

**FACULDADES INTEGRADAS**

**“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO  
ESTADO FRENTE AO CRIME ORGANIZADO**

Mariana Pineda Villar

Presidente Prudente

2013

**FACULDADES INTEGRADAS**

**“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO  
ESTADO FRENTE AO CRIME ORGANIZADO**

Mariana Pineda Villar

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente

2013

# **PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO FRENTE AO CRIME ORGANIZADO**

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

---

Jurandir José dos Santos  
Orientador

---

Marcus Vinicius Feltrin Aquotti  
Examinador

---

Wilton Boigues Corbalan Tebar  
Examinador

Presidente Prudente, 12 de novembro de 2013.

O Senhor dá a sabedoria, da sua boca vem a inteligência  
e o entendimento.

Provérbio 2:6.

Dedico este trabalho a minha  
família, especialmente aos  
meus pais Nilton e Ivone.

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço ao nosso eterno e glorioso Deus por tudo que tem feito em minha vida, pelas bênçãos e por me conceder inteligência para a conclusão deste trabalho.

Aos meus pais, Nilton e Ivone, que sempre estiveram presentes durante toda a minha vida e apoiaram meus estudos, com muito carinho e dedicação, durante todos estes anos de faculdade.

Ao meu irmão, Luiz Fernando, pelo seu carinho, afeto, paciência sempre disposto a me ajudar e por toda a sua preocupação com a realização deste trabalho e também com o meu curso.

Agradeço aos meus queridos e verdadeiros amigos por estarem sempre presentes e preocupados para que a conclusão do curso fosse possível.

Agradeço de maneira bastante especial ao professor, orientador Jurandir que pela sabedoria, humildade e pelo tempo dedicado, me instruiu para a realização deste trabalho com constante atenção, transmitindo seus conhecimentos de forma leal e esperançosa.

Agradeço também, aos estimáveis professores que por nossa vida passaram, durante esses anos em que convivemos tudo tem sido de grande valor nesta caminhada para um futuro promissor no curso de Direito e uma profissão na qual almejo, e o que mais me motiva e nunca duvidar do meu ideal.

Ao professor Marcus Vinícius pelo exemplo de mestre, humildade, excelente profissional, que aceitou o convite em compor a minha Banca Examinadora.

Agradeço ao Wilton, profissional de elevado saber jurídico, por confiar em mim e concordar em fazer parte deste momento importante na minha vida acadêmica.

## RESUMO

O presente trabalho demonstra que a análise principiológica, enquanto espécie normativa atuante no sistema constitui matéria jurídica relevante e estrutural no ordenamento pátrio, logo, imperativo efetua a distinção entre os princípios e regras que disciplinam direitos fundamentais, eis que condicionam os direitos e garantias do cidadão, haja vista sua importância, bem como, quase sempre, há a dificuldade das regras em efetivamente proteger os direitos fundamentais dada sua concretude e impossibilidade de variação e adequação ao caso concreto, ao contrário do que ocorre com os princípios. A pesquisa expõe que a partir da análise normativa frente ao caso concreto, é possível obter soluções distintas de acordo com as características imanentes dos princípios e das regras quando chamadas a proteger os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Essa análise passa primeiramente pelo exame sobre o conceito e características dos chamados direitos fundamentais no estado democrático de direito brasileiro. Por fim, demonstra que o mediador dessas aparentes soluções insuficientes diante de um caso concreto na proteção de um direito fundamental passa pelo estudo do Princípio da Proporcionalidade sob o viés da Proibição da Proteção Deficiente e da Proibição do Excesso.

**Palavras-chave:** Princípios. Distinção. Colisões. Restrições. Proporcionalidade.

## ABSTRACT

The present work demonstrates that the analysis of principles, rules acting as a species in the system is a matter relevant legal and structural ordering in parental thus imperative makes the distinction between principles and rules governing fundamental rights, behold prejudice to the rights and guarantees of the citizen, given its importance as well, almost always, there is the difficulty of the rules effectively protect the fundamental rights given its concreteness and impossibility of change and adaptation to the case, contrary to what occurs with the principles. The research states that from the normative analysis opposite case, it is possible to obtain different solutions according to the inherent characteristics of the principles and rules when called upon to protect the fundamental rights provided for in the Federal Constitution. This analysis is firstly taken over by the concept and characteristics of so-called fundamental rights in a democratic state of law in Brazil. Finally, it demonstrates that the mediator of these apparent solutions are scarce in a case to protect a fundamental right involves the study of the Principle of Proportionality under the bias of Prohibition Protection Disability and Prohibition of Excess.

**Keywords:** Principles. Distinction. Collisions. Restrictions. Proportionality.

# SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1. INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>9</b>  |
| <b>2. DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>  | <b>12</b> |
| 2.1 Definição e aspectos gerais dos princípios .....                               | 17        |
| 2.2 A distinção entre regras e princípios .....                                    | 20        |
| 2.3 Postulados normativos.....   | 26        |
| 2.4 Colisões de princípios e conflitos de regras .....                             | 28        |
| 2.5 Restrições aos direitos fundamentais.....                                      | 30        |
| <b>3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO LIMITE ÀS RESTRIÇÕES.....</b>          | <b>34</b> |
| 3.1 Proporcionalidade: Proibição de excesso ( <i>Übermassverbot</i> ) .....        | 37        |
| 3.2 Proporcionalidade: Proibição de insuficiência ( <i>Untermassverbot</i> ) ..... | 40        |
| <b>4. O CRIME ORGANIZADO .....</b>   | <b>43</b> |
| 4.1 Definição e suas características.....  | 46        |
| 4.2 O Direito Penal do Inimigo .....   | 51        |
| 4.3 Da “lavagem” de capitais.....  | 53        |
| 4.4 Origens .....  | 55        |
| 4.4.1 Máfia Italiana .....   | 55        |
| 4.4.2 China: Tríades chinesas .....  | 56        |
| 4.4.3 Yakuza: Máfia japonesa.....  | 57        |
| 4.5 Crime organizado no Brasil.....  | 58        |
| <b>5. A PROVA E O CRIME ORGANIZADO.....</b>  | <b>61</b> |
| 5.1 Processo penal e a prevenção do crime .....                                    | 62        |
| 5.2 Meios de prova e meios de investigação ou de inteligência .....                | 64        |
| <b>6. O DEVER ESTATAL DE SEGURANÇA E O DIREITO CIDADÃO À SEGURANÇA.....</b>        | <b>66</b> |
| 6.1 Dever estatal de proteção e crime organizado .....                             | 67        |
| 6.2 A concretização do dever de proteção no âmbito do crime organizado.....        | 68        |
| <b>7. A RESPOSTA PENAL AO PERIGO DO CRIME ORGANIZADO.....</b>                      | <b>70</b> |
| 7.1 A forma ideal de concretização do dever de proteção no crime organizado.....   | 71        |
| <b>8. CONCLUSÃO.....</b>   | <b>74</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve por escopo de estudo efetuar a valiosa distinção entre regra e princípio, haja vista que tratar-se de premissa essencial e fundamental para a solução de dificuldades centrais na dogmática na aplicação e proteção dos direitos fundamentais.

O trabalho ainda versará sobre a possibilidade de um processo penal diferenciado para os crimes que desafiam o Estado.

A análise do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana se mostra essencial a partir da Constituição Federal de 1988, pois ocasionou a chamada rematerialização constitucional com a elevação de um valor como Princípio Federativo.

Nesse passo, a distinção em apreço possui o condão demonstrar a diferença e aplicação das espécies normativas em relação aos problemas que aparecem no seio social bem como, na mesma oportunidade, elucidar a solução jurídica compatível com a justiça e o direito vigente.

As regras possuem uma forma diversa de solução de conflitos ou situações concretas em relação aos princípios. Em outras palavras, enquanto se sabe de antemão para quais situações a regra se aplica ou como se comporta perante a solução de um caso concreto, a aplicação do princípio só se revela perante o caso concreto, pois só a análise do caso indicará a necessidade ou não de se utilizar um princípio.

Em remotos períodos os princípios não tinham nenhuma carga normativa, isto é, eram vistos apenas como cartas de bons propósitos ou boas intenções, porém a partir do momento em que não eram entendidos como normas, não vinculavam os juristas e não se cogitava que eles, por si mesmos, embasassem uma decisão judicial.

Assim, o critério decisivo das regras em relação aos princípios seria deste modo, a colocação de embasamento normativo.

No primeiro capítulo foi abordado sobre os direitos fundamentais, na necessidade de sabermos que os direitos fundamentais, são aqueles considerados constitucionalmente válidos e também entendemos que eles são conferidos a todos os cidadãos igualmente, para que assim possam ter condições mínimas para viverem com dignidade.

Já no segundo capítulo, falou-se sobre o princípio da proporcionalidade que se revesta de importância ímpar para o impulso da atividade estatal de manutenção da segurança pública e da preservação dos direitos fundamentais e bens jurídicos penais.

A proibição de insuficiência é especialmente relevante ao dever estatal de garantir a segurança, bem jurídico que condiciona o exercício dos direitos fundamentais, uma vez que, sem segurança, não é possível o gozo dos demais direitos materiais, nem o livre desenvolvimento da personalidade humana com dignidade.

No terceiro capítulo, sendo este um dos principais, tratou-se sobre o crime organizado no direito processual penal brasileiro, seu funcionamento e cabimento segundo as disposições legais com breves nuances históricas.

No quarto capítulo, é notório que o crescimento das organizações criminosas tem diversos motivos, por isso que no Brasil, o Estado, busca encontrar uma solução plausível para este problema, por isso, deve-se ter uma punição mais rigorosa dos criminosos, adotando-se assim, um tratamento processual especial e particularizado.

No quinto, foi abordado que é papel do Estado a garantia da segurança externa, relativa a ameaças vindas do estrangeiro, quando, no que interessa mais ao tema desse trabalho, a segurança interna, em relação a ameaças que estão dentro do território nacional. Ademais, o Estado ao assumir o dever de bens jurídicos, cria no cidadão a expectativa de que será protegido, de modo que a omissão estatal caracteriza uma quebra do princípio da confiança.

Posteriormente, no sexto capítulo, último, fora trabalhado o tema de que especialmente diante do crescimento das organizações criminosas e do seu

poder, há uma obrigação de construir medidas específicas para combatê-las, sendo necessário que o Estado dê uma atenção maior a elas, visto que muitas vezes ele fica aquém, não satisfazendo assim a sua prestação positiva.

Saliente-se que para a construção e conclusão da presente pesquisa fora utilizado o método dedutivo, partindo de uma análise de aspectos gerais dos temas versados para que assim, num segundo momento, com especial enfoque para o princípio da proibição da proteção deficiente, com o crime organizado, se atinja o ponto específico que justifica sua existência, para tanto, no tocante a técnica a ser utilizada, esta será baseada na consulta à doutrina digitalizada e impressa, e também em artigos.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A primeira parte deste trabalho dedica-se a uma análise dos direitos fundamentais, mas antes de se iniciar a análise, urge que se estabeleça uma conceituação do mesmo.

Em sendo assim, os direitos fundamentais, segundo a doutrina e a jurisprudência é o mínimo de direito que se concede a alguém para que possa viver com dignidade. Podendo ser conceituados como a categoria jurídica de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).

Formam, como afirmado, uma categoria jurídica. Isso significa que todos os direitos que recebem o adjetivo de fundamental possuem características comuns entre si, torando-se assim, uma classe de direitos.

De fato, esses direitos existem como forma de barrar o próprio Estado (ente público) como violador de direitos dos cidadãos (para que não possa abusar desses direitos). Com efeito, quando se fala em direito fundamental é no sentido de que o Estado proteja e garanta aquele direito fundamental, barrando nele próprio ou em particular viole tais direitos.

Nessa medida os direitos fundamentais possuem peculiaridades individualizadoras, que forjam traços diferenciadas das demais categorias jurídicas, sendo assim, algumas das características dos direitos fundamentais são as seguintes:

- a) Historicidade ou histórico: os direitos fundamentais resultam de uma evolução histórica da sociedade, surgiram com a própria evolução da

- b) sociedade. Quanto maior a evolução da sociedade, novos direitos tendem a surgir;
- c) Universalidade: os direitos fundamentais são universais, e se aplicam a todas as pessoas indistintamente, ou seja, independentemente de sexo, raça e cor; devem ser respeitados em todos os locais;
- d) Irrenunciabilidade: os direitos fundamentais são irrenunciáveis, com isso os indivíduos não podem deles dispor;
- e) Imprescritibilidade: os direitos fundamentais são imprescritíveis, ou seja, nunca prescrevem;
- f) Limitabilidade ou relatividade: não existe direito fundamental absoluto. Nem mesmo o direito à vida. Em algum momento o direito fundamental perde espaço para outro, até mesmo para um direito fundamental.

A importância vital que os direitos fundamentais possuem dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito é que com a evolução da humanidade, eles passaram a exigir um novo entendimento do que seja a efetividade dos direitos humanos, como acontece, por exemplo, com os chamados direitos de solidariedade que vêm crescendo muito, nas últimas décadas, por isso que temos que adotar uma dinâmica mais adequada aos direitos fundamentais.

Há uma divergência doutrinária de quando eles surgiram, alguns dizem que os direitos fundamentais são milenares, porém, outros dizem que são seculares. Mas o entendimento pacífico é que esses direitos são mais recentes. Assim, o primeiro dispositivo que tratou de direitos fundamentais foi a Magna Carta de 1215, de João sem Terra.

De acordo com a doutrina é a carta do Bom Povo da Virgínia a qual se buscava o direito de liberdade, o principal dos direitos fundamentais, instrumento que levou a independência americana (1776), o primeiro dispositivo que tratou de tais direitos. E para os que defendem esse posicionamento, essa carta é importante, porque logo que ela surge, acaba gerando um conflito internacional, já que nesse período havia duas superpotências no poder, que eram a Inglaterra e a França. Foi com a separação das 13 colônias da Inglaterra, que esse assunto da independência chega a Europa.

Leciona o professor Paulo Bonavides (2000, p. 516) que:

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual

descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

Assim, em pouco espaço de tempo houve a derrubada do absolutismo na França (1789), surgindo o primeiro dispositivo de âmbito internacional (segundo dispositivo que se tem notícia): “Proclamação dos Direitos Fundamentais” ou como a doutrina diz: “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão”. Nos dizeres muito pertinentes de Luiz Luisi (2003, p. 102).

Nascem, portanto, nesta quadra da história o que hoje chamamos direitos humanos. Mas somente nos últimos decênios do século XVIII é que esses direitos, até então só pensados, passam a se positivizar juridicamente em diversos documentos legislativos. E dentre estes, o mais importante pela sua abrangência universal, e sua precisão técnica, é a imperecível “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, promulgada pela Assembléia Nacional da França em 26 de agosto de 1789.

Vale consignar que são os direitos fundamentais ditos atualmente de direitos de 1ª geração, sem esse direito não se conseguiria os demais. Trata-se do Direito à Liberdade de ir e vir, de pensar, e expressar o pensamento, a liberdade religiosa, etc. É considerado um marco na história dos direitos, uma vez que são direitos que surgiram com a idéia de Estado de direito, submisso a uma Constituição. Longe da hegemonia de um soberano, cuja vontade era a lei, concebeu-se um Estado em que as funções do poder fossem atribuídas a órgãos distintos, impedindo a concentração de poderes e o arbítrio de uma ou de um grupo de pessoas. São também denominados de direitos civis, ou individuais, e políticos. O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência ao relacionamento social.

Mais tarde, outro dispositivo que é considerado o terceiro (segundo de âmbito internacional) é a Carta das Nações Unidas de 1948 (Declaração Universal de Direitos do Homem). Carta esta que gerou a ONU reformulou os direitos fundamentais e ainda está em vigor (com o passar dos anos, novos direitos são criados através de pactos).

Vale mencionar, ainda, a obra “Dos Delitos e das Penas”, de Cesare Bonesana Beccaria, na qual ele marca sua presença na história, pois foi a primeira voz que narrou o início de um novo direito criminal, dando um tratamento

humanitário dos encarcerados, etc., destacando as ideias de que numa república os homens são cidadãos com igualdade de direitos. Em sendo assim, Beccaria (2009, p. 72-73) adverte que:

Cada cidadão pode fazer tudo o que não contrarie as leis, sem temer outros inconvenientes senão os que podem advir de sua ação em si mesma. Tal dogma político deveria ser inscrito no espírito dos povos, proclamado pelos juizes supremos e defendido pelas leis. Sem esse dogma sagrado, toda sociedade legítima não pode existir por muito tempo, pois ele é o justo prêmio do sacrifício que os homens fizeram de sua independência e da sua liberdade.

Sabemos que o Brasil sempre foi precursor dos direitos fundamentais. A Constituição que menos tratou desses direitos foi a de 1937. Saliente-se que houve também restrições a esses direitos na época da ditadura militar através dos atos institucionais. Então, a Constituição de 1988 é que mais trata dos referidos direitos.

O constitucionalista Pedro Lenza (2008, p. 591) aponta que:

O art. 5º, caput, da CF/88 estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos dos seus 78 incisos e parágrafos. Trata-se de um rol meramente exemplificativo, na medida em que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (§2.º).

E neste mesmo sentido, para Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 69) diz que:

O art. 5º da CF – primeiro artigo do Título II – afirma, no seu §2.º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Essa norma permite, por meio da aceitação da idéia de fundamentalidade material, que outros direitos, mesmo que não expressamente previstos na CF e, por maior razão, não enumerados no seu Título II, sejam considerados direitos fundamentais. Isso quer dizer que o art. 5.º §2.º, da CF instituiu um sistema constitucional aberto a direitos fundamentais em sentido material.

Em sendo assim, o “caput” do art. 5º, da Constituição Federal, faz referência expressa aos direitos fundamentais, uma vez que eles existem para garantir que o cidadão possa se utilizar dele quando da atuação opressiva do Estado.

Atualmente, a doutrina classifica historicamente os direitos fundamentais, em regra, em três dimensões, apesar de muitos doutrinadores discutirem a respeito da quarta dimensão a qual conforme o professor Paulo Bonavides, são direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

A história dos direitos fundamentais, é a luta por buscar a liberdade, por isso que eles representam reações a determinadas situações de perigo à liberdade pessoal.

Nesta seara, Luiz Luisi (2003, p. 101), manifesta-se no seguinte sentido:

Em contraponto a essa concepção organicista surge uma cosmovisão antropocêntrica, que importa em uma revisão da postura humana no cosmos. O homem deixa, então, de ser um simples e pouco relevante elemento do mundo natural e social para passar a ter uma função ativa na reformulação, e mesmo na construção da realidade. O homem passa a ser dominus, principalmente, de seu universo específico da sua própria realidade, e do contexto inter humano em que obrigatoriamente vive.

Com efeito, a luta pelos direitos fundamentais, não é uma luta nova, já que há muito tempo que o ser humano vem lutando para limitar o arbítrio estatal. Eles não são um dado imutável, a definição deles varia de época em época, por isso que esse movimento não é novo, em Roma antiga, por exemplo, eles já tentavam lutar contra o Estado.

E de acordo com a teoria realista, ela diz que os direitos fundamentais são aqueles conquistados pela humanidade ao longo do tempo. Desta forma, corroborando tal entendimento, Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 27) assevera que, “como consequência, o conteúdo essencial de um direito não será sempre o mesmo e irá variar de situação para situação, dependendo das circunstâncias e dos direitos em jogo em cada caso”.

De maneira bastante pertinente, assim se pronunciou o doutrinador Luiz Luisi (2003, p. 309):

É nesta concepção que está, bem vistas as coisas, a verdadeira inovação de Beccaria. Nesta reivindicação, frente aos arbítrios, desmandos e crueldades da justiça punitiva, da dignidade moral do homem, que mesmo no cárcere continua sendo uma pessoa não uma mera coisa.

Assim, os direitos fundamentais, como passar do tempo, começaram a terem ao lado de suas tradicionais funções, a desempenhar também uma defesa contra agressões e ameaças aos direitos fundamentais com origem em outros meios de poder, não estatais.

## **2.1 Definição e Aspectos Gerais dos Princípios**

Em qualquer ciência quando se fala em princípio, ele é o começo, ponto de partida, nele baseia-se a profundidade de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema, além de assinalar a composição de um aparelho de ideias, pensamentos ou normas, de onde todas estas derivam, se conduzem e se subordinam.

Com o decorrer do tempo, após a segunda guerra mundial e mais precisamente com o advento da Constituição Federal de 1988, o Estado de Direito começou a ter constantes mudanças, aperfeiçoando seu funcionamento, atualizando seus institutos, com isso os princípios adquiriram força normativa beneficiando de forma apreciável a aplicação da lei.

Neste sentido, o alerta de Antonio Carlos da Ponte (2008, p. 64):

A Constituição Federal é uma "carta de princípios", pois possui como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e o pluralismo político. Tais princípios são harmônicos, não se contrapondo e, muito menos, colidindo entre si.

Desta forma, estudar os princípios denota avaliar de forma intensa a oportuna origem do sistema punitivo, haja vista que são eles o suporte da Constituição Federal, que demanda uma leitura constitucional.

É verdade que a origem dos princípios enquanto princípios jurídicos não se depara na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na concepção do que é adequado, alargada pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo, sendo assim, os positivistas podem afirmar que esses princípios não pertencem à esfera do direito, porque o juiz não tem nenhuma obrigação, mas apenas um poder discricionário de levá-los em apreço.

Acerca do salientado, e até o presente momento, filia-se na difícil missão de buscar o melhor conceito para o termo em análise Riccardo Guastini *apud* Paulo Bonavides (2000, p. 230-231):

Em primeiro lugar, o vocábulo 'princípio' se refere a normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade. Em segundo lugar, os juristas usam o vocábulo 'princípio' para referir-se a normas (ou a disposições que exprimem normas) providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos. Em terceiro lugar, os juristas empregam a palavra 'princípio' para referir-se a normas (ou disposições normativas) de caráter 'programático'. Em quarto lugar, o uso que os juristas às vezes fazendo termo 'princípio' é referir-se a normas (ou a dispositivos que exprimem normas) cuja posição na hierarquia das fontes Direito é muito elevada. Em quinto lugar, os juristas usam o vocábulo 'princípio' para designar normas (ou disposições normativas) que desempenham uma função 'importante' e fundamental' no sistema jurídico conjunto (o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações). Em sexto lugar, finalmente, os juristas se valem da expressão 'princípio' para designar normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos. (grifo nosso)

À vista disto, fica evidente, acerca do conceito de princípio de que ele vai indicar uma ideia inicial de estudo, já que ele opera como pilar, alicerce e sendo de fato, um postulado ou verdade incontestável.

Diversos são os autores que sugeriram para as espécies normativas definições e sendo que algumas delas apresentaram bastante repercussão doutrinária.

Corroborando tal entendimento, mais especificamente no sentido jurídico, Luís Roberto Barroso (2007, p. 10) assevera que os princípios:

Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como a dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete.

Com efeito, os princípios consistiriam em pensamentos diretores de uma regulação jurídica existente ou possível, contudo ainda não são regras capazes de aplicação, haja vista que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, ou seja, a amarração entre teoria de incidência e uma consequência jurídica, assim agem como espírito comunicador do sistema, oferecendo-lhe significado e sentido político.

Nas palavras de Humberto Ávila (2011, p. 43). Diz o doutrinador:

Ademais, apesar de os princípios não possuírem um caráter frontalmente descritivo de comportamento, não se pode negar que sua interpretação pode, mesmo em nível abstrato, indicar as espécies de comportamentos a serem adotados, especialmente se for feita uma reconstrução dos casos mais importantes.

Sendo assim, a ausência de cominação de comportamentos e de consequências no caso dos princípios, não é o alvo definitivo, e sim o tipo e cominação de comportamentos e consequências, o que é um tanto diverso.

Mas em que pesem pela própria estrutura aberta e flexível dos princípios, que não possuem um campo de abrangência rigidamente delimitado, configura-se por vezes muito intensa, a tarefa de formar *a priori* as terminações das suas esferas normativas.

Na descrição do perfil dos princípios, eles possuem duas finalidades básicas, o primeiro aspecto que vem à tona é exatamente a sua finalidade imediata. A finalidade imediata dos princípios é o apontamento de um Estado ideal que deve ser perseguido e alcançado, mas sem indicação de condutas que devem ser adotadas para alcançá-lo. Então, o que caracteriza o princípio é que ele é uma

norma que estabelece um estado ideal de coisas a ser alcançado, sem descrever a conduta necessária para tanto.

O segundo aspecto do perfil dos princípios é sua finalidade mediata ou indireta, ou seja, impor ao destinatário a adoção de uma conduta compatível com o estado ideal que se deseja promover. Estado ideal é extraído dos valores materializados pela sociedade, são os valores obtidos a partir da constituição.

## **2.2 A distinção entre regras e princípios**

A distinção entre regras e princípios, a qual é proposta por Alexy, não é nova, sendo de fundamental importância em efetuar-la, apesar de muitos doutrinadores, vêm fazendo várias críticas a respeito, uma dessas críticas seria o fato de que não existe a referida distinção.

No que diz respeito da distinção entre regras e princípios, sabemos que os princípios, assim como as regras, são normas, pois tanto uns como outras estabelecem um dever ser, sendo assim ao fazermos uma distinção entre eles, estamos nos referindo a uma distinção entre dois tipos de normas, uma vez que ambos trazem consigo uma ordem que deve ser respeitada por todos os cidadãos como meio de viabilizar o convívio em sociedade.

Todavia, vários são os autores que sobre o delicado problema de como proceder a uma diferenciação entre eles, propuseram definições para as espécies normativas. Desta feita, é uma tarefa árdua e delicada, haja vista que essas definições tiveram grande repercussão doutrinária. Neste sentido, eis a definição de Ronald Dworkin (2007 pp. 39-40):

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (...). Mas não é assim que funcionam os princípios (...). Mesmo aqueles que mais se assemelham

a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.

Nota-se assim, que fica clara, portanto, a distinção entre regra e princípio, já que quando eu chego a uma regra vou observar uma conduta descrita a ser observada, ao passo que quando eu olho para um princípio vou observar que existe indicação de um estado ideal a ser perseguido, mas sem indicação de uma conduta a ser adotada.

Outro critério existente para uma correta diferenciação entre regras e princípios noticiada pelo ilustre Humberto Ávila (2011, p. 50) é da seguinte forma:

Costuma-se afirmar também que as regras são ou não aplicadas, de modo integral, enquanto os princípios podem ser aplicados mais ou menos. Trata-se de proposição interessante, mas que pode ser aperfeiçoada. Com efeito, quando se sustenta que as regras são aplicadas integralmente focaliza-se o comportamento descritivo como poder ser ou não cumprido; quando se defende que os princípios são aplicados *mais ou menos* centra-se a análise, em virtude da ausência de descrição da conduta devida, no estado de coisas que pode ser mais ou menos atingido. Isso significa, porém, que não são os princípios que são aplicados de forma gradual, *mais ou menos*, mas é o estado de coisas que pode ser mais ou menos aproximado, dependendo da conduta adotada como meio. Mesmo nessa hipótese, porém, o princípio é ou não aplicado: ou o comportamento necessário à realização ou preservação do estado de coisas é adotado, ou não é adotado. Por isso, defender que os princípios sejam aplicados de forma gradual é baralhar a norma com os aspectos exteriores, necessários à sua aplicação.

Com efeito, somos capazes de identificar, de comparar e distinguir um princípio de uma regra. Os dois são normas jurídicas, ou seja, os dois disciplinam as relações entre as pessoas, só que o princípio tem algumas características, enquanto a regra tem outras. Para identificar cada uma no caso concreto é fácil. O princípio vai sempre indicar o estado ideal sem descrever a conduta. Já a regra, sempre vai descrever a conduta.

Diante da distinção entre regras e princípios, para Leticia Balsamão Amorim (2005, p. 126) é:

A distinção entre regras e princípios se mostra de maneira mais clara nas colisões de princípios e nos conflitos de regras. É certo que pode ocorrer que duas normas (princípios ou regras), aplicadas independentemente, conduzam a resultados incompatíveis, ou seja, pode haver dois juízos de

dever-ser contraditórios. Mas a diferença está na forma como solucionar o conflito.

Sendo assim, há a existência de diversos modos de solução para as colisões de princípios e os conflitos de regras.

Nesse aspecto, diligencia com clareza Robert Alexy (2008, p. 87):

[...] Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

Como esclarece Alexy (2008, p. 87), a distinção entre regras e princípios se mostra de maneira mais clara nas colisões de princípios e nos conflitos de regras. É certo que pode ocorrer que duas normas (princípios ou regras), aplicadas independentemente, conduzam a resultados incompatíveis, ou seja, pode haver dois juízos de dever-ser contraditórios. Mas a diferença está na forma como solucionar o conflito.

De acordo com a maioria da doutrina, as normas jurídicas que fazem parte do ordenamento positivo podem admitir duas formas principais: regras (ou disposições) e princípios. Há quem elenque, também, os postulados normativos enquanto espécie normativa, os quais trataremos mais frente.

Segundo Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 44), “não é o caso de se debater se há classificação que seja melhor ou pior. Em geral classificações – desde que metodologicamente sólidas – dificilmente podem ser julgadas com base em um maniqueísmo bom/ruim”.

Ultimamente se entende que as regras devem acompanhar os princípios, segui-los, uma vez que seu maior objetivo é conferir concretude aos mesmos, levando-os até o caso concreto. Com isso a aplicação de uma regra se atua na modalidade “tudo ou nada”: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. E, na hipótese de conflito entre duas regras, só uma terá validade e irá prevalecer.

Assim, quanto à aplicação nos princípios temos que comparar a conduta com o estado ideal e lançar mão de ponderações. Já no caso das regras a aplicação se dá por meio do princípio da subsunção, isto é, “encaixar” um fato em uma norma para ver se disso advém alguma consequência jurídica, uma vez que a subsunção consiste simplesmente em submeter o fato à regra correspondente. Disso decorre uma distinção fundamental: a técnica de subsunção e a técnica de ponderação. Ambas são modos de aplicação das duas espécies de normas sendo as regras aplicar-se-iam por subsunção de outra banda os princípios por ponderação.

Com efeito, este é o entendimento da professora Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, p. 171):

O trabalho de balanceamento entre direitos fundamentais consagrados na Constituição é o que se espera, pois, do mandado de ponderação, próprio do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. A necessária ponderação tem lugar no momento em que uma norma de direito fundamental entram em colisão com outra cujo mandamento diga respeito a outro direito, igualmente fundamental. Isto se dá uma vez que ambas constituem princípios jurídicos, e como tais, quando colidem, está ordenada uma ponderação.

Já os princípios, por sua vez, inicialmente, não eram normas e sempre quando eram utilizados precisavam das normas para que pudessem ser aplicados. Por tudo isto, dizia-se que os princípios não eram normas. Porém, em razão dos estudos realizados pela notória doutrina nacional e estrangeira a respeito deles, bem como, no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, os princípios ganharam nova feição e passaram a ser vinculativos, ganhando carga normativa e, via de consequência, aptidão e força suficientes para sozinhos conceder supedâneo para solução de conflitos.

Hoje, então, eles detêm força normativa, independentemente de haver regra específica. Entretanto, com isso, eles foram ganhando demasiada força normativa, gerando, como dizer, por exemplo, que com o princípio “tudo pode”.

Eis, desta forma, o precioso ensinamento de Humberto Bergmann Ávila (2011, p. 91):

Como há consequências expressivas com relação à aplicação das normas, tanto a conceituação equivocada (indicação de que o conceito de princípio conota propriedades que a linguagem normativa não pode conotar) quando da denominação inapropriada de uma norma (qualificação de uma norma como princípio sem que tenha as propriedades conotadas pelo conceito de princípio) provocam um resultado normativo indesejado: a flexibilização da aplicação de uma norma que deveria ser aplicada com maior rigidez. O tiro sai pela culatra: a pretexto de aumentar a efetividade da norma, a doutrina a denomina de princípio, mas, ao fazê-lo, legitima sua mais fácil flexibilização, enfraquecendo sua eficácia; com a intenção de aumentar a valoração, a doutrina qualifica determinadas normas de princípios, mas, ao fazê-lo, elimina a possibilidade de valoração das regras, apequenando-as; com a finalidade de combater o formalismo, a doutrina redireciona a aplicação do ordenamento para os princípios, mas, ao fazê-lo, sem indicar critérios minimamente objetiváveis para sua aplicação, aumenta a injustiça por meio da intensificação do decisionismo; com a intenção de difundir uma aplicação progressista e efetiva do ordenamento jurídico, a doutrina qualifica aquelas normas julgadas mais importantes como princípios, mas, ao fazê-lo, com a indicação de que os princípios demandam aplicação intensamente subjetiva ou flexibilizadora em função das razões contrárias, lança bases para que o próprio conservadorismo seja legitimado.

Em resumo, os princípios converteram-se no instituto que mais foi modificado nas últimas décadas. Eles podem ser entendidos como normas imediatamente finalísticas que apontam para o estado ideal de coisas a ser perseguido, sem descrever condutas. É que, apesar deles ligaram-se à ideia de justiça, são fracos em termo de segurança jurídica, como observou Silva, (2010, p. 63/64): “[...] assim, sempre que se mencionar o conceito de princípio, neste trabalho, deverá ser ele compreendido como mandamento de otimização, ou seja, como norma que garante direitos ou impõe deveres *prima facie*.”

Contudo, um preceito que deve sempre fazer-se presente é que os princípios não devem ser deturpados. Eles não servem para que se alegue que tudo pode e tudo é permitido. Com efeito, sabemos do problema da banalização dos princípios, posto que sua aplicação exaustiva e desmedida pode ocasionar sérios problemas. Tal se deve ao fato de que os princípios ligam-se mais às ideias de justiça, enquanto as regras voltam-se mais ao conceito de segurança jurídica, resultando aí a necessidade de equilíbrio entre eles que se dá mediante o postulado normativo ou princípio em sentido amplo como meio de conformação do sistema jurídico.

Segundo Ronald Dworkin (2007, p. 39):

[...] as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que

ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

A aplicação dos princípios se dá mediante a comparação dos efeitos da conduta com o estado ideal que se quer promover, como é o caso do nepotismo, já que ao contratar parente para cargo sem concurso está violando o princípio da moralidade pública, cujo caso não havia regra nenhuma e qual o princípio o Supremo Tribunal Federal se utilizou para construir a norma.

Em suma, com a prevalência de um princípio, isso não quer dizer que irá aniquilar o outro princípio, ante à harmonização que lhes é inerente, haja vista não pautar-se em sua estrutura intrínseca a ideologia de “tudo ou nada”.

Desta forma, claro que é natural, da própria essência que os princípios convivam conflitualmente, uma vez que existem os estados ideais antagônicos.

Prosseguindo em suas divagações e expandindo suas ideias, Ronald Dworkin (2007, p. 42-43) conclui da mais precisa maneira que:

Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.

Neste sentido, o princípio prevalente será aquele que for para o caso concreto o mais apto a solucionar o litígio, apesar de eles terem validade, ainda apresentam outra característica, ou seja, o peso.

Para tanto, ou a regra é válida e com isso, se necessitarem acolher os seus resultados jurídicos, ou a regra não é válida e, sendo assim, não motiva nem pode exigir qualquer consequência jurídica.

### 2.3 Postulados normativos

Ainda dentro da teoria da norma, sabemos que ela é um gênero que têm três espécies: os princípios, as regras e os postulados normativos, mas na verdade o correto seria “*postulado aplicativo normativo*”.

Os postulados organizam, estruturam, viabilizam a aplicação de princípios e regras. O que é fundamental é perceber que temos três “espécies” de normas que funcionam diferentemente: uma apontando o estado ideal de coisas a ser atingido (princípio), outra descrevendo a conduta a ser adotada para se chegar a tal estado (regra) e uma terceira organizando a aplicação das duas anteriores (postulado normativo). Por fim, os postulados aplicativos normativos, são normas imediatamente metódicas, pois estabelecem métodos que organizam (estruturam) a aplicação das regras e princípios.

No que tange ao tema, o doutrinador (Humberto Ávila, 2011, pp. 134-135):

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados normativos são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas. Os postulados não se enquadram na definição nem de regras nem de princípios segundo o modelo tradicional. Se as regras forem definidas como normas que descrevem um comportamento a ser observado (ou reservam parcela de poder, instituem procedimentos ou estabelecem definições, sempre sendo cumpridas por meio de comportamentos), devendo ser cumpridas de modo integral e, no caso de conflito, podendo ser excluídas do ordenamento jurídico se houver uma regra antinômica, os postulados não são regras: eles não descrevem um comportamento (nem reservam poder, instituem procedimento ou estabelecem definições), não são cumpridos de modo integral e, muito menos, podem ser excluídos do ordenamento jurídico. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, em tudo e por tudo exigindo uma aplicação mais complexa que uma operação inicial ou final de subsunção. Se os princípios forem definidos como normas que estabelecem

um dever-ser ideal, que podem ser cumpridas em vários graus e, no caso de conflito, podem ter uma dimensão de peso maior ou menor, os postulados não são princípios: eles não são um dever-ser ideal, não são cumpridas de maneira gradual e, muito menos, possuem peso móvel e circunstancial. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis.

E ainda, para ele (2011, p. 134):

Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas.

Sendo assim, o postulado normativo é, por excelência, o que todo mundo conhece como *princípio da proporcionalidade*, já que ele serve para aplicar uma outra norma e também o qual deve nortear todas as decisões judiciais na busca pelo direito justo e adequado lembrando ainda que, não é só o princípio da proporcionalidade, haja vista que outros princípios podem sem problemas conterem postulados normativos.

No âmbito do Direito os postulados também se subdividem em dois tipos: postulados hermenêuticos e postulados aplicativos. Os postulados hermenêuticos são aqueles destinados a compreensão do Direito, e além deles orientarem para melhor aplicação das normas previstas no ordenamento, enquanto que os postulados aplicativos são tidos como um método de aplicação dos princípios e das regras no caso específico, portanto, estes são denominados como “metanormas” e também como “normas de segundo grau”.

É justamente, com a função de auxiliar o juiz, que atuam os postulados normativos. Então, aqui entra a proporcionalidade, a razoabilidade, a igualdade, a concordância prática e todos os outros postulados normativos, uma vez que para saber se esse sacrifício é suportável, razoável, proporcional, aí é que entram os postulados normativos.

No caso concreto, são os postulados normativos que vão revelar se é possível a aplicação de outras medidas restritivas. Então é uma aplicação

estruturada do postulado normativo da proporcionalidade que vai conciliar a restrição de um ou outro desses direitos.

## **2.4 Colisões de Princípios e Conflitos de Regras**

No plano jurídico há a possibilidade cogitar-se ou efetivamente materializar-se o embate entre princípios e regras que compõem a unicidade do ordenamento jurídico nacional, logo, a fim de sanar a crise legal hipotética em tela, é imperioso o manuseio de técnicas jurídicas de ordem interpretativa ou da própria estrutura do Direito Pátrio a fim alcançar a pacificação do próprio ordenamento.

Desta feita, quando houver conflito entre regras e princípios, entende-se que estes prevalecem, já que são normas de caráter fundamental e geral ao passo que as normas não apresentam esse caráter. Contudo, excepcionalmente, as regras devem ser aplicadas em detrimento dos princípios justamente pela sua especificidade, haja vista que o conflito de regras se resolve pela declaração de invalidez de uma regra.

No que tange a esse assunto, dispõe Robert Alexy (2008, p. 104) que:

O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.

É necessário ressaltar que lei de colisão impede uma preferência e uma desconsideração dos princípios em termos gerais, mas sim considerada caso a caso, em questões individuais, formulando, caso seja correta a ponderação, uma norma de direito fundamental associada.

Em outras palavras, esta lei da Ponderação, não é ainda um critério para saber qual Princípio tem o maior peso, mas é importante para destacar, que o peso de cada Princípio deve ser considerado.

Sobre o assunto, explica o ilustre Humberto Ávila (2011, p. 56):

Além disso, importa ressaltar que a relação entre regras e entre princípios não se dá de uma só forma. Na hipótese de relação entre princípios, quando dois princípios determinam a realização de fins divergentes, deve-se escolher um deles em detrimento do outro, para a solução do caso. E, mesmo que ambos os princípios estabeleçam os mesmos fins como devidos, nada obsta a que demandem meios diversos para atingi-los. Nessa hipótese deve-se declarar a prioridade de um princípio sobre o outro, com a consequente não-aplicação de um deles para aquele caso concreto. A solução é idêntica à dada par ao conflito entre regras com determinação de uma exceção, hipótese em que as duas normas ultrapassam o conflito, mantendo sua validade.

Quanto à colisão de princípios, torna mais embaraçada a solução, visto que não se trata de, meramente, separar um deles para a aplicação de outro, tampouco a regra da antinomia pode ser aplicada.

Paulo Bonavides (2000, p. 251), destaca tal colisão de princípios:

Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido pro outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza.

Destarte, a colisão de princípios não se resolve no plano da validade, mas sim no campo valorativo.

Segundo Ronald Dworkin, (2007, p. 43):

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes. (Nosso sistema jurídico [norte americano] utiliza essas duas técnicas).

Portanto, enquanto duas regras, quando são contraditórias, não podem existir juntas, dois Princípios contraditórios podem coexistir, sem se invalidarem.

De acordo ainda, com Ronald Dworkin, (2007, p. 43):

[...] Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior.

Dessa forma, no caso do conflito entre regras jurídicas, o conflito se soluciona sempre da mesma forma, assim, se duas regras são conflitantes, analisa-se, qual é a norma hierarquicamente superior e esta prevalece, ao passo que caso ambas tenham a mesma hierarquia, analise-se qual é a mais específica, e ainda se ambas têm a mesma especificidade, analise se qual regra é a mais nova, prevalecendo assim a mais nova.

Apesar de no caso de conflito entre as regras ser resolvido também com a idéia de revogação, sendo assim, José Paulo Baltazar Junior (2010, p. 28) acredita que, “introduzindo-se ou reconhecendo-se em uma das regras uma cláusula de exceção, declarando-se a invalidade de uma das regras ou afirmando a inaplicabilidade de uma delas”.

## **2.6 Restrições aos Direitos Fundamentais**

Quando se fala em restrição, o que primeiro vem à mente é a denotação de moderação em fazer algo, ou agir de modo moderado, reprimir, restringir. Em sentido geral, segundo o dicionário Aurélio (1986, p. 1498), restrição tem como significado “Restrição. [Do lat. restringente.] S.f. 1. Ato ou efeito de restringir(-se). 2. Condicionante (2)”.

No que tange às restrições aos Direitos Fundamentais, elas possuem requisitos balizadores, sem cuja observância restará flagrantemente violada a Constituição, vez que eles somente podem ser restringidos em caráter geral e através de lei proveniente dos órgãos dotados, pelo Constituinte, de atribuição legiferante, apesar da maior parte das constituições não determinarem, de modo específico quando os Direitos Fundamentais poderão ser restringidos.

De acordo com o professor Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 01): “[...] evidentemente, não só o legislador, mas também os demais órgãos estatais com poderes normativos, judiciais ou administrativos cumprem uma importante tarefa na realização dos direitos fundamentais [...]”.

Note-se, contudo, que há um teor ínfimo destes direitos, que deve ser respeitado e protegido, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do direito e tal fato justifica-se em razão da eficácia mínima dos direitos fundamentais, haja vista tratarem-se de elementos limitativos ao poder estatal, bem como em razão de ser absolutamente indissociável da condição do ser humano, sob pena de patente violação à dignidade da pessoa humana.

Os direitos individuais previstos constitucionalmente embora fundamentais, não são absolutos, porque estes são essenciais à vida em sociedade havendo a necessidade de limitações, pois fatalmente ocorrerá a colisão com outros direitos fundamentais com outros bens jurídicos que são protegidos pela Constituição, como os direitos fundamentais coletivos como o interesse da coletividade, ou com direitos fundamentais de terceiros, na procura da aceitação prática, que projeta fazer com que os direitos fundamentais em colisão cheguem ao ponto excelente possível de eficácia.

A respeito das restrições dos Direitos Fundamentais, podemos afirmar que há duas teorias que melhor explicam. A primeira delas de acordo com José Paulo Baltazar Júnior (2010, p.35-36) é:

Teoria externa: Para esta teoria, há dois objetos distintos. O primeiro é o direito em si, ou direito *prima facie*, que, na dogmática dos direitos fundamentais, é o tipo (*Tatbestand*) de um direito fundamental. O segundo objeto são as restrições ao direito. Aplicadas as restrições ao direito *prima facie*, resulta o direito definitivo ou o âmbito de garantia definitivo do direito. Desse modo é admissível, para a teoria externa, a existência de direitos

sem restrições, sendo a relação entre direito e restrições criadas pela necessidade de compatibilização entre direitos ou bens jurídicos;

O primeiro argumento do autor ensina que para quem segue um entendimento individualista da sociedade do Estado aproximaria da teoria externa.

De acordo ainda com o mesmo autor citado, define sobre a teoria interna:

Teoria interna: Já para a teoria interna não existem, como entes distintos, o direito e suas restrições, mas apenas o direito com um conteúdo determinado previamente pelo ordenamento, ou seja, limitado. Não há, aqui, restrições, mas apenas limites, ou no máximo, restrições imanentes, uma vez que o limite advém de dentro do próprio direito, em oposição à restrição, que está colocada fora dele, definindo um procedimento que leva a uma diminuição do direito, de modo que algo que a ele pertencia deixa de a ele pertencer.

Outro argumento focado pelo autor seria que, para quem segue uma direção que mais se aproxima à do indivíduo, certamente aproximar-se-ia à adoção da teoria interna.

Cumprindo observar que as restrições aos direitos fundamentais, apresentam limites, assim elas não poderão contrair uma tamanha intensidade que as levem a uma destruição dos direitos, o que é impedido com uma edificação necessária no tocante das restrições.

Segundo José Paulo Baltazar Júnior (2010, p. 44), “[...] daí a necessidade de limites aos limites (*Schranken-Schranken*), constituídos pela reserva de lei, pelo princípio da proporcionalidade e pela proteção do núcleo essencial”.

Contudo, o primeiro parâmetro para a limitação de um direito fundamental consiste na reserva de lei, cuja restrição precisará estar aprovada pelo parlamento bem como estar prevista em lei, onde esta restrição pode ser retirada do princípio da legalidade, o qual diz que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CRFB, art. 5º, II). Assim o é, vez que a reserva de lei consiste em uma garantia essencial como resposta de adequação ao alcance das restrições aos direitos fundamentais.

Sendo assim, podemos concluir que a reserva de lei, além de ter que satisfazer aos requisitos formais do processo legislativo, haja vista que a lei ordinária faz com que os direitos fundamentais sejam limitados esta não deverá aniquilá-los bem como com diversos outros que com eles possam vir a serem colididos.

### 3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO LIMITE ÀS RESTRIÇÕES

O “princípio” da proporcionalidade observa-se que na verdade, cuida-se de um postulado normativo, e através deste deve-se considerar se o fim almejado e a relação entre o meio escolhido são proporcionais.

Por vezes o princípio da proporcionalidade, tem como principal campo de atuação no âmbito dos direitos fundamentais e como o objetivo coibir excessos desarrazoados, para assim evitar restrições desnecessárias ou abusivas.

Verifica-se, pois, que é o princípio da proporcionalidade, que “orienta a reserva do emprego de meios excepcionais de busca da prova a condutas criminosas consideradas graves” (SILVA, Eduardo; 2003, p. 39).

Não há uma posição pacífica acerca da natureza jurídica da proporcionalidade, todavia, o entendimento majoritário é que ela apresenta um aspecto formal, haja vista que somente conduz à uma solução do caso concreto.

Robert Alexy (2002, p. 525), acerca do assunto, observou que "el procedimiento de ponderación es racional pero, no es um procedimiento que en cada caso conduzca a exactamente una única solución"

Sendo assim, ao longo dos anos, o princípio da proporcionalidade expandiu-se, uma vez que se pode perceber historicamente que este foi desenvolvido pelos Tribunais alemães, haja vista que foi na Alemanha onde o princípio da proporcionalidade deitou raízes mais profundas, visto que foi o primeiro país que teve consciência nesta segunda metade do século XX, da importância de sua natureza de princípio constitucional.

Em um Estado Democrático de Direito é o qual o princípio da proporcionalidade emana e também ele decorre da própria Constituição Federal, podendo assim ser considerado por uma parte da doutrina, como um “princípio” implícito.

Contudo, o princípio da proporcionalidade, com o passar do tempo já não se aplica mais apenas às relações jurídicas, nas quais se discute os direitos fundamentais, mas também constitui num princípio jurídico de todo o rol de direitos e garantias constitucionais.

Embora seu conceito sirva como ponto de apoio da ponderação entre princípios constitucionais, é também denominado de princípio da razoabilidade e é ele quem ganha bastante destaque na jurisprudência pátria e na doutrina, no entanto na maioria das vezes, a aplicação de ambos ainda é feita como se os dois abrangessem os mesmos preceitos.

No entendimento de Helenilson Cunha Pontes (2000, p. 88), os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade apresentam quatro diferenças:

- a) O princípio da proporcionalidade tem uma exigência maior de motivação racional da decisão do que o princípio da razoabilidade;
- b) O princípio da razoabilidade, ao contrário do princípio da proporcionalidade, consubstancia num juízo acerca da relação meio-fim entre a medida tomada e o fim com ela buscado;
- c) Igualmente, enquanto a razoabilidade constitui princípio geral de interpretação, a proporcionalidade, por outro lado, além de princípio de interpretação, também consubstancia princípio jurídico material;
- d) E por fim, a razoabilidade é norma jurídica de bloqueio, enquanto a proporcionalidade, além dessa mesma função, também assegura a concretização dos interesses constitucionalmente consagrados.

Assim, podemos vislumbrar acerca das concepções adotadas pelo menos quatro diferenças entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Nesse diapasão, abraçaremos a tese de Paulo Bonavides (2000, p. 396), para quem:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido formulado como 'norma jurídica global', flui do espírito que anima em toda a sua extensão e profundidade o § 2º, do artigo 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.

O princípio da proporcionalidade opera, portanto, como um critério de harmonização, pois é a partir da incidência deste princípio que possibilita o balanceamento entre os demais direitos e entre o direito fundamental, contribuindo para solução dos casos concretos que lhe são submetidos.

Na acepção de Carnáuba (2000, p. 93):

Dessa forma, os cidadãos contam com a garantia de que a proteção à sua privacidade e individualidade é garantida pelo Estado, porém este não tutela o abuso desse direito. Os indivíduos sabem que não podem abusar do direito de privacidade em detrimento de outros interesses e direitos sociais que sejam, constitucionalmente, tão relevantes quanto aquele. Se assim agirem, o Estado, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, tem o poder-dever de sacrificar esse direito em favor do interesse ofendido pelo criminoso. É assim porque o Estado de Direito moderno tem tanto a obrigação de não atentar contra a realização dos direitos sociais como também a de atuar para dar satisfação a esses mesmos direitos.

*Ab initio*, destaca o professor Luiz Alberto David Araújo (2010, p. 110-111) que:

O princípio da proporcionalidade importa a aplicação razoável da norma, adequando-se como dito, os meios aos fins perseguidos. Por isso, afigura-se que o princípio em pauta confunde-se com o da razoabilidade, podendo as expressões ser utilizadas em sinonímia.

Desta sorte, vê-se que o princípio da proporcionalidade é também denominado de princípio da razoabilidade, o qual nos diz que a aplicação do direito no caso concreto, deve ser feita de maneira coerente, razoável, com bom senso e ainda, a expressão razoabilidade está muito ligada à concepção norte-americana do princípio da proporcionalidade.

Em virtude de tais assertivas, o doutrinador Humberto Bergmann Ávila, vislumbra na proporcionalidade sendo um postulado normativo e não como sendo um princípio, visto que as normas não são apenas divididas em regras e princípios, mas se dividem também em postulados normativos. Em sendo assim, Ávila (2011, p. pp. 148-149), diz o seguinte:

As dificuldades de enquadramento da proporcionalidade, por exemplo, na categoria de regras e princípios evidenciam-se nas próprias concepções daqueles que a inserem em tais categorias. Mesmo os adeptos da compreensão dos aqui denominados postulados normativos aplicativos como regras de segundo grau reconhecem que eles, ao lado dos deveres de otimização, seriam uma forma específica de regras (eine besondere Form von Regeln). Também os adeptos de sua compreensão como princípios reconhecem que eles funcionam como máxima ou topos argumentativo que mescla o caráter de regras e de princípios. Outros já os enquadram, com sólida argumentação, na categoria de princípios distintos, denominados de princípios de legitimação. Há ainda, aqueles que os representam como normas metódicas.

Feitas tais considerações vimos que a proporcionalidade é um postulado normativo, pois ele não tem aplicação imediata e também não pode ser utilizado livremente para fundamentar uma decisão.

### **3.1 Proporcionalidade: Proibição de excesso (*Ubermassverbot*)**

Ávila diz que o princípio da proporcionalidade se desdobra em duas vertentes, qual seja uma delas a chamada proibição de excesso *Ubermassverbot*, que é também um postulado normativo, haja vista que ele não representa um dever-ser e também não se sujeita a uma eficácia de tudo ou nada, como é típico das regras, tornando-o assim, um postulado normativo. Sendo assim, a idéia de proporcionalidade não se esgota apenas na categoria da proibição de excesso.

O princípio da proporcionalidade tem uma função eficaz de bloquear as ações estatais manifestamente arbitrárias, impedindo comportamentos contrários a ele, de outra parte, a noção de proporcionalidade como proibição de excesso abrange ainda um dever de proteção por parte do Estado, ou ainda determina a omissão dos poderes públicos.

A restrição dos direitos fundamentais deve apresentar fundamento, implícito ou explícito, na própria Constituição. Assim, as cláusulas pétreas são as responsáveis pela delimitação do alcance das restrições aos direitos fundamentais que podem ser realizadas pelo legislador constitucional ou ordinária, mormente tendo em vista os poderes conferidos pelo Poder Originário constituinte como fundamento de fundo nesta teoria.

Neste jaez, Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 72), com bastante propriedade, assevera que:

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*.

Mas não é isso o que bem acontece, uma vez que, embora as próprias cláusulas de reserva encontrem limites pelo princípio da proporcionalidade e pelo mandamento da ponderação, o que impede que essas possam permitir um esvaziamento completo dos direitos fundamentais, um risco no qual ocorreria caso entendessem que há uma total liberdade do legislador no que diz respeito a sua competência de restrição.

Nessa linha, para Baltazar (2010, p. 46), “[...] neste sentido é que se pode entender também a proibição de excesso como uma restrição aos limites, pois as medidas que não sirvam ao alcance de tais finalidades ou atinjam de forma excessiva direitos fundamentais contrapostos estarão excluídas. [...]”

Por sua vez, Paulo Bonavides (2000, p. 386), assinala que:

Ora, o princípio da proporcionalidade – e esta é talvez a primeira de suas virtudes enquanto princípio que limita as limitações aos direitos fundamentais – transforma, enfim, o legislador num funcionário da Constituição, e estreita assim o espaço de intervenção ao órgão especificamente incumbido de fazer as leis.

Acerca do princípio da proporcionalidade o qual abarca a proibição de excesso e entre suas disposições, Ávila (2011, p. 177) conclui da mais precisa maneira que:

O postulado da proporcionalidade não se confunde com o da *proibição de excesso*: esse último veda a restrição da eficácia mínima de princípios, mesmo na ausência de um fim externo a ser atingido, enquanto a proporcionalidade exige uma relação proporcional de um meio relativamente a um fim.

Assim sendo, ao aplicar o princípio da proporcionalidade aos direitos de defesa resulta em uma proibição de excesso, com isso a proporcionalidade como limitação à intervenção, não poderá ser excessiva.

Discorrendo sobre o tema, Antonio Carlos da Ponte (2008, p. 82), diz que:

Como se observa, proporcionalidade não se limita à proibição de excesso, mas também à obrigatoriedade de proteção suficiente a determinados bens eleitos pela Constituição Federal, quais sejam, aqueles resultantes de mandados explícitos e implícitos de criminalização.

Ressalte-se que enquanto *direitos de defesa*, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público e ainda implicam o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa), assim a lei, poderá estabelecer restrições ao âmbito de proteção desses direitos.

Lenio Luiz Streck (2005, p. 180) destaca tal função pertinente ao Princípio da Proporcionalidade:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.

No mesmo sentido, o Professor Ingo Sarlet (2005, p. 107):

(...) a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, como ainda será desenvolvido, um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, e tal sorte que se está diante dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com

os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.

Do exposto, verifica-se que ao mesmo tempo em que proíbe o excesso, o princípio da proporcionalidade nos denota a regra da ponderação de valores, isto é, nos mostra a regra do confronto entre os direitos, qual deles deve prevalecer em relação ao caso concreto e exige uma racional relação meio-fim para com a medida estatal tomada e também entre a finalidade buscada, ou seja, cuida-se na impossibilidade de o Estado agir abusivamente na consecução de suas finalidades.

### **3.2 Proporcionalidade: Proibição de Insuficiência (*Untermassverbot*)**

No que diz respeito à proibição de insuficiência, chamada *Untermassverbot*, amplamente aceita pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, ela é a outra vertente do princípio da proporcionalidade, e alguns a denominam também como princípio da proibição de infraproteção ou de proibição da proteção deficiente, assim a proporcionalidade apresenta outra perspectiva não podendo ser vista apenas como proibição de excesso.

Desta feita, a proibição de insuficiência traz uma norma dever de tutela máxima dos bens jurídicos fundamentais por isso que se criou essa vertente para ensejar uma obrigação por parte do Estado frente às garantias básicas dos cidadãos para não serem deixados desamparados por conta das condutas injustas do Estado. De fato, sobre essas violações dos deveres de proteção do Estado, asseverou o Professor Ingo Sarlet (2005, p. 132):

(...) a violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo).

Logo, ocorre a inobservância da proibição de insuficiência quando por omissão ainda que parcial o Estado descumpra a um dever de proteção constitucionalmente estipulado, assim os instrumentos normativos não podem extrapolar as balizas da insuficiência e nem do excesso, sob pena, haja vista, de inconstitucionalidade por afrontar ao princípio da proporcionalidade.

Nessa linha, para Baltazar (2010, p. 46), “[...] neste sentido é que se pode entender também a proibição de excesso como uma restrição aos limites, pois as medidas que não sirvam ao alcance de tais finalidades ou atinjam de forma excessiva direitos fundamentais contrapostos estarão excluídas. [...]”

Assim, os princípios, são dotados de normatividade, já que são normas jurídicas eficazes e válidas, por ter uma aplicabilidade imediata, no caso dos princípios jusfundamentais, a respeito do disposto no artigo 5º, §1º da Constituição Federal.

De acordo com Luiz Flávio Gomes (2009, p.01):

Por força do princípio da proibição de proteção deficiente nem a lei nem o Estado pode apresentar insuficiência em relação à tutela dos direitos fundamentais, ou seja, ele cria um dever de proteção para o Estado (ou seja: para o legislador e para o juiz) que não pode abrir mão dos mecanismos de tutela, incluindo-se os de natureza penal, para assegurar a proteção de um direito fundamental.

Consta-se, assim, que o princípio da proibição de proteção deficiente deriva absolutamente do princípio da proporcionalidade, como foi o caso com a reforma dos crimes contra a dignidade sexual, onde o legislador cometeu a infelicidade de exigir representação como condição de procedibilidade na ação penal pública condicionada no caso e que há óbito da vítima, com isto o Procurador Geral da República ingressou com a ADI sobre esse dispositivo.

Preceitua ainda Lenio Luiz Streck (2007, p.11):

Portanto, há uma via de mão dupla na proteção dos direitos humanos-fundamentais: de um lado, o Estado deve protegê-los contra os excessos praticados pelo “Leviatã” (como alguns penalistas liberais preferem ainda chamar o Estado nesta quadra da história): mas, de um outro, o Estado deve também protegê-los contra as omissões (proteção deficiente), o que

significa dizer que há casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção através do direito penal para a proteção do direito fundamental.

Cabe ressaltar que no âmbito dos direitos sociais, na esfera penal, o princípio da proibição de proteção deficiente deve ser compreendido com grande cautela, visto que, o que não está na lei, não pode ser suprimido pelo juiz, por força do princípio da legalidade e da garantia da proibição da analogia contra o réu, assim cabe ao magistrado deliberar sobre o respeito que determinada norma guarda ou não em relação à Lei Fundamental, tendo em vista que a atividade legislativa não é absoluta, mas limitada pelos valores constitucionalmente assinalados.

Segundo a doutrina e jurisprudência o direito fundamental é o mínimo de direito que se concede a alguém para que possa viver com dignidade. Esses direitos existem como forma de barrar o próprio Estado (ente público) como violador de direitos dos cidadãos (para que não possa abusar na restrição desses direitos). Quando se fala em direito fundamental é no sentido de que o Estado proteja e garanta aquele direito fundamental, barrando nele próprio ou em particular que viole tais direitos.

## 4 O CRIME ORGANIZADO

Esta parte do trabalho destina-se a uma análise acerca do crime organizado, em sendo assim, inicialmente necessário há que se fazer de maneira adequada, de como ele surgiu, evoluiu, desenvolveu, sua definição, características, bem como a idéia geral do mesmo.

*A priori*, a primeira Lei a tratar sobre o crime organizado foi a Lei nº 9.034/95, ela nasceu para disciplinar a organização criminosa no Brasil, estendendo também para o art. 288 do Código Penal (quadrilha ou bando).

Com isso, o que esta Lei fez foi de basicamente criar instrumentos extraordinários de investigação de organização criminosa, bem como a associação par ao tráfico e quadrilha ou bando. Assim, ao criar os instrumentos extraordinários de investigação, esta Lei nasceu falando, por exemplo, de infiltração policial, no entanto, ela apenas mencionou, mas não disse como são essas técnicas.

Além disso, quando havia a possibilidade de agente infiltrando para investigar associação criminosa ou quadrilha ou bando, um dos problemas era que não dava para entender no que consistia essa infiltração, quais os limites, os direitos, uma vez que esta foi tímida.

Importante mencionar que esta foi a primeira falha dessa lei, visto que ela previu, mencionou, porém não esmiuçou esses instrumentos extraordinários, tais como os requisitos, pressupostos e etc.

A segunda falha dessa Lei foi que ela não definiu organização criminosa, ou seja, não definiu o seu objeto, aí o Brasil começou a utilizar a definição constante de organização criminosa prevista na Convenção de Palermo, haja vista que a Lei trouxe importantes instrumentos de investigação, porém sem esmiuçá-los, ela foi tímida e não definiu o objeto principal da Lei.

Nesta toada, quando o Ministério Público do Estado de São Paulo, ao investigar um casal líder de uma igreja por lavagem de dinheiro, e na época o crime antecedente era organização criminosa, com isso o MP usou a Convenção de

Palermo, documento internacional para criar crimes, sendo que sabemos que a única fonte formal imediata incriminadora é que a Lei que tem que criar.

Este acontecimento fez que o legislador rapidamente resolvesse agir e aí que veio a Lei nº 12.694/12, ou seja, o Brasil demorou dezessete anos para finalmente conceituar organização criminosa, e sendo assim, conforme encontramos nesta Lei, em seu art. 2º.

Até então, organização criminosa não era igual o crime de quadrilha ou bando que tem um tipo penal e pena, ela, não era crime, mas sim uma forma de praticar crime, ela não tinha pena, não tinha tipo penal apenas previa consequências, por exemplo, membro de organização criminosa não merecia aquele benefício do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Insta salientar, ainda, que nem sempre a quadrilha ou bando era praticada na forma de organização criminosa, porque a organização criminosa exige coordenada divisão de tarefas e muitas vezes a quadrilha ou bando não tinha divisão de tarefas, seria então uma quadrilha ou bando sem estar na forma de organização criminosa.

Deste modo, em menos de um ano veio a Lei nº 12.850/13, que veio e conceituou novamente organização criminosa no seu art. 1º, § 1º, se antes a Lei nº 12.694/12, exigia três pessoas no mínimo, agora ela aumentou de três para quatro membros, se antes era forma de praticar crime, agora organização criminosa é crime sim, tendo inclusive agora há uma pena como consta no art. 2º, desta maneira, essas foram as duas grandes mudanças.

Portanto, o conceito de organização criminosa da Lei nº 12.694/12 acabou, porém todos os demais artigos desta continuam a vigor, não sendo revogados, tendo assim que trabalhar agora com as duas Leis a 12.694/12 e a 12.850/13.

O detalhe importante é que antes a lei 9.034/95, admitia agentes policiais ou de inteligência. A Lei nova não, os agentes de polícia trabalharão na idéia de agentes infiltrados, que são do artigo 144 da Constituição Federal.

Por conseguinte, o artigo 24 da Lei 12.850/13, mudou o artigo 288 do Código Penal, reduzindo assim para três pessoas, agora como novo 288 basta apenas três pessoas para a associação, porém a pena foi lamentavelmente mantida

com uma pena de um a três anos que sendo assim, admite-se suspensão condicional do processo.

#### **4.1 Definição e Características**

Sabemos que o crime organizado, e mais especificamente o “crime de colarinho branco” não é um assunto de fácil compreensão, haja vista que ele apresenta características próprias, que o fazem diferenciar da criminalidade comum e eventual, estando relacionado com a macrocriminalidade.

Como denota Edwin H. Sutherland (2009, p. 348) que para ele o conceito de “crime de colarinho branco” é o seguinte:

El “arreglo” de delitos de cuello blanco, sin embargo, es mucho más amplio que el de los robos profesionales. Las corporaciones tratan de evitar que se aplique la ley y de crear una buena predisposición general, así como también de negociar sobre acusaciones particulares.

Inicialmente a definição de crime organizado, ele só pode ser reputado organizado quando praticado por uma organização criminosa, assim, não é uma tarefa simples conceituá-lo, pois ele causa uma grande dificuldade e muito debate doutrinário, dificultando a reunião de todas as suas características sob uma única fórmula.

Para Montoya (2007, p. 185):

A falta de uma definição para esse conceito, ou sua escassa precisão, traz consigo várias desvantagens: se não é possível definir é difícil legislar sobre o ponto. Isso sem mencionar a problemática jurídica que traz esta questão tanto para os preventores quando para os juízes, que devem interpretar a lei com a finalidade de garantir a segurança dos acusados, com a descrição necessária para preencher os requisitos que permitam uma defesa eficaz no momento adequado.

O magistrado e doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 13-14), por sua vez, diz que:

Diante disso, a *organização criminosa* é a associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo pré-estabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes.

Dentre dessas dificuldades, alguns doutrinadores conceituaram o crime organizado, como sendo toda e qualquer associação destinada à prática de crimes, sendo que estas sabem que por contarem com proteção do poder econômico ou político, têm a certeza que ficarão impunes, e que é também uma espécie de criminalidade estruturada e pouco transparente, portanto, o crime organizado é o crime dos poderosos.

De maneira bastante pertinente, assim se pronunciou Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 94-95):

Outras características marcantes que podem revelar a existência de uma associação ilícita organizada seriam: previsão de acumulação de riqueza indevida (não é preciso que a riqueza seja obtida efetivamente, basta a previsão de sua acumulação; não é qualquer lucro ou proveito que distingue o crime organizado, senão a previsão de "riqueza"; esta, evidentemente, há de ser "indevida" e pode resultar inclusive de atividades ilícitas, porém, nascidas com dinheiro ilícito, cada vez mais, ninguém pode ignorar, o crime organizado estrutura-se de forma aparentemente legal, tomando parte da economia formal; constatando-se, no entanto, que tal empresa faz parte de um conglomerado "criminoso", a riqueza gerada por ela passaria a ser reputada como "indevida", tendo-se presente a perspectiva global e a origem do dinheiro).

Outrossim, destaca-se que o crime organizado não deixa de ser uma forma de associação criminosa de duas ou mais pessoas, apesar de ser muito mais complexo do que a simples quadrilha ou bando, talvez seja por isso que a Lei nº 9.034/95 se reporte ao art. 288, do Código Penal.

Também Fernando Capez (2010, p. 268) diz a respeito desta questão, que "a Lei do Crime Organizado aplicava-se aos crimes cometidos por quadrilha ou bando, etiquetada como organização criminosa, permanecendo, contudo, com os mesmos elementos do tipo do art. 288 do CP".

Complementando esse entendimento, Eduardo Araújo da Silva (2003, p. 35) explica que:

Nesse contexto, pois, é possível identificar no atual estágio evolutivo da dogmática penal uma aproximação conceitual, para o crime organizado, qual seria, assim, aquele praticado por no mínimo três pessoas que, associadas de forma permanente, praticam reiteradamente determinados crimes a serem definidos pelo legislador, conforme peculiaridades de cada região ou país. No Brasil, tal formulação se assemelha à descrição do crime de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal), cuja aplicação, entretanto, restaria reservada aos crimes não contemplados pelo legislador como decorrentes de organizações criminosas.

Contudo, tendo em vista que o crime organizado vem se organizando cada vez mais, no dia 02 de agosto deste ano foi publicada a Lei nº 12.850/2013, a qual define o conceito de organização criminosa, assim essa nova lei, trouxe em seu conteúdo significativas mudanças, alterando o art. 288 do Código Penal, eliminando-se o título de “quadrilha ou bando” que passa a ser “associação criminosa” e revogando por completo a Lei nº 9.034/95.

Como se pode notar, a nova Lei entre as inovações trazidas por ela, uma delas é que a partir de agora o Estado terá novas ferramentas que, serão muito eficazes no combate ao crime organizado já que existem nele características próprias, as quais necessitam de um específico delineamento legal.

Dentro desse contexto, diz o § 1º, do art. 1º da Lei nº 12.850/2013 que:

Considera-se organização criminosa a 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.

Como visto, o dispositivo em questão trata-se de um crime autônomo, permanente sendo assim, aquelas pessoas que se organizam para praticarem a contravenção penal do jogo do bicho, por exemplo, não estarão inseridas no conceito de organização criminosa, visto que para ser caracterizada esta as penas têm que serem superiores a quatro anos de prisão, o que lamentavelmente não é bom, haja vista abrirá um campo fértil para corrupção.

É o que menciona Paulo César Corrêa Borges (2000, p. 16- 17):

Todo o desmonte do projeto de lei inicial, do Deputado Michel Temer, para ao final ser aprovada uma lei não conceitua o crime organizado por quaisquer das três linhas doutrinárias, mas deixa fora de seu alcance um delito tipicamente associado às organizações criminosas, que notoriamente faz parte da realidade brasileira, podendo ser encontrados apontadores em qualquer esquina ou bar, notadamente na periferia das cidades, lembrando muito a penetração da máfia italiana, deixam-se dúvidas se tudo não decorreu de uma estratégia ação de lobbies formados por pessoas ligadas a “bicheiros”.

É importante salientar que o fenômeno da criminalidade organizada, as suas características são o acúmulo de poder econômico de seus integrantes principalmente ocasionado no cenário mundial pelo tráfico ilícito de drogas e ainda a pluralidade de agentes, finalidade de lucro, organização e estabilidade, importante ressaltar que essas características são imprescindíveis para a organização criminosa. Também no cenário político, o alto poder de corrupção de que dispõem essas organizações é uma das consequências diretas da acumulação de riqueza dos poderes executivos, legislativo e judiciário.

Nesse sentido, assim assevera Alberto Silva Franco, citado por Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 75):

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

Outra consequência é por conta do suborno e desvios de verbas, dá margem às mais variadas formas de “lavagem” de dinheiro, para que o dinheiro retorne de forma legal, ocorrendo assim a necessidade de “legalizar” o lucro obtido

ilicitamente. E esses subornos são depositados em países que são denominados como paraísos fiscais, como o Uruguai e Panamá.

Outra importante característica é a chamada “lei do silêncio”, com ela as ameaças e riscos são constantes entre os integrantes da organização criminosa, para que suas práticas sejam acobertadas e jamais desvendadas uma vez que há a presença de hierarquias e divisões operacionais, sendo assim, eles têm que preservarem o silêncio e a clandestinidade em liberdade.

Como denota Eduardo Araújo da Silva (2003, p. 30):

O alto poder de intimidação também é outro traço característico das organizações criminosas. A prevalência da “lei do silêncio” (“a omertá das organizações mafiosas italianas), imposta aos seus membros e pessoas variados meios de violência contra aqueles que ousam violá-la ou contra seus familiares, com a finalidade de intimidar outras iniciativas da mesma natureza. Estranhas à organização, é mantida com o emprego dos mais cruéis e variados meios de violência contra aqueles que ousam violá-la ou contra seus familiares, com a finalidade de intimidar outras iniciativas da mesma natureza.

Assim, devido a alguns fatores, tais como: a grande evolução tecnológica, o incremento do comércio entre os países e dos avanços científicos, que deram origem ao progresso econômico, representado por novos instrumentos, abrindo com isso, novos caminhos para o comércio internacional que através dessas transformações tecnológicas e econômicas que a humanidade indevidamente as utilizou, produziram uma nova criminalidade, contudo, o benefício econômico é o principal alvo dessas organizações.

Com efeito, não resta dúvida que os criminosos estão cada vez mais se tornando empresários do crime, uma vez que eles se assemelham aos empresários em sentido próprio, haja vista combinarem tecnicamente os fatores de produção criminosa, como o capital e a mão e obra, por isso, que essas mudanças enfraquecem não apenas o Estado, mas também o Direito Penal que por si só não consegue reeducar os condenados e diminuir a criminalidade.

Neste contexto, há uma necessidade de atualizar os aparatos de investigação existentes, em face que em tempos atuais vem surgindo novas formas do crime organizado, visto que seus autores são ‘pessoas da alta’, bem sucedidas e

que contam sempre com o assessoramento de profissionais competentes, escapando assim da punição.

Percebe-se que aproveitando-se da globalização, dos meios tecnológicos que estão numa velocidade cada vez maior, mediante o uso de computadores que facilitam a ocorrência de crimes de *network* praticados por pessoas que lesam vítimas que se encontram do outro lado do mundo, manipulando dados pessoais e com um ordenamento jurídico com falhas, ou leis mal elaboradas, a organização criminosa, consegue realizar seu programa delinquencial e a consumação de seus inúmeros ilícitos, sob a certeza da sua impunidade. Neste sentido, Luiz Flávio Gomes e Raul Cervini (1997, p. 76-77) afirmam que:

[...] talvez seja a “internacionalização” (globalização) a marca mais saliente do crime organizado nas duas últimas décadas. Já não é correto apontar a conexão norte-americana-italiana (Máfia siciliana e *Cosa Nostra*) como uma singular manifestação dessa modalidade criminosa. Inúmeras são as organizações criminais já mundialmente conhecidas. Podemos citar, dentre tantas outras ainda não tão destacadas, a *camorra* napolitana, a *n'drangheta* calabresa, a *sacra carona publiesa*, a *boryokudan* e a *yakuza* japonesas, as tríades chinesas, os jovens turcos de Cingapura, os novos bandos no Leste europeu, os cartéis da droga, os contrabandistas de armas etc.

Diante disso, o crime organizado, deve ser combatido com vigor, adotando-se medidas específicas, investigações de longo prazo, como admitindo-se manifestações do chamado direito penal do inimigo, expressão esta utilizada pelo Gunther Jakobs, o que será assunto em nosso próximo capítulo.

## 4.2 O Direito Penal do Inimigo

A teoria do Direito Penal do Inimigo, foi criada e defendida pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs que cunhou essa expressão pela primeira vez em 1985, a qual baseia-se em políticas públicas de combate à criminalidade em âmbito nacional e internacional.

De acordo com Gunther Jakobs (2009, p. 22-23), a noção de Direito Penal do Inimigo é a seguinte:

Otro concepto de la mencionada clase es la noción de “Derecho penal del enemigo”. La reacción espontánea ante esse concepto reza de la siguiente manera: em um Estado de Derecho um delinciente debería seguir siendo persona em Derecho, esto es, ciudadano, y no debería ser tildado de no-ciudadano, o sea, no-persona.

Basicamente, desclassificavam-se certos indivíduos como pessoas e a estes não eram oferecidas as garantias estatais, tais como a acusação formal devido processo legal, dentre outras.

Explica Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2010, p. 174) que:

Quando o efeito volitivo se acentuar de forma contumaz e reiterada, ou mais, precisamente, quando o indivíduo, tido até então como ‘pessoa’, demonstrar cognitivamente que não está disposto a respeitar as normas, o funcionalismo sistêmico de Jakobs e sua prevenção geral integradora – retratados em seu ‘Direito Penal do Cidadão’ – darão lugar, como já vem ocorrendo, a um modelo diverso de Direito Penal: o ‘Direito Penal do Inimigo’.

No entanto, a teoria do Direito Penal do Inimigo, apesar de ter sido lançada em 1985, ela só fora desenvolvida a partir dos anos 90, haja vista que foi quando Jakobs passou a defender as leis de luta contra o terrorismo, contra o crime organizado e a criminalidade econômica, numa situação na qual os autores que cometem esses crimes, não poderiam ser considerados como cidadãos, mas sim deveriam ser tratados ou combatidos como inimigos.

Montoya (2007, p. 267-268) explica:

O Direito Penal do inimigo foi considerado, tal como já foi dito, por Gunther Jakobs, em 1985. Com a idéia de que quem está preso não pode delinquir, procura-se que a penalidade de um indivíduo perigoso seja efetiva, dirigindo seu objetivo a um futuro perigo, que se procura evitar. O mencionado autor manifestou que aqueles que realizam uma atividade duradoura de defraudação normativa fazem com que diminua a disposição de trata-los como pessoas, referindo-se, entre os que desenvolvem essas atividades, aos integrantes do crime organizado e aos terroristas.

Foi o ataque terrorista às torres gêmeas nos Estados Unidos da América em 11 de setembro de 2001 o principal destaque histórico que gerou modificações no direito penal em âmbito mundial, tendo em vista que passaram a desrespeitar as garantias e direitos fundamentais, contra aqueles que o Estado rotulou como inimigos, adotando assim medidas mais severas e sendo a eles aplicados também um Direito de guerra.

Em suma, para O Direito Penal do Inimigo, não se admite o princípio da insignificância, uma vez que quem viola o sistema é considerado inimigo, haja vista que a missão do direito penal é proteger o sistema e reduzir a violência no estado de polícia. De forma sucinta, Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2010, p. 176). Expõe o pensamento de Guillaumondequi, que seguindo Zaffaroni, caracteriza a legislação penal de emergência como:

a) existência de um reclamo da opinião pública para reagir à sensação de insegurança; b) adoção de sanção com regras diferentes das tradicionalmente contempladas no modelo liberal-clássico (vulnerando-se princípios de intervenção mínima, de legalidade- com redação de normas ambíguas ou tipos penais cru branco ou de perigo abstrato, de culpabilidade, de proporcionalidade das penas, de ressocialização do condenado etc.) e c) adoção de um Direito Penal meramente "simbólico".

Por isso, que se critica, um uso que é apenas simbólico do direito penal, uma vez que ele não tem qualquer efetividade, não evita e muito menos pune todas as infrações, e parece que ele já não se amolda mais na evolução atual, sendo assim, se a realidade mudou, o direito penal e o processo penal, também é necessário que sejam mudados.

Deste modo, O Direito Penal do Inimigo, pune de forma antecipada e rigorosamente, excluindo direitos e garantias, ferindo os princípios adotados por nosso ordenamento jurídico como, por exemplo, a proporcionalidade, dentre outros, visto que o inimigo representa para a sociedade perigo futuro.

### 4.3 Lavagem de Capitais

A lavagem de capitais é um grande atrativo que atrai o crime organizado, sendo assim muito praticado pelas organizações mafiosas, que acontece com os chamados “laranjas”, cujas pessoas que fazem as lavagens de dinheiro são pessoas que não possuem restrições em seus nomes, para que assim possa dificultar o trabalho da polícia.

A expressão lavagem de dinheiro, é muita antiga, acredita-se que ela tenha surgido por volta dos anos 20, podendo alegar assim que esteja ligada à criminalidade organizada, apesar de também há muitos anos várias pessoas comuns, vêm praticando regularmente.

As estimativas apresentadas pelos especialistas aferem que atualmente cerca de quinhentos bilhões de dólares, vem sendo lavados anualmente na economia.

O crime de lavagem de dinheiro ele é uma espécie do gênero dos crimes de colarinho branco, com isso sabe-se que ele está na grande maioria das vezes conectado principalmente por traficantes de drogas, mas não somente a este, porém está comprovado que seria o narcotráfico a principal fonte das operações de “lavagem de dinheiro”.

Em outras palavras, a reciclagem de dinheiro é o processo pelo qual por conta de sua dissimulação pelo qual o criminoso oculta a sua origem ilegal de capitais, de maneira que a origem deles tenha sido aparentemente ilegal.

Como bem esclarece Capez (2010, p. 653):

Outro marco de extrema importância no combate ao crime de lavagem de dinheiro foi a aprovação da Convenção das Nações Unidas contra a Delinquência Organizada Transnacional (Convenção de Roma), ratificada pelo Decreto n. 231, de 30-5-2003, na qual, finalmente, operou-se a conceituação de *grupo criminoso organizado*, conforme o art. 2º, a, da mencionada Convenção. Tal conceituação assume, aqui, especial relevo, na medida em que grande parte dos bens, direitos e valores ilícitos “lavados” provém das organizações criminosas.

Por essa razão, atualmente devido à descoberta de várias remessas de dinheiro para o exterior sem saber de onde provém sua origem bem como ao aumento do tráfico de drogas, fez com que as autoridades cientes disso demonstrassem um maior interesse.

Nos ensinamentos de Montoya (2007, p. 402):

Deve-se proteger o sistema financeiro internacional e impedir os criminosos de usufruir os produtos do delito. O ponto consiste em atacar o crime organizado tendo como base de apoio à luta contra o dinheiro sujo. Atualmente, a lavagem de dinheiro é um elemento intrínseco ao conceito de crime organizado.

Assim, com a crescente preocupação com a criminalidade organizada, em março de 1998, o Brasil, aprovou a Lei nº 9.613, que para esta lei busca-se a punição específica da lavagem de dinheiro, tipificando o crime, como também estabelecendo maior responsabilidade de controle aos intermediários econômicos e foi criado o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), no âmbito do Ministério da Fazenda.

Nos dizeres de André Luís Callegari (2004, p. 19):

O tipo que descreve a “lavagem de dinheiro” é uma norma de conduta alternativa, porque para a estruturação da figura basta a realização de qualquer um dos seguintes comportamentos: adquirir, guardar, trocar, transportar, transformar, custodiar, administrar, legalizar ou dar aparência de legalidade, ocultar ou encobrir mediante qualquer outro ato bens que tenham sua origem mediata ou imediata em algum dos delitos indicados.

É interessante destacar que sem sombra de dúvidas, tanto os órgãos judiciais como a polícia, deveriam dispor de especialistas, haja vista esse delito mover uma quantidade enorme de dinheiro, e também porque os perfis dos criminosos dos crimes de lavagem de dinheiro são de pessoas inteligentes, com um alto nível cultural e na maioria das vezes muito bem sucedidos, necessitando assim de conhecimentos especiais, apesar de ser uma prática bem comum ter a corrupção dessas autoridades que deveriam investigá-lo, com o pagamento de “propina”, fazendo com que as modalidades de “lavagem” de dinheiro acabam dificultando o

combate ao crime organizado e tornando o Estado o causador do problema influenciando o seu crescimento.

#### **4.4 Origens**

A origem do crime organizado não existe um momento certo para o surgimento deste, tendo em vista as variações de comportamentos em diversos países, porém este adveio de algumas organizações, em especial das Máfias italianas, a *Yakuza* japonesas e as Tríades chinesas que foram estas que contribuíram para o que hoje denominamos de crime organizado.

Desta forma, nas palavras de Eduardo Araújo da Silva (2003, p. 19-20). Diz o doutrinador:

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. Para o crescimento de suas atividades, esses movimentos contaram com a conivência de autoridades corruptas das regiões onde ocorriam os movimentos político-sociais.

Todavia, quando surgiram essas associações que foram as precursoras, não havia o conceito de crime organizado, porém elas já vislumbravam com alguns traços que hoje encontramos na criminalidade organizada.

##### **4.4.1 Máfia italiana**

Foi na Itália, que a organização mais antiga que se tem notícia conhecida como máfia teria surgido em Sicília em meados do século XIX e ainda teve a sua criação devida à omissão existente no local.

De que se tem notícia, a partir da abolição do feudalismo na ilha de Sicília em 1812, e também do estabelecimento de um sistema de voto censitário, e por esta ilha ter uma posição estratégica do ponto de vista marítimo que veio a gerar conflitos entre a nobreza, indivíduos das classes populares e entre a burguesia.

Para Montoya (2007, p. 6):

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

Com o desaparecimento da realeza e a unificação forçada da Itália, isso deu ao surgimento das organizações secretas, denominadas de máfias que se organizavam com objetivos convergentes, praticam delitos tais como: tráfico de drogas, extorsão, jogos de azar entre outros e ainda resistiam contra as forças invasoras, na luta pela independência da região.

Assim, a máfia italiana teve sua expressão maior na organização mafiosa auto denominada de Cosa Nostra, tal organização somente seguiam as regras de sua família e tornaram-se com isso como um poder paralelo ao estatal.

#### **4.4.2 China: Tríades chinesas**

Verifica-se que as Tríades chinesas são as mais antigas, tendo em vista que tiveram origem como movimento popular para expulsar os invasores do império Ming no ano de 1644.

A história da criação dessa organização nasceu devido à ausência estatal em algumas regiões, com isso, por causa da declaração de Hong Kong como colônia britânica em 1842, que seus membros tiveram que migrar para tal colônia e mais tarde para Taiwan, onde incentivaram os camponeses para o cultivo da papoula e exploração do ópio.

Neste sentido, Mario Daniel Montoya (2007, p. 33) diz que:

Este tipo de organização coloca a necessidade do grupo acima da necessidade pública ou da sociedade em geral; a lealdade de um irmão juramentado é considerada mais importante que qualquer relação social; roubar é considerado um delito, mas só quando é praticado contra a própria organização; devido à lealdade é fácil que um membro seja arrastado para o crime ou que seja obrigado a encobri-lo. É válido pertencer a mais de um grupo, sempre que eles não sejam rivais entre si.

No entanto, um século mais tarde, as Tríades passaram a explorar o controle do próspero mercado negro da heroína, uma vez que o comércio do ópio fora proibido em todas as suas formas.

Assim sendo, dentro dos grupos, nas Tríades existem funções e hierarquias, como em todas as máfias, e as outras atividades que elas praticam são homicídios, jogos de azar, movimentação de drogas ilícitas, roubos, sequestros dentre outros.

#### **4.4.3 Yakuza: Máfia japonesa**

A organização criminosa *Yakuza* vem se desenvolvendo e crescendo por vários séculos e ela remonta aos tempos do Japão feudal do século XVIII e elas vêm resistindo, já que os governos não conseguem destruí-las.

Nas palavras de Montoya (2007, p. 39):

As organizações japonesas do crime sobreviveram através dos séculos passando por vários imperadores e governos que pretenderam suprimi-las; sua habilidade para continuar deveu-se, em parte, ao ambiente social, político e econômico no qual conduziram suas operações até chegarem a se transformar no que é denominado “Boryokudan”, ou crime organizado japonês, cujo grupo mais conhecido em todo o mundo é a Yakuza.

Os *yakuzas* são os grandes responsáveis pelas atividades ilegais envolvendo o crime organizado no país, sendo a grande atuação no tráfico de drogas e armas, lavagem de dinheiro, prostíbulos, cassinos e também com a

finalidade de dar publicidades às suas iniciativas, eles têm atividades legalizadas como agências de teatros, eventos esportivos e casas noturnas.

A principal forma de punição dentro da *Yakuza*, sendo o principal costume desta organização é a amputação dos dedos da mão, que toda vez em que um dos integrantes desrespeitasse as ordens da organização ocorria o corte de dedos.

Muito parecido com a máfia italiana, a *Yakuza* tem uma relação paterno – filial, e além de eles serem muito conhecidos mundo afora por suas tatuagens, muitas vezes com desenhos de dragões, brasões de suas famílias, cobrindo assim o peito, as costas, os braços e até mesmo as pernas, sendo elas sinais de fidelidade e como um voto de devoção à máfia.

#### **4.5 O Crime Organizado no Brasil**

Pode-se dizer que o crime organizado sob a ótica do direito penal e processual penal no Brasil não são antigos, embora seja perceptível há muito tempo pela população, ele não tem uma imensa proporção como acontece nos outros países.

Com efeito, ele começou a agravar-se quando da instalação da República e começou a aparecer na transição entre período colonial e o Império, assim a verificação da existência de crime organizado é encontrado no cangaço, o qual nesse movimento tinha como integrante mais conhecido “Lampião”.

Em sendo assim, de acordo com Eduardo Araújo Silva (2003, p. 25):

Os cangaceiros tinham organização hierárquica e com o tempo passaram a atuar em várias frentes ao mesmo tempo, 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.

Cabe frisar, por oportuno, que a criminalidade nacional de modo mais amplo organizou-se e esteve ligada ao tráfico de drogas pelo fato de ter uma larga extensão territorial em virtude também de ter fronteiras com a Colômbia, Bolívia e Peru, que são esses países grandes produtores de tóxico. E também a criminalidade está ligada ao tráfico de armas, roubo de cargas, corrupção e no “jogo do bicho”, embora este na verdade não pode ser concebido como “crime organizado”, porque ele é uma contravenção.

Considera-se, em melhor análise, que as organizações criminosas emergiram do sistema prisional, que hoje já até estão fora do país, como o Comando Vermelho (CV), seguidos da criação do PCC (Primeiro Comando da Capital). Ambas são ligadas ao tráfico de entorpecentes, sendo que primeiro surgiu no final da década de 60 no confinamento de presos políticos e de presos comuns, no presídio da Ilha Grande, no Rio de Janeiro, ao passo que o segundo é responsável por inúmeras rebeliões marcadas com requintes de crueldade, sendo considerado mais recente. Assim como ensina Luiz Flávio Gomes (1997, p. 73-74) a máfia:

[...] caracteriza-se por uma organização bastante rígida, uma certa continuidade “dinástica”, pelo afã de respeitabilidade de seus dirigentes, severa disciplina interna, lutas intensas pelo poder, métodos pouco piedosos de castigo, extensa utilização da corrupção, política e policial, ocupação tanto em atividades ilícitas como lícitas, simpatia de alguns setores eleitorais, distribuição geográfica por zonas, enormes lucros, etc.

Sobre o assunto, o crime organizado que tem avançado de forma significativa no Brasil, mostrou de onde surgem os comandos criminosos, ou seja, dos presídios, haja vista as inúmeras rebeliões de presos e assassinatos de policiais.

Exemplo de situação caracterizadora a qual as ordens partem de dentro do presídio foi quando Marco Willians Camacho, o Marcola, que é apontado como chefe de uma facção criminosa, que atualmente está na Penitenciária 2 de Presidente Venceslau, há 7 anos, disse em uma escuta telefônica gravada pela polícia, com outro integrante da facção que o motivo dos homicídios estarem caindo é por culpa dele, devido ao fato que hoje para matar alguém leva-se muita burocracia o que não acontecia a alguns anos atrás, onde matavam-se por qualquer

motivo, culpando o secretário de administração, secretário de segurança pública, entre outros, pois ele alega que todos estão contra ele.

Releve-se que outras atuações do crime organizado no território nacional, são: o tráfico de animais silvestres, o comércio irregular de madeiras nobres da região amazônica e da mata atlântica e ainda o desvio de altas quantias de dinheiros dos cofres públicos, para contas particulares localizadas no exterior praticada sem violência.

## 5 A PROVA E O CRIME ORGANIZADO

Percebe-se, até aqui, que como o crime organizado apresenta um grau mais requintado de organização, com isso, fica difícil de obter a prova, já que os criminosos vão se desenvolvendo através de técnicas mais sofisticadas, fazendo com que as chances para se poder provar em juízo vão sendo cada vez mais diminuídas.

A complexidade de como os delitos são cometidos, haja vista que os agentes visam sempre em evitar a sua descoberta bem como destruir os seus indícios de autoria, dessa forma, não restam dúvidas de que a propositura de provas não logrará êxitos. Ressalta Eduardo Araújo da Silva que “além da complexidade e da variedade dos atos que compõem a criminalidade organizada, autores também se dedicam a impedir a obtenção da prova” (2003, p. 42).

Nesse contexto, como o Direito Penal é o mecanismo mais gravoso que o Estado tem, para que se possa dar um tratamento repressivo e rigoroso, podendo dar assim um resposta penal efetiva, sabemos que em alguns casos não é isso que acontece, visto que os agentes públicos que têm o dever de investigar e punir tais delitos são alvos do poder de corrupção das organizações criminosas.

Ressalte-se, que também no âmbito do crime organizado, há outro mecanismo específico de obtenção de prova que é a infiltração de agentes funcionários da Polícia ou ainda de agências de inteligência, que constitui uma medida pela qual estes ocultam suas identidades, fazendo o uso de falsa identidade, penetram na organização, com o intuito de descobrir os seus integrantes, como ela funciona e com o objetivo principal de colher provas de suas infrações. A esse respeito:

A introdução de policiais em organizações criminosas, simulando a condição de integrante, para obter informações a respeito de seu funcionamento e sua estrutura, tem-se mostrado um eficiente instrumento para a apuração da criminalidade organizada. (SILVA, 2003, p. 43).

Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 75) salienta que:

O instituto da *infiltração de agentes* destina-se justamente a garantir que agentes de polícia, em tarefas de investigação, possam, ingressar, legalmente, no âmbito da organização criminosa, como *integrantes*, mantendo identidades falsas, acompanhando as suas atividades e conhecendo sua estrutura, divisão da tarefas e hierarquia interna.

Acerca da matéria, eis a ementa do acórdão:

I PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. II COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. III INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, EXPLORAÇÃO DE LOCAL, INFILTRAÇÃO DE AGENTES. VALIDADE. IV PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. CONFIGURAÇÃO. V DENEGAÇÃO DA ORDEM. "... Os meios de investigação criminal não se limitam a uma compreensão literal do que dispõe o CPP. **E mais, na linha da persecução penal profícua, adentrar um determinado local com vistas a colher qualquer elemento de prova ainda encontra previsão implícita no art. 240, § 1º, h do CPP.** Portanto, o que menos importa é a denominação que foi dada à diligência em si: exploração de local, na medida em que a Polícia Federal estava mesmo a investigar fatos definidos e concretamente identificados, inclusive por meio de interceptação telefônica. XI - Tampouco houve afronta ao direito à inviolabilidade do domicílio, previsto no art. 5º, XI da CR/88 (...)" (TRF da 2ª Região – 1ª Turma Especializada – Habeas Corpus nº 2008.02.01.019245-7 – Relator Desembargador Federal Abel Gomes – J em 17.12.2008 – sem grifos no original).

Este julgamento menciona que não importa o nome dos meios de investigação uma vez que admite que espécies de investigação que não estejam no Código de Processo Penal sejam utilizadas, e mais, diz até que o agente infiltrado está implicitamente previsto no artigo 240, §1º, alínea "h" do Código de Processo Penal.

Com efeito, as novas formas de criminalidade, exigem para que se alcance um processo penal funcional-garantidor, um emprego que tem que ser cada vez mais apto e eficiente a fim de coibir essa repressão criminal.

## 5.1 Processo Penal e Prevenção do Crime

Atualmente, não há dúvidas que o crime organizado coloca em risco o Estado soberano, assim a sua prevenção exige adoção de ações preventivas vindas das Instituições Públicas.

Desta forma, não se pode olvidar, contudo, que o objetivo para a prevenção do crime é buscado pelo Estado, porém como a extensão dessas atividades ilegais aumentou fica mais difícil assim ter sucesso em adotar medidas preventivas.

Cabe salientar que apesar da prevenção não tem sido eficaz ela ainda é a principal forma para se prevenir o crime, visto que na atividade repressiva, ela é mais controlada pelos tribunais, ao passo que a atuação preventiva por ela ser mais aberta, faz com que haja assim um menor controle perante os tribunais, facilitando desse modo, o procedimento que será adotado.

Outrossim, como um meio para neutralizar e dar segurança a sociedade e ao Estado a fim de prevenir às ameaças a estes, há a necessidade de no processo penal, ter meios para que possam introduzir técnicas modernas de investigação com a finalidade de ter conhecimentos estratégicos.

Na esteira deste entendimento, Eduardo Araújo da Silva afirma que segundo Juan José López Ortega:

[...] hoje em dia constitui uma realidade aceita a afirmação de que os métodos convencionais de investigação são insuficientes para combater certas formas de delinquência, motivo pelo qual as autoridades recorrem à infiltração policial, estabelecendo relação com o autor previsível da infração, para intervir no próprio processo de realização da atividade delituosa (SILVA, 2003, p. 44).

Complementa, justamente nesta linha, José María Paz Rubio que:

[...] o delito nos últimos tempos tem experimentado novas formas de execução, por meio do crime organizado, o que exige a superação das técnicas de investigações policiais por outras que sejam eficazes para combater as emergentes organizações do crime em alta escala. Surgem assim as denominadas “operações encobertas”, como nova técnica de investigação, mediante a utilização de agentes infiltrados (SILVA, 2003, p. 44).

Acrescente-se também que apesar de haver a possibilidade de ter uma atuação da polícia preventiva, ou seja, antes ao cometimento do fato, quando essa atuação dizer respeito a uma restrição ao direito fundamental, não poderá ser aceita, uma vez que só será aceita caso já houve o cometimento do crime, sendo assim, de forma repressiva.

Nesse sentido, convém destacar que no tocante a criminalidade organizada, a qual apresenta um alto poder de intimidação e de ação, insta salientar que para fins de prova os crimes que já foram exercidos, necessitam sim servir para dirigir a atividade preventiva, já que “é melhor prevenir que remediar”.

## **5.2 Meios de prova e meios de investigação ou de inteligência**

No que concerne os meios de prova e meios de investigação ou de inteligência frente ao crime organizado, estes podem representar limites às garantias constitucionais ou a direitos, haja vista que eles demandam de autorização de modo que apenas as pessoas autorizadas possam usá-los, visto que somente as pessoas que são legitimadas podem requerê-los.

Assim, necessário fazer a distinção entre meios de prova e meios de investigação ou de inteligência, enquanto aqueles são utilizados especialmente pelo controle judicial a que são submetidos, estes são destinados ao uso de técnicas que auxiliam nas ações de levantamento de dados.

Com efeito, os meios de investigação ou de inteligência são coletas de informações que se destinam a auxiliar as tomadas de decisão, sendo assim, informações que visam à segurança do Estado.

Nesta linha, José Paulo Baltazar Junior (2010, p. 180) instrui:

- a) a atividade de inteligência pode ser distinguida da atividade de polícia judiciária, por dispensar a existência de causa provável para sua efetivação;
- b) não há impedimento e é até recomendável a utilização de meios de inteligência, ainda que produzidos por outras agências estatais, como meios de inteligência por parte da polícia judiciária;

c) a atividade de inteligência com fins de prevenção é admissível, mas não pode ser levada a um extremo de anulação da proteção da vida privada e da intimidade do cidadão, em um estado de vigilância que implique anulação daqueles direitos fundamentais.

Ademais, há de se observar que a inteligência deve ter papel de destaque já que o crime organizado vem ameaçando o Estado Democrático de Direito.

Nesse ensejo, cumpre destacar que o sistema de inteligência da investigação, não é eficaz, deixando a desejar, dificultando assim, a investigação deste organismo, haja vista, o método e as técnicas utilizadas pelos investigadores serem muito falhas.

É desta maneira, primeiramente de fundamental importância a necessidade de investimentos na área de inteligência, atuando com a finalidade de conhecimentos estratégicos no combate ao crime organizado.

Basicamente, diante da diversificação do crime organizado, pois vimos que este apresenta ramificações em várias atividades ilícitas, as ações de inteligência necessitam de elementos para tornar a investigação um meio de suma importância para a produção de prova.

Em sendo assim, para o combate ao crime organizado, é com as atividades de inteligência que consegue identificar as organizações que atuam nesse tipo de crime, empregando estratégias com o objetivo de evitar o crescimento dessas organizações.

## **6 O DEVER ESTATAL DE SEGURANÇA E O DIREITO DO CIDADÃO À SEGURANÇA**

Como já observado, é o Estado que tem o dever de garantir a segurança que condiciona o exercício dos direitos fundamentais e pela proibição de insuficiência, não podendo se manter omissos diante das violações aos bens jurídicos fundamentais de particulares.

Assim, é papel do Estado o dever amplo e integral de proteção, garantindo a segurança externa advindas do estrangeiro e também das ameaças que estão dentro do território nacional, porém este se encontra inerte.

Além disso, como a criminalidade provoca uma sensação de insegurança, há que se utilizar o princípio da proporcionalidade para assim ter uma adequada prestação jurisdicional e para conceder às pessoas um razoável grau de segurança jurídica.

Percebe-se que o Estado deve esclarecer a população sobre o perigo e também deve esclarecer a ela sobre as suas dimensões verdadeiras, oferecendo uma proteção contra agressões de terceiros.

Por isso tudo, ante o perigo ou o medo da população o que importa é a confiança que o Estado deve ao adotar regras eficientes para ter um equilíbrio e também proporcionar aos órgãos mecanismos para uma atuação positiva com vistas à máxima promoção da segurança jurídica, porém sem se pender a uma repressão a todo custo.

Nesse contexto, a existência do direito à segurança e o conseqüente direito do cidadão surgiram como forma de barrar o uso da força por parte do Estado, já que a coletividade ou o cidadão individualmente não têm condições de defender-se por si só.

Outrossim, o Brasil vive um cenário de insegurança, uma vez que principalmente nas grandes capitais observa-se altos índices de criminalidade e que muitas vezes nem sempre são cometidos por pessoas de baixo nível econômico.

Assim sendo, essa situação mais grave nos centros urbanos é devido ao crescimento urbano desordenado, o desemprego, a impunidade aliados a uma evolução constante das novas técnicas de atuação por parte dos criminosos.

### **6.1 Dever estatal de proteção e crime organizado**

O Estado deve neutralizar as manifestações de opressão, promover proteção aos direitos fundamentais diante das elevadas taxas de criminalidade que se tem notado no País nas últimas décadas sem a devida responsabilização dos autores.

O crime organizado para ser combatido no Brasil, se de fazer através da força material e intelectual dos governos, uma vez que é praticamente impossível rastrear os bens ilegalmente poupados haja vista ele extrapolar as fronteiras nacionais beneficiando-se da abertura dessas entre país além de possuir ramificações no mundo todo.

Percebe-se assim que o Estado no tocante ao crime organizado está debilitado visto que diante da tecnologia moderna utilizada por essa criminalidade ele ainda não encontrou mecanismos eficazes e muitos menos instrumentos para que possam combatê-lo, sendo que o crime organizado e também outras tantas condutas devem ser reprimidos penalmente.

Evidentemente, que o Estado democrático de direito, mostra-se frágil diante do controle da criminalidade, porque desde logo isso precisar ser encarado de modo mais científico e técnico, adotando tanto medidas preventivas como também repressivas, para que assim as pessoas não agem contrárias à norma penal, desrespeitando-a, mas sim que elas sejam motivadas a agir de acordo com ela, como bem dizia Beccaria no século XVIII, que a lei penal seja aplicada de forma rápida, certa e infalível.

Neste contexto, vale ressaltar que, para que possamos enfrentar o problema gravíssimo da delinquência organizada, já que se mostra presente em todas as classes sociais, não é só aumentando as penas, uma vez que isto só faz

com que o Estado se desenvolva cada vez mais arbitrário, o correto seria, portanto, que tivesse uma prevenção da delinquência, haja vista esta ser um problema comunitário e social. Contudo, para sintetizar essas ponderações, o ilustre Antonio Carlos da Ponte (2008, p. 164) discorre da seguinte maneira:

Atualmente, o combate a determinadas práticas criminosas, como o narcotráfico; a criminalidade organizada; a lavagem de dinheiro; os crimes que atentam contra bens difusos e coletivos; os crimes eleitorais; dentre outros, exige uma nova leitura do Direito Penal que permite, por vezes, a flexibilização de algumas garantias constitucionais em busca de um valor maior, representado pela Justiça Social. Caso todos os direitos e garantias previstos em nosso texto constitucional fossem considerados de forma absoluta, certamente não existiriam meios eficazes de combate às formas de criminalidade indicadas. Medidas excepcionais e, por vezes, necessárias, como a quebra de sigilo fiscal, telefônico e telemático seriam consideradas práticas ilegais; o mesmo acontecendo com a infiltração de agentes em organizações criminosas; a delação premiada que resultasse em perdão judicial, etc.

Em sendo assim, como a criminalidade organizada oferece contornos próprios e muitas vezes há um alto risco de eliminação da prova, principalmente testemunhal, as testemunhas por serem a principal fonte probatória, devem ser efetivamente protegidas, por causa da periculosidade dos agentes que podem as ameaçar durante a audiência ou até mesmo fora dela, então essas devem ficar a vontade com proteção policial para que possam prestar um depoimento tranquilas e seguras.

## **6.2 A concretização do dever de proteção no âmbito do crime organizado**

No que tange a existência de crime organizado no Brasil, sabemos que seu fenômeno representa uma forma nova de perigo, sendo assim para o seu combate deve haver uma nova postura de política criminal.

Para ter a concretização para o tal perigo, devemos ter novas técnicas especiais de investigação ou meios especiais de prova, fortalecimento das investigações autônomas do Ministério Público, porque só assim não corremos o risco de num futuro próximo termos o Estado em uma situação irreversível.

Eis a lição de Oswaldo Henrique Duek Marques (1999, p. 286):

Discute-se, ainda, acerca da possibilidade de o Ministério Público ou a Comissão Parlamentar de Inquérito poder ter acesso aos referidos dados e documentos durante as investigações, sem autorização judicial. A orientação majoritária jurisprudencial tem sido pela desnecessidade de tal autorização somente em relação à Comissão Parlamentar de Inquérito. Entretanto, o melhor critério seria o de sempre submeter à autorização judicial o acesso a dados ou documentos pessoais, pois o ordenamento jurídico brasileiro confere proteção à intimidade das pessoas. Por isso, o controle jurisdicional possibilitará melhor aferição da relevância da diligência e de quando ela deve preponderar sobre a garantia da intimidade pessoal.

Cabe ressaltar que o “controle” da criminalidade, para o Direito Penal Liberal Clássico não se encontra preparado suficientemente, uma vez que para isto exige uma política coordenada estabelecendo-se uma repressão de modo com que as pessoas fiquem intimidadas a desrespeitar a norma penal, sendo que só assim, pode-se prevenir a delinquência, apesar de que essa prevenção vem perdendo a cada dia seu valor frente à impunidade. Vale aqui o alerta de Luiz Flávio Gomes (1997, p. 61):

É evidente que essa política criminal de “resultado”, que joga tudo na eficiência do sistema, não sem antes contar com amplo apoio popular “moralista”, é merecedora de reparos. Toda essa avalanche de acordos, arrependimentos, delações, confissões, prisões para se obter confissões etc., praticada irrestritamente em relação a “todos” os delitos, atinge de cheio a espinha dorsal do Direito Penal clássico, transformando-o em algo parecido com um *market system*.

Desta forma, a prevenção, portanto, tem que ser eficaz para o combate às organizações criminosas, adotando-se medidas mais seletivas, sendo necessário assim até desenvolver medidas de prevenção global, para que haja uma responsabilização solidária perante os povos e os Estados.

Ademais, a melhor prevenção apesar de não ser imediata e sim uma medida que requer um longo prazo seria que oferecessem oportunidades para as pessoas bem como trabalho, qualidade de vida, moradia dentre outras, para que assim a população não se sentindo abandonada pelo Estado não se socorresse junto das organizações criminosas.

## 7 A RESPOSTA PROCESSUAL PENAL AO PERIGO DO CRIME ORGANIZADO

No que diz respeito ao perigo representado pelo crime organizado, as autoridades, polícias precisam de conhecimento para agir contra este, especialmente em razão dos problemas que elas enfrentam no campo da prova.

Insta salientar que, neste aspecto, surgiu um “novo processo penal” com o objetivo de atingir de forma adequada a criminalidade organizada visto que o processo penal tradicional, não consegue, não há instrumentos que possam combatê-lo.

Como bem observa José Paulo Baltazar Junior (2010, p. 239):

Esse novo processo apresenta como características: a) a adoção de alguns meios de prova *específicos* ou técnicas especiais de investigação; b) a utilização intensa de meios de inteligência, antigamente exclusivos dos serviços de informações, na fase investigatória do processo penal; c) a utilização de medidas processuais na prevenção do crime; d) a adoção de soluções negociadas no processo penal.

Mas em que pesem as dificuldades para a prevenção do delito, tais características acima talvez fossem o ideal para eliminar o crime organizado no seu nascedouro.

Estas disposições extremamente rígidas, as leis repressivas não resolvem o problema das organizações criminosas, temos que adotar uma política criminal ressocializadora, de modo que tal política possa adotar como premissa os direitos e garantias fundamentais, pois só assim, evitaremos a prisão de curta duração.

Com bastante razão, sabemos que os presídios brasileiros ao longo dos anos com a sua superpopulação eles vêm se tornando uma escola de formação do crime organizado, haja vista que os presos depois de entrarem nele se organizam no crime do presídio, ao passo que se antes praticavam pequenos furtos depois saem dos presídios praticando latrocínios entre outros.

Veja-se que se os presídios estão sempre superlotados, isso quer dizer que a Justiça Criminal é efetiva sim, porém não vemos presos grandes traficantes importantes, lavadores de dinheiro, mas principalmente são presos pequenos traficantes de drogas, bem como acusados de crimes contra o patrimônio.

Sendo assim, ao quererem adotar a política para combater a todo custo a criminalidade organizada vimos que não está surtindo efeitos, desse jeito não é resolvido, mas muitos países frente à criminalidade acabam adotando medidas mais fáceis e mais econômicas para assim poder dar a população uma resposta a tal problema.

Dito isto, diante do alto grau de impunidade o qual o legislador tem o dever de proteger, adotando medidas e normas processuais mais adequadas, porém ainda não o fez, fazendo com que os criminosos ficam atraídos a cometerem novamente o crime sem medo algum, pois sabem que ficarão impunes. É o que ensina José Paulo Baltazar Júnior (2010, p. 242):

Coloca-se, então, como necessária, face ao perigo do crime organizado, a adoção de novas bases no processo penal, que contemplem a adoção de técnicas especiais de investigação, a possibilidade da utilização de meios de inteligência na fase da investigação criminal, a proteção de testemunhas, vítimas e réus colaboradores, a adoção de soluções negociadas e a busca da prevenção. Acredito que essa modificação nas bases do processo penal não significará erosão de direitos individuais, mas que será possível a adoção de tais medidas dentro do marco constitucional e com obediência ao princípio da ampla defesa.

Nesse contexto, é importante que com essas novas técnicas de investigação o Estado passe a adotá-las a fim de combater de um modo eficaz a criminalidade organizada e não combatê-la a qualquer custo, usando medidas violentas além de meios criminosos.

### **7.1 A forma ideal de concretização do dever de proteção no crime organizado**

Em se tratando de crime organizado sabemos da existência desse fenômeno e também do perigo que ele representa em razão, sobretudo dele ser

complexo e de ter uma grande dimensão atualmente, não sendo apenas um perigo para uma pessoa em particular, mas para toda a segurança do Estado.

Com isso, há uma necessidade de ter uma construção com um tipo penal de organização criminosa, adotando medidas específicas, haja vista as grandes dificuldades atribuídas pelo crime organizado e também pela proteção ser deficiente não tendo ao menos um pouco de eficiência ao usar outros métodos mais eficazes.

Neste sentido, ensina José Paulo Baltazar Júnior (2010, p. 242) que:

Mas a resposta ao perigo do crime organizado não se dá exclusivamente no campo do direito material, pois as dificuldades impostas pela criminalidade organizada no campo probatório fazem com que o dever de proteção somente seja cumprido com um grau mínimo de eficiência mediante uso de técnicas especiais de investigação, tais como a quebra de sigilos bancários, fiscal e de telecomunicações, a ação controlada e a colaboração premiada.

É importante frisar que estas técnicas especiais de investigação permitem a possibilidade de serem utilizadas não apenas pelas organizações criminosas, podendo também serem reconhecidas em outras práticas criminosas embora estas não serem qualificadas como organizadas.

Bem por isso é que o Estado no tocante a essas atividades criminosas ele tem que ter o dever de utilizar alguns mecanismos tais como o de prevenção e o de repressão ainda que para isso, ele venha a abolir alguns direitos destes indivíduos, pois se não o fizer ferirá o princípio constitucional da proibição da insuficiência, além também de deixar de punir destemidos criminosos.

Em sendo assim, o crime organizado é um grave problema para a segurança pública, visto que o Estado não vem conseguindo contê-lo já que os dados obtidos demonstram o fracasso deste em relação a este delito, haja vista que erradicá-lo é quase impossível.

Desta forma, diante do crescimento da criminalidade muitos querem adotar a postura a qual para combatê-la devem aumentar as penas, o que não será eficaz, pois assim estaria retirando toda a credibilidade do Direito Penal e outra medida que desejam adotar seria a supressão de garantias, o que também é incompatível com o Estado Constitucional de Direito, mas o que importa mesmo para

a maioria é o que o sistema penal tenha um bom funcionamento, pouco importando se para isso terão que aniquilar as garantias fundamentais para enfrentar a criminalidade.

Note-se, contudo, que em razão do crescimento da criminalidade e do poder desta ao lado de um sistema penitenciário falido, é necessário intensificar ações para a sua prevenção passando a ter com isso uma promoção dos direitos humanos, uma vez que diante do quadro atual que é evidente a sua insegurança jurídica incapaz de ter condições legais para que assim possa punir o crime organizado.

## 8 CONCLUSÃO

Com o presente trabalho científico podemos concluir que quando se fala em direitos fundamentais o que vem a mente é a proteção ao cidadão contra o abuso do Estado, podendo ser um abuso não apenas do Estado, mas vindo também de terceiros sendo órgãos públicos ou não.

Verificou-se que a idéia mais tradicional é de ver o direito fundamental como um limite ao excesso uma proibição de excesso na atuação do Estado e surgiu a idéia também de uma proibição de insuficiência em que há casos que o Estado é obrigado a agir, para proteger o cidadão em relação a alguns direitos fundamentais como, por exemplo, o direito fundamental à segurança em que está previsto na nossa Constituição Federal, tanto no artigo 5.º quanto no artigo 144, sendo um direito e responsabilidade de todos.

Viu-se também que Esse direito fundamental à segurança e essa proibição de insuficiência vão consistir basicamente no seguinte há situações em que o Estado tem que agir e não deixar de agir diante do perigo representado pelo crime organizado, ou seja, o Estado se omite para evitar uma lesão ao cidadão e uma dessas lesões, ameaças é o crime organizado.

Para combater o crime organizado desde os anos 80 o Brasil conta com mecanismos para tentar atuar na espinha dorsal da atividade criminosa que é a movimentação de dinheiro. Ele é um fenômeno mundial com o negócio de maior liquidez do planeta, então no Brasil há um atraso muito grande da compreensão de que isso é um fenômeno que passa pela própria história da globalização.

No final do século passado, com o aceleração da globalização, cresceu-se também as organizações criminosas que necessitam para a sua sobrevivência da lavagem de dinheiro, é que passou a ter uma preocupação com essa neocriminalidade, passando a editar Convenções que visavam combater os crimes considerados mais graves.

Percebeu-se assim, que no Brasil, o estado por meio do Legislativo do Executivo e Judiciário tem a obrigação de agir do ponto de vista Legislativo e do

ponto de vista de um funcionamento adequado da justiça penal para dar uma resposta a esse perigo do crime organizado nesses vários níveis criando então os instrumentos tanto do ponto de vista do direito penal criando um tipo de organização como do ponto de vista do processo penal criando instrumentos que permitam a investigação e uma resposta adequada, respeitando também os direitos fundamentais dos acusados e dos investigados o direito de defesa como equilíbrio para dar uma resposta adequada que garanta a segurança do cidadão.

Constatou-se ainda que os direitos do cidadão têm que serem enxergados como princípio e não como regra, tendo que ser equilibrado com a possibilidade da persecução penal, respeitando os direitos fundamentais dos acusados, e que sejam vistos caso a caso.

A doutrina passou então a discutir o que daria essa característica de crime organizado, com efeito, existe um diploma legal que trata do crime organizado, que foi a Convenção de Palermo a qual define crime organizado. O Superior Tribunal de Justiça segue esse posicionamento Então, para a Convenção exige alguns requisitos que são três ou mais pessoas reunidas; tem que haver estabilidade no tempo, além disso, deve haver uma estrutura hierarquizada piramidal como se fosse uma empresa, além disso, precisa ter a prática de infrações graves.

Como salientado, as características essenciais das organizações criminosas são: a pluralidade de agentes, um grau de estabilidade ou permanência, ou seja, crime cometido de forma contínua e profissional, finalidade de lucro e um certo grau de organização que pode variar existindo as mais sofisticadas, elaboradas e as menos sofisticadas, mais rudimentares.

Evidentemente que é muito comum, a conexão da organização com o Estado, tendo a participação de agentes públicos, e a conivência, os quais os agentes públicos são corrompidos mediante corrupção ou então mediante violência ou ameaça que é característica das organizações criminosas, sendo assim, o enorme poder da corrupção é um fator que obstaculiza o crime organizado porque ele começa a desvirtuar e atrapalhar o processo de investigação desde o primeiro passo.

De fato, para a criminalidade moderna, quanto mais órgãos puderem investigar é melhor para a sociedade. Então não tem que haver monopólio na investigação criminal nem para polícia e nem para nenhum outro órgão.

Ademais, a Lei permite a infiltração de agentes, o qual acontece quando um agente da polícia adentra na quadrilha para poder descobrir como ela funciona e desmantelá-la. E o único requisito previsto em Lei é que isso é possível desde que haja a autorização judicial.

Conclui-se, por fim, que há um Estado desorganizado contra um crime organizado com isso, nós precisamos de várias mudanças para dar uma resposta adequada ao desafio do crime organizado, já que neste os autores não aparecem estão sempre por trás, sendo assim, há instrumentos e técnicas de investigação que permitem chegar a esses autores como os agentes infiltrados.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AMORIM, Letícia Balsamão. **A distinção entre Regras e Princípios Segundo Robert Alexy**. Disponível em < <http://www.egov.ufsc.br/>>. Acesso em 04 de maio de 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES Júnior, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. – 12. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BALTAZAR JÚNIOR. José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Número 9. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp). Acesso em: 31.07.2013.

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

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA. **HABEAS CORPUS Nº 2008.02.01.019245-7. RELATOR DESEMBARGADOR FEDERAL ABEL GOMES. J EM 17.12.2008**. Disponível em: <http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3224457/habeas-corporus-hc-6140>. Acesso em: 19.10.2013.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas.** – 2.<sup>a</sup> ed. – São Paulo: Editora Martin Claret Ltda.

BORGES, Paulo César Corrêa. **Crime Organizado.** – São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. 793p.

CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de Dinheiro.** Barueri, São Paulo: Mamole, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** Legislação Penal especial. V. 4. 5<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova Ilícita.** São Paulo: Saraiva, 2000.

DWORDKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 2. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007. – (Justiça e direito).

FERNANDES, Antonio Scarance (coord.); ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. **Crime organizado – Aspectos processuais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

GOES DE SOUZA, Marcelo Agamenon. **Anotações de aula de Direito Constitucional I.** Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime Organizado:** enfoques criminológico, jurídico (lei 9034/95) e político criminal. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Proibição de Proteção Deficiente.** Disponível em <<http://ww3.lfg.com.br/>>. Acesso em 03 maio de 2013.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JAKOBS, Gunther/ Miguel Polaino - Orts. **Delitos de Organización: Um Desafío al Estado.** Editora y Librería Jurídica Grijley, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 12.<sup>a</sup> edição – São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** 2.<sup>a</sup> edição – Porto Alegre: Editor Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARINONI. Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 4. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). **Considerações sobre a Criminalidade Organizada.** In: JUSTIÇA PENAL, 6: críticas e sugestões: 10 anos da constituição e a justiça penal, meio ambiente, drogas, globalização, o caso Pataxó. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, C. A. et al. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2<sup>o</sup> edição – Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional.** Disponível em <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em 04 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** 2. Ed – São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

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

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal.** 1<sup>a</sup> ed. – Curitiba: Juruá, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 1ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. – São Paulo: Saraiva, 2008.

PONTES, Helenilson Cunha. **O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. **Anotações de aula de Direito Processual Civil V**. Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência. In: **Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº98, Junho de 2005**. Porto Alegre: 2005.

SUTHERLAND, Edwin H. **El Delito de Cuello Blanco**. Júlio César Faira – Editor, 2009.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado: Procedimento Probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. – 2. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do Princípios da Proporcionalidade: da Proibição de Excesso (*Übermassverbot*) à proteção de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: **Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, Março de 2005**. Porto Alegre: 2005.

\_\_\_\_\_. **Princípio da Proibição de Excesso**. Disponível em <<http://leniostreck.com.br>>. Acesso em 03 de maio de 2013