

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**DIREITO PENAL DO INIMIGO EM COMBATE AO CRIME  
ORGANIZADO**

FERNANDA BORINI MONTEIRO

PRESIDENTE PRUDENTE/SP  
2011

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**DIREITO PENAL DO INIMIGO EM COMBATE AO CRIME  
ORGANIZADO**

FERNANDA BORINI MONTEIRO

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Marcus Vinicius Feltrim Aquotti.

PRESIDENTE PRUDENTE/SP

2011

# **DIREITO PENAL DO INIMIGO EM COMBATE AO CRIME ORGANIZADO**

Trabalho Monografia aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito

Marcus Vinicius Feltrim Aquoti

Cláudio José Palmas Sanches

Lauriana Vasconcelos de Almeida

Presidente Prudente, 28 de novembro de 2011

Eu não troco a justiça pela soberba. Eu não deixo o direito pela força. Eu não esqueço a fraternidade pela tolerância. Eu não substituo a fé pela superstição, à realidade pelo ídolo.

Rui Barbosa

Dedico esse trabalho aos meus pais e irmãos por tudo que representam para mim

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço primeiramente ao meu orientador, Professor Marcus Vinicius, pelo auxílio, paciência e dedicação.

Ao Professor Claudio, por ter aceitado de pronto o convite para ser minha banca, assim como Doutora Lauriana.

Agradeço à minha mãe, meu pai, minha irmã e meu irmão, por ter entendido os dias de distância e saudade.

Às minhas amigas, por ter feito da faculdade os melhores anos da minha vida.

Aos meus vizinhos pelo apoio e fraternidade.

Agradeço aos meus colegas de trabalho da 4ª vara da 12ª subseção da justiça federal do estado de São Paulo, por todo aprendizado e companheirismo.

## RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar a Teoria de Günther Jakobs no ordenamento brasileiro. Denominada de Direito Penal do Inimigo, a teoria tem como concepção a aplicação de um direito Penal e processual Penal diferenciado para aqueles que são considerados 'Inimigos' da sociedade. Assim, para que se possa entender sua possível aplicação nas Leis (processuais) penais nacionais, deve-se primeiramente definir e diferenciar o Inimigo do cidadão para que assim se possa passar a analisar as Leis penais brasileiras e demonstrar a sua já aplicação em casos excepcionais e específicos, como na Lei de drogas, crimes hediondos, Lei de crime organizado e Lei do abate. Posteriormente uma análise sobre definição, características do Crime Organizado, para que assim se possa adentrar a aplicação da teoria para os integrantes de organizações criminosas, mas especificamente em relação aos meios de prova e exclusão e relativização das garantias penais e processuais penais.

**Palavras-Chaves:** Direito Penal do Inimigo. Günther Jakobs. Crime Organizado.

## **ABSTRACT**

The present work aims to demonstrate the Gunter Jakobs' Theory applied in the Brazilian legal order. Called Enemy Criminal Law, the theory has the conception a different application of Criminal Law and Criminal Process to those considered "Enemies" of society. So, for understand their possible application in the national (Process) Criminal Laws, must first make the definition and differentiation between Enemy and citizen to analyze the Brazilian Criminal Laws and demonstrate their current application in exceptional and specific cases, like Drugs Law, Organized Crime Law and Slaughter Act. After, an analysis about definition, characteristics of Organized Crime to enter in application of theory against members of criminal organizations, specifically means of evidences, exclusion and relativization of Criminal and Criminal Process guarantees.

**Key-words:** Enemy Criminal Law. Günther Jakobs. Organized Crime.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>2 DIREITO PENAL DO INIMIGO.....</b>	<b>11</b>
2.1 Cidadão versus Inimigo.....	12
2.2 Características.....	13
2.2.1 Adiantamento da punibilidade.....	13
2.2.2 Previsão de penas abstratas mais altas.....	14
2.2.3 Relativização ou exclusão das garantias processuais.....	15
2.3 Ordenamento Jurídico Brasileiro (Existência e Aplicação).....	16
2.3.1 Lei dos Crimes Hediondos.....	17
2.3.1 Lei de Drogas.....	18
2.3.3 Lei do Abate.....	19
2.3.4 Lei do Crime Organizado.....	20
<b>3 CRIME ORGANIZADO.....</b>	<b>23</b>
3.1 Definição.....	23
3.1.1 Projetos de Lei .....	23
3.1.2 Convenção de Palermo.....	26
3.1.3 Posicionamento do STF.....	27
3.1.4 Definições Doutrinárias.....	28
3.2 Características do Crime Organizado.....	30
3.3 Origem.....	31
3.3.1 Máfia italiana.....	32
3.3.2 China: Tong e Tríadas.....	32
3.3.3 Yakuza: máfia japonesa.....	33
<b>4 APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO PARA OS INTEGRANTES DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.....</b>	<b>35</b>
4.1. Provas.....	35
4.1.1 Da inadmissibilidade das provas proibidas.....	35
4.1.1.1 Princípio da proporcionalidade.....	36
4.1.1.2 Teoria da fonte independente.....	37
4.2 Prova e Crime Organizado.....	38
4.2.1 Ação controlada ou flagrante retardado.....	40
4.2.2 Acesso a dados, documentos e informações.....	40
4.2.3 Captação e interceptação ambiental.....	41
4.2.4 Infiltração.....	42
4.3 Relativizações das Garantias Processuais no Crime Organizado.....	42
4.3.1 Liberdade provisória.....	43



4.3.2 Excesso de prazo no encerramento da instrução criminal.....	44
4.3.3 Proibição de apelação em liberdade.....	44
4.3.4 Regime de prisional.....	45
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>47</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>49</b>
<b>ANEXO A- Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995.....</b>	<b>52</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Com o passar do tempo à criminalidade no mundo está aumentando, e com isso assustando mais a sociedade, que fica cada vez mais com a sensação de insegurança e impunidade perante os delinquentes.

Para tentar solucionar o problema vários países já adotaram diversas políticas criminais, todas com a mesma finalidade, como exemplo podemos citar as mais famosas, como o Movimento da Lei e da Ordem, da Janela Quebrada, e Tolerância Zero.

Todos teriam como concepção a adoção de um Direito Penal Máximo, onde haveria a punição de pequenos delitos com o fim de intimidar a sociedade, com a utopia de que se alguém fosse punido severamente pela prática de um furto simples, 'amedontraria' a sociedade, principalmente os criminosos, que então deixariam de cometer crimes. Com o passar do tempo acabou se tornando ineficaz, pois prendendo todos que cometessem crimes pequenos as prisões ficaram lotadas, e, além disso, havia a falta de fiscalização, falta de equipamentos e pessoal para as polícias.

Assim, seguindo a mesma corrente de tentar elucidar a questão, o alemão Günter Jakobs, apresenta o Direito Penal do Inimigo. Para Jakobs aqueles que são considerados como Inimigos da sociedade, como por exemplo, terroristas, delinquentes organizados, dentre outros citados em sua obra, devem ser tratados de forma excepcional, afinal quem não convive de forma sociável, não se deve sujeitar as mesmas regras de quem o faz.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, trás em seu cerne, especificamente no artigo 5º entre os incisos XXXVI ao L, preceitos fundamentais de caráter Penal, que devem ser respeitados durante a persecução Penal, sendo o denominado Direito Penal Garantista.

Diante de tanta garantia se tornaria inviável a aplicação de um modelo Penal baseado no Direito Penal do Inimigo no Brasil, porém, como nada é absoluto, pode-se sim encontrar alguns resquícios da teoria no nosso ordenamento.

Um dos grandes desafios que a policia criminal mundial tem que enfrentar atualmente é o chamado crime organizado, pois este vem cada vez mais se fortalecendo e causando medo na sociedade vitima.

Porém o ordenamento brasileiro esta longe de trazer uma definição do que venha ser uma organização criminosa, pois sem esta definição é praticamente impossível à aplicação da Lei 9.034/95, pois por mais que esta tenha trago os meios investigatórios para tentar punir os agentes, são necessários que se saiba primeiramente o que é o Crime Organizado para que não ocorra equívocos.

Para tentar acabar com esta lacuna no ordenamento, e para que se tenha a aplicação efetiva da lei do Crime Organizado, há em andamento três projetos de Leis no Congresso Nacional. Porém ainda não se passa de projetos.

Enquanto não surge por iniciativa dos legisladores a definição, devesse buscar na doutrina para que se tenha ao menos uma noção. Em uma pesquisa ampla é fácil de encontrar diversas acepções para a expressão, porém, muitas assemelham em relação às principais características, quais seja o número de mais de duas pessoas associadas, hierarquia e organização.

Desta forma em um contexto histórico é fácil se notar a grande semelhança com as Máfias italianas do século XVII, que tinham basicamente as mesmas características e finalidades, empregando, nas maiorias das vezes, os mesmos meios, porém, com uma estrutura um pouco diferenciada do que é hoje o Crime Organizado.

Pelo mundo já foram criadas diversas teorias, e algumas colocadas em praticas, para reprimir o crime organizado.

Neste mesmo sentido surge o Direito Penal do Inimigo, tema do presente estudo. Ou seja, será que a teoria do direito Penal do Inimigo se colocada em pratica é eficaz para espantar o mal do Crime Organizado.

## 2 DIREITO PENAL DO INIMIGO

A discussão a respeito do Direito Penal alemão no ano 1985, levou Günther Jakobs a notar e criticar o desenvolvimento de um “Direito Penal parcial que se instalava no ordenamento e que assim se denominou como Direito Penal do Inimigo” (Moraes, 2006, p. 154).

Porém, na Conferência do Milênio em Berlim no ano de 1999, com muito mais publicidade, Jakobs transformou suas anteriores críticas em defesa, trazendo então para todo o conceito definitivo de Direito Penal do Inimigo.

Deste modo, o que se notou foi que, em um primeiro momento, em 1985 a crítica se sustentava por ser a aplicação do Direito Penal do Inimigo mais amplo para o sistema jurídico Penal, e já em 1999 se destacou por ser, segundo Jakobs, a aplicação somente para reprimir e combater delitos de grande risco.

Para sustentar sua tese, Jakobs distingue o que seria o Direito Penal do Inimigo do Direito Penal do cidadão, onde o último seria um Direito Penal garantista com aplicação de princípios fundamentais, o que não seria observado no primeiro, de forma que os que forem tratados como Inimigos não teriam a submissão do mesmo Direito Penal garantista, mas sim de um com mais rigor.

Em 2003 Jakobs publica o trabalho denominado de “Derecho Penal Del Ciudadano y Derecho Penal Del Enemigo” deixando evidente seu posicionamento que era da aplicação do Direito Penal do Inimigo somente em casos excepcionais, para a aplicação da teoria em casos relacionados ao terrorismo levando em conta os ataques de 11 de setembro de 2001 em Nova York.

Nesse raciocínio Binato Júnior (2007, p.122) em sua dissertação de mestrado resume Jakobs:

Podemos dizer que em 1985 Jakobs adota uma postura descritiva, porém crítica; em 1999 adota uma postura cautelosa, todavia de aceitação parcial, e, finalmente em 2003 passa a defender a adoção do Direito Penal do Inimigo diante do contexto “guerra” entre as “nações civilizadas” e os “terroristas”.

Atualmente o Direito Penal do Inimigo pode ser considerado como a terceira velocidade do Direito Penal, de forma que segundo Silva Sánchez o Direito Penal sofre um processo de expansão, onde pode se notar três velocidades. A

primeira se sustenta como sendo aquela considerada como tradicional onde se visa à proteção das pessoas e tem como principal característica a pena privativa de liberdade; já a segunda não há mais a aplicação das penas privativas de liberdades por serem substituídas pelas restritivas de Direito e a multa; e por ultimo a terceira velocidade que seria uma junção das duas anteriores, de forma que esta visa à privação de liberdade com restrições de algumas garantias.

## **2.1 Cidadão versus Inimigo**

Em seus estudos, Jakobs (2009, p. 24) fez questão em separar o que ele denominou de Inimigos dos cidadãos, chegando até mesmo a dizer que eles se quer poderiam ser considerados como pessoa. Defendendo que o Direito Penal do cidadão não poderia se misturar com o do Inimigo, porem a ocorrência dos dois no mesmo ordenamento pode ser legítimo.

Ao definir o que seria um e o que seria outro Jakobs utilizou das teorias de Rosseau, Fichte, Hobbes e Kant.

Para os filósofos Rosseau (2006, p. 43) e Fichte (1960) *apud* Jakobs (2009, p. 25), basicamente, todos aqueles que delinquirem não poderiam ser tratados como cidadãos, porem Jakobs (2009, p. 26) absteve-se dessa definição por dois motivos por ele elencados, sendo o primeiro a ressocialização do delinquente, e para isso se torna necessário manter o status de pessoa; e o outro seria o de reparação.

Já para Hobbes (2002, p. 231) e Kant (2006, p. 1666), somente poderão ser tratados como Inimigos aqueles que, por sua vontade, trair o contrato social (Hobbes) ou não se sujeitar a constituição cidadã (Kant). Jakobs se aproximou mais da definição de Kant em sua definição, pois para ele o Inimigo não estaria totalmente excluído de todos os Direitos, caso que acontece na concepção de Hobbes em relação aos grandes traidores.

Assim Jakobs utilizaria como base jus filosófica as teorias de Hobbes e Kant, tendo em vista que de Hobbes (2002, p. 231) ele tem o conceito de que o Inimigo é aquele que trai a constituição do estado, e a de Kant (2006, p. 166) extraiu que o Inimigo é aquele que fere a manutenção da ordem social.

Acertadamente Morais (2007, p. 167) o definiu:

Criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e de outras infrações penais perigosas são os indivíduos potencialmente tratados como 'Inimigos', aqueles que se afastam de modo permanente do Direito e não oferecem garantias cognitivas de que vão continuar fies à norma.

Portanto para Jakobs, segundo interpretação de Greco (2010, s.n.) todos aqueles que não se submeterem a um estado de cidadania não podem participar dos benefícios do conceito de pessoa, sendo a eles aplicados o mesmo Direito Penal e processual Penal, mas sim, com o próprio define, um Direito de guerra.

## **2.2 Características**

Para Meliá (2009, p. 90) Jakobs caracteriza o Direito Penal do Inimigo em três elementos:

- a) Adiantamento da punibilidade, com criação de tipos que punem os atos preparatórios e delitos de mera conduta.
- b) Previsão de penas abstratas mais altas
- c) Relativização ou exclusão das garantias processuais

### **2.2.1 Adiantamento da punibilidade**

A ideia é afastar o Inimigo do bem jurídico tutelado, ou na definição de Jakobs é combater o perigo, assim se trata não da punição em si da conduta, mas sim, o afastamento do delincente para assegurar que não seja se quer começada a execução do ato, ou ainda para assegurar a persecução penal, de forma que caso haja indícios de início de execução e este não provado poderá o agente ser punido somente pelos seus atos preparatórios.

Martín (2008, p.83) também cita a criminalização de condutas que favorecem uma organização criminosa e alimentam sua subsistência e conservação.

Destaca-se neste tópico, que com o adiantamento da punibilidade o que se quer é a punição dos atos preparatórios e dos delitos de mera conduta.

Desta forma Greco (2011, p.246) define atos preparatórios como a seleção de meios aptos a chegar ao resultado por ele pretendido e delitos de mera conduta como sendo o simples comportamento previsto no tipo não sendo exigido qualquer resultado.

Logo se deduz que a punição dos atos preparatórios e a tipificação dos delitos de mera conduta são, como afirma Moraes (2007, p.170), de ordem preventiva.

Ao analisar o ordenamento brasileiro é ampla a existências de tipos que punem apenas atos preparatórios, como nos casos de quadrilha ou bando<sup>1</sup>, associação para o tráfico<sup>2</sup>, a posse de instrumentos destinados usualmente à prática de furto<sup>3</sup>, dentre outros exemplos. Da mesma forma os crimes de mera conduta que possa se citar, como exemplo, a violação de domicílio<sup>4</sup>.

### **2.2.2 Previsão de penas abstratas mais altas**

Martín (2008, p.89) conceitua esta característica como a desproporcionalidade da pena. Havendo a punição dos atos preparatórios com o mesmo rigor de que se o fato fosse consumado, o que no sistema brasileiro só há punição se não houver ao menos o começo de execução (forma tentada). Para a teoria, a punição poderia ocorrer desde os atos preparatórios, a qual seria punida da mesma forma, sem nenhuma redução de pena, se o fato tivesse se consumado.

Com a não preocupação de Jakobs com a culpabilidade do indivíduo, se percebe que se busca então a punição com base em um Direito Penal do autor e não o do fato, como é o tradicional Direito Penal.

Binato Junior (2007, p.141) analisando a ideia de Jakobs, esclarece:

A justificativa de Jakobs que legitima, em última análise, este aumento de penas independentemente de culpabilidade, é o fato de que, para o Penalista alemão, o *quantum* de pena necessário não deve guardar relação

---

<sup>1</sup> Artigo 288 do Código Penal

<sup>2</sup> Artigo 35 da Lei 11.343/06

<sup>3</sup> Artigo 25 da Lei das Contravenções Penais

<sup>4</sup> Artigo 150 do Código Penal

com a culpabilidade do indivíduo, mas sim com a quantidade de pena necessária para estabilizar as expectativas normativas da sociedade (Direito Penal do cidadão) e com ao grau de periculosidade fornecido pelo Inimigo (Direito Penal do Inimigo).

Com o advento da Lei dos Crimes Hediondos passa a ser um exemplo da aplicação do Direito Penal do Inimigo, deforma que, o aumento de punição para alguns crimes, é exatamente o que Jakobs quer com sua Teoria.

### **2.2.3 Relativização ou exclusão das garantias penais processuais**

Esta é a característica em que surgem mais críticas, isso por se tratar de um assunto mais delicado no mundo penal, tanto que a analisar a nossa Constituição Federal de 1988 é vasto o número de garantias elencadas, como o princípio da legalidade, a Presunção de Inocência, Devido Processo Legal, dentre outros que na concepção de Jakobs sofre uma diminuição em sua aplicação aos Inimigos.

Para Binato Junior (2007, p. 142):

A diminuição das garantias processuais para o Inimigo tem como objetivo facilitar mais condenação dos Inimigos para poder livrar o Estado de fornecer todas as garantias existentes para seus cidadãos.

Meliá (2009, p. 95) apresenta como crítica que com o Direito processual do Inimigo não se quer provar a ocorrência da conduta delituosa, mas sim que tal indivíduo é um Inimigo da sociedade, não se tornando assim efetiva como o Direito Penal clássico.

O jurista espanhol Juan Damian Moreno (2006) *apud* Binato Junior (2007, p. 143), afirma que já exista na Espanha um processo que poderia ser denominado como Direito Processual Penal do Inimigo que possui como características:

- a) existência de uma fase preliminar com a interferência de órgãos investigadores especiais;
- b) possibilidade de recorrer a meios de investigação muito mais incisivos, como agente encoberto, entre outros;
- c) existência de um regime muito mais flexível no que se refere a facilitar decisões como prisão preventiva, incomunicabilidade do acusado.



Ao analisar algumas Leis esparsas no Brasil, pode se notar a existência desse processo Penal do Inimigo apontado pelo espanhol, tendo como exemplo a Lei nº 9034/95 a qual trata sobre o crime organizado o qual em seu artigo 2º permite à ação controlada (Flagrante Prorrogado) a interceptação telefônica e a infiltração para o fim de investigação, também como, em seu artigo 3º a não concessão da liberdade provisória aos que tenha efetiva participação na organização criminosa, dentre outras peculiaridades.

### **2.3 Ordenamento Jurídico Brasileiro (Existência e Aplicação)**

Com o fim de inibir os crimes de maior gravidade os legisladores brasileiros criaram Leis, que se forem analisadas na ótica de Jakobs, trazem resquícios do Direito Penal do Inimigo.

Autores como Lavorente (2010, p. 209) trata a Lei de crimes hediondos como principal exemplo brasileiro do movimento da Lei e da ordem, não estando de todo errado, de forma que tal medida de repressão se assemelha com o Direito Penal do Inimigo, podendo até se dizer que o Direito Penal Máximo seria um gênero e o movimento da Lei e da ordem e Direito Penal do Inimigo seriam espécies.

Porém, o enfoque que deve se dar no momento é em relação à teoria de Jakobs nas principais legislações esparsas do ordenamento jurídico penal brasileiro, sendo a Lei de Crimes hediondos (Lei nº 8.078/90), Crime Organizado (Lei nº 9.034/95), Lei de drogas (Lei nº 11.343/06), onde as duas primeiras não criam novos tipos penais somente regulamenta um tratamento diferente aos que se enquadram as definições expostas. Diferentemente da Lei de drogas que trás tipos novos, mas também um tratamento diferenciado para os que cometerem as condutas descritas nos tipos.

### 2.3.1 Lei dos Crimes Hediondos

O legislador, devido a consideráveis aumentos da criminalidade e falta de punibilidade, elencou algumas condutas que possam ser consideradas como mais ameaçadoras a sociedade.

Trazendo a seguinte redação:

#### **Artigo 1º**

São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

IV - extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

VII- A - (VETADO) (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 20.8.1998)

VII- B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 20.8.1998)

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei no 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

É evidente que a ideia do legislador em punir com mais rigor aqueles que cometerem os crimes supracitados, tem influência da teoria de Jakobs, tendo em vista que a concepção da teoria seria exatamente essa, ou seja, aumentar a pena de delitos que aqueles que cometem são considerados como 'Inimigos', com já dito anteriormente.

Por mais, a Lei ainda restringe garantias processuais, como a proibição de anistia, graça e indulto, aumenta o prazo para progressão de regime e a possibilidade do réu não poder apelar da sentença em liberdade.

Destarte, se nota totalmente presente o Direito Penal do Inimigo na Lei de Crimes Hediondos.

### 2.3.2 Lei de Drogas

Nesta Lei há tipificação para novos fatos e há colocação de um procedimento especial para tais condutas:

#### **Artigo 33**

Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de Direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A característica mais presente do Direito Penal do Inimigo é a antecipação da punibilidade, de forma que, com o número de condutas elencadas no artigo 33 podem ser classificadas algumas como de perigo abstrato ou de mera conduta, como nos casos de expor a venda ou produzir.

Há possibilidade de associação para fim de tráfico, porém há diferença entre esta e um fortuito concurso de pessoas para prática de tráfico, sendo então, necessário à habitualidade para que se configure a associação.

Nas palavras de Capez (2008, p. 742):

O concurso eventual e ocasional de agentes, sem qualquer ânimo associativo, é o crime de associação criminosa. Este último só se configura se houver um mínimo de estabilidade e permanência, ainda com o intuito de cometer um único delito de tráfico. Para o STF, há agentes, e não crime de associação criminosa.

Agora em relação à diminuição de garantias processuais, assim como na Lei de Crimes Hediondos, a Lei de Drogas é rica, podendo citar como exemplo, a inafiançabilidade, a vedação de sursis, proibição à concessão de graça, indulto e anistia, proibição de conversão em pena alternativa e o aumento do prazo para a concessão de liberdade condicional.

Mas especificadamente dispõem o art 44

**Artigo 44:**

Os crimes previstos nos arts. 33, § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de Direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Em um aspecto geral, a atual Lei de Drogas está em certa harmonia com a teoria de Jakobs, pois ao se comparar com sua respectiva Lei anterior de nº 6368/76, houve o aumento de praticamente de todas as penas dos tipos previstos, além da diminuição das garantias processuais penais.

### **2.3.3 Lei do abate**

A pena mais severa existente no ordenamento brasileiro está totalmente fora do código Penal ou das Leis já acima mencionadas, está sim na Lei que regulamenta o espaço aéreo brasileiro – Código Brasileiro da Aeronáutica - o qual em seu art 303 § 2º regulamenta a hipótese de abate da aeronave caso esta for classificada como hostil.

Diz o art 303 §2º da Lei 7565 de 19 de dezembro de 1986:

Art 303

§ 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada. (Parágrafo acrescentado conforme determinado na Lei nº 9.614, de 5.3.1998, DOU 6.3.1998)

Como é de se imaginar o abatimento de uma aeronave em pleno voo é a decretação da pena de morte, mesmo que indiretamente, para seus tripulantes, tendo em vista que, as chances de sobrevivência é totalmente mínima.

Assim, pode se verificar a presença de todas as características elencadas anteriormente, quais seja o adiantamento de punibilidade, de forma que o abate da aeronave que for considerada como hostil e não responder a ordem de pouso gerará pena de morte aos seus tripulantes, que a considerar que a pena máxima imposta nas Leis penais é de 30 anos, está então configurada o aumento desproporcional da pena e é claro que devido todas essa circunstâncias não há nem se quer resquícios de alguma garantia Penal ou processual Penal para os tripulantes.

### **2.3.4 Lei do Crime Organizado**

Como exposto no artigo 1º da Lei, ela visa regulamentar meios de provas e procedimentos investigatórios para aqueles que participam de quadrilha ou bando ou associações criminosas de qualquer tipo. Como pode se observar:

Artigo 1º

Esta Lei define e regula 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. (Redação dada pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

A Lei, neste caso, deixou evidências que se trata de uma espécie de Direito Penal do autor, levando em conta que ao excepcionar os meios de provas e procedimentos investigatórios para somente aqueles que participarem de organizações criminosas, assim se nota um critério subjetivo do autor, ou seja, o que ele é e não o que fez.

Analisando as formas previstas de produção de prova e os procedimentos de investigação se notará que há uma mitigação em garantias processuais, como se pode ver:

**Artigo 2º**

Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em Lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (Redação dada pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

I - (Vetado).

II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

IV - a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial; (Inciso incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

V - infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. (Inciso incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

A ação controlada, a quebra de sigilo, captação e interceptação ambiental, a infiltração, são todas situações que em casos normais à própria Constituição Federal de 1988 proíbe como no artigo 5º X que assegura o Direito de inviolabilidade da intimidade e vida privada.

De tal modo que pode se perceber que o legislador, com o fim de abolir com as organizações criminosas, relativizou até mesmo garantias constitucionais, quando diz, relativizou, é porque ainda que se tenha autorizado a quebra de sigilo sempre será necessária à autorização do juiz competente.

Como bem nos ensina Nucci (2009, p. 283):

[...] a pratica de infrações decorrentes de atuação de quadrilha ou bando, ou organização criminosas de qualquer tipo, torna-se viável que o magistrado determine a quebra de sigilo dos indiciados ou acusados para buscar dados (ex: contas telefônicas, especificando as ligações feitas nos últimos meses), documentos (qualquer base material que contenha o registro de fatos, como, por exemplo, a nota fiscal emitida por uma empresa, alienando produtos a terceiro) e informações fiscais (dados relativos à renda da pessoa física ou jurídica), bancárias (dados concernentes a contas mantidas em bancos e sua respectiva movimentação), financeira (dados ligados às aplicações no mercado financeiro) e eleitorais (cadastro do eleitor constante no Tribunal Regional Eleitoral, como endereço).

Nucci (2009, p. 284) também sustenta que a captação e interceptação ambiental é outra garantia que foi relativizada pela Lei 9.034/95, de forma que se não for realizada em ambiente particular pode ser considerada lícita sem a autorização judicial.

## 3 CRIME ORGANIZADO

### 3.1 Definição

No ordenamento jurídico penal brasileiro não se encontra definição para Crime Organizado, porém em uma análise perante jurisprudência, doutrinas, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e de projetos de Lei em tramite no Congresso Nacional são possíveis se extrair várias definições.

#### 3.1.1 Projetos de Lei

Sobre uma definição no ordenamento brasileiro é de esperar que a iniciativa seja do Poder Legislativo, por ser esta sua função típica.

Assim existem três projetos de Lei em tramite nas Casas Legislativas Federais, quais sejam o 3731/97, 7223/02 e o 150/06.

O projeto mais antigo é o PL 3731 de 1997, apresentado pelo Senador Gilvam Borges-PMDB/AP. Que de acordo com o parágrafo único do artigo 1º:

- Considera-se organização criminosa, para efeitos desta Lei, a associação de três ou mais pessoas, na forma do art. 288 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para o fim de cometer os seguintes crimes:
- I – homicídio doloso (art. 121, caput e §2º, do Código Penal);
  - II – tráfico de entorpecentes (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
  - III – extorsão (art. 158, caput e §§ do Código Penal);
  - IV – extorsão mediante sequestro (art. 159 e §§ do Código Penal);
  - V – contrabando ou descaminho (art. 334, caput e §§ do Código Penal);
  - VI – tráfico de mulheres (art. 231 e §§ do Código Penal);
  - VII – tráfico internacional de crianças (art. 239 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990);
  - VIII – crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986);
  - IX – crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990);
  - X – crimes contra a ordem econômica e relações de consumo (Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991);



XI – moeda falsa (art. 289 e §§ do Código Penal);  
 XII – peculato doloso (art. 312, caput e §1º do Código Penal).

Já o PL 7223 de 2002 de autoria do Deputado Federal Luiz Carlos Haully do PSDB/PR tem a intenção alterar a Lei 9.034/95 e assim estabelecer critérios para a definição do que venha ser organizações criminosas.

Trazendo o seguinte texto:

Art. 2º O art. 1º da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

Art. 1º [...]

Parágrafo único. Considera-se organizada a associação ilícita quando presentes, pelo menos, três das seguintes características:

I – hierarquia estrutural;

II – planejamento empresarial;

III – uso de meios tecnológicos avançados;

IV – recrutamento de pessoas;

V – divisão funcional das atividades;

VI – conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público;

VII – oferta de prestações sociais;

VIII – divisão territorial das atividades ilícitas;

IX – alto poder de intimidação;

X – alta capacitação para a prática de fraude;

XI – conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa.

E o terceiro que merece destaque é o projeto 150 de 2006 elaborado pela Senadora Serys Slhessarenko PT/MT que revoga por completo a Lei 9.034/95. E se propõem em seus dois primeiros artigos trazer o que venha ser crime organizado, como se pode observar:

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

Art. 2º Promover, constituir, financiar, cooperar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, associação, sob forma lícita ou não, de cinco ou mais pessoas, com estabilidade, estrutura organizacional hierárquica e divisão de tarefas para obter, direta ou indiretamente, com o emprego de violência, ameaça, fraude, tráfico de influência ou atos de corrupção, vantagem de qualquer natureza, praticando um ou mais dos seguintes crimes:

I – tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica (Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

II – terrorismo;

III – contrabando ou tráfico ilícito de armas de fogo, acessórios, artefatos, munições, explosivos ou materiais destinados à sua produção (Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997);

IV – extorsão mediante sequestro e suas formas qualificadas (art. 159, caput e §§ 1º, 2º e 3º, o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal);

V – contra a administração pública (arts. 312, caput e § 1º, 313-A, 313-B, 314, 315, 316, caput e § 2º, 317, 318, 319, 320, 321, 325, 326, 332, 334, 335, 337, 337-A, 337-B, 337-C, 342, 344 e 347 do Decreto-Lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Códigos Penal);

VI – contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, salvo o parágrafo único do art. 4º);

VII – contra a ordem tributária ou econômica (arts. 1º a 6º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990);

VIII – contra as empresas de transporte de valores ou cargas e a receptação dolosa dos bens ou produtos auferidos por tais práticas criminosas;

IX – lenocínio e tráfico de mulheres (arts. 227 a 231 do Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal);

X – tráfico internacional de criança ou adolescente (art. 239 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990);

XI – lavagem de dinheiro, ocultação de bens, direitos e valores (Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998);

XII – tráfico ilícito de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano (Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997);

XIII – homicídio qualificado (art. 121, § 2º, do Decreto-Lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Códigos Penal);

XIV – falsificação, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e §§ 1º, 1º-A e 1º-B, do Decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Códigos Penal);

XV – contra o meio ambiente e o patrimônio cultural (Lei nº9.605, de 12 de fevereiro de 1998);

XVI – outros crimes previstos em tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja parte.

Pena – reclusão, de cinco a dez anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes aos demais crimes cometidos

Ao observar, pormenorizadamente, os projetos supracitados, é de se averiguar que todos se pautaram no princípio da taxatividade para poder definir o que venha ser crime organizado.

Tendo em vista que para o primeiro projeto a taxatividade se encontra em relação aos delitos praticados, ou seja, será considerado organização criminosa a quadrilha ou bando, nos termos do art 288 do CP, que se enquadrar em umas das condutas referidas.

Já o projeto do Deputado Federal Haully, diferentemente do primeiro, trás o que deve estar presente em uma organização para que se torne criminosa, não trazendo, número mínimo de pessoas para que se configure a associação delituosa, como na anterior, mas trás em um rol taxativo o que é necessário para que haja uma organização criminosa, sendo exigido ao menos três das características apresentadas para que assim a configure.

Em relação ao PL 150/06 parece ser uma definição mais completa, podendo dizer ser uma junção dos demais projetos, de forma que trás todas as

características para que seja configurada a organização criminosa e as condutas, taxativas, que venham a praticar.

### 3.1.2 Convenção de Palermo

No ano de 1994, a ONU realizou em Nápoles, uma Conferência Ministerial Mundial sobre Crime Organizado, que teve como principal escopo o começo dos trabalhos para que, no ano de 2000 em Palermo/Itália fosse realizada a Convenção sobre Crime Organizado Transnacional.

No Brasil, o Congresso Nacional aprovou por meio do Decreto Legislativo nº 231 de 29 de maio de 2003, o texto da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, e foi promulgado pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.

Com isso, passou a vigorar o texto da Convenção de Palermo no nosso ordenamento, cabendo então aos operadores do direito aplicá-la no que se for a respeito a Crime Organizado Transnacional, que pela convenção se define em:

a) "Grupo criminoso organizado" - grupo 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 presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

Pois bem, a convenção aparentemente resolveu o problema definindo o que venha ser Crime Organizado, porém, esta relacionada a casos de transnacionalidade, como bem pode se observar no parágrafo primeiro do seu artigo terceiro:

1. Salvo disposição em contrário, a presente Convenção é aplicável à prevenção, investigação, instrução e julgamento de:  
a) Infrações enunciadas nos Artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção; e  
b) Infrações graves, na acepção do Artigo 2 da presente Convenção;  
Sempre que tais infrações sejam de caráter transnacional e envolvam um grupo criminoso organizado;

E no parágrafo segundo do referido artigo trás a definição do que venha ser o caráter transnacional:

2. Para efeitos do parágrafo 1 do presente Artigo, a infração será de caráter transnacional se:

- a) For cometida em mais de um Estado;
- b) For cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado;
- c) For cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou
- d) For cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutra Estado.

Assim sendo, por mais que o Brasil tenha ratificado a Convenção, ele terá somente a definição do que venha ser Crime Organizado Transnacional, continuando assim a lacuna em respeito ao que venha ser o Crime Organizado comum, ou seja, aquele cometido dentro do território brasileiro sem a influência de nenhuma organização de outro Estado.

### 3.1.3 Posicionamento do STF

No HC 96007, rel. Ministro Marco Aurélio, a discussão se pautava na de que se os acusados na ação penal de nº 1063/2006 formavam uma organização criminosa. Há de ressaltar que o membro do *Parquet* ao elaborar a denúncia tipificou o acusado no artigo 1º, inciso VIII, da lei nº 9.631/98, qual seja lavagem de dinheiro e ocultação, por meio de organização criminosa. A defesa impetrou HC no TJ/SP, o qual foi negado, com a mesma sorte ocorreu no STJ. No entanto com a mesma fundamentação da atipicidade da conduta imputada aos pacientes, a defesa impetrou HC também no STF.

A Suprema Corte, por sua vez, em julgamento da primeira turma, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, se posicionaram no sentido de que, no ordenamento jurídico brasileiro não há existência de definição legal para Crime Organizado.

Como pode se ver no voto do Relator:

[...] Por isso, a melhor doutrina sustenta que, no Brasil, ainda não compõe a ordem jurídica previsão normativa suficiente a concluir-se pela existência do crime de organização criminosa. Vale frisar que, no rol exaustivo do artigo 1º da Lei nº 9.613/98, não consta sequer menção ao de quadrilha, muito menos ao de estelionato, cuja base é a fraude. Em síntese, potencializa-se, a mais não poder, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado para pretender-se a persecução criminal no tocante à lavagem

ou ocultação de bens sem ter-se o crime antecedente passível TEXTO SUJEITO A REVISÃO de vir a ser empolgado para tal fim. Indago: qual o crime, como determina o inciso XXXIX do artigo 5º da Carta da República, cometido pelos acusados se, quanto à organização criminosa, a norma faz-se incompleta, não surtindo efeitos jurídicos sob o ângulo do que requer a cabeça do artigo 1º da mencionada lei, ou seja, o cometimento de um crime para chegar-se à formulação de denúncia considerada prática, esta sim, no que completa, com os elementos próprios a tê-la como criminosa, em termos de elementos de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores?

Nota-se, em última análise, que, não cabendo à propositura da ação sob o aspecto da Lei nº 9.613/98, presente o crime de estelionato, evocou-se como algo concreto, efetivo, o que hoje, no cenário nacional, por falta de previsão quanto à pena - fosse insuficiente inexistir lei no sentido formal e material -, não se entende como ato glosado penalmente — a organização criminosa do modo como definida na Convenção das Nações Unidas. Não é demais salientar que, mesmo versasse a Convenção as balizas referentes à pena, não se poderia, repito, sem lei em sentido formal e material como exigido pela Constituição Federal, cogitar-se de tipologia a ser observada no Brasil. A introdução da Convenção ocorreu por meio de simples decreto!

A não se entender dessa forma, o que previsto no inciso em comento passa a ser figura totalmente TEXTO SUJEITO A REVISÃO aberta, esvaziando o caráter exaustivo do rol das práticas que, fazendo surgir em patrimônio um dos bens mencionados, conduzem, estas sim, porque glosadas no campo penal, à configuração da lavagem definida. Toda e qualquer prática poderá ser tomada como a configurar crime, bastando que se tenha o que definido na Convenção como organização criminosa e que se aproxima de quadrilha nela não prevista. Concedo a ordem para trancar a ação penal. Estendo-a aos demais réus, a saber: Leonardo Abbud, Antonio Carlos Ayres Abbud e Ricardo Abbud. É como voto na espécie[...]

O voto do relator foi acompanhado pelo Ministro Dias Tofolli e pela Ministra Carmém Lucia.

Assim é de entender que para a Suprema Corte ainda não há definição legal do que venha ser Organização Criminosa. Cabendo então a doutrina fazer esta tarefa, porém, ressaltando que, por mais perfeita que seja a definição doutrinária, está não será válida para que haja a condenação de alguém por fazer parte de Organização Criminosa.

### **3.1.4 Definições doutrinárias**

Por falta de definição legislativa e jurisprudencial, os pesquisadores do direito tentam buscar a melhor definição para expressão Organização Criminosa existente na lei 9034/95.

Por exemplo:

Nucci (2010, p. 283):

Pode-se definir organização criminosa como a atividade delituosa exercida em formato ordenado e estruturado, podendo ser constituída por qualquer número de agentes, desde que, no mínimo, existam duas pessoas associadas para tanto.

Já para Mendroni (2002, p. 10) pode se definir como:

“organismo ou empresa, cujo objetivo seja a pratica de crimes de qualquer natureza – ou seja, a sua existência sempre se justifica porque – e enquanto estiver voltada para a prática de atividade ilegal”. É, portanto, empresa voltada a pratica de crimes.

Para Luiz Flavio Gomes (2002, s.n.):

“A ciência criminológica, de qualquer modo, já conta com incontáveis estudos sobre as organizações criminosas”. Dentre tantas outras, são apontadas como suas características marcantes: hierarquia estrutural, planejamento empresarial, claro objetivo de lucros, uso de meios tecnológicos avançados, recrutamento de pessoas, divisão funcional de atividades, conexão estrutural ou funcional com o poder público e/ou com o poder político, oferta de prestações sociais, divisão territorial das atividades, alto poder de intimidação, alta capacitação para a fraude, conexão local, regional, nacional ou internacional com outras organizações etc.

Como podemos observar nos exemplos supracitados, a doutrina se encarrega de definir organização criminosa, trazendo com ela elementos de ordem subjetiva e objetiva.

A respeito dos elementos objetivo vem à questão da quantidade de agentes necessários para que seja qualificado a existência de uma organização. Enquanto para Nucci (2010, p. 283) por ordem lógica, é necessário que tenha ao menos dois associados, diferenciando do tipo quadrilha ou bando, art 288 do Código Penal Brasileiro, que se refere ao menos três para enquadrar no tipo penal.

Subjetivamente a associação tem o desígnio da prática de crime de qualquer natureza (MANDORIM, 2002, p.10), porém como bem ensina Regis Prado (2002, s.n.) deve ter a finalidade de lucro.

Ainda em referência as palavras do Professor Regis Prado, os meios necessários para formação da organização, como uso de tecnologia avançados, recrutamento de pessoas, divisão funcional de atividades, conexão estrutural ou funcional com o poder público e/ou com o poder político, oferta de prestações sociais. Em outras palavras são características de qualquer associação empresarial.

O que em um sentido amplo pode se considerar uma Organização Criminosa uma associação empresarial, porém com fins ilícitos, quais sejam o de cometer crime.

Desta forma, é de se notar que o conceito de crime organizado não se encontra em lei ou jurisprudência, porém a doutrina nos trás diversas definições.

Definições estas, que por mais diferentes que sejam aproximam-se, podendo então definir crime organizado como: a associação empresarial de qualquer número de pessoas que tenham como principal objetivo a prática de crimes com o fim de obter lucros e vantagem de qualquer espécie.

### **3.2 Características do Crime Organizado**

Com as definições doutrinarias e da Convenção de Palermo é possível trazer as principais características elencadas pela doutrina.

Baltazar Junior (2008 p.124-145) trás as seguintes características:

- a) Pluralidade de Agentes
- b) Estabilidade ou Permanência
- c) Finalidade de Lucro
- d) Organização
- e) Hierarquia
- f) Divisão Dos Trabalhos
- g) Compartimentalização
- h) Conexão com o Estado
- i) Corrupção
- j) Clientelismo
- k) Infiltração
- l) Violência
- m) Exploração de Mercadorias Ilícitas ou Exploração de Mercadoria Lícita Illicitamente
- n) Monopólio ou Cartel
- o) Controle Territorial
- p) Uso de Meios Tecnológicos Sofisticados

q) Obstrução à Justiça

Essas são as características necessárias para que haja uma organização criminosa, é claro que é um rol meramente exemplificativo, não sendo necessária a presença de todas as características. Porém é de ressaltar que algumas são imprescindíveis para a existência da associação criminosa, como por exemplo, a pluralidade de agentes, a finalidade de lucro, a organização e a estabilidade. De forma que fica impossível vislumbrar a existência de crime organizado sem estas principais características.

Em relação às demais, possa ser que exista ou não, porém de certa forma as características necessárias acabam gerando as outras, ou seja, para que haja organização deve haver divisão de tarefas e a corrupção está ligada com a finalidade de lucro, e assim por diante.

Para o autor a existência de uma característica ou outra pode servir como parâmetro para casos de aumento de pena.

### 3.3 Origens

Não existe um momento certo na história para o surgimento do crime organizado, pois tal instituto adveio de uma evolução, desde os piratas do século XVII, das máfias italiana, japonesa e chinesas.

Desta forma a análise de seus antecedentes é importante para que se tenha a real noção do que é o Crime Organizado.

Quem mais contribuiu para o que hoje é denominado crime organizado, foram às máfias, como a Máfia Italiana que se ramifica em 3 organizações sendo a *Cosa Nostra*, *N'drangheta* e *Camorra*. Já no oriente há presença das Máfia japonesa, *Yakuza* e as Tríades na china. Todas tem uma cultura relacionada à organização, hierarquia, número elevado de pessoas, domínio territorial, que são características que se assemelham as associações criminosas.

Mas para que possua uma melhor comparação da máfia com o crime organizado, é necessário que haja uma definição do que venha a ser máfia.

Para Montoya (2007, p. 3):



A máfia é uma empresa criminosa com fins lucrativos, cujos membros são recrutados por meio da iniciação ou da captação, que recorre à corrupção, a influência e à violência para obter o silêncio e a obediência de seus membros, e daqueles que não o são para atingir seus objetivos econômicos e garantir os meios para atuar, e que possui, na maioria das vezes, uma história e uma forte implantação sociocultural local, desenvolvendo suas atividades em escala internacional.

Desta forma, pode se notar a proximidade da organização criminosa, já definida, e da máfia. Porém é de se ressaltar que esta última tem elementos próprios para que seja constituída a Família (denominação utilizada para definir a organização mafiosa).

### 3.3.1 Máfia italiana

Existem relatos de que a máfia tenha surgido em Sicília em meados do século XVII. Sua criação foi devido à omissão estatal existente no local, onde a população se encontrava abandonada.

Nas palavras de Montoya (2007, p. 6):

A Sicília foi mantida pelos seus governantes sob uma espécie de tutela, sem ter um governo autônomo e, ao mesmo tempo, sem ser um território colonial subjugado e explorado. Assim, criou-se uma forte aversão anárquica contra o sistema coercitivo ou judiciário do Estado e contra cada estrutura dominante e hierárquica. Isso autorizou seus habitantes a utilizarem, uma legítima defesa privada.

Com o passar dos anos a máfia italiana em especial a *Cosa Nostra* se tornou praticamente como um poder paralelo ao estatal, pois os seus membros somente seguiam as regras de sua Família.

Para reprimir a máfia, a Itália tipificou a conduta de tipo mafioso. Atualmente pode se observar que obteve sucesso.

### 3.3.2 China: Tong e Tríadas

Assim como na Itália a criação de organizações surgiram devido à falta da presença estatal em algumas regiões. Porém há um detalhe que difere a origem na China, é a de que neste país eles são muito mais apegados à família, eles

pensam que ter uma família para cuidá-los pode ser a diferença entre viver ou morrer (MONTROYA, 2007, p. 31).

Na China há separação das organizações Tong da Máfia das Tríadas. Onde o primeiro se baseiam no agrupamento de pessoas que se junta para prestar assistência mútua.

Na definição de MONTROYA (2007, p.32): “os Tongs podem ser definidos por uma organização que une indivíduos para prestar assistência uns aos outros por meio de um laço que inclui cerimoniais secretos e juramentos”.

Logo se percebe que em um primeiro momento não se encontra na definição que este tipo de organização cometa crimes, contudo, a ideologia deles prevêem a proteção da família, e que para isso eles passam por cima de tudo, inclusive da Lei (MONTROYA, 2007, p. 33)

Por sua vez a Máfia chinesa, representada pela Tríadas tem uma organização já voltada para prática de crimes, com graus de hierarquias e com sedes espalhadas por todo mundo, tendo fixado sua matriz em Hong Kong.

Montoya (2007, p. 37) trás como características “antigos rituais, disciplina escrita e uma história de mais de 300 anos, com uma imagem estilo Robin Hood e uma participação em política”.

Atualmente tanto as Tríadas como os Tong encontram-se em atividades, pois a China encontra uma grande dificuldade para combatê-las devido ao grande número de dialetos existentes no país que acaba dificultando a investigação criminal.

### **3.3.3 Yakuza: máfia japonesa**

A máfia japonesa vem se desenvolvendo e crescendo por vários séculos, resistindo a imperadores e governos que tentaram destruí-las.

Montoya ( 2007, p. 39) diz que :

sua habilidade para continuar deveu-se, em parte , ao ambiente social, político e econômico no qual conduziram suas operações até chegarem a se transformar no que é o denominado “ Boryokudan” ou crime organizado japonês.

Desta maneira, com o passar do tempo à máfia foi se aprimorando e se tornou no que hoje é a Yakuza. No século XVIII houve uma divisão entre os Bakutos, que eram os criminosos profissionais, e os Tekiya, que viviam do contrabando.

Os Bakutos são os responsáveis por toda lenda existente em relação ao crime organizado e máfia no Japão, Montoya (2007, p. 40) cita três costumes inerentes desta organização que caracterizou a Yakuza, quais sejam:

- a) corte de dedos (yubitsone): que ocorria toda vez que um dos integrantes descumpri-se ou desrespeita-se as ordens da organização.
- b) tatuagem: todos aqueles que ingressassem para a máfia tinham uma arco preto tatuado no braço, para demonstrar virilidade.
- c) relação paterno – filial: assim como na máfia italiana e na chinesa, há presença dessa hierarquia familiar.

A grande atuação da Yakuza é no tráfico de drogas, de armas e contrabando em si.

## **4. APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO PARA OS INTEGRANTES DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS**

### **4.1 Provas**

Primeiramente é necessário que seja feito o conceito de Provas.

Para Marinoni (2010, p. 59) “a caracterização da prova como elemento argumentativo que habilita o direito processual a dar um passo avante no aprimoramento de seus institutos e na mais acurada percepção da realidade”.

Entre outras palavras a simples definição de prova pode ser tudo aquilo que se pode trazer para o processo para que se tenha melhor percepção do que realmente aconteceu, que se aproxime mais com a verdade.

A prova no processo penal é feita para esclarecimento de fatos e buscar a verdade real, ou seja, aquela baseada na realidade.

#### **4.1.1 Da inadmissibilidade das provas proibidas**

Quando se tem como único meio probatório uma prova ilegal entram em confronto dois princípios, quais sejam o direito estatal e o da intimidade, que em regra geral o segundo prevalece frente ao primeiro, isto por força do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal.

Assim bem observa Tourinho (2009, p. 60)

Entre o interesse estatal quanto à repressão e o respeito à dignidade humana e aquela série mínima de liberdades e garantias espalhadas no nosso ordenamento jurídico o legislador optou pela última solução.

Desta forma, em regra geral, não é admitida prova obtidas por meios ilícitos, porém o princípio da proporcionalidade vem como forma de mitigação dos meios de probatórios, dando a possibilidade do juiz, em caso concreto, considerar a prova ilícita, pois a falta dessa poderia levar a evidente injustiça (TÁVORA, 2011, p 369)

Antes de comentar o princípio da proporcionalidade é necessário esclarecer a devida conceituação de prova ilícita e diferenciação da prova ilegítima.

Primeiramente é indispensável entender que há no ordenamento a prova ilícita que é aquela que viola um direito material, que ocorre no momento da colheita da prova, geralmente na etapa inquisitiva.

Como bem esclarece Capez (2011, p. 347):

Quando a prova vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta ao direito material, será chamada de ilícita. Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais.

E por sua vez a prova ilegítima que é a que afronta lei processual que ocorre no decorrer do processo

Nos ensinamentos de Lima (2011, p. 886)

A prova será considerada ilegítima quando obtida mediante violação à norma de direito processual. A título de exemplo, possamos supor que, ao ouvir determinada testemunha, o magistrado se esqueça de compromissá-la. Assim o fazendo, incorreu em violação à regra do art. 203 do CPP, dispositivo que obriga o juiz a compromissar a testemunha.

Porém, há na doutrina, que com a alteração do art. 157 do CPP dada pela lei 11.690/2008, não é necessário que seja feita a distinção de prova ilícita ou ilegítima, tendo em vista que tal dispositivo proíbe as duas hipóteses, sendo então ilícitas tanto aquela que viole direito material como o processual (CAPEZ, 2011, p. 348).

#### **4.1.1.1 Princípio da proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) surgiu no direito alemão e consiste na admissibilidade da prova ilícita como meio probatório.

Em suma, prevê que para alguns casos em concretos um princípio deve prevalecer frente a outro.

Nas palavras de Humberto Ávila (2003, p.112)

Ele se aplica apenas em situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?) o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)

A prova ilícita já vem sendo admitidas em última *ratio*, nos casos em que for a benefício do réu, se existir somente esta prova que comprove a inocência do acusado. Isto porque um dos princípios basilares do direito constitucionalista e garantista penal brasileiro é o da presunção de inocência previsto no art 5º LVII, onde “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Nesta situação é previsível que o princípio da presunção de inocência se sobressai ao poder de punir do Estado, já que uma condenação injusta iria contra todas as bases de um Estado Democrático de Direito.

Porém, a questão que é discutida é se em algum caso seria permitida a utilização de provas ilícitas *pro societate*, ou seja, ao interesse da acusação, alguém poderia ser condenado por uma prova ilícita?

O ordenamento brasileiro é claro ao dizer que não, contudo, ao se basear na teoria de Jakobs, onde aqueles delinquentes em potencial serão tratados como inimigos da sociedade, e não como cidadãos comuns, as garantias que se tratam a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, não serão aplicadas a eles, podendo então a utilização da prova ilícita para condenação.

#### **4.1.1.2 Teoria da fonte independente**

O Código de Processo Penal também proíbe a Prova ilícita por derivação, na doutrina conhecida pela teoria dos “frutos da árvore envenenada”. E são aquelas que mesmo sendo lícitas foram introduzidas ao processo por intermédio de outra prova, porém esta última colhida ilicitamente.

Como prevê do § 1º do art.157:

Art157 [...]

§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo causalidade entre umas e outras, ou quando derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Na segunda parte do dispositivo o legislador nos trouxe a hipótese da prova obtida por fonte independente. Que é aquela que foi inicialmente encontrada através de uma prova ilícita, porém se seguisse os trâmites da investigação criminal também se chegaria nessa prova, tendo assim uma fonte independente.

Nucci (2011, p. 392) exemplifica:

Imagine-se que, por escuta clandestina, logo ilegal, obtém-se a localização de um documento incriminador em relação ao indiciado. Ocorre que, uma testemunha, depondo regularmente, também indicou a polícia o lugar que se encontra o referido documento.

O § 2º do art 157 do CPP define exatamente o exemplo à cima

Art. 157. [...]

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

## 4.2 Prova e Crime Organizado

Adentrando ao Crime Organizado, o legislador se propôs a regulamentar os meios de provas para que estas não sejam consideradas como ilícitas.

Os meios para investigação que trata a lei 9034/95 são procedimentos excepcionais, que só podem ser realizados em relação à organização criminosa que aborda o art 1º. O que de certa forma relativiza algumas garantias constitucionais, como o direito de intimidade, o que para Mélia (2009, p. 71) é uma das características do direito penal do inimigo.

Percebendo então que para os integrantes das organizações criminosas há um tratamento diferenciado, assim como já previa JAKOBS (2009, p.

37) quando dizia que “o inimigo deve ser interceptado em um estado prévio.” O que justifica então a ação controlada e a infiltração de agentes. Que tem por objetivo a previa investigação e colheita de provas do que se desconfia ser uma organização criminosa.

No art 2º da lei 9034/ 95 estão mencionados os mecanismos próprios para Como se pode ver:

**Art. 2º** Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (Redação dada pela Lei nº10.217, de 11.4.2001)

I - (Vetado).

II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

IV - a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial; (Inciso incluído pela Lei nº10.217, de 11.4.2001)

V - infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. (Inciso incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

Pode-se assim relacionar os meios de provas:

- a) Ação Controlada;
- b) Acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancária, financeiras e eleitorais;
- c) Captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos;
- d) Infiltração por agentes de polícia ou de inteligência

Todas essas situações se tratam de serem exclusivas do crime organizado, e somente poderão acontecer em casos em que for comprovada a existência da organização criminosa. Ressaltando que devem ser realizadas a rigor da lei, caso contrário pode ser desconsiderada.



Por serem exceções, se forem praticadas em casos que não se tratar de crime organizado poderão ser consideradas como provas ilícitas.

#### **4.2.1 Ação controlada ou flagrante retardado**

O inciso II do art 2º da lei 9.034/95 trás o que a doutrina denomina de Flagrante Retardado e segundo este inciso:

II- a ação controlada consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz, do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informação.

O Delegado é quem comanda o flagrante retardado, onde a autoridade policial ao se deparar com estado de flagrância poderá não efetuar a prisão em um primeiro momento, para que posteriormente o faça com a justificativa de ser mais propício à investigação, tendo em vista que com a prorrogação poderá arregimentar maiores elementos probatórios, mais integrantes da organização, quiçá a liderança do grupo.

No entanto, devem-se ter indícios suficientes que comprovem que se trata de organização criminosa, pois este tipo de flagrante só é permitido neste caso, como deixou claro o art 1º da lei 9034/95.

Por ser ato discricionário da autoridade policial não se tem um lapso mínimo ou máximo de tempo para o retardamento do flagrante, tendo em vista que esta discricionariedade é “caracterizada por um juízo de oportunidade e conveniência sobre o melhor momento do ponto de vista de produção de provas” (CONSERIO, 2011, p. 54).

#### **4.2.2 Acesso a dados, documentos e informações**

O art 5º X da CF/88 assegura o direito a intimidade, entretanto, este princípio é mitigado pelo inciso III do art 2º da lei 9034/95, onde poderá, com determinação judicial, aos integrantes de organizações criminosas tenham seu sigilo quebrado.

O STF através da ADIn 1570-2 decidiu pela inconstitucionalidade do artº3 da referida lei, e que se refere ao sigilo fiscal e eleitoral do inciso III, todavia, este continua em vigor, pois a decisão que se refere a Suprema Corte é em relação ao juiz inquisidor. E em relação às informações bancárias e fiscais, já teriam sido revogados pela Lei Complementar 105/2001 que no art 1º §4º IX trata especificamente da quebra de sigilo fiscal e bancário.

Como bem observa Nucci (2011, p.285):

Esse inciso continua plenamente em vigor. A decisão do STF, proclamando a inconstitucionalidade do art 3º, em relação apenas, aos termos fiscais e eleitorais do inciso III, não significou a exclusão da possibilidade de se quebrar o sigilo nessas duas áreas. Teve por fim, coibir a figura do juiz inquisidor e entendeu que, com relação aos termos bancário e financeiras, já teria sido afastado esse cenário, em razão da edição da Lei Complementar 150/2001

Desta forma para que haja quebra de sigilo de qualquer membro de uma organização criminosa, precisa, primeiramente que esteja comprovado que ele é pertinente à organização e que esta realmente exista, posteriormente é que, com base no art 93, IX da CF/88, a decisão que decrete a quebra de sigilo seja devidamente fundamentada.

#### **4.2.3 Captação e interceptação ambiental**

Captação ambiental é a colheita de dados feita de uma pessoa por um interlocutor que não seja por telefone, podendo ser através de gravação de gravador ou filmagem, por exemplo. Neste não é necessária autorização judicial, salvo se for em ambiente privado ou uma parte pediu sigilo a outra.

Já a interceptação é a colheita de dados feita por um terceiro de duas ou mais pessoas, que também poderá ser por gravador ou filmagem ou fotografia,

caso seja em ambiente privado é necessário que haja autorização judicial para que a prova seja considerada lícita.

Segundo ensinamentos de Nucci (2010, p. 286) se em qualquer um dos casos a colheita ocorrer em ambiente público não é necessário que se tenha autorização judicial, como por exemplos, as câmeras de segurança do comércio, ou de trânsito.

#### **4.2.4 Infiltração**

A infiltração poderá ser feita por qualquer policial, seja ele federal ou estadual, ou qualquer agente de inteligência (ABIN), para que ocorra deverá ter decisão fundamentada do juiz.

Dezem (2010, p. 158):

ao determinar que a autorização seja circunstanciada, deve o magistrado indicar as circunstâncias em que se desenvolverá tal infiltração, vale dizer: em qual grupo criminoso será feita a infiltração, por quanto tempo perdurará a infiltração, qual a extensão territorial da atividade desenvolvida pelo agente infiltrado, entre outras medidas

A doutrina classifica a infiltração em simples e complexa, onde a simples é aquela que é feita com anuência da vítima e visa a elucidar o crime continuado. Já a complexa é para apuração dos crimes cometidos por organizações, que é o caso em questão. Onde o agente, seja ele policial ou de inteligência não poderá revelar e nem por em risco a sua verdadeira identidade, e serve para melhorar as investigações, pois terá o agente mais facilidades em adentrar ao campo do “inimigo” e conseguir maior número de informações que comprovem os ilícitos cometidos pela organização criminosas. (LAVORENTI, 2010 p. 324)

### **4.3 Relativizações das Garantias Processuais no Crime Organizado**

Com a Lei do Crime Organizado o legislador quis relativizar algumas garantias processuais penais para quem fosse integrante dessas organizações. Para tanto retirou a Liberdade provisória, aumentou o prazo para o encerramento da instrução, proibiu a possibilidade de apelar em liberdade, por último uma maior dificuldade para que se tenha progressão de regime além da previsão de um regime diferenciado.

Muitos se fala sobre a constitucionalidade dessas medidas, porém devem ser analisados sobre sua finalidade que é o de punir mais severamente os integrantes de organizações criminosas.

Cabe agora a explicação de cada medida, para maior entendimento e relação com o Direito Penal do Inimigo, já que uma das principais características apresentadas por Jakobs é a relativização das garantias processuais.

#### **4.3.1 Liberdade Provisória**

A liberdade provisória é instituto processual, que garante ao indiciado ou acusado aguardar em liberdade o transcurso do procedimento penal até a sentença penal condenatória transitada em julgado.

É designada para os casos de prisão em flagrante que, diferentemente, do relaxamento, serve para cobater a prisão legal, sem vício e que exija alguma garantia do beneficiário que, como principal exemplo, pode se citar a fiança.

O legislador na Lei 9034/95 decidiu, proibir esta hipótese para os integrantes do crime organizado que tenha atuação intensa e efetiva.

Então, para que haja a correta aplicação da lei, necessita entender o que o legislador quis dizer com intensa e efetiva atuação na organização criminosa.

Para Conserino (2011, p.125):

Trata-se de participação emblemática, singular, especial dentro da hierarquia da organização criminosa e que tenha tido inequívoca influência na produção dos crimes praticados pelo grupo criminoso. Parece-nos óbvio não ser qualquer participação. Faz-se necessário, realmente, uma participação marcante e determinante.

Para aqueles que só tenham uma participação corriqueira, sem exclusividade alguma, não poderá ter sua liberdade provisória vedada, claro que

com a observância do art. 310 e seguintes do CPP e uma eventual legislação especial.

Parte da doutrina considera esta vedação inconstitucional, pois para a Constituição a regra é a liberdade e a prisão à exceção, como disposto no art 5º LXVI, e na lei a situação se inverte.

Lavorenti (2010, p.330) é claro quando diz que não afronta a constituição, pois a vedação só poderá ocorrer quando estiver concretamente vinculada existência de prisão cautelar.

Deste modo não há que se falar na inconstitucionalidade da vedação, de forma que a Suprema Corte já se posicionou pela sua constitucionalidade.

#### **4.3.2 Excesso de prazo no encerramento da instrução criminal**

A Lei 9.303/06 fixou o prazo de 81 dias para réu preso e de 120 dias para réu solto, modificando assim, o texto anterior que referia há 180 dias, assim o prazo de 81 dias é que, levando em conta a duração razoável do processo, já vinha sendo aplicado na jurisprudência para crimes que são apenados com reclusão, porém, não existe regra que defina o prazo, sendo este indeterminado.

Neste dispositivo o objetivo do legislador foi dar um maior prazo para o judiciário, tendo em vista que, os delitos cometidos por organizações criminosas são na maioria das vezes complexos, por envolver sempre vários agentes e condutas.

Para Nucci (2011, p. 290) a Lei quis ser rigorosa ao fixar este prazo, porém acabou sendo benévola, já que, fixando um prazo, no tocante ao réu preso, ao terminá-lo a prisão passa-se a ser ilegal, cabendo Habeas Corpus. Devendo então o legislador retirar o prazo, deixando igual à regra geral.

#### **4.3.3 Proibição de apelação em liberdade**

O artigo 9º dispõe “O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei.”

Este dispositivo está um exemplo claro do adiantamento da punibilidade previsto por Jakobs, já que o réu, caso seja condenado, deverá ficar preso. Mais uma vez a exceção vira regra, pois aqui a prisão se faz necessária, enquanto não existe a possibilidade de liberdade, como acontece em casos normais.

Por ter virado regra, a quem discute a inconstitucionalidade. O STF ainda não pacificou o assunto, já que cada turma decide por sua convicção.

O que é pacífico é de que poderá o magistrado proibir a apelação em liberdade se este oferecer risco para ordem pública e social devido à gravidade do delito cometido.

#### 4.3.4 Regime prisional

O regime inicial será sempre fechado para os integrantes de organizações criminosas, como disposto no art 10: “Os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado”.

Neste dispositivo não há dúvida em relação a sua constitucionalidade, já que, somente o início do regime será fechado, podendo ter progressão com o cumprimento de dois quintos se o apenado for primário e de três quintos se for reincidente se cometeu crime hediondo, caso não, a regra seguirá o da Lei de Execuções Penais que será de um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento.

Há ainda a possibilidade do Regime Disciplinar Diferenciado que é previsto no art 52 da LEP:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

II - recolhimento em cela individual; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

Segundo Conserino (2011, p. 139) o RDD é definido como:

A prática de crime doloso que constitui falta grave e quando ocasiona subversão da ordem ou disciplina interna, sujeita ao preso provisório ou condenado, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, sem prejuízo da sanção penal

O STJ fixou o posicionamento da aplicação do RDD para aqueles que tenham fundados indícios de que fazem parte de organização criminosa, observando que o RDD pode ser aplicado tanto para preso condenado ou provisório. (STJ, Resp 662637/MT)

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a ideologia de acabar com os Inimigos do Estado, o jurista alemão Günther Jakobs, criou em 1985 a teoria que ele o denominou em Direito Penal do Inimigo, aperfeiçoando em 1999 na Conferencia do Milênio em Berlim, devido os atentados a Nova York, Madri e Londres, passou a defender sagradamente sua teoria.

Com isso fez uma grande análise passando pelos filósofos Rosseau, Fichte, Hobbes e Kant para poder definir o que seria pessoa e o que seria o Inimigo. E assim chegou a conclusão de que Inimigo seriam todos aqueles que não se sujeitassem as normas estabelecidas por um Estado.

Manuel Cancio Meliá ao analisar a obra concluiu que o Direito Penal do Inimigo possuíam 3 principais características que seriam: o adiantamento da punibilidade; o aumento de penas abstratas e a relativização ou exclusão das garantias processuais penais.

Passando a analisar o ordenamento Penal brasileiro se notou a presença da ideologia de Jakobs em nossas Leis, como na Lei de Drogas que trás novos tipos penais e relativização de garantias, a Lei do Crime Organizado que trata diferentemente quem faz parte de associações criminosas, A Lei dos Crimes Hediondos que pune mais severamente aqueles que cometerem os crimes nela elencados, e por ultimo a Lei do Abate, que trás a punição com pena de morte em casos particulares.

Em um aspecto geral ha divergência da aplicação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento brasileiro é baseado em muitas críticas, porem não tem como discutir com a realidade já imposta pelas Leis em vigor, deste modo, temos que começar a nos acostumar com a ideia de conviver com o 'Inimigo' e de Leis para eles serão cada vez mais frequente.

Adentrando ao Crime Organizado, no Brasil, não há existência de uma definição pacífica do termo organização criminosa, porém a jurisprudência e a doutrina tenta tampar a lacuna que o legislador deixou.



A definição que melhor se adéqua a crime organizado é a de ser uma associação empresarial de qualquer número de pessoas que tenham como principal objetivo a prática de crimes com o fim de obter lucros e vantagens de qualquer espécie.

Porém, ao tratar de criminalidade transnacional a definição que se deve ser a da Convenção de Palermo, tendo em vista que o Brasil ratificou o tratado e se sujeitou as suas regras.

A aplicação da teoria de Jakobs com o fim de erradicar o crime organizado pode se dar pela aplicação de suas características, quais sejam: o adiantamento da punibilidade, a previsão de penas abstratas mais altas e a relativização ou exclusão de garantias processuais.

Trazendo isso para o ordenamento nacional não é difícil de vislumbrar que na Lei de Crime Organizado houve a aplicação da teoria, pois com os meios de investigações específicos a aplicação do Princípio da proporcionalidade, a vedação de liberdade provisória, a proibição de apelar em liberdade.

Talvez as Leis não acabe com a criminalidade, talvez as Leis não reprima os delinquentes, talvez as Leis não punam com tanta eficiência como desejado, porém, o que não pode acontecer, é que os Inimigos tomem conta da sociedade.

## BIBLIOGRAFIA

ARTEIRO, Rodrigo Lemos. **Anotações de aula de Processo Penal II**. Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente, 2010.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3ª Ed, São Paulo : Malheiros editora, 2003.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010

BINATO JUNIOR, Otávio, **Do estado Social ao estado Penal: o Direito Penal do Inimigo como novo Parâmetro de Racionalidade Punitiva**, Dissertação (mestrado)- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004, promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm)>. Acesso em: 22 Set. 2011

BRASIL. Projeto de Lei n.º 150 de 23 de maio de 2006. Dispõe sobre a repressão ao crime organizado e dá outras providência. **Portal Atividade Legislativa**. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=77859](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=77859)> acesso em: 22 set. 2011.

BRASIL. Projeto de Lei n.º 3731 de 17 de março de 1997. Dispõem sobre alteração da Lei 9.034/95. **Projeto de Lei e Outras Proposições**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20125>>. Acesso em: 22 set. 2011.

BRASIL. Projeto de Lei n.º 7223 de 22 de outubro de 2002. Dispõem sobre alteração da Lei 9.034/95. **Projeto de Lei e Outras Proposições**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=89470](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=89470)>. Acesso em: 22 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Trancamento da ação. *Habeas-corpus* n.º 96.007, da 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 7 de outubro de 2008. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+96007%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 10 ago. 2011

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**, 18ed, São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal. Legislação Penal especial**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONSERINO, Cassio Roberto. **Crime Organizado e Institutos Correlatos**. São Paulo: Atlas, 2011.  
**da Lei 9.034/95**). Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Legislação Penal Especial**. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2919>>. Acesso em: 20

GARCIA MARTÍ, Luis. **O horizonte do finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Crime Organizado: enfoques criminológicos, jurídico (lei 9.034/95) e político criminal**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997

GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei nº10. 217/01?** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2919/crime-organizado-que-se-entende-por-isso-depois-da-lei-no-10-217-01>> . Acesso em: 15 set 2011

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**, disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>>. Acesso: em 01 maio. 2011

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal v.1**, 13ed, Niterói: Impetus, 2011

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**, 12ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**, 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. PORTO ALEGRE: Livraria do Advogado, 2009.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes parte 1 Princípios Metafísico da Doutrina do Direito**. Lisboa- Portugal: Edições 70, 2006.

LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da; BONINI, Paulo Rogério. **Leis Penais anotadas**, 11ed, Campinas: Millennium Editora, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal, vol. 1**, Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **PROVA**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MENDORINI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado. Aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002

MONTOYA, Mario Daniel. **Máfia e crime organizado**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida, **A Terceira Velocidade do Direito Penal: Direito Penal do Inimigo**, Dissertação de Mestrado apresentada para a Faculdade De Direito Pontifícia Católica de São Paulo, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do Direito Penal**. CURITIBA: JURUÁ, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**, 7ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Código de processo penal comentado**, 9ed. São Paulo, 2009.

\_\_\_\_\_. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, 4ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Editora Martin Claret LTDA, 2006.

SANTOS, Jurandir José. . **Anotações de aula de Processo Penal III**. Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente, 2011.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosimar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, 5ed, Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal- volume 1**, 31ed, São Paulo: Saraiva, 2009

**ANEXO A-** Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995.

**Presidência da República**  
**Casa Civil**  
**Subchefia para Assuntos Jurídicos**

**LEI Nº 9.034, DE 3 DE MAIO DE 1995.**

Mensagem de veto

Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

CAPÍTULO I

Da Definição de Ação Praticada por Organizações Criminosas e dos Meios Operacionais de Investigação e Prova

~~Art. 1º Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando.~~

Art. 1º Esta Lei define e regula 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. (Redação dada pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

~~Art 2º Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:~~

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (Redação dada pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

I - (Vetado).

II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize

no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial; (Inciso incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. (Inciso incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

## CAPÍTULO II

### Da Preservação do Sigilo Constitucional

Art. 3º Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. (Vide Adin nº 1.570-2).

§ 1º Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo.

§ 2º O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc.

§ 3º O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos à mesma, e estão sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação.

§ 4º Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz.

§ 5º Em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar

vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça.

### CAPÍTULO III

#### Das Disposições Gerais

Art. 4º Os órgãos da polícia judiciária estruturarão setores e equipes de policiais especializados no combate à ação praticada por organizações criminosas.

Art. 5º A identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil.

Art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

Art. 7º Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa.

~~Art. 8º O prazo máximo da prisão processual, nos crimes previstos nesta lei, será de cento e oitenta dias.~~

Art. 8º O prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto. (Redação dada pela Lei nº 9.303, de 5.9.1996)

Art. 9º O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei.

Art. 10 Os condenados por crime decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado.

Art. 11 Aplicam-se, no que não forem incompatíveis, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal.

Art. 12 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 13 Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 3 de maio de 1995; 174º da Independência e 107º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO  
*Milton Seligman*

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 4.5.1995