

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

FACULDADE DE DIREITO

**DIREITO PENAL DO INIMIGO EM COMBATE AO PODER PARALELO
DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS**

Camila Sartorelli Balotari

Presidente Prudente/SP

2013

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

FACULDADE DE DIREITO

**DIREITO PENAL DO INIMIGO EM COMBATE AO PODER PARALELO
DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS**

Camila Sartorelli Balotari

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

Presidente Prudente/SP

2013

DIREITO PENAL DO INIMIGO EM COMBATE AO PODER PARALELO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

MARCUS VINICIUS FELTRIM AQUOTTI

FLORESTAN RODRIGO DO PRADO

FRANCISCO JOSÉ DIAS GOMES

Presidente Prudente, 9 de Novembro de 2013.

"As leis são como as teias de aranha que apanham os pequenos insetos e são rasgadas pelos grandes."

Sólon

Dedico este trabalho aos meus pais, Valter e Renata.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por tudo.

Aos meus pais por ser um exemplo em minha vida, por sempre depositarem confiança em minhas conquistas e se orgulharem delas.

Ao meu orientador Marcus Vinicius, por transmitir seu conhecimento com sabedoria e humildade que lhe é característico.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objeto análise o organismo das Organizações Criminosas, as quais se consubstanciam em nítido Poder Paralelo inserido em meio ao Estado Democrático de Direito, desafiando-o. Procura-se estabelecer como o Estado, através da persecução penal, pode e deve agir, sobretudo com a finalidade de inibir o chamado “crime organizado”, face ao patente sentimento de vulnerabilidade da sociedade e descrédito desta perante aquele. Não obstante tal cenário é cediço que a sociedade detém – à luz da Constituição e do próprio espírito emanado pelo Estado Democrático de Direito – direito à segurança e à satisfatória tutela jurisdicional, objetivando resguardar seus mais variados bens jurídicos. Desta feita, à luz de tais considerações, insta trazer à colação as causas do surgimento, evolução e concretização das Organizações Criminosas, bem como seus elementos e principais características, e também, à guisa de possível (e pertinente) solução, trazer à baila uma análise da teoria capitaneada por Günther Jakobs, denominada “Direito Penal do Inimigo”.

Palavras-chave: Organização Criminosa. Poder Paralelo. Direito Penal do Inimigo. Proporcionalidade. Lei 12.850/2013

ABSTRACT

This monograph has as objective analysis of the body Criminal Organizations, which are embodied in sharp Parallel Power inserted in the midst of a Democratic State, challenging him. We seek to establish how the State , through the prosecution , can and should act, especially for the purpose of inhibiting the so called "organized crime" against the patent sense of vulnerability of society and discredit this before that. Notwithstanding such a scenario is that society holds musty - the light of the Constitution and the very spirit emanated by a Democratic State - right to safety and satisfactory judicial protection, aiming to safeguard its various legal interests. This time, in the light of such considerations, calls to bring into play the causes of the emergence, evolution and implementation of Criminal Organizations, as well as its main features and elements, and also by way of possible (and relevant) solution, to bring up one theory analysis captained by Günther Jakobs, called "Criminal Law of the Enemy".

Keywords: Criminal Organization. Parallel Power. Criminal Law of the Enemy. Proportionality. Law 12.850/2013

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 CRIME ORGANIZADO.....	11
2.1 Conceito.....	11
2.2 Origem e Evolução.....	15
2.3 Características e Atuação.....	17
2.4 Distinção: Organização Criminosa, Quadrilha ou Bando e Associação Criminosa.....	20
3 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.....	24
3.1 Organizações Criminosas no Mundo.....	24
3.1.1 Itália.....	24
3.1.2 Estados Unidos da América.....	26
3.1.3 Japão.....	27
3.1.4 China.....	27
3.1.5 Rússia.....	28
3.1.6 Colômbia.....	29
3.2 Organizações Criminosas no Brasil.....	29
3.2.1 Estado do Rio de Janeiro.....	30
3.2.2 Estado de São Paulo.....	32
4 PODER PARALELO.....	34
4.1 Clientelismo.....	35
4.2 Corrupção.....	37
5 DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	40
5.1 Considerações.....	40
5.2 Características.....	43
5.3 Postulado da Proporcionalidade.....	44
5.4 Combate às Organizações Criminosas.....	48
6 CONCLUSÃO.....	51
BIBLIOGRAFIA.....	53

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfocou o tema criminalidade organizada como fenômeno jurídico e social.

A escolha do presente tema, objeto de estudo, justifica-se pela relevância jurídica e social do assunto. O veemente crescimento da criminalidade nos últimos tempos fere diretamente as diretrizes do Estado Democrático de Direito deixando a sociedade desprotegida e desacreditada.

Tal fato não se dá à criminalidade pura e simplesmente, e sim às Organizações Criminosas que atuam como um poder paralelo ao Estado que ora parece ter-se intimidado, assumindo uma posição omissa perante às destemidas ações e ataques diretos de tais grupos, ora corrompe-se e torna-se um de seus integrantes.

Diante de tal problemática, objetivou-se analisar o Direito Penal do Inimigo como possível solução ou pelo menos amenização do fenômeno intitulado crime organizado, sobretudo com o advento da Lei 12.850/13.

No capítulo 2 do trabalho, buscou-se expor um conceito genérico do que vem a ser organização criminosa, especialmente a definição legal recentemente trazida pela Lei 12.850 de 2013. Foi explanado um breve histórico sobre a origem e evolução dessas organizações criminosas ao redor do mundo, bem como suas principais características e maneiras de atuação, as quais permitem distingui-las de uma mera quadrilha ou bando ou associação criminosa.

No capítulo 3 discorreu-se sucintamente sobre determinadas organizações criminosas ao redor do mundo e no Brasil, abordando as principais características e peculiaridades de cada uma.

Já no capítulo 4, enfatizou-se os fatores que contribuem para instituição de um poder paralelo pelos membros das facções criminosas.

Por fim, no capítulo 5, discorreu-se sobre as características do Direito Penal do Inimigo e sua possível aplicação por meio do Postulado da Proporcionalidade. Após fez-se uma análise acerca das inovações trazidas pela lei

12.850/13 como resquício de perspectiva do eficaz combate às Organizações Criminosas.

O método principal adotado para abordagem do assunto foi o dedutivo. Utilizaram-se como métodos acessórios o histórico e o comparativo. Como técnicas de pesquisa foram utilizadas bibliografias (livros, doutrinas, jurisprudências e internet) e documentos (leis em geral).

2 CRIME ORGANIZADO

O estudo do crime remonta aos tempos antigos, em que sempre se buscou encontrar as causas da delinquência, compreender a personalidade do criminoso e tentar ressocializá-lo para convívio em sociedade.

Ocorre que com o passar dos anos, surgiu um fenômeno, que não é tão recente, e vem se afirmando e se aperfeiçoando cada vez mais: o Crime Organizado. Essa engenhosa modalidade de cometer delitos talvez precise de uma nova ciência para estudá-la, pois supera os conceitos obtidos pela criminologia convencional, preocupada apenas com um ou poucos criminosos envolvidos esporadicamente na prática delituosa.

2.1 Conceito

O conceito é um dos principais empecilhos no estudo do crime organizado. Há diversas definições sobre o assunto, em especial para a sociedade em geral, que é vítima da insegurança trazida pelas atividades ilícitas desses grupos.

Quando se aborda o crime organizado, vem à cabeça da maioria da população a ideia de um grupo de pessoas reunidas para cometer delitos conjuntamente. Porém, se constatará adiante que a definição de Organização Criminosa não é tão simples e vai muito além disso.

No Brasil, onde vigora o Princípio da Legalidade, a própria legislação deveria incumbir-se de conceituar diversos fenômenos objeto de estudo do direito, dentre eles o crime organizado. Isso traria maior segurança jurídica e celeridade na correta aplicação jurisdicional.

Embora o projeto de lei fique engavetado por anos, a legislação brasileira quase sempre é feita às pressas, ocasionando a elaboração de leis

extensas em palavras, porém enxutas e omissas quanto ao conteúdo necessário. É o caso da Lei nº 9.034 de 1995 que regulamentou alguns meios operacionais para prevenção e repressão às ações praticadas por organizações criminosas, mas não trouxe sua definição.

Por muito tempo o conceito de organização criminosa ficou a cargo dos doutrinadores, até que o primeiro conceito legal foi estruturado no artigo 2º da Lei Federal nº 12.694 de 2012 que a definiu como sendo:

[...] associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Recentemente, foi promulgada a Lei Federal nº 12.850 de 2013 que revogou a Lei nº 9.034 de 1995, regulamentando a investigação e o procedimento criminal com relação às Organizações Criminosas, definindo-as em seu artigo 1º, parágrafo 1º como:

[...] associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Ao passo que se faz necessário uma definição legal para concretizar a segurança jurídica no ordenamento, ao mesmo tempo essa definição se torna engessada, limitando seu alcance, conforme observa Marcelo Batlouni Mendroni (2007, p. 9):

[...] não se pode engessar este conceito, restringindo-se a esta ou àquela infração penal, pois elas, as organizações criminosas, detêm incrível poder variante. Elas podem alternar as suas atividades criminosas, buscando aquela atividade que se torne mais lucrativa, para tentar escapar da persecução criminal ou para acompanhar a evolução mundial tecnológica e com tal rapidez, que, quando o legislador pretender alterar a Lei para amoldá-la à realidade – aos anseios da sociedade -, já estará alguns anos em atraso. E assim ocorrerá sucessivamente.

O ilustre doutrinador ainda acrescenta:

Não se pode definir para atribuir características rígidas, com formas preestabelecidas. Aliás, tolice é a definição legal, pois, como dito, em um país como o Brasil existirão diferentes organizações criminosas com distintos modus operandi conforme a deficiência estatal da região que adotem para operar. (MENDRONI, 2007, p. 10)

Conceituando e caracterizando ao mesmo tempo, Guaracy Mingardi (1998, p. 82/83) define organização criminosa da seguinte maneira:

Grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas e o controle pela força de determinada porção de território.

Como se pode observar, o ponto marcante para definir esse grupo de pessoas que se unem com a finalidade de abalar estruturalmente o Estado, impondo sua força, está na palavra organização.

Em sua obra Marcelo Batlouni Mendroni (2007, p.5) realça que delinquência organizada é aquela que:

[...] infiltra-se sorrateiramente no subterrâneo estatal ou, revestindo-se de sereia fora d'água, que esconde a cauda de escorpião e golpeia violentamente a inocência popular, ou, travestida de 'colarinhos brancos', apresenta-se como idônea, quando carrega no sue interior inigualável tumor maligno.

Além de organizadas e hierarquizadas, as organizações apresentam lesividade não só aos bens jurídicos individuais, como também aos bens jurídicos coletivos. Acerca do tema, discorre Marcelo Valdir Monteiro (2008, p. 218):

Já a criminalidade organizada pressupõe uma potencialidade lesiva muito maior para a sociedade do que os crimes individuais. Isto se deve ao fato de que a criminalidade, assim como a sociedade, evoluiu. A criminalidade moderna vem ao encontro da criminalidade organizada [...], pois os crimes são das mais diversas espécies, lesionando além dos bens jurídicos individuais, também os bens coletivos e para isso utilizam-se das facilidades tecnológicas existentes, de divisão de trabalho, corrupção policial, judicial e/ou política etc.

Ao que se observa, a população tem uma errônea visão do que realmente seja uma organização criminosa, tendo como conceito formado de que se trata de um grupo reunido com o intuito de cometer crimes. Apenas com essa definição, facilmente se confundiria as Organizações Criminosas com uma Quadrilha ou Bando que configura delito autônomo previsto no artigo 288 do Código Penal, agora com *nomen juris* de Associação Criminosa dado pelo artigo 24 da Lei 12.850/13.

É necessário entender e saber diferenciar esses três institutos, o que será feito em tópico próprio. Mas já adiantando, Marcelo Batlouni Mendroni (2007, p. 20) destaca alguns pontos peculiares que diferenciam uma quadrilha de uma Organização Criminosa:

[...] uma quadrilha que reúna quatro ou cinco componentes estabelece que terá como móvel principal a prática de assalto a bancos. Combinam a agência vítima, armam-se, preparam precariamente o plano e executam. Já uma verdadeira organização criminosa com a mesma finalidade teria o cuidado de estudar o esquema de vigilância da agência bancária, perceber os dias de maior movimentação financeira, tentar arrebanhar algum funcionário para atuar como co-autor – que trará dados mais concretos de locais, segredos de cofres etc., planejar a exata atividade de cada integrante, procurar forma de evitar o sinal de alarme etc.

Ressalta-se que a expressão “Crime Organizado” é equivocada, uma vez que crime organizado na verdade não existe. O que existe é a Organização Criminosa. No entanto serão utilizadas diversas expressões, tais como crime organizado, organizações, facções ou associações criminosas, para se reportar a este fenômeno.

2.2 Origem e Evolução

Para uma melhor análise do crime organizado é imprescindível compreender, além do conceito, sua origem e desenvolvimento ao longo do tempo.

As organizações criminosas remetem à Antiguidade, embora não com as mesmas características atuais. Não há um marco histórico quanto ao seu nascedouro, sendo diversas pesquisas acerca do tema para se chegar à real origem da criminalidade organizada no mundo.

Com a própria evolução da sociedade e seus processos de globalização bem como a revolução industrial, além de otimizarem as relações interpessoais por meio da tecnologia, traz como consequência, também, a evolução do crime. Enquanto o Direito Penal preocupava-se tão somente com crimes locais individuais ou no máximo com poucos autores envolvidos, com o passar dos anos teve de se preocupar com o crime dito organizado, este com alcance que ultrapassa fronteiras.

Antes mesmo de se falar nas poderosas máfias mundiais, Mingardi (1998, p. 47/48) traz umas das quadrilhas pioneiras na atuação em conjunto, liderada por Louis Mandrin, chamado de Reis dos Contrabandistas na França, pois comandou centenas de homens contra os guardas aduaneiros. Faz menção ainda aos piratas dos séculos XVII e XVIII que roubavam mercadorias, tinham receptadores e portos seguros esquematizados.

Com características mais atuais e inerentes às Organizações Criminosas surgem as Máfias mundiais, em especial as consagradas na Itália, Japão e China.

Essas associações tiveram início no século XVI como movimentos de proteção contra arbitrariedades praticadas pelos poderosos e pelo Estado, em relação a pessoas que geralmente residiam em localidades rurais, menos desenvolvidas e desamparadas de assistência dos serviços públicos. (SILVA, 2009, p. 3)

Pode-se afirmar que essas associações mundiais deram início ao que se denomina hoje de Organizações Criminosas, pois representaram um modelo para que diversas facções existentes atualmente, inclusive no Brasil, se desenvolvessem e aperfeiçoassem a maneira de atuação, para da melhor forma atingir seus objetivos e permanecer impunes.

Generalizando, como regra básica, Silva (2009, p. 14) aponta que a maioria das organizações criminosas teve sua origem a partir de movimentos populares, com a adesão da população e conivência de agentes estatais, impondo sua lei por meio da violência e ameaça sobre delatores e grupos concorrentes.

Conclui Marcelo Valdir Monteiro (2008, p. 230) que:

O temido crime organizado muitas vezes surge de forma nada organizada, mas como o Estado mostra-se incapaz de cumprir o seu papel de reprimir este tipo de criminalidade, ele floresce e encontra campo fértil para seu desenvolvimento e aprimoramento. A ausência do Estado nas áreas básicas da necessidade humana, como por exemplo educação, saúde, lazer e moradia, favorece a atividade criminosa que consegue angariar cada vez mais adeptos que percebem a impunidade dos criminosos.

Guaracy Mingardi (1998, p. 84) salienta que podem existir ao menos quatro formas de se originar as organizações criminosas:

- 1) Na cadeia, a partir de uma liga de presos. Como o Comando Vermelho e a Comorra;
- 2) Pela união de pequenas quadrilhas, criando um conselho ou empossando um chefão, como a Yakuza;
- 3) Através de laços de sangue que unem grupos numa terra dominada por estranhos, num modelo parecido com o da Máfia de New York.
- 4) Pela união de grupos interessados na manutenção do monopólio de uma mercadoria ou serviço, como o Cartel de Cali.

Nota-se que o crime organizado pode ter diversas origens e meios de desenvolvimento, dependendo do local de seu nascedouro. A abordagem mais detalhada sobre a origem das principais organizações criminosas será feita em capítulo específico.

2.3 Características e Atuação

Muito embora existam diversas organizações criminosas espalhadas pelo mundo, cada qual atuando de maneira própria a se adequar às suas necessidades, há elementos caracterizadores comuns a estes grupos que permitem identificá-los.

É o que reconhece Lavorenti (2000, p. 19) ao apontar que “as organizações criminosas possuem características que são comuns a todas as organizações e que lhes propiciam um arcabouço próprio de atuação” e traz como características a organização empresarial, hierarquia estrutural, divisões de funções e obtivo de lucro.

A hierarquia está intimamente relacionada à divisão de tarefas no grupo criminoso. Através da estrutura hierárquico-piramidal, que teve origem nas famílias mafiosas italianas, detalhada por Marcelo Batlouni Mendroni (2007, p. 14) existem pelo menos três níveis distintos. São eles:

a) Chefes: São pessoas que ocupam cargos públicos com posição social privilegiada e possuem muito dinheiro. Muitas vezes existe também o Subchefe, que tem como tarefa básica, repassar a ordem aos Gerentes e tomar decisões na ausência do Chefe que é o único comandante, pois adotam o “sistema presidencialista”.

b) Gerentes: Pessoas que desfrutam de confiança do chefe. São responsáveis por receberem as ordens e transmiti-las aos “aviões” para execução, salvo algumas hipóteses em que os próprios gerentes podem ser designados para executar determinadas atividades. Atuam também como “laranjas”, uma vez que empresas e transações são feitas em seus nomes.

c) Aviões: Pessoas com qualificações específicas para cada tipo de função que exige a atividade delitativa da associação. São eles que executarão os comandos ordenados pelo chefe, devido à sua especialidade criminosa.

A divisão de tarefas é estabelecida de acordo com o ramo explorado pela organização criminosa. A divisão estratégica das funções dificulta a repressão estatal e permite a impunidade dos “cabeças”, já que na maioria da vezes, geralmente só os subalternos são punidos.

Eduardo Araujo da Silva (2009, p. 19) relaciona estas duas características – hierarquia e divisão de tarefas – da seguinte forma:

A divisão de tarefas nesses grupos segue a estrutura empresarial, pois em sua base há elevado número de ‘soldados’, responsáveis pelas mais variadas atividades, os quais são gerenciados regionalmente por integrantes de média importância que, por sua vez, são comandados e financiados por um *boss*, que não raras vezes se utiliza de sofisticados meios tecnológicos para integrar todos os seus membros.

Tomando como exemplo, uma facção que explore o tráfico de entorpecentes detém alta complexidade de organização por compreender inúmeras tarefas que vão desde a plantação, refino, industrialização até a revenda da droga. Esse esquema engloba uma grande cadeia de pessoas envolvidas, em que apenas as “mulas” (pessoas que transportam e repassam a droga) têm sobre elas exercido o *jus puniendi* do Estado.

Conforme se pode observar, as Organizações Criminosas fazem *jus* ao substantivo “organização”, pois atuam como verdadeiras “empresas” direcionadas para a prática de delitos, mantendo uma hierarquia e definindo setores para cada tipo de atividade.

Em sua obra, Guaracy Mingardi (1998, p. 33/34) traz a ideia de organizações criminosas que a imprensa passa à população através de suas manchetes:

[...] dirigiam verdadeiras empresas, controlavam o tráfico mesmo presos, tinham um sistema contábil, dirigiam uma república, mantinham um verdadeiro poder político, eram potentados que governavam mesmo após a morte, convocavam entrevistas, usavam táticas de guerrilha e investiam no social.

Outra característica marcante é a restrição dos membros de uma organização delincente. É uma condição imprescindível para preservação e sobrevivência do grupo. Segundo Mendroni (2007, p. 15/16), a entrada de um membro para o grupo se dá por parentesco ou através de indicação de outros membros. Além disso, analisa-se a disposição para cometer crimes, obedecer a regras, seguir ordens e manter segredos.

O domínio territorial é também marca registrada das Organizações Criminosas. É o que faz estabelecer o poder do grupo sobre uma determinada população local, intimidando-a ou certas vezes caindo nas graças da comunidade. Algumas organizações estendem seu domínio local podendo ultrapassar até regiões, estados e países.

Sem dúvidas a característica mais peculiar do crime organizado é sua finalidade de obter dinheiro fácil através da prática de delitos. Porém, de acordo com Silva (2009, p. 16), como o lucro advindo do crime é ilícito, isso leva a organização criminosa a legalizar as vantagens pecuniárias através da lavagem de dinheiro para que os lucros obtidos retornem licitamente ao mercado financeiro. Isso representa um problema para as organizações criminosas, mas que está sendo facilmente superado devido à existência de “paraísos fiscais”, países em que não há fiscalização da origem do dinheiro, como por exemplo, Uruguai, Panamá, Ilhas Virgens, Bahamas, entre outros, em que é feita a legalização do dinheiro.

As grandes Organizações Criminosas atuam em diversos “ramos” de crimes, pois “não podem se dar ao luxo de depender de apenas uma atividade criminosa” (MENDRONI, 2007, p. 17). Os delitos mais comuns são o tráfico de drogas, roubo de carros, roubo de cargas, jogo do bicho, tráfico de armas, tráfico de pessoas e todos estes crimes envolvem a lavagem de dinheiro.

Além do mais, possuem regras próprias, fazem uso de violência para intimidar tanto a população quanto seus membros, e ainda, mesclam atividade lícitas com ilícitas, como por exemplo, venda de drogas num bar ou outro lugar qualquer.

Estas são as características e formas de atuação mais comuns encontradas nas Organizações Criminosas, permitindo distingui-las de uma Associação Criminosa ou de uma Quadrilha ou Bando, o que será abordado no tópico a seguir.

2.4 Distinção: Organização Criminosa, Quadrilha ou Bando e Associação Criminosa

De tudo até agora estudado, conceito, origem e características, importante se faz diferenciar estes três institutos: Organização Criminosa, Quadrilha ou Bando e Associação Criminosa.

A quadrilha ou bando caracteriza delito autônomo previsto no artigo 288 do Código Penal:

Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

Com o advento da nova lei do crime organizado, foi alterado o tipo penal em questão passando a ter como *nomen juris* “Associação Criminosa”:

Art. 288. Associarem-se 3 ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 a 3 anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

A pena prevista em abstrato permanece inalterada. A principal modificação foi em relação ao número mínimo exigido para caracterização do tipo penal, reduzindo-se de 4 para apenas 3 pessoas. Assim, realizar-se-á uma análise conforme estudos lançados acerca da quadrilha ou bando.

A palavra “associação” indica permanência e estabilidade e a prática se destina ao cometimento de crimes de forma indeterminada, não se englobando a prática de contravenções, dada a interpretação restritiva do tipo penal.

O bem jurídico aqui tutelado é a paz pública. O sujeito passivo é a coletividade, enquanto o ativo pode ser qualquer pessoa, pois se trata de crime comum. Para sua configuração, deve, porém, ser formado, agora, por no mínimo 3 pessoas já que é crime de concurso necessário, podendo-se contar até os integrantes que eventualmente conseguiram fugir e os inimputáveis para sua tipificação.

Neste sentido:

[...] os inimputáveis devam ser incluídos pra o fim de se atingir o número mínimo de associados, posto que a lei fala em associação de pessoas, incluindo menores de dezoito anos e aquelas incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento. (TOURINHO, 2003, p. 39)

A consumação se dá com a mera associação com o fim de cometer crimes, portanto estará configurado o crime previsto no artigo 288 do Código Penal, mesmo que a Associação não tenha cometido crime algum. O objetivo é evitar a própria prática de crimes.

José Lafaieti Barbosa Tourinho (2003, p. 43) destaca as hipóteses de configuração do crime de quadrilha ou bando:

[...] pode se ter configurado o crime de quadrilha ou bando na hipótese de objetivo de prática de crimes indeterminados, ou quando exista um programa criminoso bem definido, para a prática de mais de um crime, desde que presentes os demais requisitos exigido pelo tipo, a afastar a hipótese de mero concurso de agentes.

Caso a quadrilha se destine a praticar crimes hediondos, será aplicada a pena prevista no artigo 8º da Lei 8.072/1990, sem prejuízo do parágrafo único do artigo 288 do Código Penal.

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Embora equiparado a crime hediondo, caso 2 ou mais pessoas associem-se para praticar tráfico ilícito de entorpecentes, não serão punidas pelo artigo 8º da Lei 8.072/1990 e sim pelo artigo 35 da Lei 11.343/2006 (lei de drogas) que definiu Associação Criminosa para este fim específico:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:
Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.
Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Observa-se que assim como as quadrilhas ou bando, as associações criminosas previstas na lei de drogas também caracterizam delito autônomo, podendo ser punidas pela mera associação.

A diferença entre estes dois crimes está no número de pessoas e na finalidade. Enquanto na quadrilha exige-se no mínimo 3 pessoas com o fim de cometer crimes indeterminados, na associação criminosa o número mínimo cai para apenas 2 integrantes com finalidade específica prevista em lei: cometer crimes previstos nos artigos 33, caput e parágrafo 1º e artigo 34 da lei de drogas.

Marcelo Batlouni Mendroni (2007, p.12) diferencia quadrilha de uma organização criminosa, exemplificando-as:

[...] quatro pessoas se reúnem e combinam assaltar bancos. Acertam dia, local e horário em que se encontrarão para o assalto. Decidem funções de vigilância e execução entre eles e partem. Executam o crime em agência bancária eleita às vésperas. Repetem a operação em dias quaisquer subsequentes. Formaram bando, ou quadrilha. Se, ao contrário, as pessoas reunidas planejam – de forma organizada – os assaltos, buscando informações privilegiadas preliminares – como por exemplo estudar dias e horários em que determinada agência bancária contará com mais dinheiro em caixa, a sua localização na agência, a estrutura da vigilância e dos alarmes, planejar rotas de fuga, infiltrar agentes de segurança, neutralizar as câmeras filmadoras internas etc. -, esse grupo poderá ser caracterizado como uma organização criminosa voltada para a prática de roubos a bancos.

Observa-se que a principal distinção entre quadrilha ou bando e uma Organização Criminosa, além do número mínimo exigido para sua configuração, está exatamente no nome do segundo instituto: organização.

O delito tipificado como Organização Criminosa está previsto no artigo 2º da Lei 12850/13:

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Com a recente tipificação por parte do legislador do crime autônomo de “Organização Criminosa”, necessário algumas considerações. Trata-se de um crime

formal, aperfeiçoando-se com a mera conduta de promover, constituir, financiar ou integrar uma organização criminosa.

O bem jurídico tutelado, assim como no delito de associação criminosa, é a paz pública. Por ser um crime comum, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, sendo a coletividade o sujeito passivo. É um crime plurissubjetivo, ou seja, de concurso necessário. Por fim, assevera-se tratar de crime permanente, permitindo-se o flagrante de seus membros a qualquer tempo.

Ao passo que uma associação criminosa (artigo 288 CP) deve reunir necessariamente pelo menos 3 pessoas simplesmente para o fim de realizar crimes indeterminadamente, as Organizações Criminosas, de acordo com o conceito da Lei 12.850 de 2013, configuram-se com no mínimo 4 agentes, que possuem o fim de cometer infrações indeterminadas cuja pena máxima seja superior a 4 anos, porém com uma peculiaridade: atuam quase que conforme uma empresa com hierarquia, divisão de tarefas e prévio estudo antes de agir.

Conclui-se que os três institutos aqui diferenciados são quase que totalmente diferentes, a não ser pela finalidade genérica de ambos: associarem-se para cometer delitos.

3 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Neste capítulo serão abordadas as principais Organizações Criminosas reconhecidas em alguns países do mundo e também as que se fazem presentes no Brasil, expondo as principais características e maneira de atuação, bem como os fatores que levaram ao surgimento de cada uma.

3.1 Organizações Criminosas no Mundo

Ao redor do mundo, cada país esboçou um histórico que determinou o surgimento dessas organizações criminosas.

Em alguns lugares a origem deu-se devido à arbitrariedade praticada pelos governantes, e em outros justamente pela falta de atuação destes, fazendo com que a população buscasse melhores condições sociais. Não se pode olvidar que todas passaram a usar a associação para cometer delitos indiscriminadamente e assim obter lucros fáceis e exorbitantes com a atividade ilícita.

As máfias que surgiram em diversos países do mundo serviram de ilustração para as organizações criminosas no Brasil.

A seguir será relatado um breve histórico do surgimento e algumas características das organizações criminosas em determinados países.

3.1.1 Itália

As Máfias Italianas são consideradas as precursoras da criminalidade organizada, servindo de inspiração para as demais organizações criminosas do mundo.

Primeiramente, cumpre destacar que o termo máfia significa “grupo organizado cuja atividade é ilícita ou criminosa” (Grande Enciclopédia Larousse

Cultural, volume 15, p. 3728). O conceito é genérico, mas pode-se dizer que Máfia é uma espécie do gênero Organização Criminosa.

A mesma Enciclopédia (volume 15, p. 3728) traz também o termo Máfia referindo-se especificamente a que surgiu na Itália, na região da Sicília:

Rede de associações secretas sicilianas decididas a assegurar a justiça com as próprias mãos e a impedir, dessa forma, o exercício da justiça oficial. A Máfia desenvolveu-se nos anos 1820-1848, sob a influência dos grandes proprietários de terras, que defendiam, assim, seus interesses contra os pequenos camponeses. Seu foco principal era Palermo. No séc. XX, a Máfia estendeu-se a outras cidades e orientou-se para o controle de diversas atividades ilícitas, em ligação com seu ramo norte-americano, a *Cosa Nostra*.

A Máfia Italiana, segundo Silva (2009, p. 4), teve sua origem a partir de um movimento de resistência dos camponeses contra o rei de Nápoles, que em 1812 baixou um decreto que abalou a estrutura agrária e reduziu os privilégios feudais.

Assim, “surge, no sul da Itália, um grupo de trabalhadores que se uniu visando a reforma agrária e melhoria de vida e se rebelando contra a impossibilidade de ascensão social e ausência de um Estado que proteja os seus interesses” (TOLENTINO NETO, 2012, p. 51)

Nesse contexto, depredavam plantações e matavam gados para obrigar os latifundiários a fazer acordo com a Máfia para dar proteção e preservar suas terras. Com o passar dos anos desenvolveu-se uma estrutura próxima a uma família, o que perdura até hoje, em que cada integrante deve fazer um juramento de silêncio (TOLENTINO NETO, 2012, p. 51)

De acordo com Mingardi (1998, p. 51), Mussolini conseguiu provocar uma violenta repressão à Máfia, diminuindo a criminalidade com a redução brusca de homicídios. Com isso o valor das propriedades rurais subiu, pois os proprietários não precisavam mais pagar a proteção aos mafiosos.

Após a queda de Mussolini, a máfia voltou a se fortalecer e está longe de ser exterminada, conforme dispõe Guaracy Mingardi (1998, p. 53):

É sintomático que a Máfia passe seu pior apuro desde Mussolini depois de uma troca dos grupos no poder na Itália. Apesar das dificuldades atuais, nada parece mais distante do que o fim da organização. O poder de intimidação que ela tem persiste apesar de tudo, e o número de pessoas

influentes mortas pela Máfia parece ter aumentado na medida em que os acertos políticos deixam de ajudar.

Segundo Lavorenti (2000, p. 27), atualmente a Cosa Nostra Siciliana tem como atividade principal o tráfico internacional de drogas e lavagem de dinheiro, bem como extorsões e participação, por meio de chantagem, em obras públicas, mantendo conexão com a Cosa Nostra dos EUA, Cartéis Colombianos, Máfia Russa, Tríades Chinesas, além de vínculos com o Brasil, Espanha, Alemanha, Bélgica, França e Grã Bretanha.

Apesar de a Cosa Nostra ser a máfia italiana mais conhecida, há ainda outras máfias no país.

De acordo com Lavorenti (2000, p. 28/29), a Comorra teve origem na Campania, região de Nápoles e atua com tráfico de drogas, extorsões, contrabando de cigarros loterias clandestinas e jogo do bicho. A Ndrangheta originou-se na Calábria e tem como principal atividade a extorsão mediante sequestro e tráfico de drogas. Já a Sacra Corona Unitta atua unicamente na Puglia, se valendo do contrabando de cigarros, tráfico de drogas, extorsões, jogos e fraudes à Comunidade Europeia para obter seus lucros.

3.1.2 Estados Unidos da América

Entre 1920 e 1930, a proibição da comercialização de álcool fez com que alguns grupos denominados gangs, de forma organizada e estável, se dedicassem ao contrabando de bebidas alcoólicas mediante corrupção e chantagem de autoridades e empresários, nascendo assim a criminalidade organizada nos Estados Unidos, segundo Silva (2009, p. 7).

Com o passar dos anos outras atividades ilícitas tornaram-se fonte de lucro fácil para a Cosa Nostra Norte Americana, como o tráfico de armas e drogas, prostituição, extorsão, usura e *lobby* nos sindicatos.

As conexões internacionais, segundo Lavorenti (2000, p. 27), se dão com a Máfia Siciliana, Cartéis Colombianos e Máfia Russa.

3.1.3 Japão

A Máfia Japonesa mais conhecida é a Yakuza. Segundo Mingardi (1998, p. 57), a máfia é muito antiga, tendo seus primeiros vestígios no século XVII e originou-se a partir da junção de dois grupos distintos: Bakuto (jogadores) e Tekiya (vendedores ambulantes). A base da organização se dá pela relação mestre-discípulo. Silva (2009, p. 4) afirma que a Yakuza “se desenvolveu nas sombras do Estado para exploração de diversas atividades ilícitas [...] e também legalizadas [...], com finalidade de dar publicidade às suas iniciativas”.

O vocábulo Yakuza é explicado por Ferro (2009, p. 538) como sendo originado na sequência dos números 8, 9 e 3, pronunciados Ya-Ku-Za, que se referem a pior mão de cartas dos perdedores do jogo Hanafuda.

Em sua obra, Montoya (2007, p. 42) elenca as principais regras que fazem da Yakuza uma organização poderosa: nunca revelar segredos da organização; não se envolver pessoalmente com drogas; jamais desonrar a esposa e filhos dos outros membros; não se apropriar de dinheiro da organização; não falhar na obediência dos superiores e não apelar à lei ou à polícia.

Há dois costumes que são marca registrada da máfia japonesa: decepar a falange superior do dedo mínimo como punição para quem violasse alguma regra, pois assim a pessoa teria dificuldade de empunhar uma espada ou segurar as cartas do jogo e tatuagens por todo o corpo como forma de identificar o grau de importância e hierarquia dentro da organização.

A Yakuza tem como principais atividades a prostituição, jogos, tráfico de entorpecentes e possui ligação com as Máfias dos Estados Unidos, China, Colômbia, Rússia, Coreia do Sul e Alemanha (LAVORENTI, 2000, p. 31).

3.1.4 China

Conforme relatos de Silva (2009, p. 4), as Tríades Chinesas originaram-se em 1644 a partir de um movimento popular de expulsão de invasores. Em 1842, em Hong Kong e Taiwan, os membros da organização incentivaram os

camponeses ao cultivo de papoula e exploração do ópio. Por volta de 1980, quando foi proibida a comercialização do ópio, as Tríades passaram a controlar o mercado de heroína.

Os principais grupos formadores das Tríades são Sun Yee On, Federação Wo e 14 K, todos sediados em Hong Kong. Assim como a Yakuza, “possuem uma estrutura hierárquica extremamente rígida e costumam ostentar a imensa riqueza proveniente de seus negócios. São considerados violentos em suas ações e cruéis em suas punições, com um grande número de mortes” (TOLENTINO NETO, 2012, p. 53)

Lavorenti (2000, p. 29), traz a estrutura hierárquica do grupo seguindo a ordem chefe, subchefe, chefe de recrutamento, sandálias de palha (responsáveis pela comunicação), mastro vermelho (responsáveis pela segurança), leque de papel branco (cuidam da administração financeira) e a base que são os soldados.

As atividades principais são o tráfico de drogas, prostituição e extorsão tendo ligação externa com diversos países, dentre eles Canadá, Alemanha, Estados Unidos, Espanha, França, inclusive Brasil e Paraguai.

3.1.5 Rússia

A Máfia Russa surgiu por volta de 1890, ainda na época czarista. De acordo com a abordagem feita por Silva (2009, p. 7), a revolução bolchevista trouxe a morte como punição dos membros contrarrevolucionários. Com a morte de Stalin, em 1953, formaram-se diversos grupos especialistas na corrupção estatal e exploração do mercado negro. Após, com a eleição de Gorbachev e a implantação da *perestroika*, esses grupos tornaram-se um refúgio da dignidade nacional, uma vez que buscavam defender o Estado do capitalismo ocidental.

As principais atividades elencadas por Lavorenti (2000, p. 25) são tráfico de todas as espécies como drogas, armas do antigo Exército Vermelho, material nuclear, prostituição, lavagem de dinheiro e venda de produtos falsificados.

Segundo Ferro (2009, p. 532) a máfia russa mantém ligações internacionais com a Itália, Estados Unidos, Colômbia, Canadá e inclusive com o Brasil.

3.1.6 Colômbia

Na Colômbia o crime organizado representa um caso peculiar, tendo em vista que, desde o início, atua quase que exclusivamente apenas com o tráfico de drogas.

Tudo começou na Bolívia e no Peru, quando os colonizadores monopolizavam o comércio de drogas, o que posteriormente foi expandido para a Colômbia através dos agricultores locais, conforme narra Silva (2009, p. 8).

Os Cartéis Colombianos mais conhecidos são os Medellín e Cali que juntos representam o controle de 80% de cocaína enviada para diversos países, principalmente para os Estados Unidos, fazendo com que a economia colombiana gire, ainda que de forma indireta, em torno do narcotráfico.

Importante salientar que os cartéis tornaram-se mundialmente conhecidos não só pelo controle da produção e distribuição de drogas, mas principalmente por desencadear uma guerra civil na Colômbia.

Essa guerra teria diferentes motivações. Em primeiro lugar, seria uma guerra entre o Governo Colombiano e os traficantes, que aterrorizavam a população, visando intimidar o governo na aplicação das leis contra o tráfico de drogas. O segundo ponto de vista é a guerra entre os latifundiários, fruto do tráfico de drogas, e esquerda colombiana que lutava pela reforma agrária dessas terras. Por fim, uma guerra entre os próprios traficantes pelo controle do tráfico de drogas envolveu os Cartéis de Medellín e Cali. (TOLENTINO NETO, 2012, p. 54)

As conexões externas dos cartéis se dão, segundo Lavorenti (2000, p. 26), com a Yakuza, Tríades chinesas, Máfia siciliana e Cosa Nostra americana.

3.2 Organizações Criminosas no Brasil

No Brasil, as Organizações Criminosas que hoje se fazem presentes, possuem antecedentes históricos em movimentos sociais populares, dentre eles o Cangaço. De acordo com Silva (2009, p. 8/9), esse movimento foi difundido no sertão nordestino entre o final do século XIX e começo do século XX, tendo como principal líder Virgulino Ferreira da Silva, o “Lampião”.

Há algumas características do cangaço que permitem dizer que era um grupo organizado para fins ilícitos:

[...] os cangaceiros tinham organização hierárquica e com o tempo passaram a atuar em várias frentes ao mesmo tempo, dedicando-se a saquear vilas, fazendas e pequenas cidades, extorquir dinheiro mediante ameaça de ataque e pilhagem ou sequestrar pessoas importantes e influentes para depois exigir resgates. Para tanto, relacionavam-se com fazendeiros e chefes políticos influentes e contavam com a colaboração de policiais corruptos, que lhes forneciam armas e munições. (SILVA, 2009, p. 9)

Dessa forma, observa-se que as características se prolongaram no tempo, quase não diferindo dos meios usados atualmente pelas organizações criminosas brasileiras para facilmente auferir lucros com a prática delituosa.

Outro fator histórico que antecede a criminalidade organizada é o Jogo do Bicho, que ficou conhecido como a primeira infração penal organizada no Brasil. Segundo Guaracy Mingardi (1998, p. 93), Barão de Drummond deu origem ao jogo de azar para arrecadar dinheiro objetivando salvar os animais do Jardim Zoológico do Rio de Janeiro, sendo a ideia, posteriormente, desvirtuada por grupos que passaram a monopolizar o jogo mediante corrupção de políticos e policiais.

Ao longo dos tempos, diante de fatores sociais, políticos, econômicos e culturais, os presídios brasileiros se tornaram o grande estopim para o nascedouro do crime organizado.

Atualmente diversas Organizações Criminosas encontram-se espalhadas por todo território brasileiro, entretanto, a seguir, será dado maior enfoque para as facções mais notórias dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo.

3.2.1 Estado do Rio de Janeiro

No Rio de Janeiro há pelo menos três facções criminosas que disputam o controle do tráfico de drogas: o Comando Vermelho (CV), Terceiro Comando (TC) e Amigos dos Amigos (ADA).

O Comando Vermelho originou-se por volta de 1980, no Instituto Penal Cândido Mendes, em Ilha Grande. Segundo Roberto Porto (2007, p. 86) este presídio destinava-se a presos idosos no término do cumprimento de pena e a partir

de 1960 transformou-se em um depósito de presos comuns e presos políticos, que lutavam contra a ditadura da época. A junção desses presos deu origem a Falange Vermelha que posteriormente evoluiu para a facção criminosa hoje conhecida como Comando Vermelho.

A facção foi fundada por José Carlos dos Reis Encina (“Escadinha”), Francisco Viriato de Oliveira (“Japonês”), José Carlos Gregório (“Gordo”) e William de Silva Lima (“Professor”), com o intuito de melhorar as condições carcerárias, de acordo com Gaspar Pereira da Silva Junior (2012, p. 154). Atualmente quem se destaca como um dos principais líderes é Luiz Fernando da Costa, o “Fernandinho Beira-Mar”.

As principais fontes de renda para os membros dessa organização são o contrabando de armas, sequestros e o tráfico de drogas em larga escala, possuindo ligações inclusive com os Cartéis Colombianos.

Francisco Tolentino Neto (2012, p. 54/55) traz um panorama geral das características e maneira de atuação do Comando Vermelho:

Com um grande número de membros, utiliza-se das táticas de guerrilha urbana inspiradas em grupos da esquerda armada. Além disso, assemelham-se aos cartéis colombianos quanto às formas de obtenção de apoio de suas comunidades. Aproveitando a falta de atuação do Estado nas favelas cariocas, o Comando Vermelho desenvolveu uma política de benfeitorias e proteção para a população dos morros em que dominam, com o financiamento de remédios, construção de creches, redes de esgotos, e outras coisas. Dessa maneira, ocupam um espaço que deveria ser preenchido pelo Governo Estadual e Federal, e em troca, conquistam o respeito da comunidade, sua fidelidade e seu silêncio, além de recrutarem novos membros para sua organização.

Diante desta narrativa, extrai-se que não só o Comando Vermelho, mas as organizações criminosas em geral, se firmam e ganham força diante da ausência estatal. As comunidades carentes, sem um mínimo de infraestrutura, segurança e lazer, acabam por depositar plena confiança nesses grupos que em troca ganham mais adeptos de seus ideais.

O Terceiro Comando foi fundado nos anos 80 como contraponto ao Comando Vermelho, tornando-se seu principal rival no controle do tráfico de entorpecentes. Segundo expõe Roberto Porto (2007, p. 92), essa facção cresceu a partir da prisão de Mauro Reis Castellano, o “Gigante da Nova Holanda” e seu principal líder é Paulo César Silva dos Santos, conhecido como “Linho”.

A organização compra drogas diretamente da Bolívia, Peru e Paraguai e praticamente domina as favelas do Complexo da Maré, na zona norte do Rio de Janeiro.

Já a facção Amigos dos Amigos foi fundada em 1998, por Ernaldo Pinto Medeiros, o “Uê” e Celso Luiz Rodrigues, o “Celsinho da Vila Vintém”. Os membros dessa organização mantém contato internacional com traficantes da Bolívia e Colômbia.

De acordo com Gaspar Pereira da Silva Junior (2012, p. 154), os Amigos dos Amigos não costuma enfrentar as forças de segurança pública e sim cooptar policiais corruptos para integrarem a facção e sair impunes de várias situações.

O Terceiro Comando e os Amigos dos Amigos uniram-se, visando diminuir o poder do Comando Vermelho, mas atualmente esta aliança encontra-se rompida.

3.2.2 Estado de São Paulo

No Estado de São Paulo tem-se o registro das organizações criminosas Primeiro Comando da Capital (PCC), Terceiro Comando da Capital (TCC), Serpentes Negras, Seita Satânica (SS) e Comissão Democrática de Liberdade (CDL).

Hoje, sem dúvidas, o Primeiro Comando da Capital é a organização criminosa mais expressiva e significativa em termos de violência e enfrentamento estatal.

Assim como o Comando Vermelho, o PCC também teve origem dentro do sistema prisional, na Casa de Custódia e Tratamento “Dr. Arnaldo Amado Ferreira”, em Taubaté, por volta de 1993.

Segundo narra Roberto Porto (2007, p. 73), o PCC era o nome de um time de futebol que disputava campeonato interno no presídio, sendo que na final do torneio daquele ano seus integrantes resolveram acertar contas com o time rival.

Os primeiros integrantes do Primeiro Comando da Capital como facção criminosa eram José Márcio Felício (“Geleirão”), Cezar Augusto Roriz (“Cezinha”),

José Eduardo Moura da Silva (“Bandeijão”), Idemir Carlos Ambrósio (“Sombra”), Misael Aparecido da Silva (“Misa”), Wander Eduardo Ferreira (“Eduardo Gordo”), Antônio Carlos Roberto da Paixão (“Paixão”), Isaías Moreira do Nascimento (“Isaías”), Ademar dos Santos (“Dafé”) e Antônio Carlos dos Santos (“Bicho Feio”), de acordo com Gaspar Pereira da Silva Junior (2012, p. 146).

Inicialmente o Primeiro Comando da Capital tinha como finalidade a melhoria das condições carcerárias e defesa dos direitos dos detentos. Entretanto, com a atual liderança de Marcos Willians Herbas Camacho, o “Marcola” e Júlio César Guedes de Moraes, o “Julinho Carambola”, seu homem de confiança, o objetivo primordial é auferir lucros fáceis com a prática delituosa, advinda precipuamente do tráfico de drogas.

Conforme Roberto Porto (2007, p. 86), o Terceiro Comando da Capital surgiu em 2002 na Penitenciária de Osvaldo Cruz/SP, com o recrutamento de integrantes excluídos do PCC, sob a liderança de Cezar Augusto Roriz da Silva, o “Cezinha”.

A facção criminosa Serpentes Negras foi a primeira a ser reconhecida no Estado de São Paulo. Foi criada em 1984 na Casa de Detenção de São Paulo, o “Carandiru”, com o intuito de reivindicar melhorias no sistema penitenciário, mas atualmente encontra-se extinta.

Já a Seita Satânica foi fundada em 1994 pelo detento Idefonso José de Souza, também na Casa de Detenção de São Paulo.

Por fim tem-se a Comissão Democrática de Liberdade que teve origem na Penitenciária Dr. Paulo Luciano de Campos, em Avaré no ano de 1996 e atualmente encontra-se praticamente extinta.

No Brasil, principalmente no Estado de São Paulo, há uma peculiaridade na origem das organizações criminosas: a maioria delas surgiu com o ideal de reivindicar seus direitos como detentos e assim melhorar as condições carcerárias, contudo não resistiram à chance de obter lucros exorbitantes com diversos crimes o que passou a ser o único e principal objetivo destas facções.

4 PODER PARALELO

Neste capítulo será feita uma análise sobre o impacto social que a atuação das Organizações Criminosas causam ao Estado Democrático de Direito, revelando-se como um verdadeiro Poder Paralelo.

Analisando-se as características e a audaciosa forma de atuação das Organizações Criminosas, é facilmente perceptível que estas acabam por concretizar um Poder Paralelo, abalando as diretrizes do Estado Democrático de Direito ao qual estamos submetidos.

A Grande Enciclopédia Larousse Cultural (volume 9, p. 2234), traz uma conceituação enxuta do Estado de Direito como sendo “Estado no qual os poderes públicos se submetem efetivamente ao respeito à lei através de um controle jurídico”.

Complementando, Wilson Lavorenti (2000, p. 123) ressalta que:

O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado de Direito – cujas características básicas são marcadas pela submissão ao império da lei, divisão de poderes e garantias de direitos individuais – com o princípio da soberania popular que caracteriza o Estado Democrático.

Dessa maneira, extrai-se que num Estado Democrático de Direito vigora o “império da lei”, no qual o próprio Estado cria as leis através dos representantes escolhidos pelo povo. Tais leis possuem eficácia perante todo o povo, inclusive ao próprio Estado, que se limita a elas. A limitação se dá com o controle feito pelo judiciário que possui o dever de garantir que as leis cumpram sua finalidade.

Pois bem, sendo assim, como pode haver espaço para se estruturar um “Poder Paralelo” ou “Estado Paralelo”? A resposta está justamente no fato de o próprio governo não observar as leis e suas funções para com a sociedade, quedando-se ausente.

Por conseguinte, os membros das facções criminosas obtêm força dos dois lados da moeda: através do clientelismo, atraem adeptos das comunidades, e através da corrupção dos agentes estatais, ganham estabilidade para continuar impunes.

4.1 Clientelismo

As Organizações Criminosas mantêm uma relação de clientelismo tanto com o próprio governo quanto com as comunidades locais. Aos moradores oferecem melhores condições de vida, fornecendo o que o governo não proporciona e em troca recebem o apoio como forma de reconhecimento. Para o governo fornecem recursos ligados à própria política de votos tendo como retorno maior facilidade na execução das ações delitivas e impunidade garantida.

Guaracy Mingardi (1998, p. 66) esboça o que representa o clientelismo:

Esta relação, tradicionalmente, compreende um patrono que é o protetor dos clientes, ao passo que estes retribuem com mostras de deferência e obediência, além de auxiliar o patrono defendendo-o fisicamente ou através de auxílio econômico, quando solicitado.

O mesmo autor explica ainda que:

As relações de clientela do crime organizado remetem a uma figura que vem diretamente da antigüidade, a do indivíduo que é, ao mesmo tempo, patrono e cliente. Patrono da população pobre que recorre a ele para obter proteção auxílio de todo tipo. Em troca os apadrinhados fornecem apoio a ele. Cliente porque seu controle territorial, e portanto seus negócios, só sobrevivem se contar com a proteção de políticos e/ou funcionários do Estado, aos quais fornece em troca dinheiro e/ou votos. (MINGARDI, 1998, p. 67)

A atividade criminosa consegue adeptos ante a ausência do Estado nas áreas básicas da necessidade humana, como saúde, educação, lazer e moradia (MONTEIRO, 2008, p. 230). Portanto, é na exiguidade do Estado que as Organizações Criminosas se fazem presentes como um Estado Paralelo, propiciando aos moradores de seu território as condições básicas que o governo não oferece.

Conseqüentemente, a população, principalmente as de camadas mais desfavorecidas, diante do descaso estatal, torna-se importante aliada dos membros dessas facções, conforme discorre Wilson Lavorenti (2000, p. 32/33):

A organização criminosa, por vezes, também se aproveita da ausência do Estado em aspectos sociais fundamentais e assume uma posição

paternalista, conseguindo angariar a simpatia de uma determinada camada social desfavorecida que acaba, inclusive, visualizando a violência das organizações através de um enfoque mais compreensivo, dado que isto acaba por ser fator menos alarmante num segmento social sem qualquer tipo de amparo.

Isso demonstra a institucionalização do crime, onde as Organizações Criminosas acabam por constituir um “Estado Próprio”, fruto, ora do esquecimento, ora dos abusos praticados pelo governo, e “exercer” funções inerentes ao Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

A população possui o dever de pagar impostos para o governo, mas não tem o retorno de seus direitos garantidos pelos entes estatais, ficando desacreditada e acaba por contribuir e financiar o crime organizado. Em troca, e diante do descaso estatal para com a população, os membros das organizações criminosas exercem a função inerente ao Poder Executivo e ajudam as comunidades carentes locais, distribuindo alimentos, remédios e fornecendo segurança e lazer para essas famílias.

A “função legislativa” das organizações criminosas é revelada quando seus membros criam suas próprias leis que são chamadas de estatutos tamanha sua força vinculante. Todos os membros são obrigados a aceitar as regras impostas pelo estatuto que prevê as sanções para quem descumpri-lo. A audácia é tão grande que inclusive é previsto pena de morte em algumas situações, algo extremamente polêmico que não se admitiria no Brasil nem com uma nova ordem constitucional.

Os membros das Facções Criminosas exercem “função judiciária” ao passo que “julgam” seus inimigos, traidores e alguns criminosos que atacam moradores de seus territórios. A população local acaba por depositar mais confiança nas organizações do que no próprio judiciário dada a morosidade deste órgão. Os membros são procurados no lugar da Polícia quando ocorrem alguns crimes como homicídios, roubos e estupros principalmente. Eles “julgam” esses criminosos com rapidez, aplicado suas próprias sanções para que sirvam de exemplo a todos. Isso faz com que a população acredite que a justiça fora feita de forma rápida e eficiente.

4.2 Corrupção

Não seria tão difícil combater o poder paralelo imposto pelas Organizações Criminosas se os órgãos que possuem esse ônus não estivessem maculados de corrupção.

O Crime Organizado, ao mesmo tempo em que exerce funções intrínsecas aos poderes estatais confrontando e desestabilizando o Estado Democrático de Direito, utiliza-se também do lado oposto da moeda, onde, através da corrupção, encontra a simbiose com o próprio governo.

Guaracy Mingardi (1998, p. 64/65) rechaça a ideia de que as Organizações Criminosas representam um Estado Paralelo, justamente porque em algum momento haverá o encontro entre o crime organizado e o governo:

Por causa destas regiões onde o Crime Organizado é mais visível do que o aparelho de estado, as chamadas zonas liberadas, criou-se uma teoria errônea, que dá ao Crime Organizado o status de um Estado Paralelo. Linhas paralelas, segundo qualquer dicionário, são aquelas que nunca se encontram. Caso o conceito fosse aplicável ao nosso objeto, significaria que Estado e Crime Organizado caminhariam lado a lado sem nunca verem seus caminhos se cruzarem. Para refutar isto basta notar o grande número de funcionários públicos de todos os escalões que são acusados de manterem relações com organizações criminosas. Em nenhum momento estas organizações puderam prescindir de um apoio de setores do Estado.

Diante desta perspectiva, não há que se falar em Estado Paralelo instituído pelas Organizações Criminosas, uma vez que estas dependem do conluio com o governo para continuar expandido seu domínio territorial e manterem-se impunes. Logo seus membros, apenas exercem o papel inerente às instituições estatais, por meio de delegação implícita.

Ao buscar o conluio com o Estado, as Organizações Criminosas objetivam corromper os agentes públicos e assim desfrutar das facilidades e impunidade que lhes são garantidas.

O poder de corrupção é forte aliado na atuação das facções criminosas. Cada vez mais se ouve falar em agente públicos, das três esferas, tanto do executivo, legislativo e judiciário, envolvidos em esquemas do crime organizado. “As organizações criminosas que atingem um certo grau de desenvolvimento já não

conseguem sobreviver sem o auxílio de agentes públicos” (MENDRONI, 2007, p. 16).

Com os lucros auferidos pelo crime organizado e os baixos salários pagos aos agentes responsáveis pela segurança pública, em especial à Polícia Militar, fica fácil corromper e atrair os agentes estatais. Eles atuam tanto diretamente, quando se aliam e tornam-se membros permanentes do grupo, quanto indiretamente ao passo que são corrompidos para viabilizarem as ações criminosas.

Na visão de Guaracy Mingardi (1998, p. 71/72):

A corrupção é a contrapartida do clientelismo no que diz respeito ao conluio entre Crime Organizado e Estado. [...] o Crime Organizado mantém vínculos com a população através de favores e/ou proteção prestados. Sendo assim setores do Estado tendem a se manter em bons termos com determinadas organizações criminosas visando angariar influência em determinados locais. Numa democracia a influência normalmente se traduz em votos. É claro que isto não exclui a corrupção propriamente dita. Ainda mais porque nem todo tipo de Crime Organizado tem controle territorial. Sendo assim sua aproximação com o Estado tem de dar de outra forma. Eles têm de corromper, no mínimo, o aparelho repressivo do Estado.

Wilson Lavorenti (2000, p. 12) conclui que:

As organizações criminosas, pelas características peculiares [...], somadas ao seu poder de corrupção e interferência estatal, conseguem realizar seu programa delinquencial sob a guarida da impunidade, atemorizando a sociedade e acovardando os que se propõe a enfrentá-la.

“Com a paralisação de parte do aparelho estatal, notadamente aquela voltada para a repressão criminal, as organizações criminosas têm atuado com certa liberdade em diversos campos” (SILVA, 2009, p. 16). Entretanto, não só os agentes responsáveis pela repressão criminal estão envolvidos, mas sim de todas as esferas estatais.

Neste sentido, assevera José Paulo Baltazar Junior (2010, p. 133):

As práticas de corrupção não se limitam, porém, aos servidores em contato direto com a criminalidade de submundo, nem às organizações criminosas de modelo tradicional, sendo prática recorrente também nas organizações empresariais e junto a funcionários e agentes públicos de altas esferas.

Talvez seja essa a maior barreira a ser vencida para o combate ao crime organizado: a corrupção. Qual a solução para quando se corrompe quem tem o dever de reprimir os criminosos e acaba tornando-se um deles?

Dessa forma, constata-se que antes de se combater o crime organizado é preciso, primeiramente, erradicar ou ao menos diminuir a corrupção estatal em todas as esferas.

A seguir será feita uma abordagem sucinta acerca do Direito Penal do Inimigo, bem como de alguns traços de tal teoria inseridos na Lei 12.850/13, como possível solução ou, pelo menos, amenização do problema criminalidade organizada.

5 DIREITO PENAL DO INIMIGO

De todo o exposto até agora, constata-se que embora haja leis mais severas, incluindo a lei nº 12.850/13, promulgada recentemente que pela primeira vez previu como delito autônomo a mera participação em Organização Criminosa, isto não é eficaz no real combate ao crime organizado.

Conforme ressaltado no início do presente trabalho, é preciso uma nova “modalidade” de Direito Penal para combater a atuação dos membros de Facções Criminosas.

O Direito Penal brasileiro é caracterizado como repressivo, aquele que prevê uma conduta típica e antijurídica, cominando uma sanção para quem a pratique. Se por um lado o Direito Penal preocupa-se com a tutela de bens jurídicos, por outro, espera-se que ocorra um crime para após punir o autor do delito, incoerência, esta, abrandada pelos princípios penais e processuais penais.

Entretanto, tratando-se de membros de Organizações Criminosas e levando-se em consideração suas características e poder de atuação, necessário pensar em um Direito Penal preventivo, que realmente assegure a manutenção da ordem jurídica e social.

Neste contexto chama-se a atenção para o Direito Penal do Inimigo.

5.1 Considerações

O Direito Penal do Inimigo é uma teoria delineada pelo professor Günter Jakobs, trazida à tona pela primeira vez por volta da década de 1990 na Alemanha.

Essa teoria busca traçar uma nova “visão” do Direito Penal. Por um lado tem-se o Direito Penal do Cidadão, repressivo e garantista, que se baseia nos princípios que lhe são inerentes. De outro lado tem-se o Direito Penal do Inimigo, no qual algumas garantias processuais são suprimidas, estribando-se na prevenção de delitos praticados não por cidadãos, mas por inimigos do Estado.

Destarte, o Direito Penal do Inimigo seria uma espécie de mitigação de garantias processuais aplicadas aos criminosos contumazes que atentem diretamente contra o Estado Democrático de Direito.

Denomina-se essa teoria, também, de terceira velocidade do Direito Penal. De acordo com Rogério Greco (2011, p. 24), a primeira velocidade é a intrínseca ao Direito Penal, que tem por fim a aplicação de uma pena privativa de liberdade, devendo-se observar todas as regras penais e processuais garantistas, tendo em vista estar em jogo a liberdade do indivíduo.

Na segunda velocidade permite-se afastar determinadas garantias, com o intuito de agilizar a aplicação da lei penal, a exemplo do que ocorre nos Juizados Especiais Criminais, advindos com a Lei 9.099/95 (GRECO, 2011, p. 24).

O Direito Penal do Inimigo “seria, portanto, uma velocidade híbrida, ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade)” (GRECO, 2011, p. 25).

Na visão de Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 71), o Direito Penal do Inimigo:

Trata-se do advento de um Direito de ‘terceira velocidade’ pautado por flexibilização de direitos e garantias penais e processuais, antecipação da tutela penal, adoção de tipos de perigo abstrato e normas penais em branco, concomitantemente com a adoção de regimes rigorosos de cumprimento de penas privativas de liberdade. Estamos assistindo ao despertar das primeiras acepções das políticas criminais voltadas ao combate dos ‘inimigos’.

Para afirmar sua teoria, Jakobs defende a ideia de que existe um contrato social entre os indivíduos e o Estado, no qual aquele que infringe tal contrato não participa mais dos benefícios deste e não vive mais dentro de uma relação jurídica com os demais (JAKOBS, 2012, p. 24).

Ressalta-se que nem todo delinquente é considerado um inimigo que deva ser excluído da sociedade:

[...] um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu status de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente temo dever de proceder à reparação e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro

modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato. (JAKOBS, 2012, p. 25/26)

Portanto, há dois tipos de delinquentes: os que cometeram um erro e ainda são considerados cidadãos e os que tentam destruir o ordenamento jurídico, vistos como inimigos.

Günther Jakobs (2012, p. 40) define os inimigos como sendo:

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas

Luis Gracia Martín (2007, p. 84) complementa o conceito estipulando que:

[...] os inimigos são indivíduos que se caracterizam, primeiro, por rechaçarem, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico e perseguirem a destruição dessa ordem, e, segundo, como consequência disso, por sua especial periculosidade para a ordem jurídica, dado que tais indivíduos não oferecem garantias mínimas de segurança cognitiva de um comportamento pessoal, isto é, seu comportamento já não é calculável conforme as expectativas normativas vigentes na sociedade.

Os delinquentes inimigos não oferecem riscos somente à sociedade, mas também ao próprio Estado, uma vez que pretendem agir diretamente contra este, desestruturando-o.

Desta forma os inimigos são aqueles que não aceitam o ordenamento jurídico vigente sob o qual a sociedade está submetida, logo não podem fazer *jus* às garantias processuais asseguradas pelo Estado de Direito.

Exemplificando, os inimigos seriam sujeitos que cometem delitos de elevada atrocidade, como crimes econômicos, crimes sexuais e atentados terroristas como o fato ocorrido em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos.

Trazendo para a realidade brasileira e foco do presente estudo, temos que os integrantes de Organizações Criminosas são considerados inimigos e podem ser tratados como tal, a partir do momento em que instituem um poder paralelo com suas próprias regras e hierarquia, visando abalar o Estado Democrático de Direito.

5.2 Características

A finalidade precípua do Direito Penal do Inimigo é combater perigos, prevenindo delitos, ou seja, cortar o mal pela raiz. De nada adianta punir o criminoso tido como inimigo se este não está disposto a ressocializar-se e respeitar as normas vigentes.

A punição de fatos futuros praticados por esses criminosos não diminuirá a criminalidade, em especial a criminalidade organizada que já se afirmou com exatidão no Brasil. A causa pelo qual o delito é cometido é que deve ser atacada.

Atualmente adotado pelo ordenamento penal brasileiro, o direito penal do fato, aquele que pune o autor do delito pela conduta passada, já exteriorizada, não é suficientemente eficaz em relação aos membros de Organizações Criminosas. Sendo assim, necessário refletir sobre um direito penal do autor, punindo-se os agentes criminosos contumazes pelo que são: inimigos do Estado.

Neste contexto, de acordo com Manuel Cancio Meliá (2012, p. 90), os três elementos do Direito Penal do Inimigo são o adiantamento da punibilidade, penas desproporcionalmente altas e relativização ou até supressão de determinadas garantias processuais.

Acerca do adiantamento da punibilidade, Günther Jakobs (2012, p.36) diferencia o tratamento dado ao cidadão e ao inimigo:

[...] o Direito Penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.

A teoria de Jakobs preconiza a eficaz prevenção de delitos e manutenção da ordem pública. Para tanto é preciso antecipar a persecução penal, punindo-se meros atos preparatórios. Assim, quando tratar-se de inimigos, para a efetiva tutela penal de bens jurídicos, necessário se faz interceptá-los previamente, impedindo a consumação e até mesmo o início de execução do crime planejado.

Alice Bianchini (2002, p. 73) ressalta que:

A antecipação de tutela penal, por meio da criminalização de atos preparatórios, comumente conhecidos como *crimes-obstáculo*, possui caráter excepcional e só se justifica quando se estiver diante de bens de categoria muito elevada e, ainda assim, desde que a descrição realizada na conduta típica seja inequívoca. Este tipo de punição visa a prevenir ações indubitavelmente lesivas ou perigosas, mediante a punição dos atos idôneos para comissão de outros crimes.

Logo, quando o legislador entender estar diante de bens jurídicos fundamentais, poderá, após sopesar valores, tipificar meros atos de preparação objetivando prevenir delitos dali advindos.

A desproporcionalidade das penas privativas de liberdade é o segundo elemento do Direito Penal do Inimigo. Através desta característica as penas previstas em abstrato no tipo penal seriam desproporcionalmente altas e poderiam ser agravadas por circunstâncias específicas do autor. Haveria também a aplicação da mesma pena do crime consumado para os meros atos preparatórios, o que seria outra extrema desproporção.

Por fim, complementando o elemento do adiantamento da punibilidade, apresenta-se como forte característica do Direito Penal do Inimigo, a relativização de algumas garantias processuais.

Neste sentido, questiona-se a própria presunção de inocência, ao passo que se admite, em certos casos, a utilização de provas obtidas ilícitamente, permite-se a infiltração de agente nas organizações criminosas, possibilita interceptações telefônicas e quebra de sigilo financeiro para o real combate dos “inimigos”.

5.3 Postulado da Proporcionalidade

Com o intuito de subsidiar a análise sobre a possibilidade de aplicação de elementos do Direito Penal do Inimigo para combater os membros de Organizações Criminosas, imprescindível discorrer acerca do Postulado da Proporcionalidade, que vem a calhar quando da colisão de direitos fundamentais.

Primeiramente, deve-se ressaltar que, apesar de estarmos submetidos a um Estado Democrático de Direito, onde, conforme já ressaltado, vigora o “império da lei”, não são apenas as regras que possuem força coercitiva, mas os princípios atualmente também detêm força vinculante.

Norma é o gênero do qual regras, princípios e postulados são espécies.

Humberto Ávila (2012, p. 85) conceitua regras como:

[...] normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Neste contexto, regras são normas descritivas que indicam uma conduta a ser observada e seguida. Possuem como finalidade coordenar as atitudes dos cidadãos e implementar o estado ideal previsto por um princípio que lhe é subjacente.

Princípios, de acordo com a Grande Enciclopédia Larousse Cultural (volume 19, p. 4786), são “regras fundamentais admitidas como base de uma ciência”.

Ainda, segundo Humberto Ávila (2012, p. 85), princípios são:

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Os princípios são normas finalísticas ao passo que apontam para um fim a ser atingido, ou seja, a busca de um estado ideal a ser perseguido, sem, todavia, descrever uma conduta para tanto.

Já os postulados são “normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas” (ÁVILA, 2012, p. 143). Logo os postulados estruturam, organizam e viabilizam a aplicação das normas e princípios.

O texto constitucional não prevê a proporcionalidade como um de seus “princípios” expressos, no entanto, inegável sua existência de forma implícita,

inerente ao próprio Estado Democrático, servindo de subsídio para a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes.

O princípio da proporcionalidade tem como finalidade “a proteção dos direitos fundamentais, garantindo a otimização desses direitos segundo as possibilidades fáticas e jurídicas” (STEINMETZ, 2001, p. 155).

A proporcionalidade visa inibir abusos do poder estatal, principalmente quando se invoca o Direito Penal e Processual Penal. À vista disto, o Estado não pode punir o indivíduo considerado infrator da lei, sem observar os ditames do devido processo legal. Logo, devem-se oportunizar as garantias do contraditório e ampla defesa e aplicar uma pena justa e proporcional do delito cometido.

Se por um lado a proporcionalidade garante a equitativa intervenção estatal na vida do indivíduo evitando-se que sejam praticados abusos durante a persecução penal, por outro, visa proteger a coletividade de uma proteção deficiente por parte do Estado.

Em outras palavras, o Estado está proibido de prestar uma proteção insuficiente para com a sociedade que vive assolada com a prepotência dos membros de Facções Criminosas.

É nesta seara, de que o Estado deve cumprir com êxito seu dever de proteção da sociedade, que se encaixa a eventual possibilidade de socorrer-se ao Direito Penal do Inimigo para combater o poder paralelo exercido pelas Organizações Criminosas.

Assim, resta analisar as submáximas do postulado da proporcionalidade, quais sejam, Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em Sentido Estrito, para que se possa concluir sobre a viabilidade ou não do Direito Penal do Inimigo como forma de resguardar a coletividade do crime organizado.

Pela submáxima da Adequação, verifica-se se o meio utilizado é adequado à realização do fim proposto (ÁVILA, 2012, p. 187). Entende-se por adequada a medida que seja capaz de acarretar o fim almejado.

No presente estudo, o meio a ser utilizado é o Direito Penal do Inimigo e o fim almejado é o combate à criminalidade organizada.

Uma vez que a teoria de Jakobs prevê a aplicação de penas altas, punição de meros atos preparatórios e a possibilidade de suprimir garantias processuais, como por exemplo, admitir a infiltração de agentes e a quebra de sigilo

telefônico, parece pertinentemente adequada utilizá-la para combater os membros de Organizações Criminosas e evitar que os crimes planejados sejam consumados.

Quanto à Necessidade, segunda submáxima a ser analisada, Humberto Ávila (2012, p. 192), dispõe que:

O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido [...], e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados.

Diante disto, o meio a ser utilizado para o fim proposto deve ser aquele que causar menos prejuízo às partes envolvidas.

Certo que o Direito Penal do Inimigo traz diversos gravames aos membros de Facções Criminosas, já que não serão observadas todas as garantias processuais durante a persecução penal.

Entretanto, pela face da proporcionalidade favorável à proteção integral da coletividade, necessário se mostra a adoção do Direito Penal do Inimigo para guarnecer a segurança da sociedade, visto que os meios convencionais do direito penal e processual penal garantista revelam-se insuficientes ao combate do crime organizado.

Por fim resta analisar a terceira e última submáxima, a Proporcionalidade em Sentido Estrito.

Segundo Humberto Ávila (2012, p. 195), “o exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.” Noutras palavras, trata-se de sopesar os valores colocados em jogo, verificando se a restrição imposta a um direito fundamental reveste-se do ideal de justiça.

Ao sopesar valores, deve-se imaginar uma balança, na qual de um lado colocam-se os direitos fundamentais individuais como devido processo legal, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, do outro se depositam os direitos fundamentais coletivos, como a segurança e a devida proteção integral. O lado que mais “pesar” deverá prevalecer quando houver conflito de interesses.

[...] a ponderação, ou o sopesamento, entre o interesse sacrificado pela medida estatal e o interesse público adotado pela mesma, realizado no bojo do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, deve atender aos objetivos estampados no Texto Constitucional, de forma que a busca de

uma finalidade de interesse público seja maior do que o prejuízo decorrente dessa limitação. (FIGUEIREDO, 2005, p. 195/196)

Parece razoável fazer prevalecer os interesses da sociedade em detrimento dos interesses e direitos individuais dos membros de Facções Criminosas, em busca da efetiva tutela da coletividade.

5.4 Combate às Organizações Criminosas

De todo o exposto até o momento, resta analisar na prática se o objeto do presente estudo, qual seja, a aplicação do Direito Penal do Inimigo face aos membros de Organizações Criminosas, traria resultados eficientes.

Embora tenha capitaneado a teoria do Direito Penal do Inimigo, Jakobs não previu nem propôs como seria na prática aplicar tal hipótese por meio de um “Código Penal do Inimigo”. Sendo assim, não havendo nada em concreto sobre como seria a “lei do inimigo”, se analisará algumas marcas inseridas na legislação brasileira.

Inegável a existência de vestígios, ainda que tênues, do Direito Penal do Inimigo na atual legislação pátria, sobretudo na nova lei das organizações criminosas (Lei nº 12.850/2013).

Dessa forma, Direito Penal do Inimigo não se apresenta de forma isolada, mas mistura-se com o Direito Penal do Cidadão, mitigando-se entre si:

[...] Direito Penal do Cidadão – se misturará ao menos uma leve defesa frente a riscos futuros – Direito Penal do Inimigo -, e inclusive o terrorista mais afastado da esfera cidadã é tratado, ao menos formalmente, como pessoa, ao lhe serem concedidos no processo penal os direitos de um acusado cidadão. Por conseguinte, não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois pólos de *um* só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em *um* só contexto jurídico-penal. (JAKOBS, 2012, p. 21)

A nova lei do crime organizado trouxe maiores esperanças com relação ao combate aos integrantes de Organizações Criminosas, por meio de medidas de emergência, ou ainda, por meio de alguns elementos do Direito Penal do Inimigo.

O adiantamento da punibilidade resta claro ao passo que a lei, pela primeira vez, tipificou o crime de organização criminosa como delito autônomo. Ao prever como infração penal a mera conduta de integrar uma organização criminosa, o legislador voluntariamente ou não inseriu traços de um direito penal preventivo, no qual não se espera ver abalado um bem jurídico para se resguardar a ordem pública.

A infiltração de agentes corrobora a ideia de prevenção dos delitos. Evidente a finalidade de obter provas e impedir a consumação e até o início de execução dos crimes ao permitir a introdução de agentes públicos em organizações criminosas.

Juntamente com a infiltração, a ação controlada permite uma melhor análise e estudo das atividades a serem executadas pelo grupo para que assim os delitos planejados sejam evitados ou mesmo para que a colheita de provas seja mais robusta contra os membros das facções.

Nas palavras de Ronaldo Batista Pinto (2013, p. 88), na ação controlada:

[...] o agente público aguarda o momento oportuno para atuar, a fim de obter, com esse retardamento, resultado mais eficaz em sua diligência. Com essa estratégia, portanto, deixa-se de prender em flagrante o infrator de pronto, para, prorrogando-se a ação policial, se obter uma prova mais robusta e mesmo uma diligência mais bem sucedida.

Com a tipificação foi prevista uma pena de 3 a 8 anos de reclusão, representando mais uma característica do Direito Penal do Inimigo, qual seja, a desproporcionalidade das penas.

Aplicar, ainda que seja um mínimo de 3 anos, pela mera associação a uma facção criminosa é uma pena considerada alta, ponderando que não houve lesão efetiva a um determinado bem jurídico. Essa pena prevista em abstrato manifesta o desejo do legislador em querer inibir o cometimento de outros delitos advindos do conluio criminoso.

Por fim, observa-se a relativização de garantias processuais, terceiro elemento do Direito Penal do Inimigo, com a inovação trazida pelo legislador no artigo 15 da Lei 12.850/2013:

Artigo 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

Tal dispositivo extirpou a necessidade da Autoridade Policial representar ao Poder Judiciário para ter acesso a tais informações, dando maior autonomia e celeridade às investigações.

O instituto da colaboração premiada, assim como a ação controlada e infiltração de agentes, foi melhor estruturada com regras específicas, dando maior eficácia ao combate do crime organizado.

A colaboração premiada é a “possibilidade que detém o autor do delito em obter o perdão judicial e a redução da pena (ou sua substituição), desde que, de forma eficaz e voluntária, auxilie na obtenção dos resultados previstos em lei” (PINTO, 2013, p. 35).

Uma resposta rápida é objetivada e necessária aos anseios da sociedade em querer que a justiça seja feita. A sociedade não pode ficar desprotegida, ante a inércia do governo perante os ataques de organizações criminosas.

Pode-se afirmar que a lei 12.850/13 é um começo para que novas alterações, não só legislativas, ocorram na busca da efetiva proteção da sociedade, punindo devidamente os membros de organizações criminosas, ou melhor, evitando que continuem a agir como inimigos, afrontando o Estado Democrático de Direito e colocando em risco sua própria essência.

6 CONCLUSÃO

Inegável a existência de Organizações Criminosas tanto no mundo quanto no Brasil. Tal fenômeno ofende diretamente o Estado Democrático de Direito ao passo que ao se instalarem, essas organizações além de objetivarem lucro fácil advindo de delitos, impõe suas regras e adquirem apoio da comunidade local, tornando mais difícil extingui-las.

A origem deu-se a muito tempo das mais variadas formas, desde movimentos populares, em sua maioria, visando combater os abusos dos governantes e até mesmo com a finalidade de atuar onde o Estado é ausente ou ineficaz, funcionando como verdadeiro poder paralelo nos dias atuais.

Desde as primeiras organizações criminosas até as que hoje se fazem presente, há características e maneiras de atuação em comum, mas que evoluíram com o passar do tempo, permitindo alcançar seus objetivos com mais astúcia.

As características e a conceituação são fundamentais, uma vez que permitem melhor identificar as Organizações Criminosas existentes e assim combatê-las. Atualmente a impunidade paira sobre os membros de facções criminosas, dada a imensa dificuldade das autoridades em desmantelá-las devido ao grau de complexidade e engenhosidade desses grupos.

Sendo assim, pelo Postulado da Proporcionalidade, percebeu-se a possibilidade de aplicar o Direito Penal do Inimigo para combater os membros das Organizações Criminosas.

Neste contexto, o legislador ao inserir traços de um Direito Penal do Inimigo na Lei 12.850/2013, tornou mais viável e possivelmente mais eficaz a persecução penal dos membros de Organizações Criminosas, especialmente com a tipificação como delito autônomo e melhor estruturação dos meios de investigação.

Entretanto, para combater ao crime organizado, de nada adiantam leis mais severas, se não forem devidamente cumpridas, diante da corrupção dos órgãos executivo e judiciário e do apoio da comunidade.

Aplicar leis mais severas ou até fazer uso do Direito Penal do Inimigo como um fator isolado não resolveria o problema da criminalidade organizada, mas sim a junção de fatores como legislações adequadas que sejam realmente cumpridas e, para tanto, necessário, também, fazer cessar a corrupção dos órgãos que detêm esse ônus.

Dessa forma, conclui-se que as Organizações Criminosas cada vez mais dominam territórios impondo suas próprias leis e para acabar com esse poder paralelo que exercem, há que se ter uma junção de esforços tanto do Executivo, Legislativo e Judiciário quanto da população de um modo geral.

BIBLIOGRAFIA

AMORIM, Carlos. **CV-PCC: a irmandade do crime**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005. 470 p.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012. 215 p.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 266 p.

BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004. 181 p. (Monografias / IBCCRIM ;32)

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 163 p. (As ciências criminais no século XXI)

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 26 fev. 2013.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 26 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 26 fev. 2013.

BRASIL. Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 04 mai. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 15 fev. 2013.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 26 fev. 2013.

BRASIL. Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 25 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em: 15 fev. 2013.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 06 ago. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto (Org.). **Crime e sociedade**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1999-2003. 362 p.

CANCIO MELIÁ, Manuel. De novo: <<Direito Penal>> do Inimigo IN: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 71-118

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **PCC**: hegemonia nas prisões e monopólio da violência. São Paulo: Saraiva, 2013. 455 p. (Saberes monográficos)

ESTADO DE DIREITO. In: Grande Enciclopédia Larousse Cultural. São Paulo: Plural Editora e Gráfica, 1998, p. 2234, v. 9.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 779 p.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Crime organizado e organizações criminosas mundiais**. Curitiba: Juruá, 2009. 703 p.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS, 2005. 266 p.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político criminal**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 373 p.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 246 p.

GRACIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 189 p. (Série ciência do direito penal contemporânea ; 10)

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 6. ed., rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2011. 193 p.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 118 p.

LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. **Crime organizado na atualidade**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000. 226 p.

MAFIA. In: Grande Enciclopédia Larousse Cultural. São Paulo: Plural Editora e Gráfica, 1998, p. 3728, v. 15.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 281 p.

MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, Jose Reinaldo Guimarães (Coords.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012. 691 p.

MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998. 239 p.

MONTEIRO, Marcelo Valdir. Crime organizado e criminologia. In: SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). **Criminologia e os problemas da atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 216-232.

MONTOYA, Mario Daniel. **Máfia e crime organizado**: aspectos legais, autoria mediata, responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder, atividades criminosas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 501 p.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2011. 353 p.

PINTO, Ronaldo Batista; CUNHA, Rogério Sanches. **Crime organizado**: comentários à nova lei sobre o crime organizado – lei nº 12.850/2013. Salvador: JusPODIVM, 2013. 198 p.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007. 111 p.

PRINCÍPIOS. In: Grande Enciclopédia Larousse Cultural. São Paulo: Plural Editora e Gráfica, 1998, p. 4786, v. 19.

SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Organizadores). **Criminologia e os problemas da atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008. 334 p.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 175 p.

SILVA JUNIOR, Gaspar Pereira da. Fação criminosa IN: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, Jose Reinaldo Guimarães (Coords.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 127-156

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. **Repressão ao crime organizado: inovações da lei 9.034/95**. Curitiba: Juruá, 1995. 140 p.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 223 p.

TENÓRIO, Igor; LOPES, Inácio Carlos Dias. **Crime organizado: o novo direito penal - até a lei nº 9.034/95**. 1. ed. Brasília: Consulex, 1995. 215 p.

TOLENTINO NETO, Francisco. Histórico do crime organizado IN: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, Jose Reinaldo Guimarães (Coords.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 50-67

TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. **Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas**. Curitiba: Juruá, 2003. 145 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed Rio de Janeiro: Revan, 2007. 222 p. (Pensamento criminológico ; v.14)