxiliar atividades de inteligência policial, propiciando dessa maneira o fornecimento de provas legais para instrução do competente inquérito policial.

Malgrado termos esse posicionamento, entendemos também que o procedimento de infiltração, seja de policiais ou agentes de inteligência, deve ser presidido por Delegado de Polícia de carreira, mediante prévia instauração do competente inquérito policial, mecanismo este que possibilitará maior rigor e controle na produção de provas, notadamente, no que diz respeito à sua legalidade.

¹⁷³ **A moderna investigação criminal**, p.115-116.

Quanto à possibilidade de aplicação, a medida de infiltração pode ser aplicada somente quando diante das hipóteses previstas na Lei 9.034/95. Entretanto, RICARDO ALVES BENTO¹⁷⁴ critica a restrição do legislador ordinário, afirmando que o instituto poderia ser “estendido” para outras hipóteses, nos quais a utilização do mecanismo demonstrasse sua eficiência.

No art.53, inc. I da Lei 11.343/2009 também consta previsão da infiltração, como técnica de investigação em delitos relacionados ao tráfico de entorpecentes, demandando, da mesma maneira, autorização judicial precedida de manifestação do Ministério Público.

A utilização da infiltração é técnica excepcional de investigação, o que significa dizer que somente deve ser utilizada, quando outros meios de provas demonstrem ser ineficientes no processo de investigação. Essa análise da viabilidade e implantação da infiltração deve ser feita com bastante seriedade, haja vista os riscos a que esse meio de prova pode levar.

Os riscos vão desde o vazamento da investigação, risco de vida pessoal e familiar do agente infiltrado, até da própria legalidade da prova, podendo, se mal empregada, contaminar as demais provas obtidas.

A atual ausência de sistemática, tanto na Lei 9.034/95 como na Lei de Drogas, sem esmiuçar o procedimento de infiltração, não permite seu uso amplo e adequado, demandando dessa forma, uma postura ativa por parte do legislador em regulamentar esse meio tão eficaz de obtenção de provas.

Quanto à atuação propriamente dita do agente infiltrado, cabem aqui algumas considerações.

Não cabe ao agente infiltrado induzir a prática de delitos aos membros da ORCRIM, hipótese esta que se aproximaria ao flagrante preparado, dando azo, por sua vez à ocorrência de crime impossível, consoante previsão do art.17 do CPB. Ao agente infiltrado cabe o acompanhamento das atividades da ORCRIM, coletando provas e subsidiando a Autoridade Policial na condução da investigação. No entanto, por óbvio, sob pena de perda da credibilidade do agente infiltrado junto aos membros da ORCRIM, em algum momento ele terá que cometer algum tipo de delito, no âmbito das atividades da organização.

¹⁷⁴ **Agente Infiltrado busca pela legitimação constitucional**, p.347.

Nessas situações, a doutrina apresenta diversas hipóteses sobre qual abrigo encontraria a conduta do agente infiltrado, porém, essas hipóteses estão vinculadas à necessidade de autorização judicial da infiltração, aliado ao fato de que os delitos devem ter correlação com os crimes perpetrados pela ORCRIM.

Para FÁBIO RAMAZZINI BECHARA¹⁷⁵ as hipóteses de abrigo da conduta do agente infiltrado são as seguintes:

- 1.^a) trata-se de uma causa de exclusão de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa. [...]
- 2.^a) escusa absolutória: o agente infiltrado age acobertado por uma escusa absolutória, na medida em que, por razões de política criminal, não é razoável nem lógico admitir a sua responsabilidade penal. [...]
- 3.^a) trata-se de causa excludente da ilicitude, uma vez que o agente infiltrado atua no estrito cumprimento do dever legal;
- 4.^a) atipicidade penal da conduta do agente infiltrado. Essa atipicidade, todavia, poderia decorrer de duas linhas de raciocínio distintas. A atipicidade poderia derivar da ausência de dolo por parte do agente infiltrado, uma vez que ele não age com a intenção de praticar o crime, mas visando a auxiliar a investigação e a punição do integrante ou dos integrantes da organização criminosa. Faltaria, assim, imputação subjetiva. De outro lado, a atipicidade poderia derivar da ausência de imputação objetiva, porque a conduta do agente infiltrado consistiu numa atividade de risco juridicamente permitida, portanto, sem relevância penal.

Assim, uma vez finalizado o processo de infiltração, cabe ao agente infiltrado a aplicação da Lei de Proteção a Testemunhas, inclusive com o fornecimento de identidade diversa, ingresso no Programa de Proteção de Testemunhas dentre outras medidas, visando com isso resguardar sua integridade física e familiar.

5.4.4 Interceptação telefônica e telemática

É tema corrente nos meios acadêmicos e tribunais a discussão sobre a validade, eficiência e necessidade da utilização de provas obtidas através do monitoramento telefônico, consoante previsão da Lei 9296/96, bem como do monitoramento telemático.

A discussão diz respeito à análise dessas provas, uma vez que obtidas diante da flexibilização de uma garantia fundamental, qual seja, a garantia ao sigilo das

¹⁷⁵ **Agente Infiltrado, reflexos penais e processuais.** Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7360/agente-infiltrado>> acesso em 10/03/2010.

comunicações, materializado na privacidade, em contraposição ao direito de segurança coletiva, pese o próprio constituinte prever a possibilidade de tal meio de prova em casos excepcionais.

Grupos criminosos que possuem como característica fundamental o uso da violência como forma de intimidação, arquitetam a maioria dos seus crimes, como assaltos, seqüestros, homicídios, negociações sobre aquisição e venda de material ilícito (armas e drogas), através do telefone ou da internet, como ferramentas fundamentais de comunicação.

Também, não somente grupos criminosos violentos utilizam da comunicação telefônico-telemática para arquitetar suas estratégias, mas também os conhecidos “criminosos do colarinho branco”, especialistas em lavagens de dinheiro, sonegadores, contrabandistas, fraudadores de licitações, funcionários públicos corruptos, fraudadores de eleições públicas dentre outros.

As duas categorias acima descritas, sejam os grupos criminosos violentos, sejam os grupos criminosos não violentos, precisam, para a manutenção e sustentação de suas atividades delitivas, cujo objetivo primordial consiste no lucro ilícito, da comunicação como ferramenta fundamental para êxito na empreitada criminosa.

Logo, o meio corrente de comunicação dá-se mediante a utilização de aparelhos de telefonia móvel ou fixa, aliado ainda à comunicação através da rede mundial de computadores, a *internet*.

A interceptação telefônica-telemática, como ferramenta de investigação e enfrentamento da criminalidade organizada, é peça fundamental seja para impedir o evento criminoso, no caso de seqüestros, homicídios, assaltos, tráfico de substância entorpecente, seja também para a identificação da forma de atuação de uma ORCRIM, sua infiltração no poder público, sua efetiva extensão e a possível identificação dos líderes.

Ademais, pode-se afirmar ainda que a interceptação telefônica-telemática, utilizada de maneira séria e competente, é um poderoso instrumento não somente para obtenção de provas, mas que também permite aparelhar o Estado no enfrentamento ao crime organizado, podendo antever eventos danosos que atentem contra a sociedade.

Entretanto, algumas dúvidas pairavam no que diz respeito à constitucionalidade do art.1º parágrafo único da Lei 9296/96, cujo teor autoriza a

hipótese de monitoramento do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, isso em decorrência do disposto no art.5º, inc.XII da Constituição Federal de 1988, ao mencionar *in verbis*: [...] é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial [...].

A título de esclarecimento, o monitoramento telemático materializa-se da seguinte maneira: monitoramento específico de conta de e-mail ou através do monitoramento do fluxo de dados, ou seja, monitora-se todo o acesso à rede mundial de computadores, através da identificação do IP (*Internet Protocol*) ou do provedor de acesso à *internet* do investigado

VICENTE GRECO FILHO¹⁷⁶ em obra sobre o assunto posicionou-se pela inconstitucionalidade do dispositivo, “[...] a conclusão é a de que a Constituição autoriza, nos casos nela previstos, somente a interceptação das comunicações telefônicas e não de dados e muito menos as telegráficas [...]”. Mesmo assim faz remissão em nota de rodapé, a respeito de posicionamento contrário de AFRÂNIO SILVA JARDIM.

Pacificando a celeuma doutrinária, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 200400176230, da Sexta Turma, relatoria do Ministro Og Fernandes, em data de 16/04/2009, firmou o posicionamento da corte, no sentido de que não há inconstitucionalidade no art.1º, parágrafo único da Lei 9296/96.

Outra celeuma levantada pela doutrina, cujas razões levaram a decisões díspares por diversos tribunais, diz respeito à possibilidade de sucessivas renovações da medida de interceptação telefônica, haja vista o teor do art. 5º, da Lei 9296/96, *in verbis*: [...] que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Portanto, diante do texto da lei, duas interpretações surgiram no debate sobre a possibilidade de renovação.

O primeiro posicionamento firmava que o monitoramento telefônico, por ser prova excepcional, somente poderia ter uma única renovação do pedido de interceptação, estando impedidas a Autoridade Policial e Ministério Público, por absoluta previsão legal, de requerer ou representar pela medida.

¹⁷⁶ **Interceptação Telefônica, considerações sobre a lei 9296, de 24 de Julho de 1996**, p.17.

O segundo posicionamento, o qual prevaleceu na jurisprudência, pese algumas decisões em sentido contrário, entende que desde que haja necessidade manifesta e imprescindível da medida, é possível sim, a prorrogação indeterminada do monitoramento telefônico, com renovações quinzenais.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu nesse sentido, pela viabilidade das prorrogações sucessivas, conforme consta abaixo, no julgamento do HC 85575¹⁷⁷:

EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. Persistindo os pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica, não há obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que devidamente fundamentadas, nem ficam maculadas como ilícitas as provas derivadas da interceptação. Precedente. Recurso a que se nega provimento.

A utilização do monitoramento telemático também é ferramenta de excelência no enfrentamento da criminalidade organizada. A título de exemplo, durante a condução da OPERAÇÃO ALQUIMISTA, coordenada por este mestrando, pelo Departamento de Polícia Federal, cujo objetivo consistia em desarticular uma ORCRIM especializada em fraudes bancárias e lavagem de ativos, mediante a utilização do monitoramento telemático de conta de e-mail, foi possível identificar contas em paraísos fiscais, operadores, valores de transferência, códigos de transações, como *SWIFT's*¹⁷⁸ bancários, possibilitando dessa maneira, o bloqueio das contas, através do Departamento de Recuperação de Capitais Ilícitos da Secretaria Nacional de Justiça/MJ.

Portanto, diante das premissas acima estabelecidas, pode-se concluir pela absoluta necessidade e legalidade, frente à evolução da criminalidade, da utilização do monitoramento telefônico e telemático, sendo essas provas indispensáveis no combate ao crime organizado, possibilitando a identificação, prevenção e repressão de atividades criminosas que atentem contra o Estado democrático de direito.

5.4.5 Interceptação ambiental

¹⁷⁷BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 85575, Processo Penal, Relator Ministro Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ 21.09.2010.

¹⁷⁸SWIFT é o termo utilizando para denominar operações de transferência de ordens de pagamento, entre dois ou mais países a partir de um determinado valor em quantia monetária.

A interceptação ambiental foi mais uma das inovações trazidas pela Lei 9.034/95, no art.2º, inc.IV, cuja redação consiste *in verbis*: a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial.

Consiste esse valioso meio de prova, na instalação de equipamentos de filmagem e gravação de áudio, em ambientes fechados ou abertos, permitindo com isso obter prova inconteste dos fatos investigados.

Recentemente, foi divulgada na mídia a OPERAÇÃO CAIXA DE PANDORA, desencadeada pelo Departamento de Polícia Federal, na qual foram realizadas diversas interceptações ambientais, com registro de áudio e imagens. A qualidade das provas obtidas através da interceptação ambiental, em cotejo com outras provas produzidas, levou o então governador do Distrito Federal, José Roberto Arruda a ter sua prisão preventiva decretada por ordem do Superior Tribunal de Justiça e, posteriormente, confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

A Autoridade Policial, quando diante de investigação atinente a organizações criminosas, deverá representar ao juízo competente pela autorização da instalação de equipamentos de escuta ambiental, de maneira que nesse pleito, conterão, se possível, o local e as pessoas envolvidas no diálogo, sobretudo, a indispensabilidade do meio de prova.

Pese a boa vontade legislativa, andou o mal o legislador em não regulamentar a hipótese de instalação de equipamentos fixos de interceptação ambiental, cuja duração não seria imediata, ligada a um evento específico, mas atrelado ao tempo da investigação. Em tal situação, entendemos pela viabilidade da medida; no entanto, para garantir o controle de legalidade da investigação, é possível fazer a aplicação analógica da Lei 9296/96, no que se refere ao prazo da interceptação, ou seja, quinze dias, com subseqüentes prorrogações, através de apresentação de Auto Circunstanciado contendo os diálogos de interesse à investigação, desde que fundamentada a necessidade de tal meio de prova.

Parte da doutrina pugnou pela inconstitucionalidade da interceptação ambiental, utilizando o mesmo fundamento de inconstitucionalidade para a interceptação telemática, ou seja, interpretação restritiva do art.5º, inc.XII da

Constituição Federal. Nesse sentido EDUARDO ARAÚJO DA SILVA¹⁷⁹ manifestase:

Tratando-se de meio de obtenção de prova que pode vulnerar esses direitos, e considerando que a Constituição da República, em casos análogos, disciplinou restritivamente a matéria, é de rigor concluir que o art.2º, inc.IV, da Lei 9034/95 [...], é inconstitucional [...].”

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal – Guardião da Constituição – exarou decisão em sede do INQ. 2424, em 26/11/2008, de relatoria do Ministro César Peluso, em unanimidade com os demais Ministros da Corte, porque entenderam pela legalidade de provas produzidas através de interceptação ambiental, mesmo que ausente lei regulamentando esse meio de prova, sendo, portanto, constitucional o art.2º inc.IV da Lei 9.034/95.

5.4.6 Delação premiada

Diferentemente dos outros institutos de investigação previstos na Lei 9.034/95, a delação premiada já se encontrava consolidada no Direito Penal brasileiro, através de outras legislações, como no art.8º parágrafo único da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) e o art.25, §2º da Lei 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional).

Posteriormente à promulgação da Lei 9.034/95, tivemos a delação premiada prevista também no art.1º §5º da Lei 9.613/97 (Lei de Lavagem de Dinheiro), no art.13 da Lei 9.807/99 (Lei de Proteção a Testemunhas) e, por fim, no art.41 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Drogas).

Consiste a delação premiada em hipótese legal, na qual o acusado, de maneira voluntária, auxilia as autoridades competentes (Delegado de Polícia, Promotor de Justiça entre outros) na elucidação de crimes, no caso, na elucidação dos crimes perpetrados pela organização criminosa, aliada ainda à identificação de seus autores.

Os instrumentos de investigação previstos na Lei 9.034/95 consistem em meios excepcionais de investigação, utilizados como *ultima ratio*. É sabido que os meios convencionais de investigação (oitivas de testemunhas, solicitação de

¹⁷⁹ Op. cit., p.104.

documentos através de ofícios, perícias, entrevistas feitas por policiais sem o cuidado do sigilo dentre outros) são, absolutamente, insuficientes e ineficientes para produzir provas robustas para dismantelar uma organização criminosa.

Por mais que se utilize dos meios excepcionais de investigação previstos na Lei 9.034/95, a obtenção de informações a respeito do funcionamento real e efetivo da ORCRIM é tarefa das mais difíceis, senão impossível. Há características, informações, dados de inteligência que somente podem ser obtidos através de pessoas que, efetivamente, tenham feito parte da ORCRIM.

Andou bem o legislador brasileiro em prever a delação premiada na Lei 9.034/95, na medida em que a delação já vem sendo utilizada por países que tratam da segurança pública como matéria de primeiro nível, a exemplo como os Estados Unidos da América, através do *plea bargning* e na Itália, denominado *pentiti*.

Na Itália há três espécies de colaboradores, conforme SILVA REYKO KAWAMOTO¹⁸⁰, consoante a Lei 304/82:

- *pentiti* (arrepentidos = delinquentes que antes da sentença condenatória se retiram da associação e fornecem todas as informações sobre a estrutura da organização criminosa, logrando a extinção da punibilidade;
- *dissociati* (dissociados = antes da sentença condenatória esforçam-se para impedir ou diminuir conseqüências danosas ou perigosas de crimes, ou impedem a prática de crimes conexos e confessam todos os crimes praticados [...])
- *colaboratoria della giustizia* (colaboradores da justiça = antes da sentença condenatória, além dos comportamentos já referidos, ainda ajudam na coleta de provas decisivas para individualizar e capturar um ou mais autores [...])

Os resultados práticos nesses países vêm sendo bastante eficientes, sobretudo na Itália, onde a utilização da delação permitiu o dismantelamento de diversos grupos mafiosos. Mas é importante frisar que nos países acima descritos, ao passo em que há a previsão da delação premiada, a mesma está conjugada e condicionada a um eficiente sistema de proteção a testemunhas, de modo a proporcionar ao delator e a sua família a segurança de sua integridade física.

Se o acusado manifestar o interesse em auxiliar as autoridades, as informações por ele fornecidas devem ser analisadas com muita parcimônia e

¹⁸⁰ **Breves apontamentos sobre o crime organizado e a proteção a testemunha na Itália e nos Estados Unidos**, p.417.

seriedade, haja vista que ele pode induzir ou mesmo levar a erro as autoridades encarregadas da investigação, com o fito de obter o benefício de redução de sua pena, quiçá o perdão judicial.

No entanto, pese o reconhecimento pela eficácia do instituto, a sua aplicação no Brasil carece de efetividade, pois não há lei regulamentando sua aplicação, a forma e o tempo em que poderá ser feita, aliado ao fato de que no Brasil o Sistema de Proteção a Testemunha, instituído pela Lei 9.807/99 ainda deixa muito a desejar.

Face à ausência de dispositivos legais regulamentando a delação, entendemos que seu oferecimento pode ocorrer tanto na fase policial, na condução do inquérito policial, sob presidência de Delegado de Polícia de carreira, como também na fase judicial, junto ao Ministério Público local, porém, se feito em fase policial é conveniente que o Delegado de Polícia, mantenha o membro do Ministério Público ciente de seus atos, a fim de que o acordo seja formalmente apresentado ao Juiz, o qual aplicará o beneplácito legal, se preenchido os requisitos autorizadores.

Outrossim, ressalte-se que a delação, por parte do delator, deve ser arrimada na sua voluntariedade, conforme posiciona-se GUSTAVO DOS REIS GAZZOLA¹⁸¹ em obra específica sobre o tema:

[...] a delação deve revelar-se como ato resultante de vontade livre e consciente do sujeito, escoimada de coação física ou psicológica, a despeito de informação por terceiro quanto aos reflexos benéficos ao delator.

Finalmente, pese a eficiência do instituto, comprovadamente utilizada em países de primeiro mundo, há posicionamento doutrinário, no sentido de que a utilização da delação estaria eivada de imoralidade, na medida em que incentivaria a traição entre os membros da organização. Logo, o Estado não poderia valer-se deste meio de prova, por ser considerado aéctico e imoral. Apoiando esse posicionamento encontram-se: MÁRIO SÉRGIO SOBRINHO¹⁸², CAMILE ELTZ DE LIMA¹⁸³, RENATO MARCÃO¹⁸⁴ dentre outros.

¹⁸¹ **Delação Premiada**, p.162-163

¹⁸² Op. cit.,p.47.

¹⁸³ **Delação premiada: de inimigo a colaborador do Estado**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1807> Acesso em 11/03/2011.

¹⁸⁴ **Delação premiada**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 843, 24 out. 2005. Disponível em:<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7463>>. Acesso em: 11.03.2011.

Em relação às posições a respeito da suposta imoralidade e à ausência de ética no instituto da delação premiada, ousamos pensar de maneira distinta. Aético ou imoral é, justamente, aquele que pratica o crime, sobretudo, quando comprovado seu envolvimento na criminalidade organizada, de extrema gravidade e danosa à sociedade.

Portanto, se ao delator for conveniente a delação, desde que preenchidos os requisitos legais, respaldado ainda no respeito à sua dignidade, conforme determina a Constituição Federal, entendemos, perfeitamente, cabível ao Estado utilizá-la como mecanismo de enfrentamento à criminalidade organizada, despidendo-se de ilações neste sentido.

Em nosso entendimento o delator quando auxilia as instituições responsáveis pela *persecutio criminis* demonstra sim, ética e moralidade, na medida em que o resultado final de sua delação poderá contribuir para condições melhores de vida em sociedade.

5.5 Considerações finais sobre o crime organizado

A criminalidade organizada possui efeitos nefastos na sociedade, haja vista os enormes prejuízos que causa tanto a bens jurídicos individuais facilmente perceptíveis, como também a bens jurídicos universais, estes de difícil percepção, na medida em que as vítimas constituem a coletividade.

Se falarmos em crime organizado cuja característica seja a violência temos o narcotráfico capitaneando uma rede de conseqüências que vão de furtos a homicídios, extorsões a assaltos, cujos autores são impelidos pelo interesse financeiro em adquirir capital para investimento no tráfico de entorpecentes ou mesmo para sustentação do vício.

Ademais, também temos as organizações criminosas especializadas em assaltos e seqüestros atreladas ao tráfico de armas, cujos resultados são mais perceptíveis pela sociedade. Em São Paulo o Primeiro Comando da Capital, conhecido popularmente como PCC, é responsável por diversos assaltos e seqüestros perpetrados em desfavor da sociedade, cujos resultados causam a crença na impunidade e insegurança.

De outro lado, no que se refere às organizações criminosas sem a característica da violência, temos os conhecidos crimes de “colarinho de branco” e o

Brasil, infelizmente, possui excelência em suas espécies. Diversas ações dos órgãos responsáveis pela segurança pública (Polícia Federal, Polícia Civil dos Estados, Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado, Receita Federal, Controladoria Geral da União, dentre outros) vêm sendo desenvolvidas no enfrentamento a esse tipo de criminalidade, de difícil comprovação e materialização, em face de sua complexidade.

Nos últimos dez anos temos visto o desmantelamento de diversas organizações criminosas relacionadas à lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, fraude em licitações, contrabando e descaminho, corrupção eleitoral, causando enormes prejuízos financeiros ao erário, cuja magnitude é de difícil constatação, aliado ao fato de que a sociedade pouco sente tais efeitos diretamente.

Igualmente, a principal dificuldade em se estabelecer índices seguros sobre o prejuízo causado pelos conhecidos “crimes de colarinho branco”, consiste na dificuldade em se identificar, individualizar e localizar vítimas de tal espécie de delito, na medida em que estas, segundo JAMES WILLIAN COLEMAN¹⁸⁵ “[...] geralmente, não reconhecerem sua condição de vítima”.

Estabelecida, portanto, a dificuldade em obter parâmetros e índices precisos sobre os prejuízos e danos causados por organizações criminosas especializadas em crimes de colarinho branco, comungamos da opinião de JAMES WILLIAN COLEMAN¹⁸⁶ para o qual:

Portanto, para qualquer critério, o crime do colarinho branco é nosso problema criminal mais sério. O ônus econômico desse crime é amplamente maior do que o crime de rua. E, embora possa ser impossível determinar com exatidão quantas pessoas são mortas ou sofrem lesões anualmente devido a este tipo de crime, a afirmação de que esses crimes não causam danos físicos e não violentos dificilmente poderia ser levada a sério. Em média, menos de 20 mil assassinatos são cometidos nos Estados Unidos por ano; sem dúvida, os criminosos “não violentos” matam um número consideravelmente maior de pessoas do que todos os crimes violentos de rua juntos.

Ainda na linha dos crimes cujos efeitos são de difícil constatação e percepção pela sociedade, temos os crimes que afetam a flora e a fauna, a *ecomáfia*, sendo o

¹⁸⁵ **A elite do crime, para entender o crime do colarinho branco**, p.13.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p.17.

Brasil, por conta de sua enorme biodiversidade um farto fornecedor para o mercado nacional e internacional.

Diversas organizações criminosas atuam nesse vasto mercado, cujas penas previstas na Lei 9.605/98 são um convite à impunidade e ao cometimento deste tipo de delito.

Recente pesquisa divulgada pelo Sistema de Alerta e Desmatamento¹⁸⁷ identificou a existência de 175 km² de desmatamento na área compreendida como Amazônia Legal, no ano de 2010, o que representaria um aumento de mais 994% em relação ao mesmo período de 2009. Por seu turno, PHILIP M. FEARNSIDE¹⁸⁸ em artigo publicado demonstra as possíveis conseqüências mediatas e imediatas pelo desmatamento ilegal tais como: a) perda de produtividade; b) mudanças no regime hidrológico; c) perda de biodiversidade; d) emissão de gases no efeito estufa.

Não podemos ainda deixar de comentar a enorme capacidade de adaptação do crime organizado. O avanço da economia global, os sistemas de comunicações, o livre mercado, a unificação de moedas nos países que integram a União Européia dentre outros fatores de não menos importância, permitiram que o crime organizado lançasse mão de seus tentáculos em outros países. Nesse sentido, para GUILHERME CUNHA WERNER¹⁸⁹: “A evolução tecnológica, foi determinante para estimular as preocupações com o crime organizado transnacional, favorecendo os meios de sua execução [...]”.

Assim, por crime organizado transnacional compreenda-se a manifestação de crimes perpetrados por organizações criminosas, as quais desenvolvem-se em mais de um país.

A manifestação do crime organizado transnacional segundo GUILHERME CUNHA WERNER¹⁹⁰, com base em pesquisa realizada pela Organização das Nações Unidas, ocorre nas seguintes modalidades: lavagem de dinheiro; tráfico ilícito de drogas; corrupção e suborno; infiltração nos mercados legítimos; falência fraudulenta; fraude a seguros; crimes através do computador; roubo de propriedade intelectual; tráfico ilícito de armas; terrorismo; apoderamento ilícito de aeronaves;

¹⁸⁷ IMAZON. Boletim Transparência Florestal da Amazônia Legal Dezembro 2010 e Janeiro 2011. Disponível: <http://www.imazon.org.br/novo2008/publicacoes_ler.php?idpub=3814>, acesso em 15/03/2010.

¹⁸⁸ **Desmatamento na Amazônia brasileira: história, índices e conseqüências**, p.117-118.

¹⁸⁹ **O Crime Organizado Transnacional e as redes criminosas: presença e influência nas relações internacionais contemporâneas**, f.45.

¹⁹⁰ *Ibid.*, f.113-114.

pirataria marítima; apoderamento em terra; tráfico de seres humanos; comércio ilegal de seres humanos; roubo a comércio de obras de arte e objetos culturais; crime contra o meio ambiente.

Dentre as características acima citadas, no Brasil destaca-se o narcotráfico, na medida em que o nosso país figura como uma das principais rotas do tráfico de maconha e cocaína com destino à Europa, isso em virtude de sua localização geográfica e fronteira com a Colômbia, Venezuela, Paraguai e Bolívia (principais plantadores de maconha e folha de coca).

Esse fato foi constatado no último relatório elaborado pelas Nações Unidas, através do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime de 2010¹⁹¹:

Mas o aumento das apreensões, combinado com mudanças na demanda do mercado, causou o aumento da importância dos países de trânsito, especialmente a República Bolivariana da Venezuela, o Equador e o Brasil.

Conforme mencionamos acima a respeito da *ecomáfia*, no Brasil foram detectadas, em diversas oportunidades, a exportação fraudulenta de mogno¹⁹², madeira de valor vultoso, conhecida popularmente como “ouro verde”, para países da Europa, sobretudo, a Espanha, de modo que tal mercado movimentava milhões de dólares. Segundo pesquisa do GREENPEACE¹⁹³, no mercado internacional o preço do mogno gira em torno de US\$ 1.600,00 por metro cúbico dessa madeira, que se torna cada vez mais rara.

Ainda, segundo informações do GREENPEACE¹⁹⁴ fica-se sabendo que: “Desta forma, os produtos fabricados a partir de uma tora de mogno com 5m³ tem valor de revenda de até US\$ 128.250,00 quando comercializada em lojas de prestígio como a Harrods [...]”.

Diante de todo o contexto acima descrito, seja a respeito da lesividade de organizações criminosas violentas ou não violentas, dos efeitos do narcotráfico,

¹⁹¹Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), **Relatório Mundial Sobre Drogas**: Disponível: <http://www.unodc.org/documents/southerncone//Topics_drugs/WDR/2010/WDR_2010_Referencias_ao_Brasil_e_Cone_Sul.pdf> acesso em 15/03/2010.

¹⁹² Madeira extraída da Amazônia legal, extremamente, difícil de ser encontrada, considerada espécie em extinção desde 1973.

¹⁹³GREENPEACE, **Parceiros no Crime, a extração ilegal de mogno: A Amazônia à mercê de acordos entre cavalheiros. – Outubro de 2001, p.4.** Disponível em: <http://www.greenpeace.org.br/amazonia/pdf/report_parceiros_no_crime.pdf> acesso em 15/03/2010.

¹⁹⁴ Ibidem mesma página.

crimes contra o meio ambiente entre outros fatores, percebe-se que o principal elemento fomentador e necessário para a existência do crime organizado, seja de âmbito nacional ou transnacional, consiste na corrupção dos órgãos estatais.

A corrupção é o recebimento de vantagem indevida por parte do agente do Estado, encarregado da missão constitucional de prestar o devido serviço público, visando sempre à prevalência do interesse público sobre o privado.

A corrupção estatal demonstra falta de escrúpulos, covardia pelo agente público, na medida em que uma vez investido da função pública, deveria primar-se pela moralidade e eficiência administrativas e não mover-se impelido pela ganância e cobiça, em benefício de particulares e, por via de consequência, em prejuízo absoluto para a sociedade.

O mal da corrupção assola a sociedade há vários séculos, não tendo passado despercebido para o filósofo ARISTÓTELES¹⁹⁵, para o qual:

No que diz respeito à geração e à corrupção dos entes que se geram e se destroem por natureza, devemos distinguir, em todos eles do mesmo modo, suas causas e definições; ademais, é preciso determinar qual é o aumento e a alteração, e se por acaso se deve considerar que a alteração e a geração têm a mesma natureza ou se, pelo contrário, são diversas, tal como se diferenciam também quanto aos nomes que levam.

No Brasil, a toda semana vemos um escândalo nas manchetes dos principais jornais, escândalos estes cujo mote principal é a corrupção, enraizada em todos os setores da Administração Pública, beneficiando a criminalidade organizada em todas as suas vertentes (violenta e não violenta), em prejuízo da sociedade, hoje tão carente de serviços públicos de maneira eficiente.

Há tempos, o estigma da corrupção recaía somente sobre as polícias, isso, em decorrência do aumento significativo da violência, bem como da ineficiência e complacência nítida de tais organismos de segurança com a criminalidade. No entanto, atualmente, vemos exemplos de corrupção em todos os seguimentos do Poder Executivo, Legislativo e, inclusive, do Poder Judiciário.

Não são poucas as notícias de licitações eivadas de fraude, com superfaturamento de valores, recebimento de valores indevidos por parte dos responsáveis pela sua lisura, obras públicas superfaturadas, policiais recebendo

¹⁹⁵ ARISTÓTELES, **Da geração e da corrupção seguido de Convite à filosofia**, p. 181.

propina para serem coniventes e até mesmo partícipes de crimes, desvio de verbas públicas, agentes de fiscalização corrompidos para serem omissos em atos de fiscalização, prejudicando a arrecadação tributária do Estado, o envolvimento de membros do Legislativo em todas as suas esferas legislando com o fito de se locupletarem, e por fim, o próprio Poder Judiciário negociando sentenças com o crime organizando.

Nesse sentido é precisa a afirmação de DIRCEU DE MELLO¹⁹⁶:

E o lobby do crime, que reforça seus passos nos parlamentos nacionais? Se não nos acutelarmos, é provável que ainda venhamos a ter em nossas casas legislativas, ao lado de bancadas como a ruralista, a católica, a evangélica, a “da bola” (futebol) e outras, bancas – dissimuladas, é evidente – de bicheiros e de traficantes de drogas.

Desnecessário mencionar que a corrupção causa enormes prejuízos ao Estado, não só de ordem moral, na medida em que o Estado deve ser o primeiro a primar pelo bom exemplo, como também de ordem financeira e ainda na eficiência da prestação do serviço público à sociedade, beneficiária direta dos serviços públicos dos quais o Estado é obrigado a prestar.

Em recente estudo realizado pela FIESP¹⁹⁷ (Federação de Indústrias do Estado de São Paulo) a referida entidade obteve êxito em quantificar o prejuízo causado por essa modalidade delitiva: “Este estudo conclui que o custo médio da corrupção no Brasil é estimado entre 1,38% a 2,3% do PIB, isto é, de **R\$ 41,5 bilhões a R\$ 69,1 bilhões** (em reais de 2008).” (grifo nosso). Entenda-se aqui que essa vultosa quantia poderia muito bem estar sendo aplicada em moradia, educação, segurança e saúde, porém, tem como destino a fomentação do crime organizado.

Ainda materializando a corrupção, mais especificamente no que diz respeito ao resultado dessas ações dos servidores corruptos, a Controladoria Geral da União¹⁹⁸ identificou, no âmbito do Governo Federal, 3022 demissões a bem do

¹⁹⁶ **Violência no mundo de hoje**, p.883.

¹⁹⁷ FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (FIESP). DECOMTEC **Área de Competitividade Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate**, Março de 2010, p.27:Disponível:<<http://www.fiesp.com.br/competitividade/downloads/custo%20economico%20da%20corrupcao%20-%20final.pdf>> acesso em 16/03/2011;

¹⁹⁸ BRASIL, Controladoria Geral da União (CGU). **Relatório de acompanhamento das punições expulsivas aplicadas a estatutários no âmbito da administração pública federal**. Fevereiro de

serviço público, no período compreendido entre os anos de 2003 a 2011, sendo que dessas demissões, 294 foram pelo recebimento de propina e 959 por atos de improbidade administrativa. Tais números demonstram o quanto a corrupção encontra-se enraizada na administração pública.

Por fim, é pertinente lembrar o trecho do Sermão do Bom Ladrão de Padre ANTÔNIO VIEIRA, proferido na Igreja da Misericórdia de Lisboa, onde estavam D. João IV e sua corte, dentre eles os maiores dignitários do reino, juízes, ministros e conselheiros, o teor do texto é atemporal, embora escrito em 1655, e demonstra o quão inerente aos governos está a corrupção e o conhecimento da mesma.

Padre ANTONIO VIEIRA¹⁹⁹ faz referência aos problemas que assolavam o Brasil na época da colonização, surgidos, notadamente, pelo enriquecimento ilícito dos governantes, gestões fraudulentas, problemas ainda ínsitos em nossa sociedade:

O ladrão que furta para comer, não vai, nem leva ao inferno; os que não só vão, mas levam, de que eu trato, são outros ladrões, de maior calibre e de mais alta esfera [...] os ladrões que mais própria e dignamente merecem este título são aqueles a quem os reis encomendam os exércitos e legiões, ou o governo das províncias, ou a administração das cidades, os quais já com manha, já com força, roubam e despojam os povos. Os outros ladrões roubam um homem, estes roubam cidades e reinos; os outros furtam debaixo do seu risco: estes sem temor, nem perigo; os outros, se furtam, são enforcados: estes furtam e enforcam.

2011. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/AreaCorreicao/Arquivos/Expulsoes_022011_Estatutarios.pdf> acesso em 16/03/2001.

¹⁹⁹ **Sermões Escolhidos**, p. 119.

6. FORMAS DE ENFRENTAMENTO

6.1 Direito Penal do Inimigo;

6.1.1 Origem

Antes de tecer os respectivos comentários a respeito do Direito Penal do Inimigo, faz-se premente estabelecer algumas premissas a fim de facilitar a compreensão a respeito do assunto.

As primeiras linhas do Direito Penal do Inimigo foram descritas pelo penalista alemão GUNTHER JAKOBS, cuja linha de pensamento foi analisada nos capítulos 3 e 4 nos temas atinentes às principais teorias do delito, respectivamente, ao funcionalismo penal e ao bem jurídico penal.

GUNTHER JAKOBS, conforme já mencionado, é o precursor do que se denominou funcionalismo penal radical-sistêmico, na medida em que por tal teoria a função ou missão do Direito Penal consiste na manutenção da vigência da norma, através da aplicação da pena, caracterizando dessa maneira o que se entende por prevenção geral positiva. Nesse sentido, GUNTHER JAKOBS²⁰⁰ afirma: “A prestação que realiza o Direito Penal consiste em contradizer por sua vez a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade.”

Pela linha de entendimento do sistema funcional radical-sistêmico a norma possui função primordial dentro do sistema, função esta de manter íntegras as expectativas daqueles que convivem em sociedade, postulado este com matiz na Teoria dos Sistemas desenvolvida pelo filósofo Niklas Luhman.

Quando há a ocorrência de um fato criminoso, significa dizer que foram quebradas as expectativas no que se refere à vigência daquela norma penal (falha de comunicação), fragilizando o sistema, razão pela qual a pena o reconfigura, trazendo de volta a expectativa quebrantada.

Portanto, GUNTHER JAKOBS atribui imensa carga valorativa à norma, justamente, por agregá-la a função de manutenção das expectativas sociais dentro de um sistema social.

²⁰⁰ **Sociedade, norma e pessoa**, p. 4.

O tema Direito Penal do Inimigo, sob esse rótulo, foi trazido à baila nos idos de 1985 por GUNTHER JAKOBS, em palestra proferida na cidade de Frankfurt em um congresso sobre Direito Penal. Neste primeiro momento, GUNTHER JAKOBS apresentava as idéias introdutórias sobre o Direito Penal do Inimigo, mas com conotação crítica, conforme destaca CORNELIUS PRITTWITZ²⁰¹: “[...] Gunther Jakobs o criticou, quando ele, em 1985, com visível intenção provocativa, e muito mais acidamente do que eu, o denominou como “Direito Penal do inimigo””.

O Direito Penal do Inimigo tinha com idéia principal a cisão do Direito Penal em duas partes estanques, o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. Ao Estado, segundo GUNTHER JAKOBS, seria lícito tratar como inimigo aquele que oferecesse riscos à paz social, não possuindo segurança cognitiva de suas ações, de maneira que uma vez configurada essa perda de segurança cognitiva, seria tratado como inimigo de guerra, ficando então privados de alguns de seus direitos de personalidade.

Destaque-se que, à época desse discurso, o tema não suscitou tantas discussões e embates, permanecendo, como ressalta LUÍS GRECO²⁰² “[...] uma figura quase que ignorada”.

Entretanto, esse posicionamento outrora crítico, com o atentando às Torres Gêmeas em 11 de Setembro de 2001, em cotejo com outros eventos de igual ou superior envergadura, aliado ainda ao crescimento do crime organizado, crimes violentos, crimes sexuais, terrorismo entre outros, fez com o que o discurso de GUNTHER JAKOBS, pese o mesmo afirmar ser meramente descritivo²⁰³, passasse a ter tons de defesa e justificativa, suscitando dessa maneira calorosa discussão no meio acadêmico.

Porquanto, havendo a cisão do Direito Penal estabelecida por GUNTHER JAKOBS²⁰⁴, deve-se ressaltar que finalidade do Direito Penal do cidadão é a mesma relacionada aos fundamentos do funcionalismo radical-sistêmico, isto é, manutenção da vigência da norma, através da aplicação da pena. Por outro lado, a função do Direito Penal do Inimigo é a eliminação do perigo, através da aplicação da pena, conforme ele menciona: “O Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, e

²⁰¹ **O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo**, p.42.

²⁰² **Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo**, p.89.

²⁰³ **El Derecho Penal Del Enemigo en el contexto Del Funcionalismo**, p.02.

²⁰⁴ **Derecho penal Del enemigo**, p.31 – El derecho penal Del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros. (tradução livre do autor).

o Direito Penal do Inimigo (em sentido amplo: incluindo o direito de medidas de segurança) combate perigos”.

6.1.2 Fundamentação filosófica

Ao desenvolver os fundamentos a respeito do Direito Penal do Inimigo, GUNTHER JAKOBS socorreu-se ao abrigo de filósofos, cujo seguimento fundamentasse a constituição da sociedade através de um contrato, ou seja, a linha da filosofia que justifica a origem da sociedade, através de um pacto social, onde as pessoas abrem mão de sua liberdade (jus natural) a um poder soberano – o Estado - o qual ficará responsável pela sua tutela, através da promulgação de normas de convívio em sociedade.

Pela análise de GUNTHER JAKOBS, os teóricos do contrato já admitiam à sua época, a existência de duas espécies de Direito Penal, o do cidadão e o do inimigo, cada uma a sua maneira, seja com algumas distinções ou não.

Os filósofos JOHAN GOTTLIBE FICHTE e JEAN JACQUES ROUSSEAU admitiam a existência de um Direito Penal com as características do hoje cunhado Direito Penal do Inimigo, desde que houvesse por parte do “inimigo” a infração voluntária das normas estabelecidas pelo pacto social, de maneira que para ambos qualquer tipo de violação às normas autorizava o Estado a tratá-lo na qualidade de inimigo, com o seu extermínio.

Nesse sentido JEAN JACQUES ROUSSEAU²⁰⁵ manifesta-se assim:

Ademais, qualquer malfeitor, atacando o direito social, torna-se por seus crimes, rebelde e traidor da pátria, deixa de ser um de seus membros ao violar suas leis e até lhe faz a guerra. Então, a conservação do Estado é incompatível com a sua, sendo necessário que um deles pereça, e, quando se faz morrer culpado, é menos como cidadão que como inimigo.

Na mesma linha de ROUSSEAU, JOHAN GOTTLIBE FICHTE sustentava, conforme preleciona GUNTHER JAKOBS²⁰⁶:

²⁰⁵ **O Contrato Social**, p. 4.

²⁰⁶ **Derecho penal Del enemigo**, p.26 – [...] quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un Estado de ausencia completa de derechos. (tradução livre do autor).

[...] quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com a sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a Estado de ausência completa de direitos.

Para GUNTHER JAKOBS²⁰⁷, esses fundamentos já eram o bastante para fundamentar que o *status* de cidadão não era algo absoluto, mas sim passível de ser perdido, desde que preenchidos alguns requisitos. Entretanto, para o próprio GUNTHER JAKOBS a idéia de um “inimigo” nos moldes de ROUSSEAU e FICHTE era desproporcional, na medida em que qualquer infração à norma levaria ao tratamento na qualidade de inimigo, critério o qual seria em absoluto desarrazoado, haja vista que o delinqüente tem o direito de voltar a viver em sociedade, desde que ofereça garantias cognitivas de que se portará de acordo com as normas estabelecidas.

Justificando a possibilidade de excluir o *status* de cidadão, mas acreditando serem desproporcionais os postulados de ROUSSEAU e FICHTE, surgem para GUNTHER JAKOBS dois filósofos contratualistas, cujas fundamentações são aceitas por estabelecerem distinções entre um Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, sendo eles THOMAS HOBBS e IMMANUEL KANT.

Tanto para THOMAS HOBBS como para IMMANUEL KANT o simples fato de haver o cometimento de um delito por parte de um cidadão, não implica, por si só, a sua exclusão do rol de cidadãos, ou mesmo o seu *status* de cidadão. Para a exclusão de tais prerrogativas seria necessário que fossem perpetrados crimes de alta traição, cujas características abalariam as estruturas do Estado, demonstrando por parte do delinqüente sua total infidelidade à norma.

IMMANUEL KANT fala sobre o Estado de natureza²⁰⁸ e o Estado civil²⁰⁹, de modo que, por seu entendimento, qualquer pessoa pode levar outrem a alterar seu Estado de natureza, para o Estado civil a fim de entrar em uma constituição cidadã, conforme preleciona GUNTHER JAKOBS²¹⁰.

²⁰⁷ **Derecho penal Del enemigo**, mesma página.

²⁰⁸ Por Estado de natureza entenda-se o Estado de ausência de leis, prevalecendo a vontade interna da pessoa.

²⁰⁹ Por Estado legal ou civil entenda-se o Estado onde há o primado da lei, como regulador de conduta da vida em sociedade.

²¹⁰ Op. cit., p.28.

Logo, para IMMANUEL KANT²¹¹ se aquele que se encontra no Estado natural e não altera sua condição para o Estado civil pode ser tratado como inimigo, conforme preconiza, haja vista que não se oferece segurança a quem vive no Estado civil:

Admite-se comumente que não se pode conduzir-se hostilmente contra ninguém senão somente quando ele de fato já me lesou, e isto também é inteiramente correto quando ambos estão no Estado civil-legal. Pois, pelo fato de que este entrou neste Estado, ele dá àquele (mediante autoridade que possui poder acima de ambos) a segurança requerida. Mas o homem no puro Estado de natureza tira de mim esta segurança e me lesa já por esse mesmo Estado, embora não de fato, na medida em que está ao meu lado, pela ausência de leis do seu Estado, pelo qual eu continuamente sou ameaçado por ele, e eu posso forçá-lo a entrar comigo em um Estado comunitário legal, ou a retirar-se da minha vizinhança.

De outro lado, para THOMAS HOBBS²¹² também seria possível desconstituir o *status* de cidadão àquele que perpetrasse crimes contra a autoridade do Estado, tais como crimes de lesa-majestade ou alta traição. Na ocorrência de tais espécies de crimes, ao Estado seria lícito qualquer tipo de medida, conforme menciona:

E numa situação de hostilidade declarada é legítimo infligir qualquer espécie de danos. De onde se segue que, se por atos ou palavras, sabida e deliberadamente, um súdito negar a autoridade do representante do Estado (seja qual for a penalidade prevista para a traição), o representante pode legitimamente fazê-lo sofrer o que bem entender. Porque ao negar a sujeição ele negou as penas previstas na lei, portanto deve sofrer como inimigo [...].

Portanto, pelos contratualistas acima analisados, temos dois grupos que possuem um ponto de convergência, ou seja a possibilidade de desconstituir da pessoa seu *status* de cidadão, logo permitindo a perda de seus direitos.

O primeiro grupo (ROUSSEAU e FICHTE) entende que qualquer tipo de manifestação, que leva ao descumprimento de uma norma autoriza o Estado a tratá-lo como inimigo. Em sentido oposto, o segundo grupo (HOBBS e KANT) entende que para tratar a pessoa como inimigo, deve haver a ocorrência de crime de alta

²¹¹ **À paz perpétua**, p.33.

²¹² **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**, p.237.

traição (contra o Estado) ou a pessoa negar-se a abandonar o Estado de natureza para o Estado social.

Assim, o segundo grupo admite, explicitamente, a existência da cisão do Direito Penal em Direito Penal do Cidadão, destinado àquele que não comete crimes de alta traição ou que mesmo incidindo em prática delitativa, aceita conviver no Estado social. Por outro lado, o Direito Penal do Inimigo, destinado àqueles que não aceitam o Estado civil, sob o primado da lei ou que cometem crimes contra a autoridade do Estado, autoriza o Estado a tratá-los como inimigos.

GUNTHER JAKOBS²¹³ sintetiza seu pensamento: “O Direito Penal do cidadão é o Direito de todos; o Direito Penal do inimigo é daqueles que formam contra o inimigo; frente ao inimigo, é apenas coação física, até chegar à guerra”.

6.1.3 Distinção entre cidadão e inimigo

Conforme mencionou-se no início deste capítulo, o sistema funcionalista de GUNTHER JAKOBS atribui imensa carga valorativa à norma, pois a ela cabe, através da sanção penal, manter vigente a expectativa social do sistema.

A ocorrência de um fato criminoso, na concepção *jakobsiana*, causa uma irritação no sistema, no entanto, essa mesma irritação, não necessariamente, leva ao tratamento do criminoso como inimigo, isso em decorrência dos postulados firmados por HOBBS e KANT.

Deve-se destacar que GUNTHER JAKOBS deixa claro que não seria qualquer espécie de delito que transformaria o cidadão em inimigo, mas apenas aqueles cuja gravidade, efetivamente, demonstre a sua premente necessidade. Preconiza GUNTHER JAKOBS²¹⁴: “[...] essa reação contundente frente ao autor que normalmente respeita a norma, mas que pode infringi-la de maneira pontual, não questiona de maneira fundamental a personalidade desse sujeito.”

Aplicando tais postulados no século XXI, inimigo, por essa linha de pensamento capitaneada por GUNTHER JAKOBS, consiste naquela pessoa, cuja natureza é absolutamente desregrada, absorvendo o crime como meio de vida, não

²¹³ **Derecho Penal Del enemigo**, p.30 – El derecho penal del ciudadano es el derecho de todos, el derecho penal del enemigo el de aquellos que Forman contra el enemigo; frente al enemigo, es solo coaccion física, hasta llegar a la guerra (tradução livre do autor).

²¹⁴ **El Derecho Penal Del Enemigo en el contexto Del Funcionalismo**, p.3 – [...] esa reacción contundente frente al autor que normalmente respeta la norma pero que puede infringirla de manera puntual, no cuestiona de manera fundamental la personalidad de ese sujeto (tradução livre do autor).

oferecendo segurança alguma no sentido de que irá respeitar a norma, características estas mais encontradas em grupos terroristas, organizações criminosas, criminalidade econômica, crimes sexuais, narcotráfico dentre outros. É sabido que essa estirpe de criminosos, além de abalar a confiança da população nas instituições estatais, não demonstra segurança cognitiva de que possa enquadrar-se às normas estabelecidas pelo Estado.

Assim, consoante essas características, para GUNTHER JAKOBS²¹⁵ manifesta-se:

Portanto, o Estado pode proceder de dois modos com os delinqüentes: pode ver neles pessoas que delinqüem, pessoas que cometeram um erro, ou indivíduos em que há que impedir mediante coação que possa destruir o ordenamento jurídico.

[...]

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não apenas não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, senão que o Estado não deve tratá-lo já como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito de segurança das demais pessoas.

Identificado o suposto inimigo, pelas características expostas, é lícito ao Estado suprimir seus direitos de cidadão e tratá-lo como inimigo, visando sua eliminação, podendo chegar inclusive em Estado de guerra.

É importante mencionar que, para GUNTHER JAKOBS²¹⁶, não há outra solução plausível e possível, sob pena de, caso não adotado o Direito Penal do Inimigo, o próprio Estado vir a sucumbir, justamente, por querer tratar um inimigo, enquanto cidadão, permanecendo como objeto de direito e não como um perigo a ser eliminado. Por esta linha de raciocínio, o Estado, quando elege um inimigo, está realizando seu direito de legítima defesa, frente a um risco iminente, cuja natureza demanda sua eliminação, bem como materializando e proporcionando o direito à segurança da população.

²¹⁵ **Derecho Penal Del Enemigo**, p. 51 – Por lo tanto, el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico.[...] Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a seguridad de las demás personas (tradução livre do autor).

²¹⁶ *Ibid.*, p.41.

Ainda buscando postulados que fundamentem a exclusão do *status* de cidadão de uma pessoa, GUNTHER JAKOBS²¹⁷ afirma a necessidade de cumprimento dos preceitos estabelecidos na norma, como um dever, de maneira que aquele que não a cumpre, não oferecendo cimentação cognitiva do cumprimento da norma, perde seu *status*:

Que todos devem ser tratados como pessoa, isto, de per si, não deixa de ser um mero postulado, um modelo para uma sociedade; mas ainda não se trata de uma parte da sociedade que realmente aconteça.

Além daqueles que não apresentem segurança cognitiva, isto é, absoluta falta de fidelidade à norma, em cotejo com crimes cuja gravidade abale a própria instituição do Estado, GUNTHER JAKOBS elege a categoria de inimigo aqueles que desrespeitem os direitos humanos elementares (ex. Slobodan Milosevic na Iugoslávia).

Nesses casos GUNTHER JAKOBS²¹⁸ afirma que os direitos humanos elementares possuem vigência global e não adstrita um território, tanto que foram criados instrumentos de materialização e manutenção da vigência dos mesmos, como o Tribunal Penal Internacional, o Estatuto de Roma entre outros. Ademais, nesses casos – violação de direitos humanos elementares – GUNTHER JAKOBS afirma que não seria aplicado o Direito Penal do Inimigo, com a finalidade de manutenção de um Estado comunitário legal, conforme reza IMMANUEL KANT, mas sim de seu estabelecimento.

Para ALESSANDRA ORCESI PEDRO GRECO²¹⁹ podem ser considerados inimigos: “[...] criminosos econômicos, terroristas, delinqüentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas.”

Portanto, a linha de pensamento *jakobsiana* prega o absoluto respeito à norma como dever, porém, se o delinqüente demonstra absoluta infidelidade ao sistema e à norma, perde seu *status* de cidadão, não podendo invocar a tutela do Estado em seu favor, pois a partir desse momento, torna-se inimigo, quando então

²¹⁷ **El Derecho Penal Del Enemigo en el contexto Del funcionalismo**, p.11-12 – Que todos deban ser tratados como personas, esto, per se, no deja de ser postulado, un modelo para una sociedad que realmente acontezca (tradução livre do autor).

²¹⁸ **Derecho Penal Del Enemigo**, p.59.

²¹⁹ **Direito Penal do Inimigo e Criminalidade Econômica**, p.720.

alguns de seus direitos podem ser suprimidos, legitimamente, pelo Estado como legítima defesa frente a uma fonte de perigo.

Não obstante, deve-se afirmar que o inimigo não perde todos os seus direitos, mas apenas parte deles. Dessa forma, GUNTHER JAKOBS²²⁰ utiliza o termo “de-personalização”, no sentido da degradação parcial da personalidade e não despersonalização, como degradação total da personalidade.

Logo, se ocorre essa de-personalização por parte do inimigo, o próprio GUNTHER JAKOBS²²¹ afirma que o mesmo pode voltar ser tratado como cidadão a qualquer momento, desde que altere sua conduta e forneça parâmetros de segurança cognitiva; ou seja, pela linha *jakobsiana*, não é o Estado que o leva a ser tratado como inimigo, mas sim ele próprio, por não oferecer segurança cognitiva. Por seu turno, é a sociedade, através do poder constituído, quem elege as normas que devem ser seguidas.

Finalmente, mesmo sendo legítimo o Estado utilizar o Direito Penal do Inimigo, isso não significa dizer que tenha legitimidade para utilização sem limites, mas sim da maneira necessária para evitar o perigo, conforme disserta GUNTHER JAKOBS²²²: “Essa ingerência do Estado na personalidade do inimigo unicamente deve chegar até onde seja necessário para reduzir o perigo do mesmo, a uma medida tolerável”.

No mesmo sentido GUNTHER JAKOBS²²³ acresce que o Direito Penal do Inimigo não é uma regulação ilimitada, mas sim aplicada na medida necessária para contenção do perigo:

O que sucede com o Direito Penal do Inimigo não é uma regulação para aniquilação ilimitada, apenas em um Estado de Direito administrado com inteligência, uma *ultima ratio* que é aplicada conscientemente enquanto exceção [...].

²²⁰ **El Derecho Penal Del Enemigo en el contexto Del funcionalismo**, p.4.

²²¹ *Ibid.*, p.26-27.

²²² *Ibid.*, p.4 – Esa ingerência del Estado en la personalidad del enemigo unicamente debe llegar hasta donde sea necesario para reducir el peligro del mismo a una medida minimamente tolerable (tradução livre do autor).

²²³ *Ibid.*, p.27-28 – Lo que sucede es que el Derecho Penal del enemigo no es una regulación para la aniquilación ilimitada, sino, en un Estado de Derecho administrado con inteligencia, una *ultima ratio* que es aplicada conscientemente en cuanto excepción [...] (tradução livre do autor).

6.1.4 Características e manifestações do Direito Penal do Inimigo

Estabeleceu-se, até o presente momento, pela linha de pensamento *jakobsiana*, que o Direito Penal do Inimigo seria um instrumento legítimo por parte do Estado em suprimir o *status* de cidadão da pessoa, visando com isso seu tratamento com o inimigo, o que permitiria a exclusão de alguns de seus direitos, vez que este (inimigo), não oferece garantia cognitiva de que possa viver em sociedade, dentro do cumprimento de normas.

Doravante, o Direito Penal do Inimigo manifestar-se-ia em duas frentes, uma de aplicação ao Direito Penal, no que se refere às normas materiais, de outro lado, em um Direito Processual Penal, relacionado assim a normas processuais.

O inimigo, portanto, privado de seu *status* de cidadão é considerado pelo Estado como uma fonte de perigo a ser eliminada. Logo, diante dessa consideração, o Direito Penal do Inimigo legitima o uso de leis com características de antecipação penal, é dizer, o uso de crimes cuja exposição de perigo seja abstrata.

A razão dessa antecipação penal é óbvia; se já há identificado o inimigo, presume-se que vá causar dano. Assim, o Direito Penal do Inimigo está legitimado a eliminar o perigo em seu Estado prévio, uma vez que se combate por sua periculosidade.

Outra característica do Direito Penal do Inimigo consiste na punição de atos preparatórios, ou seja, a punição dos delitos conhecidos como de associação e, nesses casos, a pena costuma ser intensa e desproporcional.

Tanto a opção pela antecipação penal quanto a punição de atos preparatórios são características de um Direito Penal prospectivo, ou seja, que visualiza danos futuros, levando assim em conta não o fato, mas o autor, devido às suas características específicas, vale dizer, de inimigo (periculosidade presumida).

Acrescente-se também que pena no Direito Penal do Inimigo não possui a finalidade materializar a proteção da vigência da norma, mas sim de eliminar o perigo enquanto perdure, logo, não se trata de pena, mas de medida de segurança, de modo que a pena significa apenas e tão somente coação frente a uma fonte de perigo.

Nesse sentido GUNTHER JAKOBS²²⁴ afirma:

[...] o Direito Penal do Inimigo, em particular, o Direito Penal dirigido contra terroristas, tem mais bem conseguido garantir a segurança do que manter a vigência do ordenamento jurídico, como detectar com base no fim da pena e nos tipos correspondentes. O Direito Penal do cidadão, o qual garante o ordenamento jurídico, se transforma em defesa frente a riscos.

Agora, no que diz respeito às normas de Direito Processual, são características daquelas evadas dos princípios norteadores do Direito Penal Inimigo, cuja natureza seja sigilosa ou secreta, ou também aquelas que restringem ou limitem o seu exercício de defesa, como a limitação ao encontro com advogados.

Os procedimentos de interceptação telefônica, telemática, investigações revestidas de sigilo, nos quais o contraditório é diferido e a infiltração são exemplos clássicos de normas com norte no Direito Penal do Inimigo. De igual forma, justamente, visando neutralizar uma fonte de perigo, normas que aumentem a possibilidade de prisão cautelar, também estão orientadas por essa linha de pensamento.

As normas processuais lastreadas pelo Direito Penal do Inimigo têm como objetivo, não o sujeito processual, que segue de maneira ordeira o curso processual, sem destruir provas, ameaçar testemunhas, mas sim aquele que por sua própria natureza – de inimigo, por princípio – visa criar obstáculos intangíveis ao regular curso do processo.

Como manifestações do Direito Penal do Inimigo, temos os Estados Unidos da América, em virtude do atentado terrorista de 11 de Setembro de 2001.

Exemplos clássicos são: *Patriot Act* e o Estatuto do Combatente Inimigo, cuja natureza excluiu integralmente qualquer tipo de direito ao suspeito de envolvimento com grupos terroristas, conforme cita ALEXANDRE ALMEIDA ROCHA DE MORAES²²⁵:

²²⁴ Op. cit., p.35 – [...] el Derecho penal del enemigo, en particular, el Derecho penal dirigido contra los terroristas, tiene más bien el cometido de garantizar a seguridad que el mantener la vigencia del ordenamiento jurídico, como cabe detectar con base en el fin de la pena y en los tipos correspondientes. El Derecho penal del ciudadano, garantía del ordenamiento jurídico, se transmute en defensa frente a riesgos.

²²⁵ Op. cit., p. 236.

[...] permitiu às autoridades norte-americanas manter um indivíduo indefinidamente e privá-lo de todos os direitos que poderia ostentar perante a Justiça Civil, sobretudo os de ter um advogado e receber visitas. Enquanto o *Patriot Act* corresponde a um abrangente pacote legislativo antiterror que viola, segundo entidades de defesa dos direitos civis, uma série de liberdades individuais [...].

Ainda no que se refere à política de segurança adotada pelos Estados Unidos da América, em relação a terroristas, a utilização da Base Naval de Guantánamo ocorre justamente, porque esse território não é considerado parte dos Estados Unidos da América, mas sim um “arrendamento” em vigor até os dias de hoje entre o governo Cubano e os Estados Unidos da América; logo, as leis em vigor nesse país não seriam aplicadas deixando assim os prisioneiros desprovidos de proteção legal.

A base é utilizada desde Janeiro de 2002 para deter suspeitos de terrorismo e membros da Al-Qaeda durante a operação militar realizada no Afeganistão contra o regime Taleban. Os prisioneiros não têm direitos estabelecidos pela Convenção de Genebra, sob o argumento de não se tratarem de prisioneiros de guerra, mas combatentes inimigos.

Entretanto, a respeito da base de Guantánamo e a detenção de prisioneiros sem qualquer tipo de direito, o próprio GUNTHER JAKOBS²²⁶ mostra-se desfavorável, pois como dito anteriormente, o Direito Penal do Inimigo não confere autorização ilimitada ao Estado para aniquilar seus inimigos: “[...] em relação aos presos de Guantánamo [...] chega muito mais adiante, de maneira que por esta via se chega a alimentar dúvidas acerca da legitimidade deste procedimento.”

Países europeus como a França e a Inglaterra também adotaram legislações com conteúdo no Direito Penal do Inimigo, mas não com a restrição total de direitos como ocorre nos Estados Unidos da América.

A Inglaterra, por exemplo, ampliou os poderes dos órgãos de segurança, inclusive com autorização para matar, no entanto, centraliza o conceito de terrorista em imigrantes, fato que deu azo ao assassinato do jovem brasileiro Jean Charles de Menezes.

Na França, conforme menciona ALEXANDRE ALMEIDA ROCHA DE MORAES²²⁷, através da Lei de 31.10.2001 também ampliou-se a intervenção na

²²⁶ **El Derecho Penal Del Enemigo en el contexto Del funcionalismo**, p.5 – [...] en los presos de Guantánamo [...] llega mucho más allá, de manera que por esa via se llega a alimentar las dudas acerca de la legitimidad de ese proceder (tradução livre do autor).

²²⁷ Op. cit., p.237.

liberdade pessoal dos cidadãos, mas o que se percebe é que tal legislação, sob o rótulo de proteção a ataques terroristas, na verdade está sendo utilizada como “exclusão social de imigrantes”.

No Brasil também temos exemplos que se encaixariam na ideologia do Direito Penal do Inimigo, seja no viés penal como também no processual.

Na vertente penal e processual, temos: Lei 11.343/2003 (Lei de Drogas), cuja natureza pune delitos de associação e possui vasta gama de crimes de perigo abstrato e a Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), punindo delitos de perigo abstrato, ambas com punições rigorosas; Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) cuja natureza impôs aumento expressivo na cominação das penas, aumento no prazo de prisão cautelar; Lei 9.296/96 (Lei de Interceptação Telefônica) autoriza o monitoramento telefônico; Lei 9.034/95 (Lei do Crime Organizado) definiu procedimentos de investigação, ação controlada, infiltração de agentes, interceptação ambiental; a Lei do Abate (Decreto nº 5144/2004) cujo conteúdo regulamenta o Código Brasileiro de Aeronáutica, art.303 no que concerne à autorização para o abate de aeronaves hostis ou que transportem entorpecentes que ingressem em território nacional; por fim a Lei 10.792/2003 que estabelece o Regime Disciplinar Diferenciado, conhecido como RDD, regime no qual são estabelecidas condições severas no cumprimento da pena, como restrição de visitas, banho de sol, advogados, cela sem contato outros prisioneiros dentre outros.

6.1.5 Críticas doutrinárias

Mencionou-se acima que as primeiras linhas do Direito Penal do Inimigo foram lançadas por GUNTHER JAKOBS nos idos de 1985, em um Congresso de Direito Penal realizado na cidade de Frankfurt, onde, nessa oportunidade, o próprio mentor da idéia havia sido crítico aos fundamentos da teoria citada.

No entanto, fatos como o atentado de 11 de Setembro de 2001, bem como o avanço do terrorismo, o aumento significativo da criminalidade organizada, crimes perpetrados em desfavor de bens jurídicos universais (isso muito provavelmente, por conta da economia globalizada e outros fatores), fizeram com que ressurgisse, no cenário mundial, o discurso do Direito Penal do Inimigo como possível fonte legitimadora de uma legislação penal e processual mais rigorosa e, portanto,

segundo os valores de uma sociedade que anui com penas mais severas e até a supressão de direitos e garantias individuais.

Mas esse novo discurso – possivelmente legitimador, embora GUNTHER JAKOBS afirme ser meramente descritivo – fez com surgissem críticas contumazes aos postulados estabelecidos por esse autor.

A principal crítica doutrinária partiu de MANUEL CANCIO MELIÁ, Professor Titular de Direito Penal na Universidade Autônoma de Madrid, cujas manifestações críticas contra o Direito Penal do Inimigo foram escritas na mesma obra em que GUNTHER JAKOBS lançou seus fundamentos descritivos.

A crítica de MANUEL CANCIO MELIÁ questiona diversos pontos do Direito Penal do Inimigo, sobretudo, de sua possível legitimidade, haja vista que seria absolutamente ilegítimo por parte do Estado estabelecer diferenças entre pessoas (inimigo e cidadão), com a finalidade de suprimir direitos e garantias individuais.

Para MANUEL CANCIO MELIÁ²²⁸ o Direito Penal do Inimigo nada mais é do que a manifestação de duas linhas, notoriamente ineficazes do pensamento penal, quais sejam: o Direito Penal Simbólico e o Direito Penal Punitivista.

O Direito Penal Simbólico tem como característica principal a adoção de políticas legislativas, no sentido de se criarem novos tipos penais, com a finalidade de propiciar a sensação “simbólica” na população de que está havendo o combate à criminalidade com o incremento de novos tipos penais. A essa manifestação, MANUEL CANCIO MELIÁ²²⁹ identifica como fenômenos de “neo-criminalização”.

Já o Direito Penal Punitivista possui como conotação, não a necessidade de criar-se novos tipos penais, mas sim incrementar e agravar os tipos penais já existentes, com penas desproporcionais, sem analisar o efetivo objetivo da pena ou mesmo se pena agravada possui algum tipo de efeito na redução dos índices de criminalidade.

Tanto o Direito Penal Simbólico como o Direito Penal Punitivista são fenômenos que possuem muitas semelhanças, pois a adoção de uma legislação simbólica pode atrelar efeitos de punitivista, se a pena aplicada for severa, de outro lado, da mesma forma uma legislação punitivista, pode gerar efeitos simbólicos na população com o sentimento de aumento da segurança.

²²⁸ **Derecho Penal Del enemigo**, p.75.

²²⁹ *Ibid.*, p.76.

Para MANUEL CANCIO MELIÁ²³⁰ da união do Direito Penal Simbólico e o Direito Penal Punitivista: “[...] o que surge de sua união: o Direito Penal do Inimigo”.

Outro ponto sensível da crítica diz respeito à carência conceitual do que seria o inimigo, pois segundo MANUEL CANCIO MELIÁ²³¹, trata-se na verdade de uma “[...] uma cruzada contra malfeitores e malvados”, cuja natureza é desprovida de qualquer tipo de estudo que demonstre a eficácia da adoção deste tipo de legislação.

FRANCISCO MUÑOZ CONDE também teceu críticas severas ao Direito Penal do Inimigo, inclusive o relacionando com políticas adotadas pela Alemanha nazista durante a 2ª Guerra Mundial, idealizadas por EDMUND MEZGER e FRANZ VON LISZT, de eliminação racial e tipos penais, excessivamente, abertos, muito semelhantes ao hoje cunhado Direito Penal do Inimigo.

Os penalistas alemães acima mencionados, sobretudo FRANZ VON LISZT, segundo FRANCISCO MUÑOZ CONDE²³², elegiam como inimigos do Estado alemão, o que abaixo segue-se:

Em relação a este tipo de “inimigos da ordem social”, entre os quais incluía, além dos delinqüentes, também os “mendigos e vagabundos, prostituídos de ambos os gêneros, alcoólatras, bandidos e gente do submundo em sentido amplo, degenerados anímica e corporalmente.

Na concepção de FRANZ VON LISZT os inimigos eleitos deveriam ser inocuizados e essa inocuização, segundo FRANCISCO MUÑOZ CONDE²³³ dar-se-ia da seguinte maneira:

A prisão perpétua ou, se for o caso, de duração indeterminada, em campos de trabalho, em servidão penal, com estrita obrigação de trabalhar com o máximo de aproveitamento possível de sua força de trabalho, sem excluir como sanção disciplinar a pena de açoites e com a conseqüente perda dos direitos civis e políticos, para mostrar o caráter desonroso da pena. O isolamento individual apenas operaria como sanção disciplinar em cela escura e em estrito jejum.

Ainda na mesma obra, FRANCISCO MUÑOZ CONDE²³⁴, descreve posicionamento de EDMUND MEZGER o qual já antevia a necessidade de que no

²³⁰ **Derecho Penal Del enemigo.**, p.85 – [...] lo que surge de su unión: el Derecho penal del enemigo (tradução livre do autor).

²³¹ *Ibid.*, p.95 – [...] una cruzada contra malhechores archimalvados (tradução livre do autor).

²³² **As origens ideológicas do Direito Penal do inimigo**, p.103.

²³³ *Ibid.*, p.104.

futuro, haveria a existência de dois Direitos Penais, um destinado à população em geral e outro para “grupos especiais”, ou seja, a concepção *jakobsiana* já tinha sido prevista há mais de meio século, não sendo novidade no mundo jurídico, notadamente, no que se refere à fundamentação de uma legislação repressora, sob a vetusta fachada de proteção da sociedade.

Por fim, a crítica de FRANCISCO MUÑOZ CONDE²³⁵ enfatiza no sentido de que o favorecimento ou legitimação a um exercício sem limites do poder punitivo pode “[...] abrir portas ao Estado autoritário e totalitário, que é a negação do Estado de Direito”.

No cenário jurídico brasileiro, a doutrina não poupou esforços nas críticas em desfavor do Direito Penal do Inimigo, em virtude de seus frágeis argumentos violadores dos mais sensíveis direitos e garantias fundamentais, obtidos através de árdua conquista, materializados em Tratados e Convenções Internacionais.

Segundo LUIZ FLÁVIO GOMES²³⁶ o Direito Penal do Inimigo é ilegítimo pelas seguintes razões:

se Direito Penal (verdadeiro) só pode ser o vinculado com a Constituição Democrática de cada Estado, urge concluir que “Direito Penal do cidadão é um pleonasma, enquanto Direito Penal do inimigo é uma contradição”. O Direito Penal do inimigo é um “não Direito”, que lamentavelmente está presente em muitas legislações penais;

A crítica de LUÍS GRECO²³⁷ também é ferrenha, de maneira que em sua opinião o Direito Penal do Inimigo não pode pretender “[...] ter lugar de ciência no Direito Penal. Ele não serve nem para justificar um determinado dispositivo, nem para descrevê-lo, nem para criticá-lo”.

Ademais, LUIS GRECO²³⁸ e FRANCISCO MUÑOS CONDE²³⁹ encontram semelhanças entre o Direito Penal do Inimigo e a Teoria do Amigo-Inimigo desenvolvida pelo politólogo Carl Schmitt, cujas manifestações eram favoráveis e davam suporte ideológico para a política de eliminação racial propagada pelo

²³⁴ **As origens ideológicas do Direito Penal do inimigo**, p.111.

²³⁵ *Ibid.*, p.101.

²³⁶ **Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf> acesso em 01/04/2011.

²³⁷ **Sobre o chamado Direito Penal do inimigo**, p. 112.

²³⁸ *Ibid.*, p.90-91.

²³⁹ *Op. cit.*, p.113.

governo na antiga Alemanha nazista. Referida teoria era destinada àqueles que eram considerados “inimigos da sociedade”, notadamente, por pessoas de origem judaica, estrangeiros, ciganos dentre outros, os quais, por sua vez, tinham excluídos seus direitos de personalidade.

Finalmente, temos a crítica de LUIS GRACIA MARTÍN²⁴⁰, no sentido de que ao estabelecer diferenciações entre cidadão e inimigo, haveria a negação do próprio conceito de Estado Democrático de Direito, pois tais regras e procedimentos são inconciliáveis com a dignidade da pessoa humana.

Portanto, as críticas ao Direito Penal do Inimigo são centralizadas, justamente, nos postulados que vão de encontro à dogmática do Direito Penal e, além disso, aos direitos e garantias fundamentais, ou seja, um Direito Penal do autor e não um Direito Penal do fato; punição de acordo com a periculosidade e não a culpabilidade; ao invés de aplicar-se a pena, aplica-se a medida de segurança; sendo as garantias fundamentais são mitigadas.

6.1.6 Possível legitimidade do Direito Penal do Inimigo

São minoritárias, na doutrina, posições que venham a defender ou mesmo legitimar o Direito Penal do Inimigo; no entanto, para buscar-se tal legitimidade, é preciso dissecar seu conceito e analisá-lo sob o prisma dos direitos e garantias individuais, em cotejo com os princípios da dogmática penal.

Sempre que se fala em Direito Penal do Inimigo associam-se conceitos de política de “lei e ordem”, ou mesmo qualquer forma de enrijecimento das leis penais e processuais penais, o que não condiz com a verdade.

Conforme já mencionamos neste capítulo, a ideologia do Direito Penal do Inimigo consiste em se estabelecer uma diferenciação entre o cidadão e o inimigo, ao cidadão aplica-se o Direito Penal calcado na dogmática penal, forte nos direitos e garantias individuais; ao o inimigo aplica-se o Direito Penal do Inimigo, cuja finalidade consiste em prevenir um perigo, através de medidas restritivas, notadamente, de supressão de garantias individuais.

O Direito Penal do Inimigo manifestar-se-ia através de legislações de cunho material (Direito Penal) e processual (Direito Penal Processual).

²⁴⁰ O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo, p.176.

As principais características do Direito Penal material, influenciados pelo Direito Penal do Inimigo são: antecipação penal, através da adoção de crimes de perigo abstrato; punição de atos preparatórios, através da sanção desproporcional de crimes de associação; ao invés da pena, aplica-se a medida de segurança, com durabilidade atrelada ao tempo em que permanecer o perigo; privilegia-se o Direito Penal do autor, em desfavor do Direito Penal do fato.

Por seu turno, as principais características do direito processual, igualmente, influenciados pelo Direito Penal do Inimigo são: uso de investigações revestidas de sigilo; aumento das prisões cautelares; o inimigo deixa de ser sujeito de direitos, mas objeto de coação;

MIGUEL POLAINO-ORTS²⁴¹ em obra de autoria conjunta com GUNTHER JAKOBS procura legitimar e até desmistificar o Direito Penal do Inimigo, trazendo argumentos visando sua legitimação: “Mas logicamente o Direito Penal do Inimigo não é o que os críticos de JAKOBS querem que seja nem o que eles dizem que é [...]”.

Na obra mencionada há a defesa do Direito Penal do Inimigo como um instrumento válido, porém, excepcional, no qual o Estado pode utilizar-se de meios mais severos para combater o que se entenda por inimigo, através de sua periculosidade.

Por seu turno, a justificativa para tal tratamento, segundo MIGUEL POLAINO-ORTS²⁴² está abaixo transcrita:

A razão de ser desse combate mais agravado se refere em que ditos sujeitos (inimigos) comprometem a vigência do ordenamento jurídico e dificultam que os cidadãos fiéis à norma ou que normalmente se seguem por ela possam vincular ao ordenamento jurídico sua confiança no desenvolvimento de sua personalidade.

A crítica doutrinária costuma relacionar o Direito Penal do Inimigo como um instrumento sem limites por parte do Estado, legitimando-o a punir e aniquilar o

²⁴¹ **El Derecho Penal del Enemigo en el contexto del Funcionalismo**, p.52 – Pero, logicamente, el Derecho penal del enemigo no es lo que los críticos de Jakobs quieren que sea ni lo que ellos dicen que es [...] (tradução livre do autor).

²⁴² *Ibid.*, p. 61 – La razón de ser de esse combate más agravado estriba en que dichos sujetos (enemigos) comprometem la vigência del ordenamiento jurídico y dificultan que los ciudadanos fieles a la norma o que normalmente se guían por ella puedan vincular al ordenamiento jurídico su confianza en el desarrollo de su personalidad (tradução livre do autor).

suposto inimigo. Contudo, o próprio GUNTHER JAKOBS²⁴³ assinalou que o Direito Penal do inimigo não é um instrumento que confere poder ilegítimo ao Estado para caçar inimigos, de maneira que esse instrumento deve ser utilizado de maneira proporcional, vale dizer, até o ponto em que seja necessário eliminar ou conter o perigo.

Também há manifestações no sentido de que o Direito Penal do Inimigo aniquila os direitos e garantias individuais, o que é incorreto, pois o próprio GUNTHER JAKOBS²⁴⁴ também fala em “de-personalização”, o que significa dizer que ao inimigo são relativizados alguns de seus direitos, o que é, perfeitamente, legítimo em um Estado Democrático de Direito, na medida em que nenhum direito ou garantia individual é absoluto, podendo haver sua relativização, através da aplicação escoreta do princípio da proporcionalidade.

FRANCISCO MUÑOS CONDE e LUÍS GRECO também o comparam a Carl Schmitt citado anteriormente. Nesse sentido, o próprio GUNTHER JAKOBS²⁴⁵ responde a essa crítica:

[...] o inimigo do Direito Penal do inimigo é um delinqüente, daqueles que cabe supor que são permanentemente perigosos, um *inimicus*. Não é *otro*, senão que deveria comportar-se como um igual, e por ele se atribui culpabilidade jurídico-penal, o que o diferencia do hostil de Schmitt.

Deve-se ressaltar que ao Estado é sim, absolutamente, legítimo punir, reprimir, investigar, agravar penas de criminosos que atentem contra a paz social, notadamente, aqueles que ofereçam mais perigo à sociedade. Ademais, a segurança também é um direito individual dos cidadãos.

Aquele que for considerado mais perigoso, deve sim, ser tratado de maneira diferente pelo Estado, entretanto, essas medidas devem ser tomadas respeitando os preceitos constitucionais, tendo sempre como norte a dignidade da pessoa humana.

Foram mencionados, em tópico anterior, os exemplos de legislação material atinente ao Direito Penal do Inimigo, sobretudo, no que se refere à eleição de crimes

²⁴³ Cf., p.122-125.

²⁴⁴ Cf., p.125.

²⁴⁵ **El Derecho Penal del Enemigo en el contexto del Funcionalismo**, p. 29 – [...] el enemigo del Derecho penal del enemigo es un delincuente de aquellos que cabe suponer que son permanentemente peligrosos, un *inimicus*. No es *otro*, sino que debería comportarse como un igual, y por ello se le atribuye culpabilidade jurídico-penal, a diferencia del hostis de Schmitt (tradução livre do autor).

cuja exposição ao perigo seja abstrata, de modo que tais leis até o presente momento não tiveram sua constitucionalidade questionada pelo Supremo Tribunal Federal, muito menos aqueles tipos penais que tiveram pena agravada. Ex. Lei 10.826/2003 e a Lei 11.343/2006.

Em seara processual, por exemplo, a Lei 9.034/95 que disciplina mecanismos de investigação e combate à criminalidade organizada, também não teve até o presente momento, nenhum de seus dispositivos declarados inconstitucionais, muito pelo contrário, o Supremo Tribunal Federal tem sido bastante permissivo no sentido de considerar constitucionais as técnicas de investigação previstas na citada lei.

Na visão de MIGUEL POLAINO-ORTS²⁴⁶, o Direito Penal do Inimigo, concebido por GUNTHER JAKOBS, tem por finalidade descrever e legitimar legislações já existentes, de maneira que o Direito Penal do Inimigo é uma realidade existente em diversos países:

Os exemplos de Direito Penal do inimigo a que se refere o autor alemão (alguns tipos de perigo, a custódia de segurança, o delito de associação terrorista e etc.) são conhecidos na doutrina penal, e têm sido aprovados por um legislador democrático, que representa a soberania popular e um Tribunal imparcial – o Tribunal Constitucional – decide em última instância sobre sua adequação à Constituição ou não; isto é, se trata de tipos delictivos já legitimados por quem tenha poder para fazê-lo.

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ²⁴⁷ reconhece a existência do Direito Penal do Inimigo, identificando-o como terceira velocidade do Direito Penal. A primeira velocidade consistiria na fase do Direito Penal na qual havia a primazia da pena privativa de liberdade, respeitadas as garantias individuais; a segunda velocidade consistiu naquela em que se valorava a aplicação de penas restritivas de direito ou pecuniárias, com subsequente ausência de formalidade processual; por sua vez, a terceira velocidade seria: “Direito Penal de pena de prisão concorra com uma ampla

²⁴⁶ Op.cit., p.82-83 – Los ejemplos de Derecho penal del enemigo a que se refiere el autor alemán (algunos tipos de peligro, la custodia de seguridad, el delito de asociación terrorista, e etc) son conocidos en la doctrina penal, han sido aprobados por un legislador democrático, que representa a la soberanía popular y un Tribunal imparcial – el Tribunal Constitucional – decide en última instancia sobre su adecuación a la Constitución o no; esto es, se trata de tipos delictivos ya legitimados por quien tenía la potestad para hacerlo (tradução livre do autor).

²⁴⁷ **A expansão do Direito Penal: Aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais**, p.148.

relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”.

Em sua opinião o Direito Penal do Inimigo é uma realidade existente em diversas legislações, inclusive no Direito Penal socioeconômico, e manifesta opinião no sentido de que nesse caso, deveria voltar-se à primeira ou à segunda velocidade. Entretanto, no que diz respeito a delitos violentos, sexuais, terrorismo, criminalidade organizada, JESÚS-MARÍA SILVA SANCHEZ²⁴⁸ posiciona-se a favor da aplicação do Direito Penal do Inimigo, haja vista que a natureza de tais delitos afeta a própria estrutura do Estado.

Logo, uma vez reconhecida sua existência, segundo JESÚS-MARÍA SILVA SANCHEZ²⁴⁹, deve-se buscar sua possível legitimidade; ele ainda afirma: “Certamente ela teria que se basear em considerações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em um contexto de emergência”.

Assim, é preciso reconhecer que encontrar fundamentos legitimadores do Direito Penal do Inimigo consiste numa tarefa árdua, isso em virtude da própria denominação, conforme preleciona CORNELIUS PRITTWITZ²⁵⁰: “Tivesse ele escolhido outro nome, e teria recebido o aplauso de muitos colegas”.

De tudo o que foi exposto a respeito de tema tão complexo, pensamos que alguns aspectos do Direito Penal do Inimigo, efetivamente, já constituem uma realidade existente em diversas legislações, contudo, a grande problemática está relacionada em quem, efetivamente, seria o inimigo da sociedade e como seria estabelecido tal conceito.

Estabelecer com critérios seguros, claros, objetivos respeitando os primados do Estado Democrático de Direito a diferenciação no tratamento penal e processual penal (mais gravoso), é meio legítimo por parte do Estado.

Entretanto, alguns pontos do Direito Penal do Inimigo são de difícil aceitabilidade, entre eles a pena, enquanto coação e medida de segurança, atrelada ao tempo em que durar a suposta periculosidade, critério este demasiadamente subjetivo e discricionário.

Uma das fundamentações utilizadas consiste em que o inimigo comete crimes, cuja natureza abala as próprias estruturas do Estado. Nesse sentido,

²⁴⁸ **A expansão do Direito Penal: Aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais.**, p.148.

²⁴⁹ Op. cit., p.150-151.

²⁵⁰ Op. cit., p.44.

pensamos que essa argumentação é demasiadamente fraca, a ponto de justificar o tratamento penal diferenciado, no caso de crimes sexuais e violentos, os quais sabemos que não abalam as estruturas do Estado.

Portanto, em que pese o respeito, coragem e importância da tese desenvolvida por GUNTHER JAKOBS, ousamos pensar de maneira distinta, no sentido de que o Estado possui legitimidade, através do Direito Penal - sem a distinção entre cidadão e inimigo, ou muito menos com a intenção de declarar guerra - para reprimir, investigar e punir, de maneira rigorosa, aqueles que, por critérios seguros e objetivos, sejam mais perigosos do ponto de vista de segurança pública para sociedade.

Essa interpretação leva a cabo a necessidade de utilizar-se o princípio da proporcionalidade, como equalizador de conflito de princípios constitucionais, bem como interpretar o direito à segurança descrito no *caput* do art.5º da Constituição Federal, na sua acepção objetiva, vale dizer, como imperativo de tutela, o qual autoriza e legitima a adoção de políticas legislativas mais eficientes sob o ponto de vista da segurança dos cidadãos.

Nesse sentido AUGUSTO SILVA DIAS²⁵¹ afirma:

O Estado de Direito conhece e está preparado para responder, dentro de certos limites, a situações de grave necessidade. Não pode compreender-se como Estado sem tragédia, nem demitir-se de intervir na tragédia. Ponto é que essa intervenção se encontre prevista em lei e que a previsão legal se louve nos critérios de necessidade, de adequação e proporcionalidade, acolhidos pela ordem jurídico constitucional para justificar as restrições de direitos.

6.2 Direito à segurança

6.2.1 Conceito de Segurança

A doutrina constitucional é reticente ao falar sobre o direito à segurança previsto no *caput* do art.5º da Carta Política de 1988. É certo por sua vez, que o rol exemplificativo do art.5º constitui os direitos e garantias fundamentais, os quais segundo lição de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY²⁵²

²⁵¹ Os Criminosos São Pessoas? Eficácia e Garantias no combate ao crime organizado, p.836.

²⁵² Constituição Federal Comentada e legislação infraconstitucional, p.172.

“[...] constituem na atualidade, o conceito que engloba os direitos humanos universais e os direitos nacionais dos cidadãos garantidos pela Constituição [...]”.

Pese sua importância, a maioria da doutrina especializada faz menção aos demais direitos previstos - direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade – deixando de lado a necessidade de se dizer qual o conceito e abrangência do direito à segurança.

Mesmo com a escassez de doutrina a respeito de tão importante assunto, CELSO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS²⁵³, assim se posicionam a respeito do direito à segurança, sobretudo no que se refere a seus destinatários:

Em outras palavras, é um rol de direitos que consagra a limitação da atuação estatal em face de todos aqueles que entrem em contato com esta mesma ordem jurídica [...]. Portanto, a proteção que é dada à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade é extensiva a todos aqueles que estejam sujeitos à ordem jurídica brasileira.

Entendemos que o direito à segurança, mencionado no texto constitucional com qualidade de cláusula pétrea, consiste não somente no direito à segurança pública, propriamente, dita, ou como parte da doutrina sustenta, na qualidade de segurança jurídica, excluindo o direito à segurança pública, vez que esta estaria mencionada no art.144 da Constituição Federal, mas também, conforme JOSÉ AFONSO DA SILVA²⁵⁴, como um conjunto de medidas que visa garantir todos os direitos previstos na Constituição Federal, notadamente, os previstos no art.5º da Carta Política de 1988, portanto, a segurança constitui também um direito fundamental.

Oportuno ainda lembrar a posição de INGO WOLFGANG SARLET²⁵⁵, no sentido da acepção ampla do direito à segurança, não somente no que se refere à segurança pública ou mesmo a jurídica, mas “[...] a efetiva proteção dos direitos fundamentais contra qualquer modo de intervenção ilegítimo por parte de detentores do poder, quer se trate de uma manifestação jurídica ou fática do exercício do poder.”

²⁵³ **Comentários à Constituição do Brasil, 2 v**, p.4.

²⁵⁴ **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p.194.

²⁵⁵ **Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência**. Disponível em: <www.mundojuridico.com.br> acesso em 13/04/2011.

A despeito dos posicionamentos doutrinários acima descritos – que aferem aceção ampla ao direito à segurança -, o Supremo Tribunal Federal²⁵⁶ decidiu em sede do HC 87.310, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Brito, que a segurança é “[...] voltada para a preservação dos superiores bens jurídicos da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”

Na qualidade de direito fundamental, a análise do direito à segurança – seja na aceção ampla ou restritiva -, permite interpretá-la também como reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana. Vale dizer que a interpretação da dignidade da pessoa humana, baliza mestra do Estado Democrático de Direito, engloba também a segurança, vez que esta consiste na garantia de todos os demais direitos previstos na Carta Política.

6.2.2 Aceção objetiva dos direitos fundamentais

A leitura que se fazia dos direitos fundamentais, previstos ou não explicitamente no corpo da Constituição, na maioria das vezes era atrelada à sua visão subjetiva, ou seja, no sentido de fornecer mecanismos que impedissem o Estado de subtrair direitos e garantias previstos constitucionalmente. No entanto, o avanço da doutrina constitucional, sobretudo nas decisões do Tribunal Constitucional Alemão e Espanhol, permitiu com que se fizesse uma releitura dos direitos fundamentais, na sua aceção objetiva, isto é, na postura proativa em que o Estado deve ter na proteção dos direitos fundamentais igualmente previstos na Constituição.

Denomina-se a essa função proativa dos direitos e garantias fundamentais como imperativos de tutela, conforme ensina LUCIANO FELDENS²⁵⁷:

A função dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* manifesta-se na dedução de deveres de proteção, consistente na necessidade de intervenção ativa do Estado na realização dos direitos fundamentais.

Destarte, pelo exposto, os direitos fundamentais possuem duas aceções, uma subjetiva e outra objetiva: na leitura subjetiva, pode-se dizer que possui

²⁵⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Processual Penal. HC 87310. Ministro Carlos Ayres Brito, 1ª turma, v.u., DJU 08/08/2006.

²⁵⁷ **Direitos Fundamentais e Direito Penal**, p.73.

natureza negativa ao Estado, uma vez que nesse sentido, impede, limita, restringe o poder estatal, em eventual lesão a direito fundamental, estando direcionado ao titular do direito eventualmente lesado, caracterizando assim, o princípio da proibição de excesso, na doutrina alemã denominado como *übermassverbot*; por outro lado, na visão objetiva, através da leitura dos direitos fundamentais, determina ao Estado, comandos proativos, no sentido de garantir e fazer valer os direitos fundamentais, caracterizando assim, o princípio da proibição da proteção deficiente, na doutrina alemã denominado *untermassverbot*.

No sentido da necessidade proativa por parte do Estado, LENIO LUIZ STRECK²⁵⁸ afirma:

Isso ocorre, obviamente, da evolução do Estado e do papel assumido pelo direito nessa nova forma de Estado, sob a direção de um constitucionalismo compromissório e social. É por isso que não se pode falar mais tão somente de função de proteção negativa do Estado.

[...] esse novo modelo de Estado deverá dar a resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos também dos prestacionais por parte do Estado [...].

Ademais, justificam-se os imperativos de tutela, na medida em que o Estado tem o dever de garantir a segurança da população, haja vista possuir o monopólio da violência. Com base na teoria do contrato social de JEAN JACQUES ROUSSEAU e JOHAN GOTTLIBE FICHTE, no que se refere ao Estado de natureza, o cidadão abre mão da sua liberdade em favor do Estado, o qual deverá garantir sua convivência na sociedade, livre de atos nocivos e que atentem contra seus direitos.

A análise do direito à segurança em sua acepção mais restritiva, somente no que concerne à segurança pública, não implica que tal obrigação recaia somente à custa do Estado. A segurança é uma obrigação do Estado, mas também uma obrigação e dever de todos os cidadãos, conforme preleciona o art.144 da Carta Política.

Atente-se que é preciso registrar que há posicionamento doutrinário, no sentido de que seria impossível interpretar os direitos fundamentais, como legitimadores da atuação estatal em prol da sociedade, isto é, realizar sua leitura de forma objetiva.

²⁵⁸ Op.cit.

ROBERT ALEXY²⁵⁹ faz alusão à tese contrária da leitura dos direitos fundamentais defendida por ERNEST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, segundo a qual a opção pela visão objetiva limitaria a atuação do Estado, o qual estaria atrelado única e exclusivamente àquilo que estivesse prescrito na Constituição:

[...] há apenas duas possibilidades: decidir-se por direitos fundamentais como princípios e, com isso, por um Estado Judiciário, ou decidir-se pela limitação dos direitos fundamentais à sua clássica função como direitos de defesa e, com isso, por um Estado legislativo parlamentar.

É fundamental estabelecer neste trabalho, que a linha de pensamento defendida por LUIGI FERRAJOLI, no que diz respeito ao garantismo penal, vai de encontro com a linha de pensamento que credita ao Estado possuir os imperativos de tutela, consoante defendemos neste tópico. LUIGI FERRAJOLI²⁶⁰ prega em sua obra a absoluta ilegitimidade do Estado, conforme se depreende:

Segue-se uma latente e estrutural ilegitimidade jurídica do Estado de direito, devido à ambição das promessas formuladas nos seus níveis normativos superiores e não mantidas em seus níveis inferiores. Esta ilegitimidade pode alcançar formas patológicas, quando as normas de nível inferior são de todo inefetivas.

Assim, acreditando nessa suposta ilegitimidade do Estado, não seria coerente, por parte de LUIGI FERRAJOLI, acreditar na dupla acepção dos direitos fundamentais, sobretudo, no que se refere à acepção objetiva, a qual legitima o Estado a adotar posturas proativas em defesa dos cidadãos.

Na verdade, a visão do Direito Penal pregada por LUIGI FERRAJOLI pode ser considerada como minimalista, haja vista que em seu entendimento, o Direito Penal deve centrar seu objetivo de tutela em bens jurídicos primários, de cunho eminentemente “nuclear”, conforme aponta LUCIANO FELDENS²⁶¹. Logo, de acordo com essa linha de pensamento é ilegítima a eleição de bens jurídicos, cuja exposição ao perigo seja abstrata, a qual já foi objeto de análise em tópico anterior, onde foi estabelecido posicionamento no sentido de ser fundamental sua existência

²⁵⁹ Op. cit., p.578.

²⁶⁰ **Direito e Razão**, p.799

²⁶¹ Op. cit., p.69.

diante dos avanços da sociedade globalizada, notadamente, no que se refere à proteção de bens jurídicos de natureza universal.

Oportuno ainda mencionar o posicionamento de LUCIANO FELDENS²⁶², a respeito da diferenciação entre garantismo jurídico e garantismo penal. O garantismo jurídico, segundo defende, seria a visão constitucional do Direito Penal, atrelada à dupla acepção dos direitos fundamentais e não simplesmente uma visão do Direito Penal sempre tendente à defesa do suposto réu. Muito pelo contrário, o garantismo jurídico prega um Direito Penal Eficiente. Entretanto, essa visão do Direito Penal repudia uma intervenção jurídico penal, quando ela for “constitucionalmente ilegítima”, bem como repudia condenações quando “[...] banco de provas não indiquem em sentido contrário, revertendo a garantia da presunção da inocência que acompanha este acusado”.

Ou seja, ser garantista, não significa dizer ou mesmo defender um Direito Penal mínimo, ser avesso a qualquer tipo de fundamentação em desfavor do réu, mas sim, significa pugnar por um Direito Penal Eficiente, respaldado nos valores explícitos e implícitos da Constituição Federal, respeitando-os e buscando na Constituição toda a legitimação para eleição de bens jurídicos com dignidade penal.

Em via oposta, entendendo pela possibilidade de interpretação objetiva dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que se materializam os deveres de proteção por parte do Estado, através do princípio da proteção deficiente, na existência dos mandados de criminalização explícitos e implícitos, já analisados no capítulo atinente ao “bem jurídico”, bem como nas medidas necessárias para a manutenção do direito à segurança, notadamente, no que se refere à segurança pública, propriamente, dita.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu o princípio da proteção deficiente, exarando decisão em sede de RE 418376, cuja relatoria pertencia ao Ministro Marco Aurélio, em votação por maioria, entendendo pela inaplicabilidade da extinção da punibilidade, no caso concreto, conforme previsto no art.107, inc. VII (casamento da vítima com o autor) do Código Penal, pelo fato de que a vítima havia sido vítima de estupro aos 9 (nove) anos de idade, na qual era absolutamente incapaz de determinar sua vontade.

²⁶² Op. cit., p.66.

Ou seja, Supremo Tribunal Federal afastou a aplicação da lei – art.107, inc.VII do CPB -, cujo resultado seria a extinção da punibilidade do crime de estupro, com fulcro no princípio da proteção de deficiente.

No que se refere à leitura do direito à segurança, como direito fundamental, é permitido ao Estado relativizar direitos fundamentais, desde que calcados na devida proporcionalidade, conforme menciona LUCIANO FELDENS²⁶³:

Mirados sob essa perspectiva (imperativos de tutela), os direitos fundamentais legitimam até mesmo restrições (proporcionais) aos direitos individuais, limitando o conteúdo e o alcance desses direitos em favor da própria liberdade de ação dos indivíduos ou de outros bens constitucionalmente valiosos, o que pode implicar a necessidade de adoção de medidas e caráter penal.

Os deveres de proteção os quais o Estado é obrigado a prestar, têm como destinatários: o Poder Legislativo na edição de leis, segundo os comandos implícitos e explícitos constitucionais; o Poder Executivo em tutelar a segurança, justamente, por deter monopólio da violência, em ações preventivas ou repressivas por parte das Polícias, como corolário do art.144 da Constituição Federal; o Poder Judiciário a prestar a devida tutela judicial frente a eventual lesão a direito fundamental.

Portanto, os direitos fundamentais possuem duas variantes, caracterizadas pelo princípio da proibição de excesso (dirigido ao cidadão) e o princípio da proibição da proteção deficiente (dirigido ao Estado).

Invariavelmente, os princípios explicitados em ambos os comandos podem se colidir e, em havendo essa colisão de princípios constitucionais, o operador do direito deve socorrer-se do princípio da proporcionalidade, o qual através da aplicação esmerada da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, definirá qual princípio terá prevalência.

6.2.3 Princípios e regras

Antes de adentrar na aplicação do princípio da proporcionalidade, é fundamental estabelecer o conceito de princípio e suas variantes, bem como quais são suas diferenças em relação às regras e por qual razão é invocado o princípio da proporcionalidade.

²⁶³ Op. cit., p.75-76.

Primeiramente, deve-se ter em mente que, tanto o princípio como a regra, são espécies do gênero norma, no entanto, mesmo sendo do mesmo gênero, possuem diferenças fundamentais em sua conceituação.

O princípio fornece carga axiológica na interpretação do Direito, não regula situações concretas, mas abstratas, pode ou não estar previsto explicitamente no texto constitucional; mesmo assim, é dotado de validade positiva. Outrossim, os princípios não se relacionam a uma situação específica, de maneira que sua interpretação não leva a cabo uma consequência jurídica imediata, mas sim futura.

Segundo WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO²⁶⁴ os princípios “[...] devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor [...]”. Do texto constitucional podem ser extraídos diversos exemplos de princípios: dignidade da pessoa humana, ampla defesa, contraditório, legalidade, moralidade administrativa, proporcionalidade entre outros.

Por seu turno, as regras regulam situações concretas, podem estar previstas no texto constitucional ou não, comumente prevêm uma consequência jurídica imediata a uma situação específica.

Conforme RONALD DWORKIN²⁶⁵ as regras possuem como característica de aplicação o que ele chama de “tudo-ou-nada”, o que vale dizer, se a situação prevista na regra vier a ocorrer, sua aplicação será imediata e inexorável, de maneira que a regra é, portanto, válida. Por sua vez, a respeito da regra, ROBERT ALEXY²⁶⁶ afirma que não é possível a regra ser ora válida, ou ora inválida; havendo a sua aplicação, presume-se sua validade.

Exemplos de regras constitucionais são extraídos da obra de LUIZ ALBERTO BARROSO²⁶⁷ tais como: idade mínima para presidente da república (art.14 §3º, inc. VI, a) e a aposentadoria compulsória (art.40 §1º, inc.II). Ademais, possuem *status* de regra as leis de ordem infraconstitucional (lei ordinária, complementar etc.).

Assim, para estabelecer-se a diferença entre regras e princípios existem diversas formas. ROBERT ALEXY²⁶⁸ disserta que “[...] é utilizado com mais frequência é o da generalidade.”, o que significa dizer que os princípios possuem nível de generalidade bastante alto, ao passo que as regras, possuem generalidade

²⁶⁴ **Teoria Processual da Constituição**, p.9.

²⁶⁵ **Levando os Direitos a Sério**, p.39.

²⁶⁶ **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p.92.

²⁶⁷ **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p.207.

²⁶⁸ Op.cit., p.87.

baixa ou relativa. Outra diferença citada por ROBERT ALEX²⁶⁹ diz respeito à relação de conteúdo para continente entre o princípio e a regra, ou seja, o princípio orienta a regra, fornecendo razões para sua existência e validade jurídica.

A grande problemática a respeito desse tema está relacionada aos conflitos entre as espécies de normas, isto é, os conflitos entre regras e princípios. Nessa situação de conflito, é possível obterem-se com maior clareza, suas diferenças.

É absolutamente possível a existência de conflitos entre regras que, vigentes ao mesmo tempo, disponham sobre o mesmo assunto. Contudo, o resultado deste conflito será a invalidade de uma das regras conflitantes, o que significa dizer que uma delas perderá sua validade.

Para ROBERT ALEX²⁷⁰ o conflito entre regras pode ser solucionado com a inclusão de uma cláusula de exceção da regra suscitada, a qual, por consequência eliminaria o conflito, porém, se isso não ocorrer, a solução consiste em declarar a regra conflitante como inválida e “[...] extirpada do ordenamento jurídico”.

O conflito entre as regras é resolvido pela aplicação do princípio da especialidade (*lex specialis derogat generali*) e o princípio da lei posterior (*lex posterior derogat legi priori*).

Em sentido diametralmente oposto, os conflitos existentes na ordem de princípios são resolvidos pelo princípio da proporcionalidade, através da análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Diferentemente das regras, quando em conflito, a existência de princípios conflitantes não significa dizer que haverá a extirpação do ordenamento jurídico do princípio antagônico, cuja ordem de valores foi precedida por outro de maior valor no caso concreto, continuando com sua vigência e aplicação inalterados tanto na forma como no conteúdo.

Ou seja, as regras quando antagônicas e conflitantes, salvo com expressa cláusula de exceção, são extirpadas do ordenamento jurídico; por outro lado, os princípios, mesmo que antagônicos e conflitantes, continuam vigentes na ordem jurídica.

²⁶⁹ Op. cit., p. 89.

²⁷⁰ Ibid., p.92.

6.2.4 Aplicação do princípio da proporcionalidade

No que se refere ao direito à segurança o desenvolvimento do trabalho concluiu pela adoção de um conceito amplo, não somente adstrito à segurança pública ou mesmo à segurança jurídica, mas também analisando a segurança enquanto um direito fundamental, visando à manutenção dos demais direitos igualmente previstos na Constituição Federal de 1988.

Estabeleceu-se também a necessidade de interpretarem-se os direitos fundamentais, a partir de sua dupla acepção, configurando o princípio da proibição do excesso e o princípio da proteção deficiente, dando azo assim à leitura subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.

Assim, considerando a segurança como um direito fundamental, caracterizando também um princípio constitucional, na sua leitura objetiva, sua manifestação dar-se-á através do princípio da proteção deficiente fornecendo comandos positivos ao Estado, como imperativos de tutela.

Essa leitura dos direitos fundamentais dará azo ao conflito de princípios constitucionais, sobretudo entre o direito à segurança e o direito à liberdade, à privacidade, dentre outros, na sua grande maioria com acepção subjetiva.

A tarefa de estabelecer qual princípio irá prevalecer caberá ao princípio da proporcionalidade, o qual, através da análise da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, decidirá qual princípio, no caso concreto, prevalecerá. Vale lembrar que ROBERT ALEXY²⁷¹ define como “máxima de proporcionalidade” o termo que englobaria a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

O estudo do princípio da proporcionalidade, enquanto equalizador de conflitos constitucionais, tem como base as decisões do Tribunal Constitucional Alemão e Espanhol, em específico o caso do aborto e da liberdade de crença, mencionados no capítulo atinente ao “bem jurídico”. Em ambos os casos houve a aplicação da proporcionalidade, reconhecendo o princípio da proibição da proteção deficiente.

Segundo LUCIANO FELDENS²⁷²:

²⁷¹ Op. cit., 117.

²⁷² **Direitos Fundamentais e Direito Penal**, p.82.

O desenvolvimento dogmático da proporcionalidade está diretamente associado à evolução histórica em torno das funções dos direitos fundamentais, onde sua invocação encontra especial relevância.

Dessa forma, havendo a colisão de princípios, o princípio da proporcionalidade irá decidir qual princípio irá prevalecer no caso concreto, através do teste da proporcionalidade ou sopesamento, sobre o qual manifesta-se ROBERT ALEXY²⁷³: “O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”.

O primeiro passo no teste da proporcionalidade é a análise da *adequação*, na qual é analisada a legitimidade e idoneidade da medida optada a perquirir o fim almejado. Pela análise da adequação, o meio será legítimo e idôneo, se com sua intervenção o objetivo almejado pode ser, efetivamente, alcançado. Será ilegítima a medida adotada quando, por ordem dos valores constitucionais, não houver relevância no bem jurídico. Em outras palavras, há que se analisar se o bem jurídico possui dignidade penal. Por outro lado, há que se analisar também que a perquirição da adequação será desnecessária se já houver comando constitucional determinando ao legislador que incrimine a conduta.

O segundo passo consiste na análise da *necessidade*, na qual se objetiva identificar um meio que atinja os mesmos resultados, porém, sendo o menos gravoso. No que diz respeito ao Direito Penal, a necessidade consubstancia-se no princípio da intervenção mínima e subsidiariedade, no qual é perquirido se, efetivamente, é necessária a utilização do Direito Penal (meio mais gravoso) para proteção de um determinado bem jurídico. Se se constata que a utilização de outro meio, menos gravoso (p.ex. Direito Administrativo Sancionador), protege adequadamente o bem jurídico este meio, portanto, deverá ser eleito.

ROBERT ALEXY²⁷⁴ também defende que a *necessidade* seja aplicada na eleição de meio menos gravoso a atingir o mesmo fim: “[...] o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo [...]”.

Ademais, segundo LUCIANO FELDENS²⁷⁵, o meio menos gravoso eleito deve atingir exatamente o mesmo objetivo que se eleito o meio mais gravoso, somente assim, o meio mais gravoso poderia ser considerado excessivo.

²⁷³ Op.cit., p. 95.

²⁷⁴ Op. cit., p.119.

²⁷⁵ Op. cit., p.84.

O terceiro e último passo consiste na análise da *proporcionalidade em sentido estrito*, na qual a opção eleita privilegiará o princípio da proibição do excesso ou o princípio da proteção deficiente.

Se eleito o princípio da proibição do excesso como prevalente, através da lei de sopesamento, no Direito Penal, sua manifestação seria no sentido de declarar inválida a aplicação de uma medida que tenha por fim a restrição de um direito. Exemplo clássico consiste na aplicação do princípio da insignificância, amplamente, reconhecido em todos os tribunais do Brasil, sobretudo, pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, o princípio da proibição do excesso aplicado em seara penal consiste na utilização de argumentos constitucionais, que visam eliminar a responsabilidade penal.

Ainda segundo LUCIANO FELDENS²⁷⁶ a proibição do excesso é aplicada em casos como paridade, escalonamento e distanciamento de penas. Nessas situações a proporcionalidade é invocada para discutir a legitimidade das penas acrescidas aos tipos penais quando divergentes na paridade, escalonamento e distanciamento. Tais situações ocorrem quando se está diante de condutas, cujo resultado ou cuja afetação ao bem jurídico sejam semelhantes, de modo que a pena, nessas situações não podem divergir substancialmente.

Se eleito o princípio da proteção deficiente, significa dizer que prevaleceu a necessidade de interpretar-se um direito fundamental em sua acepção objetiva, ou seja, o Estado deverá agir de forma proativa na proteção de um direito fundamental. Contudo, deve ressaltar-se que é possível que a proteção constitucional seja deficiente, conforme alerta INGO WOLFGANG SARLET²⁷⁷:

Por outro lado, o Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais.

Percebe-se, portanto que não se delineou ainda como a proporcionalidade em sentido estrito irá definir qual princípio irá prevalecer, ou seja, prevalece o direito à

²⁷⁶ Op.cit., p.88.

²⁷⁷ Op. cit..

segurança ou o direito à liberdade, privacidade, englobados na dignidade da pessoa humana?

A partir dessa dialética, surgem duas teses a respeito do assunto, a tese comunitarista e a individualista.

Pela tese comunitarista, significa dizer que, em qualquer espécie de colisão entre princípios constitucionais, prevalecerá aquele que atingir o interesse da coletividade, ou seja, o critério adotado consistirá na análise da coletividade, dando suporte à leitura objetiva, com base nos imperativos de tutela.

A referida posição é de difícil aceitação, mesmo porque estaria muito próxima a regimes totalitários, no qual as decisões do Estado são sempre fundamentadas no bem da coletividade.

JOÃO PAULO BALTAZAR JÚNIOR²⁷⁸ posiciona-se contra a tese comunitarista, na medida em que tal posição legitimaria, *a priori*, “[...] até mesmo a existência de uma presunção de liberdade (*in dúbio pro libertate*), de modo que não haveria uma regra geral de interpretação dos direitos fundamentais nesse sentido.”

Por outro lado, a tese individualista afirma sempre a prevalência pelo interesse individual sobre o coletivo, dando razão à leitura subjetiva dos direitos fundamentais, sobretudo, ao princípio da proibição do excesso.

Essa posição tem como supedâneo a origem dos direitos fundamentais, os quais foram concebidos como direitos e garantias dos cidadãos frente ao arbítrio do Estado, o qual num passado não muito distante, violava a dignidade da pessoa humana, apresentando como justificativa a manutenção do bem comum.

Ocorre que essa posição, nos dias atuais, deve sofrer uma releitura. Concordamos que a dignidade da pessoa humana deva prevalecer, a princípio, quando em colisão com os demais direitos fundamentais.

Entretanto, deve destacar-se que ao lado dos direitos conferidos às pessoas há, igualmente, suas obrigações junto à sociedade.

A interpretação da tese individualista permite ao indivíduo ter uma posição, absolutamente, egoísta e descompromissada para com os demais membros da sociedade.

Entendendo pela prevalência da dignidade da pessoa humana, em sua leitura individualista, frente a princípios de ordem coletiva, significa dizer que existiria um

²⁷⁸ **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**, p.206.

princípio absoluto, por seu turno, esse princípio absoluto – dignidade da pessoa humana -, conflitaria com outros princípios absolutos da coletividade, analisando cada pessoa, individualmente, uma vez que cada um veria seus direitos serem lesionados em benefício da individualidade de outrem.

A Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, no art.29 reza que todos têm direitos e deveres junto à sociedade, *in verbis*:

- I) Todo o homem tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
- II) No exercício de seus direitos e liberdades, todo o homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.
- III) Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Os direitos fundamentais não podem ser usados como justificativa para acobertamento de atividades ilícitas, visando a supressão de responsabilidade civil ou penal.

Igualmente, ALEXANDRE DE MORAES²⁷⁹ assim se manifesta a respeito da relatividade dos direitos fundamentais:

[...] quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Com base em tais premissas, comungamos do entendimento que afere primazia inicial à dignidade da pessoa humana, com leitura na individualidade, contudo, trata-se apenas de uma primazia inicial. Caberá ao Estado demonstrar, através da aplicação da proporcionalidade, que a dignidade da pessoa humana

²⁷⁹ **Direito Constitucional**, p.33.

deverá ceder, no caso concreto, em favor da coletividade, conforme preleciona JOÃO PAULO BALTAZAR JÚNIOR²⁸⁰.

Ademais, essa leitura proativa dos direitos fundamentais está também respaldada na evolução da sociedade, sobre o papel do Estado, do Direito Penal e também do cidadão, aliada ainda às necessidades impostas em virtude da globalização, conforme leciona JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ²⁸¹:

Em suma, a atribuição ao Direito Penal de papéis relevantes na resposta aos ilícitos próprios da globalização e da integração supranacional implica uma flexibilização de categorias e a relativização de princípios: abona a tendência no sentido da expansão.

Essa leitura dos direitos fundamentais permite ao Estado adotar posturas proativas em benefício da sociedade, através de leis rigorosas, consubstanciado em um Direito Penal Eficiente e quiçá relativizando direitos fundamentais, respaldado no Estado Democrático de Direito e, sobretudo, com respeito à dignidade da pessoa humana. Não obstante, essa leitura também permite ao cidadão invocar os direitos fundamentais contra o Estado, quando injustamente lesado em seus direitos, consoante o magistério de INGO WOLFGANG SARLET²⁸²:

[...] o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido – para além de sua função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais – na sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio

Portanto, o legislador infraconstitucional está respaldado constitucionalmente a agir de forma eficiente no enfrentamento da criminalidade organizada, seja com a adoção de legislação de cunho material, consubstanciado na eleição de tipos penais específicos, seja na eleição de meios de investigação não convencionais, que sejam eficazes nesse tipo tão especial de enfrentamento.

A Constituição Federal legitima que o legislador adote leis rigorosas, de cunho penal e processual penal - consoante a necessidade e gravidade da infração penal,

²⁸⁰ **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**, p. 211.

²⁸¹ **A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**, p.96.

²⁸² Op. cit.

efetivamente, demonstrados -, desde que aplicada de maneira correta o princípio da proporcionalidade, pois a sociedade também tem seu direito fundamental à segurança e não pode ficar à mercê do crime organizado o qual utiliza-se dos direitos fundamentais como escudo de proteção para a prática de ilícitos.

7. CONCLUSÃO

À guisa do que foi explanado na presente dissertação, concluímos pelo que segue:

- a) É fundamental para fortalecer o Estado Democrático de Direito, com primado na dignidade da pessoa humana, que a finalidade principal do Direito Penal consista na proteção a bens jurídicos, cuja conceituação deve aproximar-se nos valores externados explícita e implicitamente pela Constituição Federal;
- b) Com norte no bem jurídico enquanto finalidade do Direito Penal, os efeitos da sociedade globalizada deram azo a que surgissem novos valores, os quais demandaram que a Teoria do Bem Jurídico se adaptasse, surgindo dessa maneira os bens jurídicos de natureza universal ou coletiva, visando a proteção da fauna, flora, sistema financeiro, saúde pública, probidade administrativa, paz pública entre outros;
- c) A partir desse nível de proteção, vale dizer, a bens jurídicos de natureza universal, encontramos legitimação para a proteção eficiente da sociedade a bens jurídicos cuja eleição seja através de crimes de perigo abstrato, os quais não demandam a efetiva comprovação de exposição a perigo ao bem jurídico protegido para configuração do delito;
- d) A eleição de bens jurídicos com natureza de crimes abstratos, diante do avanço da sociedade globalizada, é medida fundamental para uma proteção eficiente, sem a qual bens de extrema relevância estariam desprotegidos;
- e) A Constituição Federal, enquanto fonte de legitimação na eleição de bens jurídicos pelo Direito Penal, não atua somente na limitação do poder estatal na definição de condutas criminosas, mas também como orientadora na eleição de bens jurídicos, cuja natureza a própria Carta Política determina ao legislador infraconstitucional a sua proteção eficiente;
- f) Essa linha de pensamento fundamenta a existência dos mandados de criminalização explícitos, nos quais há a menção explícita na Constituição

Federal que determinada conduta deve ser criminalizada por parte do legislador infraconstitucional, como também os mandados implícitos, com fundamento nos princípios constitucionais;

- g) A evolução da sociedade globalizada fez surgir uma nova estirpe de crimes, com natureza, requintes, características que outrora não existiam, estando a criminalidade organizada nesse viés;
- h) Entendemos que o fenômeno crime organizado demanda definição legal, seja como conduta típica distinta dos crimes perpetrados pela organização criminosa, seja para que os instrumentos processuais previstos na Lei 9.034/95 possam ser aplicados a crimes que, efetivamente, demandem a utilização de técnicas mais sofisticadas de investigação;
- i) Concluímos durante o trabalho que o conceito de crime organizado deve ser aberto, flexível, indo ao encontro dos conceitos estabelecidos pela Convenção de Palermo e de organismos policiais de outros países, notadamente, dos Estados Unidos da América, como o *Federal Bureau of Investigation*;
- j) A utilização de um conceito aberto de crime organizado permite que a legislação amolde-se à constante evolução da sociedade, a qual em virtude desse processo agrega novos valores diuturnamente, de maneira que uma legislação fechada implicaria na ineficiência e perda de eficácia do instituto;
- k) Para se obter eficácia no enfrentamento à criminalidade organizada, cujas características são, absolutamente, díspares da criminalidade comum é necessária a utilização dos instrumentos de investigação previstos na Lei 9.034/95 os quais são legítimos, eficientes e, portanto, encontram amparo na Constituição Federal, consoante reiteradas decisões exaradas dos Tribunais Superiores, notadamente, pelo Supremo Tribunal Federal;
- l) Entendemos que o crime organizado possui características fundamentais e não fundamentais, de maneira que um dos principais sustentáculos do crime organizado constitui-se na corrupção estatal;
- m) Foram analisados o Direito Penal do Inimigo e o Direito à Segurança como possíveis fontes de fundamentação e legitimação para legislações de enfrentamento ao crime organizado, seja no viés material, seja no processual;

- n) Concluimos que o Direito Penal do Inimigo não encontra amparo nos princípios constitucionais, indo de encontro à própria existência do Estado Democrático de Direito, ao eleger através de critérios questionáveis o suposto inimigo, de maneira que seus fundamentos aproximam-se muito de regimes totalitários;
- o) Concluimos que o Direito à Segurança constitui um direito fundamental, com a finalidade de proteção dos demais direitos fundamentais, igualmente, previstos na Constituição Federal, e que os direitos fundamentais possuem dupla aceção, a objetiva e a subjetiva;
- p) Pela aceção objetiva significa dizer que o Estado deve ter uma postura proativa na proteção dos direitos fundamentais, por outro lado, na aceção subjetiva, significa dizer a possibilidade de o cidadão interpelar o Estado quando diante de uma possível lesão a um direito fundamental;
- q) O princípio da proporcionalidade surge para resolver conflitos na ordem de princípios constitucionais, transformando-se no princípio da proteção deficiente, que legitima a aceção objetiva e no princípio da proibição do excesso que legitima a aceção subjetiva;
- r) Na colisão de princípios constitucionais, prevalecerá, a princípio, a interpretação de ordem individual, no entanto, cabe ao Estado demonstrar a necessidade de flexibilizar-se tal princípio, de modo a favorecer a interpretação em prol da coletividade;
- s) Portanto, entendemos que o Direito à Segurança, com base nos imperativos de tutela, legitima ao Estado a adoção de legislação penal e processual penal eficiente e eficaz no enfrentamento à criminalidade organizada, podendo em casos de efetiva e extrema necessidade, calcado na esmerada aplicação do princípio da proporcionalidade, flexibilizar garantias fundamentais em prol da sociedade, respeitando dessa maneira o princípio da dignidade da pessoa humana.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIRRE, Eduardo Luis. **Baratta y el bien jurídico penal**. Organizador: Fernando Pérez Álvarez. Serta in memoriam ALEXANDRI BARATA, Ediciones Universidad Salamanca [s.d.].

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais: tradução Virgílio Afonso da Silva**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

AMELUG, Knut. **El concepto “Bien Jurídico”, en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos**. In: HEFENDEHL, v. Hirsch e Wohlers (orgs.). La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

ARAGÃO, Antonio Muniz Sodré de. **As Três Escolas Penais**. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Livraria Freitas Bastos, 1977.

ARISTÓTELES. **Da geração e da corrupção seguido de Convite à filosofia**. Tradução Renata Maria Pereira Cordeiro. São Paulo: Editora Landy, 2001.

BALDAN, Édson Luís. **Intertipicidade Penal**. Tese de Doutorado em Direito Penal, Pontifícia Universidade de São Paulo, ano 2007.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**, Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil, v.2**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Agente Infiltrado, reflexos penais e processuais**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7360/agente-infiltrado>>, acesso em 10/03/2011.

BENTO, Ricardo Alves; BENTO, Patrícia Stuchi. **Organizações Criminosas, necessidade postura ativa do legislador**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2963.pdf> acesso em 20/02/2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 7ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

BONESANA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Editora CID, 2002.

BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal Parte Geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL, Controladoria Geral da União. <www.cgu.gov.br>.

_____. Senado Federal. <www.senado.gov.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. <www.stj.jus.br>.

_____. Supremo Tribunal Federal. <www.stf.jus.br>.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal, Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CALLEGARI, André Luís; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal e Funcionalismo - tradutores André Luiz Callegari, Nereu José Giacomolli, Lúcia Kalil**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Controle Social e Criminalidade Organizada: Crime Organizado, Tipicidade, Política Criminal, Investigação e Processo, Brasil, Espanha e Colômbia**. André Luís Callegari (org.), Manuel Cancio Meliá e Paula Andrea Ramírez Barbosa. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**, São Paulo: Editora Cultura Paulista, 2002.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Crime e Congresso Nacional, uma análise da Política Criminal aprovada de 1989 a 2006**. Monografia vencedora do 14º Concurso IBCCRIM de Monografias em Ciências Criminais. São Paulo: Editora IBCCRIM, 2010.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**, Porto Alegre: Editora Sergio Antonio de Fabris, 1992.

CASSANI, Belén. **Agentes encubiertos e informantes como médios de prueba contra el crimen organizado. Un análisis desde la jurisprudência de derechos humanos**. in: El crimen organizado. Desafios y perspectivas en el marco de la globalización. Coordenação Guillermo J. Yacobucci. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma [s.d.].

CERVINI, Raúl. **Derecho Penal Económico: concepto y bien jurídico**. Editora Revista dos Tribunais: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº43, ano 11, abril-junho de 2003.

COLEMAN, James Willian. **A elite do crime, para entender o crime do colarinho branco**. 5ª edição, Barueri/SP: Editora Manole, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz. **As origens ideológicas do Direito Penal do inimigo**. São Paulo, Revista Brasileira de Ciências Criminais: Editora Revista dos Tribunais, Março-Abril de 2010.

DIAS, Augusto Silva. **Os Criminosos São Pessoas? Eficácia e Garantias no combate ao crime organizado**. In: Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade da Pessoa Humana. Coordenador Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva. 2ª Edição, São Paulo: Editora *Quartier Latin*, 2009.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal: parte geral**. 2ª Edição Portuguesa, Coimbra: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **A criminalidade Organizada: fenômeno ao conceito jurídico-penal**. São Paulo, Revista Brasileira de Ciências Criminais: Editora Revista dos Tribunais, Março-Abril de 2008.

DOTTI, Rene Ariel. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no Direito Penal contemporâneo**. São Paulo, Revista Brasileira de Ciências Criminais: Editora Revista dos Tribunais, ano 17, nº80, setembro-outubro de 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério: Tradução Nelson Boeira**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 12ª Edição, São Paulo: Editora Perspectiva, 1995.

EUA, FBI (Federal Bureau of Investigation): <www.fbi.gov>

FEARNSIDE, Philip M. **Desmatamento na Amazônia brasileira: história, índices e conseqüências**. Revista Megadiversidade: Volume 1, nº1, Julho de 2005,

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal, a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Tradutores Ana Paula Zomer Sica et al.** 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O Equilíbrio na Repressão ao Crime Organizado**. In: Crime Organizado, Aspectos Processuais, Coordenação Antônio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **O conceito de crime organizado na Lei 9034**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.31, p. 03, jul. 1995.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO:
<www.fiesp.com.br>

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. 2ª Edição, Campinas: Editora Bookseller. 2003.

FILHO, Herculano Barreto Filho. **Contabilidade do Tráfico na Vila Cruzeiro revela gastos de R\$ 788 mil**, Jornal EXTRA. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/contabilidade-do-traffic-na-vila-cruzeiro-revela-gastos-de-788-mil-na-compra-de-armas-968795.html>> acesso em 02/02/2011.

FILHO, Vicente Greco. **A entrega vigiada e o tráfico de pessoas**. In: Tráfico de Pessoas, Coordenação Laerte I. Marzagão Júnior. São Paulo: Editora *Quartier Latin* do Brasil, 2010.

_____. **Interceptação Telefônica, considerações sobre a lei 9296, de 24 de Julho de 1996**. 2ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

FILHO, Willis Santiago Guerra. **Teoria Processual da Constituição**. 3ª Edição. São Paulo: Editora RCS, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, 7ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**, 4ª edição, São Paulo: Editora Max Limonad, 1976.

_____. **Instituições de Direito Penal: t.I, v.1**. 7ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Delação Premiada**. In: Limites Constitucionais da Investigação. Coordenação Rogério Sanches Cunha, Pedro Taques e Luiz Flávio Gomes. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GODOY, Luiz Roberto Ungaretti. **Crime Organizado e seu Tratamento Jurídico Penal**. São Paulo: Editora Elsevier, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal**. 12ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**.

Disponível: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf

> acesso em 01/04/2011.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **O crime organizado na visão da Convenção de Palermo**. 2ª Edição, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

GRECO, Alessandra Orcesi. **Direito Penal do Inimigo e Criminalidade Econômica**. In: Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira, Coordenação José de Faria Costa e Marco Antônio Marques da Silva. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2006.

GRECO, Luís. **Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

_____. **Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal**. Cuiabá: Editora Entrelinhas, Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Mato Grosso, ano 2, n.3, jul/dez 2007.

_____. **Princípio da Ofensividade e crimes de perigo abstrato: Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Revista Brasileira de Ciências Criminais, 49, Julho-Agosto de 2004.

_____. **Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Revista Brasileira de Ciências Criminais, 56, Setembro-Outubro de 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrine. **A legislação brasileira em face do crime organizado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 5, nº 20, outubro-dezembro 1997.

HASSEMER, Winfried. **Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos**. In: Pena y Estado. Función simbólica de la pena, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, Septiembre – Diciembre, nº1-1991.

_____. **Direito Penal Libertário, Del Rey Internacional 6, apresentação Gilmar Ferreira Mendes. Tradução Regina Greve**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2007.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil: Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, vol. I, t. I**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

_____. **Comentários ao Código Penal, vol.IX.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958.

JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do Direito Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho Penal Del enemigo.** Madri: Editor Jose Luis de DePalma, 2003.

_____. NAVARRETE, Miguel Polaino; ORTS-POLAINO, Miguel. **El Derecho Penal Del Enemigo en el contexto Del funcionalismo.** México: Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V. 2007.

_____. **Sociedade, norma e pessoa: Coleção Estudos de Direito Penal v.6.** Barueri/SP: Editora Manole, 2003

JUNIOR, João Paulo Baltazar. **Limites Constitucionais á Investigação. O conflito entre o direito fundamental à segurança e o direto de liberdade no âmbito da investigação criminal.** In: Limites Constitucionais da Investigação. Coordenação Rogério Sanches Cunha, Pedro Taques e Luiz Flávio Gomes. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 2009.

_____. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

JÚNIOR, Lúcio Antonio Chamon. **Do Giro Finalista ao Funcionalismo Penal.** Porto Alegre: Editora Sérgio de Fabris, 2004.

JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e legislação infraconstitucional.** 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua: Tradução Marco A. Zingano.** 3ª Edição, Porto Alegre: Editora L&PM, 1989.

KAWAMOTO, Silvia Reiko. **Breves apontamentos sobre o crime organizado e a proteção a testemunha na Itália e nos Estados Unidos**. In: *Justiça Penal* v.7, Críticas e Sugestões, coordenador Jaques de Camargo Penteado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LYRA, Roberto. **Novíssimas Escolas Penais**. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1956.

LIMA, Camile Eltz de. **Delação premiada: de inimigo a colaborador do Estado**. Disponível <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1807> Acesso em 11/03/2011.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal: traducido de la 20ª edición alemana por LUIS JIMENEZ DE ASUA, t.2**. Madri, Cuarta Edición: 1999.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª Edição, Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio de Fabris, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas, tradução Ana Cristina Arantes Nasser**. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

MARTÍN, Luis Gracia. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo: Tradução Luis Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal, v.2**. Campinas: Editora Bookseller, 1997.

MELLO, Dirceu de. **Violência no mundo de hoje**. In: *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade da Pessoa Humana*. Coordenador Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva. 2ª Edição, São Paulo: Editora *Quartier Latin*, 2009.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: Parte General**. Barcelona: Editora Reppertor, 1998.

MONTOYA, Mário Daniel. **Máfia e Crime Organizado**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 24ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo a Terceira Velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

NAVARRO, Jesús Pórfilo Trillo. **Criminalidad de bagatela: descriminalización garantista**. In: La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciário, número 51, ano V, julho/agosto de 2008.

NORONHA, E.Magalhães. **Direito Penal: v. 4. atualizada por Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha**. 24ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Antônio Rizzatto. **Manual da Monografia Jurídica**. 8ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL: <www.oab.gov.br>.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. **Crimes de perigo abstrato**. Disponível em: <www.ibccrim.org.br> acesso em 01/11/2010.

PALAZZO, Francesco C., **Valores Constitucionais e Direito Penal, Um estudo comparado**. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio de Fabris, 1989.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **A moderna investigação criminal**. In: Limites Constitucionais da Investigação. Coordenação Rogério Sanches Cunha, Pedro Taques e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica**. 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização Criminosa Nova perspectiva do tipo legal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

_____. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PRITTWITZ, Cornélio. **O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo**. São Paulo, Revista Brasileira de Ciências Criminais: Editora Revista dos Tribunais, 47, Março-Abril de 2004.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 3ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. **Mandados de Criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas das violações de direitos humanos**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 62, setembro-outubro 2006. Editora Revista dos Tribunais.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3ª edição, Coimbra: Editora Vega, 2004.

_____. **Estudos de Direito Penal**, tradução Luís Greco. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

_____. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal: Tradução Luiz Greco**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

_____. **¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?** In: HEFENDEHL, v. Hirsch e Wohlers (orgs.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. 3ª Edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Eficiência e Direito Penal, Coleção Estudos de Direito Penal, tradução Maurício Antonio Ribeiro**. Barueri: Editora Manole, 2004.

_____. **A expansão do Direito Penal: Aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais (tradução Luiz Otávio Rocha)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência**. Disponível em: <www.mundojuridico.com.br> acesso em 13/04/2011.

SCHÜNEMANN, Bernd. **¡El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los limites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho. Traducción de Ángela de la Torre Benítez**. Cuadernos de Conferencias y Artículos n° 38: Universidade Externado de Colombia, 2007.

SILVA, Airton Jose da. **O Discurso Sócio-Antropológico: Origem e Desenvolvimento**. Disponível

em: <http://www.airtonjo.com/socio_antropologico03.htm> acesso em 24/09/2010.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado Procedimento Probatório**. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Cidadania e Democracia: Instrumentos para a efetivação da dignidade humana**. In: Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana, coordenação Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva. 2ª Edição, São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes Sexuais: Bases críticas para a reforma do Direito Penal sexual**. São Paulo, Editora Quartier Latin, 2008.

_____. **Direito Penal Supra Individual, Interesses Difusos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **O conceito de bem jurídico penal difuso**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 30/10/2010.

SOBRINHO, Mário Sérgio. **O Crime Organizado no Brasil**. In: Crime Organizado, Aspectos Processuais, Coordenação Antônio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

STRATENWERTH, Gunter. **La criminalización em los delitos contra biens jurídicos colectivos**. In: HEFENDEHL, v. Hirsch e Wohlers (orgs.). La teoria del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre o crime de furto privilegiado e tráfico ilícito de entorpecentes”?** Disponível em <www.leniostreck.com.br> acesso em 24/11/2010.

TAVARES, Juarez E.X. **Bien Jurídico Y Función en Derecho Penal**. Buenos Aires: Claves de Derecho Penal, Francisco Munhoz Conde, Eugenio Raúl Zaffaroni (Dirección) Alejandro W. Slokar (Coordinación), Hammurabi, 2004.

_____. **Teoria do Injusto Penal**. Rio de Janeiro: Editora Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Gerais do Direito Penal**. 5ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

VIEIRA, Padre Antonio. **Sermões Escolhidos**. 3ª Edição, São Paulo: Editora Martin Claret, [s.d.].

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, v.1, Parte Geral**. 6ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Tradução Luiz Régis Prado**. 4ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Derecho Penal Parte Geral**. Buenos Aires: Editora Roque Depalma, 1956.

WERNER, Guilherme Cunha. **O Crime Organizado Transnacional e as redes criminosas: presença e influência nas relações internacionais contemporâneas**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, ano 2009.