

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ana Rosa Peres Gregório Giro

Presidente Prudente/SP
2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ana Rosa Peres Gregório Giro

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob a orientação do Prof. Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente/SP
2018

GIRO, Ana Rosa Peres Gregório

A Expansão do Direito Penal no Estado Democrático de Direito: Presidente Prudente. Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, 2018. 74 p.

Monografia de conclusão de Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Direito Processual Penal - Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo – Toledo: Presidente Prudente - SP, 2018.

Assunto do trabalho: I. Direito Penal II. Direito Constitucional

A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Jurandir José dos Santos
Orientador

Claudio José Palma Sanchez
Examinador

Florestan Rodrigo do Prado
Examinador

Presidente Prudente, 18 de setembro de 2018.

"O direito não é filho do céu. É um produto cultural e histórico da evolução humana".

Tobias Barreto

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus pelo dom da vida, pela família e pela oportunidade de poder fazer essa especialização.

Em especial, a meu filho, João Francisco, fonte de inspiração e motivação em minha vida.

A meus pais pelo apoio e suporte incondicional.

A meu esposo, pela compreensão das horas de ausência dedicados aos estudos.

Ao meu orientador, pelo empenho dedicado a elaboração deste trabalho, pela confiança e dedicação. Também aos demais professores da pós-graduação que foram tão importantes na minha vida acadêmica e no desenvolvimento desta monografia.

Por fim, agradeço a todos que de alguma forma fizeram parte desta conquista.

RESUMO

O Direito Penal é o reflexo da evolução de uma sociedade. Quanto mais se precisa da intervenção estatal, significa que as outras formas de controle e de pacificação falharam ou foram insuficientes para solucionar os conflitos. As mudanças sociais ocorridas na sociedade pós-moderna provocaram alterações no ordenamento jurídico penal brasileiro (clássico), com o processo de globalização surgiram novas necessidades, novos medos e novos pensamentos se fizeram necessários, enquanto que os mecanismos de tutela de relações e de pacificação social (notadamente o Direito Penal) não puderam se posicionar alheio às mudanças que se operaram no âmago da sociedade. O Direito Penal deixou de exercer o papel de controle subsidiário e fragmentário da vida em sociedade, pois diante da crise das demais formas de controle social e do descrédito de outras instâncias de proteção, surge a ideia de dogmática penal como única instância de controle social. O trabalho pretende analisar o fenômeno expansionista que vem ocorrendo no Direito Penal Pós-Moderno, diante da globalização e da institucionalização da insegurança e a sua legitimidade frente a nova demanda da criminalidade, mais complexa e moderna, sempre pautada nos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade no Estado Democrático de Direito. Como consequência última da expansão, constata-se normas típicas do Direito Penal do Inimigo com a flexibilização de direitos e garantias fundamentais, antecipando a punição, endurecendo as penas ao invés de o Poder Público realizar de forma efetiva políticas públicas de caráter preventivo-penal.

Palavras-chave: Sociedade pós-moderna. Expansão direito penal. Fenômenos de expansão. Direito Penal do inimigo. Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

The Criminal Law is the reflection of the evolution of a society. The more government intervention is needed, the more forms of control and pacification have failed or been insufficient to resolve conflicts. The social changes that took place in the postmodern society brought about changes in the Brazilian legal system (classic), with the process of globalization, new needs arose, new fears and new thoughts became necessary, while the mechanisms of protection of relations and social pacification (notably Criminal Law) could not stand apart from the changes that have taken place at the heart of society. Criminal Law ceased to exercise the subsidiary and fragmentary control of life in society, because in the face of the crisis of other forms of social control and the discrediting of other instances of protection, the idea of criminal dogmatism emerges as the only instance of social control. The paper intends to analyze the expansionist phenomenon that has been occurring in Postmodern Criminal Law, in the face of globalization and the institutionalization of insecurity and its legitimacy in the face of the new complex and modern crime demand, always based on the postulates of proportionality and reasonableness in the Democratic State of Law. As a last result of the expansion, there are typical norms of the Criminal Law of the Enemy with the flexibilization of fundamental rights and guarantees, anticipating the punishment, hardening the penalties instead of the Public Power to effectively carry out preventive-penal public policies.

Keywords: Postmodern society. Expansion of criminal law. Phenomena of expansion. Criminal law of the enemy. Principle of proportionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL	11
2.1 Período de Vingança	11
2.2 Direito Penal dos Povos	12
2.3 Período Humanitário	14
2.4 Escolas Penais	16
2.5 História do Direito Penal Brasileiro	19
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS	22
3.1 Dignidade da Pessoa Humana no Direito Penal	22
3.2 Princípio da Legalidade	24
3.3 Princípio da Culpabilidade	25
3.4 Princípio da Intervenção Mínima	27
4 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL	30
4.1 Contexto da Sociedade Pós-Moderna	31
4.2 Fenômenos Expansivos	33
4.2.1 Da globalização	33
4.2.2 Da institucionalização da insegurança	34
4.2.3 Descrédito de outras instâncias de proteção	35
4.3 Nova Criminalidade	36
4.3.1 Crime organizado	37
4.3.2 Crimes do colarinho branco	40
4.3.3 Cibercrimes	49
4.4 Características da Expansão	52
5 DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO ÚLTIMA CONSEQUÊNCIA DA EXPANSÃO	54
5.1 Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Cidadão	56
5.2 Velocidades do Direito Penal	57
5.3 Reflexos no Direito Penal Brasileiro	58
5.4 Legitimidade da Expansão ou Modernização do Direito Penal	61
6 CONCLUSÃO	67
BIBLIOGRAFIA	69

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscou analisar as causas da expansão do Direito Penal, bem como suas consequências e legitimidade perante o Estado Democrático de Direito. Assim como a sociedade evoluiu e modernizou-se, principalmente em razão dos avanços tecnológicos provocados pela Revolução Industrial e Tecnológica, a criminalidade, por sua vez, também evoluiu e se organizou.

A par disso, o Direito Penal, reflexo do estágio da sociedade, também se expandiu antecipando a tutela penal, endurecendo as penas, relativizando garantias fundamentais, surgindo normas típicas do Direito Penal do Inimigo como última consequência dessa expansão.

Denominado por expansão do Direito Penal, o fenômeno do surgimento de novos tipos penais no ordenamento jurídico, tanto de forma quantitativa (novos tipos penais e agravação das penas), como qualitativo (reinterpretação de garantias típicas do Direito Penal Clássico e flexibilização de regras de imputação).

O primeiro capítulo percorreu momentos históricos do Direito Penal, desde os tempos primitivos, avançando pelo Direito Penal dos Povos e no período humanitário, passando pelas escolas penais até chegar na história do Direito Penal brasileiro, em seu período colonial, imperial e republicano.

O segundo capítulo foi dedicado ao estudo dos mais relevantes princípios constitucionais penais, os quais norteiam e fundamentam toda a estrutura do Direito Penal, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da legalidade, o da culpabilidade e o da intervenção mínima.

No terceiro capítulo aprofundou-se o estudo das causas da expansão penal, partindo-se do contexto da sociedade pós-industrial, os fenômenos expansivos como a institucionalização da insegurança, a globalização, o descrédito de outras instâncias de proteção e o surgimento da nova criminalidade.

O último capítulo abordou o Direito Penal do Inimigo como última consequência da expansão penal, os seus reflexos do Direito Penal brasileiro e por fim sua legitimidade ou não com os fundamentos e objetos do Estado Democrático de Direito, utilizando como critério o postulado da proporcionalidade.

O método utilizado na pesquisa foi o dialético, com análise documental e bibliográfica sobre o expansionismo do Direito Penal, comparando-o com o Estado Democrático de Direito e os direitos e garantias individuais. A pesquisa se baseou

em análise de material já publicado, como livros e textos, utilizando-se da contribuição fornecida por diversos autores sobre o tema. O objetivo central da pesquisa foi explicar os fatores determinantes para a ocorrência desse fenômeno expansionista do Direito Penal na sociedade atual e o papel do direito no Estado Democrático de Direito.

2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

A análise da evolução histórico-penal é fundamental para compreender o Direito Penal Contemporâneo. A história da humanidade está vinculada ao Direito Penal, pois desde o princípio os Homens praticavam crimes, por sua própria natureza primitiva, sendo necessário estabelecer quais seriam as condutas proibidas e por consequência, quais seriam as sanções.

Segundo Daher (2012, p. 21), o Direito Penal foi o primeiro direito a surgir e sua história se revela como sendo a história da humanidade, que “acompanha o homem através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou”.

Os pesquisadores subdividem a história do Direito Penal em algumas fases, as quais serão analisadas de forma abreviadas.

2.1 Período de Vingança

O Período de Vingança teve seu início nos tempos primitivos, de onde não foram constatadas evidências de um sistema orgânico de princípios gerais, fazendo com que o entendimento sobre a aplicação da pena advinha somente da vingança.

Para Nascimento e Carvalho (2015, p.13):

A sociedade primitiva foi marcada por uma história composta por práticas reiteradas, tradições, superstições, que se tornaram base para as normas iniciais. Uma época onde não se conhecia a invenção da escrita e uma casta ou aristocracia, que possuía o poder judicial, era responsável por conservar os costumes da tribo.

Conforme Daher (2012, p. 21) neste período é possível reconhecer, pelo menos três fases da vingança penal, sendo, a Vingança Privada, Vingança Divina e Vingança Pública.

Durante a fase da Vingança Privada, de acordo com Daher (2012, p. 21) as agressões não eram realizadas conforme as ofensas, podendo a agressão “ser de indivíduo contra indivíduo, e também contra todo o grupo do ofensor, sem intervenção ou auxílio dos estranhos”.

Se o transgressor fosse membro da tribo, poderia ser expulso e ficava a mercê dos outros grupos, o que acabaria resultando em morte. Já, se o delito fosse cometido por alguém de uma outra tribo, a vingança era de sangue, sendo obrigação sagra e religiosa.

Afim de preservar as tribos das extinções surgiu a lei de Talião que “serviria como instrumento moderador da pena”, pois demarcava limites para que a vingança passasse a transformar em uma pena proporcional ao mal que o ofensor causou ao ofendido “(*sangue por sangue, olho por olho, dente por dente*)” (DAHER, 2012, p. 22).

Segundo Mirabete (2012) apud Nascimento e Carvalho (2015, p. 10) A fase da Vingança Divina era motivada pela religião, de tal maneira que, existiam punições por ofensas praticadas aos deuses, a contar das sociedades primitivas, sendo que, “o castigo, ou oferenda, por delegação divina era aplicado pelos sacerdotes que infligiam penas severas, cruéis e desumanas, visando especialmente à intimidação”.

Já na fase da Vingança Pública, conforme Nascimento e Carvalho (2015) o que preponderava era arbítrio do soberano, que objetivava a segurança do próprio. Durante esse período a pena se tornou pública, sendo o Estado o detentor do poder de punir; conjuntamente ocorreu a substituição, quase que total, da pena de morte pelo exílio.

2.2. Direito Penal dos Povos

O Direito Penal dos Povos igualmente conhecido como Direito Medieval percorre sobre a organização jurídica dos povos romanos, germânicos e canônicos.

Nesse período, vigorou o Direito Penal comum, constituído pelo Direito Romano, Direito Canônico e Direito Germânico, não esquecendo da grande influência da religião sobre as questões temporais, principalmente sobre a justiça criminal; do Cristianismo na legislação penal, onde foi extensa e importante. (DAHER, 2012, p. 28)

Os povos romanos que vivenciaram os períodos de vingança colaboraram decisivamente, segundo Nascimento e Carvalho (2015), por meio da sua organização jurídica, na evolução do Direito Penal, através da criação dos

princípios penais do erro, da culpa, do dolo, da imputabilidade, da coação irresistível, dos agravantes, dos atenuantes, da legítima defesa, entre outros.

Roma foi o marco do direito moderno, principalmente do direito civil. Embora sua evolução não fosse tão grande no direito penal, é certo que deixou alguns institutos importantes nessa área. Principal característica: a pena tinha um caráter retributivo. Já existia o dolo e a culpa e as agravantes e atenuantes. Existia o reconhecimento de modo ainda excepcional das causas de justificação (como a legítima defesa). Instituiu-se a diferença entre autoria e participação. Ao final, a pena de morte é abolida, substituída pelo exílio e pela deportação. (ISHIDA, 2010 apud NASCIMENTO E CARVALHO 2015, p. 17).

Os povos germânicos, formados por uma pluralidade de povos, foram denominados pelos romanos como bárbaros, denominação esta que se deu devida a invasão dos germânicos nos territórios da Europa medieval e na antiga organização política romana. As principais características dos povos germânicos eram a dependência da utilização da terra, a carência da habilidade da escrita e a ausência de organizações territoriais ou políticas. “Seu principal elemento de organização social eram as famílias, baseadas na autoridade do pai”. (CASTRO, 2003 apud MADEIRA, 2011, p. 4).

Em relação ao direito, ocorreu um absorvimento, por parte dos povos germânicos, do direito romano, através dos valores e instituições romanas:

A atitude espiritual desses povos (germânicos) não conhecia qualquer repulsa íntima pelas respeitáveis e brilhantes tradições, que eles tinham encontrado; adotaram a escrita latina, a civilização material, a língua romana, os restos da cultura tardo-clássica e, finalmente a crença católica em vez da ariana.

Quanto ao direito, conservaram o seu durante mais tempo, na medida em que ele ainda era determinado pelo modo de vida das comunidades pessoais e pelo seu próprio ethos e não pelo resultado de novas relações econômicas ou de poder; para isto contribui também a concepção germânica de que o direito não é um comando arbitrário, mas uma tradição de vida inatacável. (WIEACKER, 1967 apud MADEIRA, 2011, p. 5)

Segundo Daher (2012, p. 28), os povos canônicos, também tiveram uma participação relevante na evolução do Direito Penal, além de proclamar a igualdade entre os homens, o Direito Canônico, “procurou introduzir as penas privativas da liberdade, substituindo as penas patrimoniais, para possibilitar a emenda e o arrependimento do réu”. Mantendo a exclusividade do exercício do Direito Penal em defesa da religião e do Estado.

O Corpus Iuris Canonici, principal legislação do direito canônico, permaneceu em vigor até 1917, tendo sido composto de cinco partes, redigidas dos séculos XII ao XV: Decreto de Graciano, Decretas de Gregório IX, Livro Sexto, as Clementinae, Extravagantes de João XXII, Extravagantes Comuns (GILISSEN, 203 apud MADEIRA, 2011, p.8).

Wieacker (1967), conforme citado por Madeira (2011, p. 8) explana a respeito da organização do direito canônico:

Ao contrário do que acontece com o direito profano, a ordem jurídica da Igreja baseava-se, já na Alta Idade Média, numa tradição salvaguardada pelo uso da escrita, da redação documental e pela escola. As bases desta tradição eram as fontes escritas e os atos de aplicação do direito da Igreja desde o seu início: a Sagrada Escritura e os padres da Igreja; as decisões dos concílios e dos sínodos; os cânones e as decretais dos papas; por fim as leis imperiais e os capitulares relativos à igreja imperial franca.

Em consonância com a ciência jurídica profana do seu tempo também a canonística não era, em primeira linha, o resultado de atos de criação do direito por parte da Igreja, mas antes de um trabalho científico de recolha, certificação e elaboração intelectual de uma tradição já encontrada. A elaboração científica das fontes jurídicas da Igreja não se distinguia das outras disciplinas teológicas (como a teologia moral e a dogmática) a ponto de, neste momento, se poder falar de uma ciência jurídica canônica autônoma.

O canonista típico, que agora se formava a par do legista, encontra-se na sua atitude intelectual, mais perto do jurista do que do teólogo; ele corporiza a segunda camada intelectual dos juristas da alta idade Média.

“Todo o direito baseado em cânones fez surgir, como mencionado, uma camada de juristas que fez carreira por seu conhecimento e não mais pelas relações pessoais” (LOPES, 2003 apud MADEIRA, 2011, p. 8).

O Direito Canônico sintetizou o Direito Romano e Germânico, com a solidificação do poder da Igreja Católica Apostólica Romana.

2.3 Período Humanitário

Na análise dos aspectos gerais mais importantes da evolução histórica do direito, merece destaque o Século XVIII, designado como século das luzes.

Segundo Prado (2008) citado por Nascimento e Carvalho (2015, p. 16), a reação revolucionária iluminista fez surgir o período humanitário através da utilização da razão em todas as áreas da experiência humana, promovendo o progresso da vida em todos os sentidos.

Consoante o disposto de Daher (2012, p. 29) o período humanitário:

Teve seu início no decorrer do Iluminismo, tempo marcado pela atuação de pensadores que contestavam os ideais absolutistas. Então, o período humanitário surge como reação a arbitrariedade da administração da justiça penal e contra o caráter através das penas.

Prosseguindo com o autor, o iluminismo:

Surgiu no final do século XVIII, responsável pela reforma nas leis. O iluminismo equivale à emancipação do homem à autoridade, aos preconceitos, tradições e convencionalismo. Um sistema de ideias que deu origem ao liberalismo burguês, ganhando destaque através do movimento cultural desse período. A reforma do ensino era defendida pelos pensadores iluministas, que criticavam duramente a intervenção do Estado na economia e zombavam a Igreja e os poderosos. (DAHER, 2012, p. 29)

Em concordância com Bitencourt (2011), merece destaque a importante participação dos filósofos franceses, como Montesquieu, Voltaire, Rousseau, entre outros, que, durante o período humanitário, propugnavam a situação dominante na defesa veemente da liberdade, igualdade e justiça, no campo político-criminal.

Beccaria tinha uma concepção utilitarista da pena. Procurava um exemplo para o futuro, mas não uma vingança pelo passado, celebrizando a máxima de que “é melhor prevenir delitos que castigá-los”. Não se subordinava à ideia do útil ao justo, mas, ao contrário, subordinava-se à ideia do justo ao útil. Defendia a proporcionalidade da pena e a sua humanização. O objetivo preventivo geral, segundo Beccaria, não precisava ser obtido através do terror, como tradicionalmente se fazia, mas com a eficácia e certeza da punição. Nunca admitiu a vingança como fundamento do *ius puniendi*. (BITENCOURT, 2011, p.162)

John Howard foi nomeado como xerife e como alcaide:

A nomeação de John Howard (Londres, 1725-1790) como sheriff de Bedfordshire, e posteriormente como alcaide do referido condado inglês (1773), motivou a sua preocupação pelos problemas penitenciários. Foi Howard quem inspirou uma corrente penitenciarista preocupada em construir estabelecimentos apropriados para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Suas ideias tiveram uma importância extraordinária, considerando-se o conceito predominantemente vindicativo e retributivo que se tinha, em seu tempo, sobre a pena e seu fundamento. Howard teve especial importância no longo processo de humanização e racionalização das penas. (BITENCOURT, 2011, p. 163)

Por sua vez Bentham se tornou um dos pioneiros a manifestar suas ideias:

Jeremias Bentham (Londres, 1748-1832) foi um dos primeiros autores a expor com meditada ordem sistemática as suas ideias. A sua contribuição no campo da Penologia mantém-se vigente ainda em nossos dias. Não faz muitas recomendações positivas, mas as suas sugestões ou críticas são corretas no que se refere à prática dos castigos absurdos e desumanos. Sempre procurou um sistema de controle social, um método de controle de comportamento humano de acordo com um princípio ético. Esse princípio é proporcionado pelo utilitarismo, que se traduzia na procura da felicidade para a maioria ou simplesmente da felicidade maior. Um ato possui utilidade se visa a produzir benefício, vantagem, prazer, bem-estar, e se serve para prevenir a dor. (BITENCOURT, 2011, p. 165)

O período humanitário, influenciado com os filósofos iluministas que contestavam os ideais absolutistas, contribuiu para a humanização do Direito Penal.

2.4 Escolas Penais

Nos tempos modernos surgiram diferentes correntes jurídico-filosóficas que foram denominadas de “Escolas Penais”.

Como exposto por Graça (2007, p. 02) as escolas penais foram frutos:

(...) de uma reação humanitária, decorrente do iluminismo durante o século XVII, o chamado Século das Luzes, tendo o seu apogeu com a Revolução Francesa. Foram formadas diversas correntes de pensamentos criticando os excessos imperantes na legislação penal vigente. Essas críticas, tinham por objetivo diminuir a crueldade que era imposta aos condenados, propondo a individualização da pena e a sua equivalência ou proporcionalidade entre a pena e o delito praticado. Estas correntes de pensamento organizadas de maneira sistemática ficaram conhecidas por Escolas Penais.

Antes da abordagem sobre as principais contribuições da Escola Clássica ao processo de evolução histórica do Direito Penal é importante destacar o que referência Bitencourt, (2011, p. 195):

Não houve uma Escola Clássica propriamente, entendida como um corpo de doutrina comum, relativamente ao direito de punir e aos problemas fundamentais apresentados pelo crime e pela sanção penal. Com efeito, é praticamente impossível reunir os diversos juristas, representantes dessa corrente, que pudessem apresentar um conteúdo homogêneo. Na verdade, a denominação Escola Clássica não surgiu, como era de esperar, da identificação de uma linha de pensamento comum entre os adeptos do positivismo jurídico, mas foi dada, com conotação pejorativa, por aqueles positivistas que negaram o caráter científico das valorações jurídicas do delito.

Para Baratta, (2011) apud Guimarães (2013, p. 3) a Escola Clássica que possuía Cesare Beccaria, como principal expositor,

Apresentam o crime como uma realidade ontológica pré-constituída, evidenciada por escolhas internas dos infratores no exercício do seu livre arbítrio, ou seja, as pessoas praticam condutas criminosas a partir de suas próprias escolhas conscientes, desvinculadas de patologias individuais. Desse modo, as políticas criminais estavam voltadas para o desestímulo da prática de condutas criminosas pelos indivíduos durante o exercício de suas liberdades e a obediência às normas jurídicas. A Escola Clássica contribuiu de forma decisiva para um processo de humanização das penas e na contenção do poder punitivo arbitrário do Estado.

O histórico Código Zanardelli, de 1889, adotou as ideias fundamentais da Escola Clássica, constituindo-se num verdadeiro marco de “típica expressão de uma concepção liberal moderna que reconhecia a livre realização dos direitos individuais, mas sabia também tutelar a autoridade do Estado”. Receberam as mesmas influências os Códigos Penais da Áustria (1852); da Bélgica (1867); da Hungria (1871); da Suécia (1864) e de Portugal (1886). (BITENCOURT, 2011, p. 165).

A Escola Positiva, como descrito por Bitencourt (2011, p. 205), surgiu no século XIX, no período onde predominava o pensamento positivista, do mesmo modo que nasciam os estudos biológicos e sociológicos:

A Escola Positiva surgiu no contexto de um acelerado desenvolvimento das ciências sociais (Antropologia, Psiquiatria, Psicologia, Sociologia, Estatística etc.). Esse fato determinou de forma significativa uma nova orientação nos estudos criminológicos. Ao abstrato individualismo da Escola Clássica, a Escola Positiva opôs a necessidade de defender mais enfaticamente o corpo social contra a ação do delinquente, priorizando os interesses sociais em relação aos individuais. Por isso, a ressocialização do delinquente passa a um segundo plano. A aplicação da pena passou a ser concebida como uma reação natural do organismo social contra a atividade anormal dos seus componentes

Afirmam Baratta, (2011); Andrade, (2003) apud Guimarães (2013, p.3) que a Escola Positiva possuía como fundamentais idealizadores Cesare Lombroso, Raffaele Garofalo e Enrico Ferri e defendia que:

A criminalidade é uma realidade patológica presente nos indivíduos e a criminalidade seria causada por fatores biológicos, psicológicos ou sociais. Período que ficou marcado por estudos causais-explicativos do delinquente e do delito sob um enfoque eminentemente biológico. A função da pena

cominada pelo Estado era tratar o indivíduo patológico para que ele não voltasse a delinquir.

Como descrito por Graça (2007) a escola positivista aplicava a pena somente com o fim de retirar o delinquente do convívio social em meio ao resto da sociedade pela maior quantidade de tempo possível, sem pensar na forma que este criminoso iria retornar para a sociedade. Deixando a ressocialização do delinquente para um segundo plano.

O surgimento da escola Técnico-Jurídica, como caracteriza Graça (2007), ocorreu em meio ao desalinhamento metodológico resultante da “preocupação com os aspectos antropológicos e sociológicos do crime, em prejuízo do jurídico”, defronte da utilização das ciências naturais, pela Escola Positiva, nos estudos jurídico-penal.

Nos dizeres de Bitencourt (2012, p. 221):

Arturo Rocco profere na Itália, em 1905, sua célebre aula magna, na Universidade de Sassari, abordando o problema do método no estudo do Direito Penal, a qual continha as linhas gerais do que, por sugestão do próprio Rocco, passou a chamar-se Escola Técnico-Jurídica. E essa nova orientação caracteriza muito mais uma corrente de renovação metodológica do que propriamente uma escola, na medida em que procurou restaurar o critério propriamente jurídico da ciência do Direito Penal, cujo maior mérito foi apontar o verdadeiro objeto do Direito Penal, qual seja, o crime, como fenômeno jurídico.

Como exemplifica Bitencourt (2011, p. 222), os principais defensores da Escola Técnico-Jurídica, Rocco, Manzini, Massari, Delitala, Vannini e Conti, apontaram como características primordiais da Escola Técnico-Jurídica:

a) o delito é pura relação jurídica, de conteúdo individual e social; b) a pena constitui uma reação e uma consequência do crime (tutela jurídica), com função preventiva geral e especial, aplicável aos imputáveis; c) a medida de segurança — preventiva — deve ser aplicável aos inimputáveis; d) responsabilidade moral (vontade livre); e) método técnico-jurídico; e f) recusa o emprego da filosofia no campo penal.

Ainda prossegue o mesmo autor, dizendo:

No entanto, o tecnicismo jurídico iniciou-se na Alemanha, com os estudos do extraordinário Karl Binding, que, com sua vastíssima obra, deu sentido próprio à Ciência do Direito Penal moderno. A partir de Binding, falecido em 1920, a doutrina alemã começa a desenvolver os estudos de dogmática jurídico-penal de forma insuperável, chegando até nossos dias como, indiscutivelmente, a mais evoluída (BITENCOURT 2011, p. 222).

O Direito Penal é aquele expresso na lei, um ramo autônomo e independente das outras ciências, devendo o aplicador do direito observar apenas o conteúdo da lei.

2.5 História do Direito Penal Brasileiro

O Direito Penal Brasileiro foi moldado pelo Direito português. Contudo, ressalta-se que antes do descobrimento do Brasil, já havia um direito penal não positivado e sim consuetudinário, qual seja, o Direito Penal Indígena, com normas que impunham sanções. Mas o Direito Penal Indígena não influenciou o Direito Penal Brasileiro em nada.

Em acordo aos estudos de Bitencourt (2011) a abordagem sobre a história do Direito Penal Brasileiro será resumida em três fases principais: Período Colonial, Código Criminal do Império e Período Republicano.

Durante o período colonial, ou seja, Brasil Colônia:

O primeiro diploma adotado no ordenamento jurídico brasileiro, foram as chamadas “Ordenações Afonsinas”, conjunto de leis da época de Afonso V, que em 1512, na vigência do reinado de D. Manuel I, foram substituídas pelas “Ordenações Manuelinas”, que por sua vez vigoraram até 1.569, quando se viram substituídas por D. Sebastião, que assumira seu reinado, optando pela “Compilação de Duarte Nunes de Leão”. Tal diploma durou até 1.603, quando se viram substituídas pelo Livro V das Ordenações do Rei Felipe II, que é considerado o primeiro “Código Penal” adotado em nosso país. Fundamentado em preceitos religiosos, nele o crime confundia-se com o pecado e com a ofensa moral. As penas eram cruéis, desproporcionais e severas (pena de morte, açoite e amputação dos membros, queimaduras etc.), e não se adotava o Princípio da Legalidade no que se refere às sanções criminais. (DAHER, 2012, p. 35, 36).

De acordo com Fragoso (1987), apud Garrutti e Oliveira (2012), a tentativa com maior notoriedade de alterar a legislação que impetrava no período colonial teve a autoria de “Pascoal José de Melo Freire dos Reis, professor da Universidade de Coimbra, inspirado no pensamento dos enciclopedistas”. Que devido ao receio de se tornar uma das vítimas da Revolução Francesa, nunca teve uma das suas proposições convertidas em lei.

Como afirma Bitencourt (2011, p. 174), o período Imperial foi marcado pela criação do Código Criminal do Império:

A Constituição brasileira de 1824 determinou a urgente e imperiosa necessidade de elaboração de “um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade” (art. 179, XVIII). Em 1827, Bernardo Pereira de Vasconcellos e José Clemente Pereira apresentaram, individualmente, um projeto de código criminal, ambos de excelente qualidade. Preferiu-se, no entanto, o de Bernardo Pereira de Vasconcellos “por ser aquele que, mais amplo ao desenvolvimento das máximas jurídicas e equitativas, e por mais munido na divisão das penas, cuja prudente variedade muito concorria para a bem regulada distribuição delas, poderia mais facilmente levar-se a possível perfeição com menor número de retoques acrescentados àqueles que já a comissão lhe dera, de acordo com seu ilustre autor”. Em 1830, o imperador D. Pedro I sancionou o Código Criminal, primeiro código autônomo da América Latina.

Segundo Daher (2012, p. 36) mesmo com a propensão liberal, por meio da individualização da pena, conteúdo atenuante e agravante como também o julgamento especial para menores de 14 anos, simultaneamente existia a previsão da pena de morte, “para coibir a prática de crimes pelos escravos. Ainda com a edição da Lei Áurea, este diploma ainda vigorava quando foi proclamada a república no Brasil”.

No período republicano, nos dizeres de Garrutti e Oliveira, (2012, p. 23) instaurou-se, com a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889:

Uma nova ordem política e o governo provisório substituiu a legislação penal editada durante o império, até então, vigente. Em virtude da abolição da escravatura houve a necessidade de reforma na legislação penal. No último ano da república, foi incumbido de elaborar um projeto de reforma penal o Conselheiro João Batista Pereira.

O novo Código Penal foi aprovado pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Tecnicamente confuso, seus defeitos foram destacados imediatamente pelos doutrinadores e chegou a ser cunhado pelo jurista João Monteiro, como sendo o pior de todos os códigos conhecidos. O Código teve acentuada influência da chamada Escola Clássica do Direito Penal, quando, à época em que foi publicada, as ideias mais avançadas correspondiam às defendidas pela Escola Positiva, sucessora e opositora da Escola Clássica. Assim, fica claro que o Direito Penal positivo regrediu, pois o código foi concebido tendo como pano de fundo, as ideias que vinham sendo condenadas e combatidas há tempos, adotando conceitos e fundamentos considerados ultrapassados.

Na visão de Bitencourt (2011, p. 175), devido as incontroversas, incorreções e deficiências do Código Penal Republicano foi preciso transforma-lo em uma “verdadeira colcha de retalhos, tamanha a quantidade de leis extravagantes que, finalmente, se concentraram na conhecida Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe, promulgada em 1932”.

Continuando com o autor, durante todo o período de vigência do “péssimo código (1890-1932)” surgiram vários projetos com a pretensão de substituí-lo:

João Vieira de Araújo apresentou o primeiro em 1893, sem êxito. Em 1913, foi Galdino Siqueira, um dos maiores penalistas brasileiros de todos os tempos, que elaborou o seu projeto, que nem chegou a ser apreciado pelo Parlamento. Em 1928, Virgílio de Sá Pereira publicou o seu projeto completo de código penal, que também não obteve êxito. Finalmente, durante o Estado Novo, em 1937, Alcântara Machado apresentou um projeto de código criminal brasileiro, que, apreciado por uma Comissão Revisora, acabou sendo sancionado, por decreto de 1940, como Código Penal, passando a vigorar desde 1942 até os dias atuais, embora parcialmente reformado. (BITENCOURT, 2011, p. 176-177).

Para Bitencourt (2011, p. 177) em meio as diversas leis que alteram o Código Penal Brasileiro, duas leis merecem destaque particular: “a Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, que procurou atualizar as sanções penais, e a Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, que instituiu uma nova parte geral, com nítida influência finalista”.

O conhecido Projeto Nélon Hungria, de 1963, que pretendia substituir o Código Penal de 1940, devidamente revisado, foi promulgado pelo Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, retificado pela Lei n. 6.016/73. O Código Penal de 1969, como ficou conhecido, teve sua vigência sucessivamente postergada, até final revogação pela Lei n. 6.578/78, constituindo o exemplo tragicômico da mais longa vacatio legis de que se tem notícias

Dessa forma, o Código Penal vigente possui uma parte geral (artigos 1º a 120), que se refere a 1984, e uma parte especial (artigos 121 a 361), que se refere a 1940 com alterações.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Todos os ramos do direito são norteados por princípios fundamentais do próprio Estado Democrático de Direito. A par disso, a Constituição Federal de 1988 elencou, de forma expressa e por vezes de forma implícita, alguns dos princípios essenciais do Direito Penal.

Na antiguidade, os princípios eram fontes do direito natural. Contudo, atualmente, os princípios representam os valores fundamentais do ordenamento jurídico, são dotados de alta carga valorativa, mas com força normativa.

Muitos dos princípios que atualmente integram os Códigos Penais dos países democráticos, que receberam o assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão, foram tidos, durante período do Estado Absolutista, como princípios limitadores da intervenção estatal nas liberdades individuais.

Hoje poderíamos chamar de princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito. Todos esses princípios são garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo novo texto constitucional de 1988. (BITENCOURT, 2011 p. 87)

Os princípios constitucionais, especialmente os penais, são os alicerces que fundamentam o ordenamento jurídico penal.

3.1 Dignidade da Pessoa Humana no Direito Penal

Nos termos do inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, de modo que o Estado e o particular têm o dever de proteger, respeitar e promover os meios necessários a uma existência digna.

A dignidade da pessoa humana é um atributo que todo ser humano possui independentemente de qualquer condição. Constitui o núcleo em torno do qual gravitam todos os direitos fundamentais e a base do Estado Democrático e Social de Direito.

Hans Kelsen reconhece o princípio da dignidade da pessoa humana como uma norma hipotética fundamental, nesse sentido ressalta Antônio Carlos da Ponte (2008, p. 66):

Trabalhando com a ideia de sistema jurídico fechado, propugnada por Hans Kelsen, o princípio da dignidade da pessoa humana seria, como já adiantado, a norma hipotética fundamental - ápice da pirâmide -, sob a qual encontrar-se-ia a Constituição Federal, alicerçada em uma série de outros princípios. Abaixo, estariam as leis complementares, delegadas, ordinárias, os decretos, as portarias, etc. Na base da pirâmide, encontraríamos os conflitos envolvendo relações individuais e coletivas.

Para Sarlet (2006, p. 62), dignidade possui o seguinte significado:

Qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Embora o princípio da dignidade da pessoa humana não seja um princípio de origem no direito penal, ele tem sua base no direito constitucional e erradia em todos os ramos do direito e os fundamentam.

No direito penal, o princípio da dignidade da pessoa humana está presente no inciso III, do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe sobre a humanidade das penas, ao estabelecer que ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante.

Segundo Nucci (2006, p. 48) o princípio da humanidade

Significa que o direito penal deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, incluindo-se o dos condenados. Estes não devem ser excluídos da sociedade, somente porque infringiram a norma penal, tratados como se não fossem seres humanos, mas animais ou coisas. Por isso estipula a constituição que não haverá penas: a) de morte (exceção feita à época de guerra declarada, conforme previsão do código Penal Militar); b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis (art. 5º, XLVII), bem como que deverá ser assegurado o respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX).

Dessa forma, o legislador ao fixar penas, deve respeitar os preceitos constitucionais, para que não haja aplicação de pena excessiva, nem imposição de

pena vexatória, humilhante ou degradante, respeitando-se a dignidade da pessoa humana do acusado, valor central de todo ordenamento jurídico.

3.2 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera de liberdades individuais.

Segundo Junior (2016, p. 84), o princípio da legalidade “assegura a prerrogativa de repelir as injunções que possam ser impostas por outra via que não seja a lei”.

Por meio do princípio da legalidade expresso na Constituição Federal de 1988, é assegurado a todos a garantia de que não existe obrigação de fazer ou não fazer que não seja por meio da lei.

Art. 5º 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 seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Além da Constituição Federal, o referido princípio também está previsto no artigo 9º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, nos artigos 22 e 23 do Estatuto de Roma e no artigo 1º, do Código Penal.

Damásio de Jesus (2003, p. 61-62) se manifesta quanto ao princípio em discussão, do seguinte modo:

O Princípio da Legalidade (ou de reserva legal) tem significado político, no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do homem. Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. À lei e somente a ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima. Esta é a condição de segurança e liberdade individual. Não haveria, com efeito, segurança ou liberdade se a lei atingisse, para os punir, condutas lícitas quando praticadas, e se os juízes pudessem punir os fatos ainda não incriminados pelo legislado.

Como descrito por Bitencourt (2011, p. 89):

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.

Para Pinto Junior (2016, p. 85) o princípio da legalidade não possui força suficiente que garanta a interferência legítima a serventia e desfrute dos direitos por meio da exigência de prévia lei pública. “Essa interferência, para atender os princípios garantidores que regem o direito, deverá obedecer ao devido processo legal substancial”.

Na Constituição estão representados os direitos reciprocamente reconhecidos e os procedimentos eleitos para justificar a intervenção na esfera privada por imposição pública. Assim é que a função do Direito de estabilizar expectativas de comportamento somente acontece mediante o devido o processo legal substancia (ROSA, 2013 apud PINTO JUNIOR, 2016, p. 85)

De acordo com a doutrina moderna, o princípio da legalidade se desdobra em três postulados: da reserva legal; da taxatividade e da anterioridade.

Pelo princípio da reserve legal somente a lei, em sentido estrito, pode definir crimes e cominar penas. Já a taxatividade exige descrição detalhada da conduta criminoso, vedando-se a analogia *in malam partem*. Pela anterioridade, aplica-se a lei em vigor na data da prática do fato, ou seja, a lei deve ser anterior ao fato.

De fato, o princípio da legalidade é a maior garantia do cidadão contra a ingerência arbitrária do Estado.

3.3 Princípio da Culpabilidade

Um dos princípios consagrados na Constituição Federal é o da responsabilidade penal subjetiva, não se admitindo a responsabilidade na seara criminal de forma objetiva, ou seja, aquela que independe de dolo ou culpa do agente.

Prado (2007) apud Pinto Junior (2016, p. 42) apresenta o conceito de culpabilidade, com os seguintes dizeres:

A culpabilidade é a reprovabilidade pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e ilícita. Assim, não há culpabilidade sem tipicidade e ilicitude, embora possa existir ação típica e ilícita inculpável. Devem ser levados em consideração, além de todos os elementos objetivos e subjetivos da conduta típica e ilícita realizada, também, suas circunstâncias e aspectos relativos à autoria.

Para Bitencourt (2011, p. 115):

Segundo o princípio de culpabilidade, em sua configuração mais elementar, “não há crime sem culpabilidade”. No entanto, o Direito Penal primitivo caracterizou-se pela responsabilidade objetiva, isto é, pela simples produção do resultado. Porém, essa forma de responsabilidade objetiva está praticamente erradicada do Direito Penal contemporâneo, vigindo o princípio *nullum crimen sine culpa*.

Seguindo com o autor, o princípio da culpabilidade corresponde a três sentidos sobre o seu conceito. O primeiro sentido refere a culpabilidade na forma de atribuição de responsabilidade, ou seja, um juízo de valor sobre a prática de um fato típico e antijurídico a uma pessoa, para que possa ser aplicada ou não a pena. Desta forma, é preciso que se apresentem os requisitos de capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta, sendo que a inexistência de qualquer desses requisitos é capaz de impedir a aplicação de uma sanção penal. O segundo sentido, conceitua a culpabilidade como componente na determinação ou mediação da pena, limitando a aplicação da pena, conforme a gravidade do injusto. Sendo assim, a culpabilidade busca limitar de forma proporcional a aplicação da pena à gravidade do fato. Por fim, o terceiro sentido, que aborda a culpabilidade de forma contrária ao conceito de responsabilidade objetiva. Desta maneira, ocorre o impedimento, por meio do princípio de culpabilidade, a atribuição da responsabilidade penal objetiva. Fazendo com que nenhuma pessoa responda por algo imprevisível ser tem, pelo menos, agido com dolo ou culpa.

Bitencourt (2011, p. 117) também afirma que, derivam consequências importantes do dado momento da adoção do princípio de culpabilidade em seus três sentidos:

a) inadmissibilidade da responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) somente cabe atribuir responsabilidade penal pela prática de um fato típico e antijurídico, sobre o qual recai o juízo de culpabilidade, de modo que a responsabilidade é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena. Com essa configuração, não cabe a menor dúvida de que o princípio de culpabilidade representa uma garantia fundamental dentro do

processo de atribuição de responsabilidade penal, repercutindo diretamente na composição da culpabilidade enquanto categoria dogmática.

O princípio da culpabilidade não está previsto expressamente na Constituição Federal, decorre do corolário da dignidade da pessoa humana, que afasta a responsabilidade penal objetiva.

3.4 Princípio da Intervenção Mínima

Apesar do princípio da intervenção mínima não se encontrar expresso na Constituição Federal, da mesma forma que o princípio da legalidade este também é caracterizado como um princípio limitador do poder do Estado em punir, tornando-se uma forma de conter possíveis arbítrios do Estado.

Desta forma afirma Bitencourt (2011, p. 95):

O princípio da legalidade impõe limites ao arbítrio judicial, mas não impede que o Estado — observada a reserva legal — crie tipos penais iníquos e comine sanções cruéis e degradantes. Por isso, impõe-se a necessidade de limitar ou, se possível, eliminar o arbítrio do legislador no que diz respeito ao conteúdo das normas penais incriminadoras.

Continuando com o autor, também denominado de princípio da *ultima ratio*, o princípio da intervenção mínima, baliza e delimita “o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes”. Desta forma, caso outros meios existentes de sanção ou controle social se atenderem de forma suficiente a defesa desse bem, a criminalização torna-se não recomendável e caracterizada como inadequada.

Por fim, também merece destaque o princípio da fragmentariedade, que decorrente do princípio da intervenção mínima e da reserva legal, partindo do entendimento de Cavalcante (2005) apud Bitencourt (2011, p. 100):

O significado do princípio constitucional da intervenção mínima ressalta o caráter fragmentário do Direito Penal. Ora, este ramo da ciência jurídica protege tão somente valores imprescindíveis para a sociedade. Não se pode utilizar o Direito Penal como instrumento de tutela de todos os bens jurídicos. E neste âmbito, surge a necessidade de se encontrar limites ao legislador penal. Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu

caráter fragmentário, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica. Isso, segundo Régis Prado, “é o que se denomina caráter fragmentário do Direito Penal. Faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa.

Nesse sentido, leciona Luiz Luisi (2003, p. 40):

Do princípio em análise decorre o caráter fragmentário do direito penal, bem como sua natureza subsidiária. O direito penal, - como já notara Binding, - não encerra um sistema exaustivo de proteção e bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes de necessidade de criminalizá-los, por ser este o meio indispensável de tutela jurídica. Tem se entendido, ainda, que o direito penal deve ser a ratio extrema, um remédio último, cuja presença só se legitima quando os demais ramos do direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade. O direito penal, pois, teria uma fisionomia subsidiária, e sua intervenção só se justifica no dizer de F. Munhoz Conde, “quando fracassam as demais maneiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito”.

Assim, o Direito Penal somente deve agir quando os outros ramos do Direito forem insuficientes para proteger o bem jurídico tutelado.

Ocorre que, nas últimas décadas, esse princípio nem sempre tem sido respeitado pelo legislador, de modo que as leis penais cresceram desmedidamente, muitas vezes de forma irracional.

Pierangeli e Zaffaroni (2007, p. 75) ressaltam:

Se a intervenção penal é, efetivamente, violenta, e sua intervenção pouco apresenta de racional e resulta mais violenta, o sistema penal nada mais faria que acrescentar violência àquela que, perigosamente, já produz o injusto jushumanista a que continuamente somos submetidos. Por conseguinte, o sistema penal estaria mais acentuando os efeitos gravíssimos que a agressão produz mediante o injusto jushumanista, o que resulta num suicídio.

No mesmo sentido, observando o processo legislativo e a hipertrofia penal, diante da expansão do Direito penal, alerta Silva Sanchez (2002, p. 23)

Não é infrequente que a expansão do Direito penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquilizam a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva). Sem negar que à tal explicação possa atribuir-se alguma razão, creio que seria ingênuo situar as

causas do fenômeno de modo exclusivo na superestrutura jurídico-política, na instância “estatal”.

O Direito Penal, assumiu papel principal na proteção dos direitos do cidadão, atuando como *prima ratio*, em abandono do caráter subsidiário e fragmentário, vislumbrando-se como único meio eficaz de controle social.

Essa inflação legislativa em matéria criminal é uma das características da expansão do Direito Penal, fenômeno que vem acontecendo nas últimas décadas, em razão da complexidade da sociedade pós-moderna e globalizada, marcada pela sensação de insegurança, agravada com a evolução tecnológica e dos meios de comunicação, denominada sociedade de risco.

4 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

O Direito Penal é o reflexo dos valores e princípios de uma sociedade, ele traduz o estágio de evolução em que ela se encontra. Para análise da expansão do direito é necessário compreender a complexidade da sociedade pós-moderna, notadamente com o surgimento de novas demandas.

A Revolução Industrial, os avanços tecnológicos, meios de comunicações instantâneos e a globalização fizeram surgir novos riscos, gerando sensação de insegurança, contribuindo para a hipertrofia legislativa.

Sob outra perspectiva, a moral de um povo também pode ser analisada a luz da legislação vigente, pois quanto mais se precisa da hipertrofia legislativa para condutas como a proteção do meio ambiente, proteção do idoso, da criança e do adolescente e contra violência doméstica e familiar no âmbito das relações doméstica, demonstra falta de virtude de um povo.

A expressão “expansão do direito penal” vem sendo empregada para descrever o fenômeno da transformação ou modernização do Direito Penal hodierno, com a introdução de novos tipos penais e o endurecimento das penas existentes (expansão quantitativa), a relativização das garantias e antecipação punitiva (expansão qualitativa). Para entender essa nova realidade é necessário compreender a complexidade da sociedade atual.

A expansão ou modernização do Direito Penal tem ocorrido no âmbito formal e material. O primeiro, refere-se a expansão quantitativa, ou seja, o Poder Legislativo tem se utilizado cada vez mais do Direito Penal para regular situações que antes eram reguladas por outros ramos do Direito, como Civil ou Administrativo, como também intensificou a tutela penal já existente. Por outro lado, o âmbito material diz respeito a modernização instrumental do direito penal e processual penal para atingir suas finalidades.

Muitos doutrinadores criticam a modernização do Direito Penal apontando que o fenômeno da expansão ofenderia o Princípio da Intervenção Mínima, desdobrado em seu caráter subsidiário e fragmentário, pois o Direito Penal só deveria ser aplicado quando estritamente necessário, quando os outros ramos do direito não conseguirem resolver.

Ocorre que a expansão não contraria os princípios norteadores do Direito Penal, pois levando em consideração a complexidade da sociedade pós-

moderna e da criminalidade atual, a expansão será legítima se respeitados os Postulados da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

Vários fatores contribuíram para que essa mudança fosse acontecendo ao longo dos anos, os quais serão analisados a diante.

4.1 Contexto da Sociedade Pós-Moderna

Inicialmente, vale ressaltar que não há consenso entre os pensadores sobre o estágio atual da sociedade, se moderna ou pós-moderna, também denominada de pós-industrial ou globalizada.

A Revolução Industrial modernizou a sociedade no Século XIX, a produção em grande escala, gerou, como consequência, o consumo em massa. Com as inovações tecnológicas e a complexidade da sociedade surgiram novos riscos, novas demandas, permitindo que normas típicas de um “Direito Penal do Inimigo” se insiram no ordenamento jurídico.

Para Ulrich Beck essa nova sociedade em que vivemos, denominada de “sociedade do risco”, caracteriza-se como “uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial” (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 15). A sociedade se sente ameaçada como nunca sentiu, são ameaças de danos ambientais, catástrofes naturais, acidentes nucleares, guerras, ataques terroristas, crise financeira, crimes cibernéticos.

Para entender a evolução do Direito é necessário compreender o conceito de sociedade complexa, suas características e suas consequências, pois *"ubi societas, ibi jus"* (onde está a sociedade, está o Direito). Alexandre Rocha de Moraes (2010, p. 36-37), aponta as características da atual realidade:

- a) a ineficiência do Estado em executar políticas públicas básicas, o que acentua os índices de criminalidade;
- b) a ineficiência do Estado em fiscalizar e executar adequadamente o sistema penitenciário, o que vem ensejando a mitigação do Direito Penal clássico, com a adoção do Direito de segunda velocidade (mitigação da pena de prisão e adoção de penas alternativas, como substituição ao pesado custo do sistema carcerário e fiscalizador) o que, ademais, vem contribuindo para o aumento da reincidência;
- c) o aumento da sensação subjetiva de insegurança da população, em virtude do avanço tecnológico dos meios de comunicação (hoje, com a

televisão, internet etc., se sabe em São Paulo de um crime de latrocínio ocorrido há alguns minutos no subúrbio do Rio de Janeiro, aumentando a sensação de insegurança coletiva). Isso tudo agravado pela forma sensacionalista com que a mídia antecipa julgamentos e veicula notícias - como um autêntico produto de mercado;

d) uma sociedade marcada pelo risco, em decorrência dos avanços da tecnologia (novos meios de transportes, de comunicação etc.), incrementando, na legislação penal, novos tipos de perigo abstrato e omissivos impróprios como respostas aparentemente adequadas para evitar tais riscos;

e) aumento considerável da demanda penal, diante da tutela dos interesses difusos e coletivos e outros decorrentes da 'novidades' da era pós-industrializada (econômicos, de informática, etc.);

f) globalização econômica que vem intensificando as desigualdades sociais e incrementando no Direito, novos conceitos, com novos tipos penais, com o abandono de consagradas figuras, tudo em nome da eficiência econômica;

g) a utilização do Direito Penal como instrumento para soluções aparentemente eficazes a curto prazo, mediante o fisiologismo de políticos que acabam hipertrofiando o sistema penal, criando uma colcha de retalhos legislativa incongruente e despropositada;

h) o desprestígio de outras instâncias para solução de conflitos que poderiam ser, a princípio, retirados da tutela do Direito Penal (como o Direito Administrativo);

i) o considerável aumento do descrédito da população nas instituições e na possibilidade de mudança a curto prazo que, acentuadas pela crise do próprio homem, vem fomentando a criação de 'Estados paralelos', à margem da ordem jurídica posta, aumentando e fortalecendo organizações criminosas, proliferando a justiça 'pelas próprias mãos' (linchamentos, grupos de extermínio etc.), desmobilizando os movimentos sociais e desarticulando os mecanismos de resistência à miséria etc.

Silva Sánchez, em sua obra "A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais" (2002, p. 63), aponta o surgimento de novos gestores da moral coletiva, destacando que

Se os tais 'gestores' vinham sendo tradicionalmente determinados estamento burgueses-conservadores, hoje adquirem tanta ou mais relevância em tal papel as associações ecológicas, feministas, de consumidores, de vizinhos (contra os pequenos traficantes de drogas), pacifista (contra propagação de ideologias violentas), antidiscriminatórias (contra ideologias racistas ou sexistas, por exemplo) ou, em geral, as organizações não governamentais (ONGs) que protestam contra a violação de direitos humanos em outras partes do mundo. Todas elas encabeçam a tendência de uma progressiva ampliação do Direito Penal no sentido de uma crescente proteção de seus respectivos interesses.

Neste contexto, levando em consideração o surgimento dos novos gestores e da complexidade da sociedade pós-moderna, o ordenamento jurídico brasileiro, pautado em uma Carta Magna garantista e programática, encontra respaldo Constitucional para essa expansão do Direito Penal? Por outro lado, questiona-se se o Direito Penal Clássico - Iluminista, seria suficiente para tutelar os

novos bens jurídicos e as novas demandas penais? O grande dilema está em flexibilizar as garantias penais e processuais penais, antecipar a aplicação do Direito Penal, aumentando sua carga simbólica, ao invés de o Poder Público realizar de forma efetiva políticas públicas de caráter preventivo-penal.

4.2 Fenômenos Expansivos

Vários fatores contribuíram para o incremento do Direito Penal, os quais serão abordados nos próximos tópicos.

4.2.1 Da globalização

A sociedade pós-moderna ou sociedade pós-industrial também é denominada de sociedade globalizada. A Globalização pode ser definida com um processo internacional de rompimento de fronteiras existentes entre os países, de aproximação as nações.

Paulo Silva Fernandes (2001, p. 41-42), conceitua globalização

Como sendo um estreitamento (e aprofundamento) espacio-temporal de toda uma estrutura económica, social, política e cultural, suportado por uma densa, complexa e interligada rede de comunicações que, possibilitando-o, acelera todo um processo de diluição (outra vez a figura do Levitão nos assalta...) do uno no múltiplo, do serai-diferente no ser-em-todo-o-lado-igual, de caldeirão onde se fundem diversidades culturais, económicas, políticas e sociais, em conseqüência do qual cada vez menos se encontra um eu 'genuíno'.

Fenômeno designado por Ulrich Beck (1999, p. 31) como "sociedade de risco", o processo de globalização é irreversível, em razão da redução dos espaços geográficos e crescimento do comércio internacional; revolução dos meios tecnológicos de informação e comunicação; tutela universal por direitos humanos; movimento de formação de cultura global; surgimento de organizações não-governamentais e uniões nacionais; fome e pobreza mundial; danos ambientais e impactos globais; conflitos transculturais.

Contudo, o fenômeno do processo de globalização econômica fez surgir uma crise no Direito Penal, notadamente em razão do surgimento de novos riscos diante da velocidade e forma sensacionalista em que as informações são

veiculadas. Com os riscos da industrialização em massa, dos meios de transporte e da revolução da internet, surge novas modalidades de delinquir e conseqüentemente novos bens jurídicos. Neste contexto, o Direito Penal clássico-Liberal encontra dificuldade em combater a criminalidade moderna utilizando-se dos institutos tradicionais.

4.2.2 Da institucionalização da insegurança

Com os avanços tecnológicos, os riscos modernos, acentuados pelos meios de comunicações instantâneos, gerou-se uma sensação irracional de insegurança e medo, o que contribui para o discurso da tutela da segurança pública.

A sociedade pós-industrial, além de sociedade de risco, pode ser também denominada de "sociedade de insegurança".

Sobre a sensação social de insegurança, observa Silva Sánchez (2002, p. 32-33) que

De qualquer maneira, mais importante que tais aspectos objetivos é seguramente a dimensão subjetiva de tal modelo de configuração social. Desde essa última perspectiva, nossa sociedade pode ser melhor definida como a sociedade da 'insegurança sentida' (ou como a sociedade do medo). Com efeito, um dos traços mais significativos da sociedade da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma forma especial aguda de viver os riscos. É certo, desde logo, que os 'novos riscos' - tecnológicos e não tecnológicos - existem. Tanto é assim que a própria diversidade e complexidade social, com sua enorme pluralidade de opções, com a existência de uma abundância informativa a que se soma a falta de critérios para a decisão sobre o que é bom e o que é mau, sobre em que se pode e em que não se pode confiar, constitui uma fonte de dúvidas, incertezas, ansiedade e insegurança.

Associando a sensação de insegurança com a expansão do Direito Penal, Silva Sánchez (2002, p. 41), aponta que

A solução para a insegurança, ademais, não se busca em seu, digamos, 'lugar natural' clássico - o direito de polícia -, senão no Direito Penal. Assim, pode-se afirmar que, ante os movimentos sociais clássicos de restrição do Direito Penal, aparecem cada vez com maior claridade demandas de uma ampliação da proteção penal que ponha fim, ao menos nominalmente, a angústia derivada da insegurança. Ao questionar-se essa demanda, nem sequer importa que seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado de Direito: ao contrário, elas se vêem às vezes tachadas de excessivamente 'rígidas' e se apregoa sua 'flexibilização'. Apenas como exemplo, vale aludir a demanda da criminalização em matéria meio ambiental, econômica, de

corrupção política, no âmbito sexual (especialmente nas hipóteses de abuso sexual ou pornografia infantil), ou da violência familiar etc.

Observa-se que a sensação de insegurança nas sociedades modernas contribuiu para expansão do Direito Penal, visto que a sociedade passou a exigir do Estado segurança pública, sendo que diante da omissão do Poder Público em implantar medidas de políticas pública para efetivar a segurança pública, restou ao Direito Penal o encargo de oferecer segurança.

4.2.3 Descrédito de outras instâncias de proteção

Indaga-se por que o Estado, gradativamente, tem se utilizado da estrutura jurídica do Direito Penal para solucionar os conflitos sociais ao invés de se valer de outros ramos do direito, como o civil ou administrativo, ou ainda por meio de políticas públicas?

Quando a sociedade perde as referências de valores de bem ou mal, do certo ou errado, é o Código Penal que as substitui. O Direito Civil preocupa-se em ressarcir danos, não possuindo eficácia preventiva em relação as condutas danosas. Já o Direito Administrativo, demasiadamente burocrático, está em descrédito diante de tanta corrupção.

Silva Sánchez (2002, p. 61), sobre algumas causas da expansão, alerta que:

O resultado é desalentador. Por um lado, porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político social, como mecanismo de socialização, civilização, supões uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*. Mas, principalmente, porque tal expansão é em boa parte inútil, na medida em que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar. Isso, mesmo se mantido um modelo mais ou menos análogo ao clássico de garantias e regras de imputação. E, com maior razão, se tal modelo sofre fraturas que o desnaturalizem por completo.

Não há dúvidas que o Direito Penal tem adquirido características próprias do Direito Administrativo, como a atuação preventiva, ou seja, antecipando a aplicação da punição para a práticas de atos preparatórios e tipificando condutas de perigo abstrato. Todavia, a sociedade mudou e a criminalidade não é mais aquela em que se estruturou o Direito Penal Clássico.

4.3 Nova Criminalidade

Com o processo da globalização e da revolução tecnológica a sociedade se transformou em uma sociedade complexa e de riscos, a criminalidade também se modernizou, antes o Direito Penal se preocupava basicamente com a criminalidade comum, que atingem a vida, a integridade física e psíquica, e o patrimônio de pessoas determinadas (como homicídio, lesão corporal, furto e roubo), hodiernamente preocupa-se com a criminalidade organizada, crimes do colarinho branco, terrorismo, cibercrimes.

A criminalidade moderna tem se desenvolvido e se aperfeiçoado a cada dia mais com os avanços tecnológicos e informáticos, reinventando seus meios de atuação. Segundo Silva Sánchez (2002, p. 29-30):

O progresso técnico dá lugar, no âmbito da delinquência dolosa tradicional (a cometida com dolo direto ou de primeiro grau), a adição de novas técnicas como instrumento que lhe permite produzir resultados especialmente lesivos; assim mesmo surgem modalidades delitivas dolosas de novo cunho que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia. A criminalidade associada aos meios informáticos e à internet (a chamada *ciber-delinquência*), é seguramente, o maior exemplo de tal evolução. Nessa medida, acresce-se inegavelmente a vinculação do progresso técnico e o desenvolvimento das formas de *criminalidade organizada*, que operam internacionalmente e constituem claramente um dos novos riscos para os indivíduos (e os estados).

Diante dessa nova realidade, o Direito Penal e o Processo Penal têm o dever de se modernizar para reprimir de forma eficaz e eficiente a nova criminalidade da sociedade pós-moderna e globalizada. Todavia, deve observar os direitos e garantias fundamentais, bem como os princípios norteadores do Direito Penal.

A princípio, pode parecer que a expansão do Direito Penal ofenderia os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Ocorre que, na realidade, trata-se da efetivação dos direitos e garantias fundamentais, pois permitir a impunidade dos novos criminosos seria um retrocesso.

O instrumento para compatibilizar a expansão do Direito Penal é o respeito ao postulado da proporcionalidade.

4.3.1 Crime organizado

O crime organizado é um fenômeno do terceiro milênio, caracterizado por sua estrutura empresarial e o mercado ilícito, sempre almejando a acumulação de capital. As organizações criminosas se diferenciam das demais, em razão dos meios pelos quais elas acumulam o capital, empregando meios ilícitos para alcançar seus objetivos. São exemplos dessa nova criminalidade organizada a lavagem de capitais, corrupção ativa no setor público, sonegação de impostos, tráfico e escravidão de pessoas, dentre outros.

Por muito tempo os autores divergiram a conceituação do crime organizado, notadamente em razão da ausência de definição legislativa, que só foi sanada, efetivamente, com a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que além de aperfeiçoar o conceito de organização criminosa, trouxe meios de provas como a colaboração premiada, a ação controlada e a infiltração de agentes, propiciando sua efetiva aplicação.

Trata-se de uma nova modalidade criminosa, que se utiliza dos avanços conquistados pela Revolução Tecnológica e pela Cibernética. Diferentemente da criminalidade comum, a organizada possui estrutura piramidal, encontram-se no topo da pirâmide os mandatos poderosos, dificilmente identificados porque muitas vezes estão acima de qualquer suspeita, podendo ser considerado autor pela Teoria do Domínio do Fato. Em um degrau abaixo estão os organizadores-planejadores, por último estão os executores, caracterizado por sua fungibilidade.

Luiz Carlos Rodrigues Duarte (2001, p.41) adverte que “o crime organizado representa portentoso desafio à Humanidade nesse limiar de Terceiro Milênio porque (...) vitimiza a sociedade, ofende a democracia, ultraja a soberania e viola a cidadania”.

Não havia conceito legal de organizações criminosas na Lei 9.034/95, sua aplicação ficava restrita aos ilícitos praticados por quadrilha e associações criminosas. Por isso, parte da doutrina, utilizava a definição dada pela Convenção de Palermo sobre criminalidade transnacional, o que foi muito criticado por outros doutrinadores. Todavia, o Supremo Tribunal Federal entendeu que Convenções Internacionais não servem como fonte formal do direito penal (HC 96.007 e ADI 4.414).

Então, diante da inexistência da tipicidade no ordenamento jurídico da definição do crime de organização criminosa, o Legislativo elaborou a Lei nº 12.694/12 e definiu em seu artigo 2º:

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

Posteriormente, a Lei nº 12.850/13, o legislador redefiniu o conceito de organização criminosa no § 1º do artigo 1º:

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.

Nota-se que a lei nova alterou o número mínimo de integrantes (de 03 para 4) e a forma em que se é praticada, ou seja, mediante a prática de infrações penais, alcançando crimes e contravenções penais.

Já o Código Penal, em seu artigo 288, tipifica como crime a “associação criminosa” a associação de 03 (três) ou mais pessoas, para fim específico de cometer crimes.

Nesta acepção, o artigo 35 da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) também pune a associação de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei.

Além de conceituar organizações criminosas, a lei dispõe sobre investigação criminal e meios de obtenção de provas e o procedimento criminal, pois o sistema criminal se mostrou insuficiente à prevenção e repressão das atividades típicas das organizações criminosas, demandando uma nova dinâmica, mais eficiente e moderna.

Merece destaque, a “Operação Lava Jato” investigação da Polícia Federal em conjunto com o Ministério Público Federal de combate ao crime

organizado e corrupção, que já levou a cadeia Ministros, Chefes de Partidos Políticos, grandes empreiteiros e até Ex-Presidente da República.

Um dos institutos mais utilizados na investigação desses crimes é a Delação Premiada ou “Chamamento de correu”, instituto que surgiu do Sistema Inglês, foi fortalecido na Itália, no combate as máfias e introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 8.072/90 tratando dos crimes hediondos, em seguida pela Lei nº 9.034/95, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas e a Lei nº 9.613/98, que trata sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF. Após, vieram as Leis nº 9.807/99, sobre programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas e a nº 11.343/06, prevendo a colaboração premiada para crimes de tráfico de drogas. Posteriormente, Lei nº 12.529/2011 prevendo ações para infrações contra a ordem econômica, que denominou a colaboração premiada de “acordo de leniência” e a Lei nº 12.850/2013 prevendo medidas contra o crime organizado.

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2014, p. 35-36) ao comentarem a nova lei sobre o Crime Organizado definem a delação premiada

Como a possibilidade que detém o autor do delito em obter o perdão judicial e a redução da pena (ou a substituição), desde que, de forma eficaz e voluntária, auxilie na obtenção dos resultados previstos em lei. A partir da lei posta, portanto, é incabível a conceituação do instituto com base, exclusivamente na delação dos comparsas formulada pelo colaborador, já que o prêmio pode ser obtido ainda que ausente essa imputação, como, por exemplo, se em decorrência dela se salvaguardar.

O instituto tem sido criticado por parte da doutrina no sentido de que o Estado estaria se valendo da deslealdade, de meio imoral para a condenação dos investigados. Segundo lição de Eugenio Raúl Zaffaroni (1996, p. 45),

A impunidade de agentes encobertos e dos chamados ‘arrepentidos’ constitui uma séria lesão à eticidade do Estado, ou seja, ao princípio que forma parte essencial do Estado de Direito: (...) o Estado está se valendo da cooperação de um delinquente, comprado ao preço da sua impunidade para ‘fazer justiça’, o que o Direito Penal liberal repugna desde os tempos de Beccaria.

Ocorre que, a realidade da criminalidade atual exige meios mais eficazes na persecução penal, pois o Direito Penal Clássico não consegue combater a nova criminalidade moderna, em razão de suas peculiaridades. Alberto Silva Franco (*apud* CUNHA; PINTO, 2014, p. 40), mesmo não sendo simpático ao instituto da delação premiada, destaca que:

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 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 os quadros oficiais da vida social, econômica e política de comunidade; origina atos de extrema violência; exibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os poderes do próprio Estado.

A colaboração premiada é plenamente compatível com o Princípio do “Nemo Tenetur se Detegere” (o direito de não produzir prova contra si mesmo), pois é um ato voluntário, não necessariamente espontâneo (pode ser estimulado por terceiro), e assistido pela defesa técnica.

Vale acrescentar, que a lei nº 12.850/2013, em seu artigo 3º, enumera outros meios de obtenção da prova, como a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústico; ação controlada; acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais e comerciais; interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal; infiltração, por policiais, em atividade de investigação e cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

4.3.2 Crimes do colarinho branco

A denominação “Crimes de Colarinho Branco” refere-se aos crimes praticados pelos poderosos, ocorridos na classe média, como os de lavagem de capitais, crimes contra a ordem tributária, crimes contra o sistema econômico, corrupção e a própria organização criminosa.

Expressão criada por Edwin Hardin Sutherland (1999), para referir a essa nova criminalidade, sendo muito utilizada e expandida em todos os países. O sociólogo revolucionou a criminologia, quebrando o paradigma de que o crime estaria relacionado com a pobreza ou com condições psicopáticas e sociopáticas associadas pobreza. Segundo Shuterland (1999, p. 65) “crime do colarinho branco pode definir-se, aproximadamente, como um delito cometido por uma pessoa respeitável e de status social alto, no curso de sua ocupação”.

Trata-se dos crimes praticados pelos “poderosos”, política ou financeiramente falando, sujeitos de elevado “status” e de boa relação social, diferentemente dos criminosos “comuns”.

Na legislação brasileira, há várias leis relacionadas ao combate dos crimes de colarinho branco, dentre elas o Código Penal (Decreto-lei nº 2848/1940) tipifica o crime de corrupção passiva dentro do Título dos crimes contra a Administração Pública; a Lei nº 1.521/51, define os crimes contra a economia popular; a Lei nº 4.595/64 dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional; a Lei nº 7.492/86 define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, em defesa da ordem econômica; a Lei nº 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo; a Lei nº 8.666/93 que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências; a Lei nº 9.605/98 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências; a Lei nº 9.613/98 que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências; a Lei nº 12.683/12 que alterou a Lei nº 9.613/1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro; e a Lei nº 12.850/13 que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995, que já foi abordada.

Como já dito, anteriormente, no século passado, o Direito Penal precisou se expandir para proteger os novos bens jurídicos, como a ordem

econômica, por exemplo. Surge nesse contexto, o Direito Penal Econômico, nova modalidade de intervenção penal, com características próprias, diferentes do Direito Penal tradicional. Os crimes são vagos, ou seja, ofendem a coletividade e não pessoas certas e determinadas. São empregadas normas penais em branco, que demandam complementação. Além disso, os bens são tão importantes que demandam uma proteção maior, faz-se uso de tipos de perigo abstrato ou presumido.

Contrário à intervenção penal na ordem econômica adverte Alberto da Silva Franco (2000, p. 2016):

O Direito, que vem sempre atrás de mudanças, aguardando que elas se concretizem e se consolidem, para formular o discurso jurídico, vê-se atropelado pela rapidez do processo transformador. Foi ele, sem dúvida, apanhado de surpresa, e o seu equipamento conceitual revela-se inadequado, despreparado e, em algumas situações, até mesmo superado, para apreender e regular os problemas propostos pela globalização e a conseqüente criminalidade transnacional. Essa defasagem engendra posições dissonantes entre a sociedade em mutação e o direito, quando não um vazio legal extremamente perigoso. Diante desse quadro, o apelo à intervenção do mecanismo penal para o enfrentamento dos grandes desafios dos tempos modernos surge, de pronto, com um posicionamento alternativo: ou o Direito penal deve ajustar seus instrumentos ou garantias ao moderno desenvolvimento tecnológico ou devem buscar-se outros instrumentos jurídicos que possam responder melhor a esse desenvolvimento do que o Direito Penal.

Dentre os crimes de colarinho branco, merece destaque o crime de lavagem de dinheiro, delito comum dentre os crimes de colarinho branco. Ressalta-se que referido crime está relacionado ao crime organizado, o que dificulta a investigação das quadrilhas de colarinho branco. Sobre o crime de lavagem de capitais, César Antônio da Silva (2001, p. 39), assevera que:

A 'lavagem de dinheiro' é uma espécie delitiva que acarreta graves conseqüências à ordem econômico-financeira, colocando em risco o fluxo normal de dinheiro e bens de toda ordem, impossibilitando a limpa concorrência, criando verdadeiros grupos dominantes e monopólio, facilitando e tornando efetiva a corrupção de agentes e funcionários de alguns segmentos da administração pública. Ou facilitando a formação de cartéis, possibilitando o surgimento de abuso do poder econômico.

Diante dessa nova criminalidade organizada e estruturada com avanços tecnológicos, o Estado elaborou a Lei nº 9.613/1998 que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da

utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, que foi alterada pela Lei nº 12.683/12, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.

Com a globalização, o crime de lavagem de dinheiro ganhou força pela facilidade de movimentação de capitais e pessoas entre os países, bem como pela diminuição das fronteiras e principalmente pelo surgimento dos “paraísos fiscais”.

Outros crimes estão relacionados ao crescimento do crime de lavagem de capitais, como o de tráfico de drogas, de armas e de pessoas, o terrorismo, contrabando, os crimes contra a Administração Pública, notadamente a corrupção.

Nos termos do artigo 1º, da Lei nº 9.613/98, alterada pela Lei nº 12.683/12, o crime de lavagem de dinheiro é a conduta pela qual a pessoa oculta ou dissimula a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade, de bens, direitos ou valores, provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, com o intuito de parecer que se trata de dinheiro de origem lícita.

Segundo o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), teoricamente, os mecanismos mais utilizados no processo de lavagem de dinheiro envolvem três etapas que ocorrem independentemente umas das outras:

1. Colocação – a primeira etapa do processo é a colocação do dinheiro no sistema econômico. Objetivando ocultar sua origem, o criminoso procura movimentar o dinheiro em países com regras mais permissivas e naqueles que possuem um sistema financeiro liberal. A colocação se efetua por meio de depósitos, compra de instrumentos negociáveis ou compra de bens. Para dificultar a identificação da procedência do dinheiro, os criminosos aplicam técnicas sofisticadas e cada vez mais dinâmicas, tais como o fracionamento dos valores que transitam pelo sistema financeiro e a utilização de estabelecimentos comerciais que usualmente trabalham com dinheiro em espécie.

2. Ocultação – a segunda etapa do processo consiste em dificultar o rastreamento contábil dos recursos ilícitos. O objetivo é quebrar a cadeia de evidências ante a possibilidade da realização de investigações sobre a origem do dinheiro. Os criminosos buscam movimentá-lo de forma eletrônica, transferindo os ativos para contas anônimas – preferencialmente, em países amparados por lei de sigilo bancário – ou realizando depósitos em contas abertas em nome de "laranjas" ou utilizando empresas fictícias ou de fachada.

3. Integração – nesta última etapa, os ativos são incorporados formalmente ao sistema econômico. As organizações criminosas buscam investir em empreendimentos que facilitem suas atividades – podendo tais sociedades prestarem serviços entre si. Uma vez formada a cadeia, torna-se cada vez mais fácil legitimar o dinheiro ilegal.

Como reflexo da expansão do Direito Penal Econômico e da Criminalidade Empresarial, surge o conceito de “criminal compliance”, expressão utilizada para designar o dever de colaboração antilavagem, ou seja, os países começaram a criar departamentos internos, com objetivo de fiscalizar e avaliar as atividades e procedimento realizados pelas empresas para garantir sua atuação de prevenção ao crime de lavagem de dinheiro. Para atender essa finalidade específica a Lei nº 9.613/1998, em seu artigo 9º, com redação da Lei n 12.683/2012, elenca um rol de colaboradores obrigatórios, detalhando seus deveres.

Dessa forma, embora não haja um tipo penal próprio para o descumprimento desse dever no ordenamento jurídico pátrio, o descumprimento doloso e injustificada os deveres de “compliance”, configura omissão penalmente relevante, conduta tipificada na alínea “a”, do parágrafo 2º, do artigo 13, do Código Penal. Quanto ao elemento volitivo, discute-se na doutrina e na jurisprudência se a conduta deve ser dolosa o se admitiria o dolo eventual.

Essa criminalidade refere-se a uma nova modalidade de imputação penal, baseada na culpabilidade corporativa, com ideia de responsabilização da pessoa jurídica, corroborada pela possibilidade de punição pessoal de seus dirigentes.

Nesse contexto de expansão do direito penal e de prevenção e repressão aos crimes de colarinho branco, uma importante teoria desenvolvida no âmbito do crime de lavagem de dinheiro, é a “Teoria da Cegueira Deliberada” (*Willful Blindness*), conhecida também como “Doutrina das Instruções do Avestruz” (*Ostrich Instructions*) e “Doutrina da Evitação da Consciência” (*Conscious Avoidance Doctrine*).

Com origem histórica no direito inglês, no caso *Regina vs. Sleep*, instituto próprio do *comum law*, modalidade de dolo eventual no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo André Luís Callegari (2015, p. 92), a Teoria da Cegueira Deliberada:

Propõe a equiparação, atribuindo os mesmos efeitos da responsabilidade subjetiva, dos casos em que há o efetivo conhecimento dos elementos objetivos que configuram o tipo e aqueles em que há o ‘desconhecimento intencional ou construído’ de tais elementares. Extrai-se tal conclusão da culpabilidade, que não pode ser em menor grau quando referente àqueles que, podendo e devendo conhecer, opta pela ignorância.

Para Callegari, somente após 2012 com a alteração legislativa na lei antilavagem (§ 2º, do artigo 1º da Lei nº 9.613/98) é que passou admitir a modalidade do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro.

No Brasil passou a ser conhecida no caso do furto do Banco Central de Fortaleza-CE em 2005, que ganhou repercussão nacional. A sentença de primeiro grau condenou os sócios de uma revendedora de automóveis com base na Teoria de Cegueira Delibera - em virtude de terem vendido aos criminosos que praticaram o furto onze veículos, avaliados em R\$ 730.000,00, bem como por terem deixado mais de R\$ 230.000,00, em notas de R\$ 50,00 - para compra de futuros veículos, por entender que havia motivos suficientes para pelo menos desconfiar dos compradores. Ocorre que, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em grau de Apelação, absolveu os sócios do crime de lavagem de dinheiro, pois na época (antes da alteração de 2012) o tipo penal não admitia punição a título de dolo eventual (TRF-5 - Apelação Criminal 5520-CE 2005.81.00.014586-0).

Já na Ação Penal 470, que ficou conhecida popularmente como “Mensalão”, o Supremo Tribunal Federal condenou os ex-deputados federais pelo PT Paulo Rocha e João Magno, e o ex-ministro dos Transportes Anderson Adauto pela prática do crime de lavagem de capitais, com base na Teoria da Cegueira Delibera. O Ministro Celso de Melo admitiu “a possibilidade de configuração do crime de lavagem de valores, mediante o dolo eventual, exatamente com apoio no critério denominado por alguns como ‘teoria da cegueira deliberada’, que deve ser usado com muita cautela” (Informativo 684).

Atualmente, na “Operação Lava-Jato” iniciada em março de 2014, a maioria dos crimes de lavagem de dinheiro apurados nessa operação foram praticados antes da vigência da Lei nº12.683/2012, e o Juiz Federal Sérgio Moro, da 13ª Vara Federal do Paraná, durante o julgamento das ações derivadas dessa força tarefa tem se utilizado da Teoria da Cegueira Deliberada para fundamentar suas decisões, entendendo ser possível atualização do dolo eventual nos crimes de lavagem de capitais.

346. São aqui pertinentes as construções do Direito anglo-saxão para o crime de lavagem de dinheiro em torno da “cegueira deliberada” ou “willful blindness” e que é equiparável ao dolo eventual da tradição do Direito Continental europeu. Escrevi sobre o tema em obra dogmática (MORO, Sergio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo, Saraiva, 2010).

347. Em síntese, aquele que realiza condutas típicas à lavagem, de

ocultação ou dissimulação, não elide o agir doloso e a sua responsabilidade criminal se escolhe permanecer ignorante quando a natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos na transação, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos. 348. A doutrina da cegueira deliberada, apesar de constituir construção da common law, foi assimilada pelo Supremo Tribunal Espanhol (STE), ou seja, corte da tradição da civil law, em casos de receptação, tráfico de drogas e lavagem, dentre outros. Por todos, transcrevo parcialmente trecho de decisão do Supremo Tribunal Espanhol na STS 33/2005, na qual a ignorância deliberada foi assimilada ao dolo eventual (os julgados do STE podem ser acessados através do site www.poderjudicial.es/jurisprudencia/?nocache=503): *‘La prueba de conocimiento del delito de referencia es un dato subjetivo, lo que le convierte en un hecho que dada su estructura interna sólo podría verificarse -- salvo improbable confesión-- por prueba indirecta, y en este sentido la constante jurisprudencia de esta Sala ha estimado que a tal conocimiento se puede llegar siempre que se acredite una conexión o proximidad entre el autor y lo que podría calificarse ‘el mundo de la droga’. Esta doctrina se origina en la STS 755/97 de 23 de Mayo, y se reitera en las de 356/98 de 15 de Abril, 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 1842/99 de 28 de Diciembre, 774/2001 de Mayo, 18 de Diciembre de 2001, 1293/2001 de 28 de Julio, 157/2003 de 5 de Febrero, 198/2003 de 10 de Febrero, 1070/2003 de 22 de Julio, 1504/2003 de 25 de Febrero y 1595/2003 de 29 de Noviembre, entre otras, precisándose en la jurisprudencia citada, que no se exige un dolo directo, bastando el eventual o incluso como se hace referencia en la sentencia de instancia, es suficiente situarse en La posición de ignorancia deliberada. Es decir quien pudiendo y debiendo conocer, la naturaleza del acto o colaboración que se Le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar. Es el principio de ignorancia deliberada al que se ha referido la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en SSTS 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 946/2002 de 16 de Mayo, 236/2003 de 17 de Febrero, 420/2003 de 20 de Marzo, 628/2003 de 30 de Abril ó 785/2003 de 29 de Mayo.’* 349. A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por sua vez, já empregou o conceito para crimes de contrabando e descaminho: *‘Age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também quem assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal). Motorista de veículo que transporta drogas, arma e munição não exclui a sua responsabilidade criminal escolhendo permanecer ignorante quanto ao objeto da carga, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento. Repetindo precedente do Supremo Tribunal Espanhol (STS 33/2005), ‘quem, podendo e devendo conhecer, a natureza do ato ou da colaboração que lhe é solicitada, se mantém em situação de não querer saber, mas, não obstante, presta a sua colaboração, se faz devedor das consequências penais que derivam de sua atuação antijurídica’. Doutrina da ‘cegueira deliberada’ equiparável ao dolo eventual e aplicável a crimes de transporte de substâncias ou de produtos ilícitos e de lavagem de dinheiro.’* (ACR 5004606- 31.2010.404.7002 - Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto - 8ª Turma do TRF4 - un. - j. 16/07/2014) 350. Portanto, mesmo que não fosse reconhecido o dolo direto em relação a parte dos acusados, seria forçoso o reconhecimento do dolo eventual” (Ação Penal 5026212-82.2014.4.04.7000/PR)

Por sua vez, o Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em sede de Apelação, assim decidiu:

Com efeito, age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também o que assume o risco de produzi-lo (artigo 18, I, do Código Penal). Absolutamente pertinentes aqui as construções do Direito anglo-saxão a respeito da doutrina da cegueira deliberada (*willful blindness doctrine*). Alguns apontam como precedente remoto da doutrina sentença inglesa de 1861 no caso *Regina v. Sleep*. No Direito norte-americano, o *leading case* da Suprema Corte norte-americano é apontado como sendo *Spurr v. US*, 174 US 728 (1899). A partir da década de 70 do século XX, a doutrina passou a ser utilizada em casos de tráfico de drogas, particularmente em casos nos quais o acusado negava conhecimento da natureza da droga que transportava. Dois casos são apontados como precedentes desta tendência, *Turner v. United States*, 396 U.S. 398 (1970), da Suprema Corte, e *United States, v. Jewell*, 532 F.2d 697, 70 (1976), da 9.^a Corte de Apelações Federais. No caso *Jewell*, no qual o acusado havia transportado 110 libras de maconha do México para os Estados Unidos e em um compartimento secreto de seu carro, a Corte entendeu que a alegação dele, de que não sabia exatamente a natureza do que transportava escondido, não eliminava a sua responsabilidade criminal, pois ele teria agido com propósito consciente de evitar conhecer a natureza do produto que transportava. É importante destacar que “ignorância deliberada” não se confunde com negligência, havendo aqui a mesma fronteira tênue, pelo menos do ponto de vista probatório, entre o dolo eventual e a culpa consciente.

A *willful blindness doctrine* tem sido aceita pelas Cortes norte-americanas para diversos crimes, não só para o transporte de substâncias ou produtos ilícitos, mas igualmente para o crime de lavagem de dinheiro. Em regra, exige-se: a) que o agente tenha conhecimento da elevada probabilidade de que pratica ou participa de atividade criminal; b) que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento; e c) que o agente tenha condições de aprofundar seu conhecimento acerca da natureza de sua atividade, mas deliberadamente escolha permanecer ignorante a respeito de todos os fatos envolvidos. A doutrina da cegueira deliberada, apesar de constituir construção da *common law*, foi assimilada pelo Supremo Tribunal Espanhol (STE), ou seja, corte da tradição da *civil law*, em casos de receptação, tráfico de drogas e lavagem, dentre outros. Ilustrativamente, na STS 420/2003, o caso envolvia acusada que havia aceitado, a pedido de terceiro e por setenta mil pesetas, levar flores a um cemitério e nas quais estavam escondidas bolsas contendo cerca de um quilo de heroína e cocaína. Segundo o STE: «es evidente que la aceptación del encargo en tales condiciones dichas por la recurrente proclamaría el conocimiento de la realidad de lo que se ocultaba en su interior, de acuerdo con el principio de ignorancia deliberada, según el cual quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierta no puede alegar ignorancia alguna, y, por el contrario, debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar -- STS 946/02 de 22 de Mayo, y las en ella citadas, todas precisamente, en relación a casos de tráfico de drogas--.» Na STS 33/2005, a doutrina foi invocada em caso de lavagem de dinheiro, sendo na ocasião assimilada a ignorância deliberada ao dolo eventual: «(...) quien pudiendo y debiendo conocer, la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar. Es el principio de ignorancia deliberada al que se ha referido la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en SSTS 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 946/2002 de 16 de Mayo, 236/2003 de 17 de Febrero, 420/2003 de 20 de Marzo, 628/2003 de 30 de Abril ó 785/2003 de 29 de Mayo.» Tais construções em torno da cegueira deliberada assemelham-se ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira. Evidenciado que o acusado assumiu o risco de dissimular a origem, disposição, movimentação e

propriedade dos valores, agiu, senão com dolo direto, então com dolo eventual a crer-se em sua versão.

De modo similar, a Teoria foi adotada em outros casos da Operação Lava Jato, como nas AP 5047229-77.2014.4.04.7000/PR e AP 5007326-98.2015.4.04.7000/PR, dentre outras.

Por fim, dentre os crimes de colarinho branco, está o crime de corrupção. No Brasil, a corrupção não é novidade, presente desde a época da colonização portuguesa. Infelizmente, nos dias atuais, a corrupção está institucionalizada.

A ministra Laurita Vaz, em seu discurso de posse como Presidente do Superior Tribunal de Justiça, para o biênio 2016/2018, afirmou que:

A corrupção é um câncer que compromete a sobrevivência e o desenvolvimento do país: retira a comida dos pratos das famílias; esvazia os bancos escolares e mina a qualidade da educação; fecha leitos, ambulatórios e hospitais, fulminando a saúde das pessoas; enfim, corrói os pilares que sustentam o ideal de civilidade e desenvolvimento.

Nas últimas décadas, o Brasil tem se deparado com inúmeros escândalos envolvendo desvio de dinheiro público. Em 2005, veio à tona o amplo esquema de corrupção de parlamentares, conhecido como “Mensalão”, que envolveu diversos partidos políticos no esquema de compra de apoio político no Congresso Nacional, após denúncias do Ex-Deputado Federal Roberto Jefferson, e culminou na condenação de 24 réus, incluindo José Dirceu (Ex-Ministro da Casa Civil), na Ação Penal nº 470, do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa.

Já no ano de 2007, foi deflagrado outro esquema, que ficou conhecido como Mensalão Tucano ou Mineiro, que desviava dinheiro de estatais mineiras para a campanha à reeleição de Ex-Governador Eduardo Azeredo, o qual também foi operado por Marcos Valério, já condenado na Ação Penal 470. Em 2018, onze anos após a primeira denúncia, o Ex-Governador Eduardo Azeredo, condenado em segunda instância, foi preso e deu início ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 20 anos e 01 mês (processo nº 1.0024.14.237823-1/001).

Recentemente, no âmbito da Operação Lava Jato, houve a condenação do Ex-Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, o primeiro Ex-Presidente a ser condenado pelo crime de corrupção e de lavagem de dinheiro no

caso do tríplex. Os Desembargadores da 8 Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, mantiveram a condenação de primeiro grau, mas aumentaram a pena de 9 anos e 06 meses de prisão, para 12 anos e 01 mês de prisão em regime fechado, além de 280 dias-multa (Apelação Criminal Nº 5046512-94.2016.4.04.7000).

No combate à corrupção e a impunidade, o Ministério Público Federal apresentou 10 medidas com proposta na alteração legislativa (PL 4850/2016), visando Transparência, Prevenção, Eficiência e Efetividade, dentre outros resultados:

- evitar a ocorrência de corrupção (via prestação de contas, treinamentos e testes morais de servidores, ações de marketing/conscientização e proteção a quem denuncia a corrupção)
- criminalizar o enriquecimento ilícito
- aumentar penas da corrupção e tornar hedionda aquela de altos valores
- agilizar o processo penal e o processo civil de crimes e atos de improbidade
- fechar brechas da lei por onde criminosos escapam (via reforma dos sistemas de prescrição e nulidades)
- criminalizar caixa dois e lavagem eleitorais
- permitir punição objetiva de partidos políticos por corrupção em condutas futuras
- viabilizar a prisão para evitar que o dinheiro desviado desapareça
- agilizar o rastreamento do dinheiro desviado fechar brechas da lei por onde o dinheiro desviado escapa (por meio da ação de extinção de domínio e do confisco alargado).

Referidas medidas são de características típicas da expansão do Direito Penal, fenômeno que hodiernamente vem acontecendo na sociedade pós-moderna e complexa.

4.3.3 Cibercrimes

Com a revolução tecnológica, os meios digitais de comunicação aproximaram as pessoas, proporcionando troca de informações instantâneas. Os meios de acesso à internet são cada vez maiores, não só e computadores, mas também de *tablets*, celulares e até mesmo de relógio. Por outro lado, a criminalidade se aproveitou dos recursos tecnológicos, sobre tudo da internet, para a prática de suas atividades criminosas.

Alerta Edmundo Oliveira (2010, p. 486) que:

Os avanços da tecnologia da comunicação abriram novas perspectivas para atividades altamente sofisticadas. Neste sentido, tem-se observado um aumento no número de práticas fraudulentas cometidas por meio da Internet, a qual, na realidade, tem se tornado um instrumento amplamente utilizado para criminosos. Mais que isso, a tecnologia da comunicação tornou as organizações criminosas mais flexíveis e dinâmicas – o correio eletrônico se tornou um instrumento essencial que elimina problemas relacionados ao tempo e ao espaço. A adaptação da Lei a essas novas tendências tem sido vagarosa, enquanto o crime organizado tende a adotar rapidamente os frutos do progresso tecnológico, o que não é de se surpreender, dado o alto rendimento que os criminosos podem obter ao utilizá-lo para suas atividades ilícitas.

Dentro desse universo, importante diferenciar os Hackers dos Crackers. Os primeiros possuem amplo conhecimento em computação e informático, sabe encontrar as falhas do sistema de segurança e invadir sites, mas sem a finalidade de praticar crimes ou causar danos. Muitas deles, utilizando-se de seu conhecimento, atuam em favor da Justiça, no combate dos criminosos virtuais. Já os Cracker utilizam de seu conhecimento para prática de crime por meio da rede mundial de computadores.

Os cibercrimes são denominados também como crimes digitais, virtuais, informáticos, cibernéticos, transnacionais, dentre outros. Guilherme Guimarães Feliciano (2000, p. 42), de forma ampla, conceitua cibercrimes:

Conheço por criminalidade informática o recente fenômeno histórico-sócio-cultural caracterizado pela elevada incidência de ilícitos penais (delitos, crimes e contravenções) que têm por objeto material ou meio de execução o objeto tecnológico informático (hardware, software, redes, etc.).

Dentro dessa modalidade de criminalidade, são praticados os mais diversos tipos de crime, como “Phishing”, “Spam” e “Malwares” (programas utilizados para facilitar invasões), golpes nas redes sociais, invasão de dispositivos informáticos, perseguição cibernética, transações fraudulentas, violação de direitos autorais, apropriação indevida de valores, disseminação de informação ou conceitos falsos (*fake news*), ofensa à honra, pirataria, tráfico de drogas e de pessoas, pornografia infantil e pedofilia, dentre outros.

Observa-se que muitos dos crimes praticados por meio eletrônico também são e podem ser praticados no mundo real. A internet surge como meio facilitador para práticas de alguns crimes, como no caso do crime de lavagem de dinheiro, utilizando-se de *bitcoins*. Por essa razão:

Pode-se argumentar que, aquilo que atualmente é descrito como crime cibernético representa mais que o uso de um método específico para a prática de delitos há muito reconhecidos pela Lei Penal. A vasta gama de atividades que podem ser associadas a crimes envolvendo o uso de computador, possibilita, portanto, que se chegue à conclusão de que o foco da atenção deve ser colocado na conduta criminal, sendo o computador considerado simplesmente como uma ferramenta utilizada. Nos Estados Unidos, o Departamento de Justiça parece endossar tal enfoque de política criminal. Em oposição a esta visão, estão os especialistas que acreditam que as práticas relacionadas ao computador precisam ser tratadas de maneira diferentes. Eles se utilizam, por exemplo, de razões econômicas para afirmar que o ciberespaço é um meio próprio, que requer uma série de regras distintas em um mundo em transformação. Este foi um importante tema discutido no XII Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Justiça Penal (OLIVEIRA, 2010, p. 486).

No escopo do presente trabalho, verifica-se que o crime organizado se modernizou e tem se utilizado dos avanços tecnológicos para a prática de crimes, como na lavagem de dinheiro. No contexto dessa revolução tecnológica, surge o *bitcoin*, moeda virtual e universal, que inovou a transação eletrônica a nível mundial, sem interferência de órgão gestor, facilitando a aquisição e utilização por empresas e organizações criminosas na lavagem de dinheiro, em razão de seu alto valor e por não possuir nenhum mecanismo de controle, um grande desafio para as autoridades que atuam no combate dessa nova criminalidade.

O *bitcoin* é um marco do sistema financeiro mundial, ele utiliza a criptografia P12P (ponta a ponta), a mesma do aplicativos de comunicação, onde somente os envolvidos na transação tem acesso às informações. Todavia, esse sistema facilita as fraudes.

Atualmente, um dos crimes mais comuns tem sido o ataque por meio de um *ransomware*, vírus que “sequestra” dados e informações de computadores pessoais, de órgãos públicos e de empresas privadas, sendo exigido pelos criminosos resgates em dinheiro *bitcoins*, evitando, assim, que o destino do dinheiro seja localizado. Até mesmo grupos terroristas têm utilizado esse sistema para arrecadar recursos.

Esse cenário, tornou-se favorável à prática de crimes como lavagem de dinheiro. No Brasil, a Operação Pão Nosso, que é desdobramento da Lava Jato no Estado do Rio de Janeiro, descobriu o primeiro caso de lavagem de dinheiro com *bitcoin* no esquema de corrupção que levou a prisão o atual Diretor-Geral de Polícia Especializada do Rio de Janeiro, o Delegado Marcelo Martins, e o antigo Secretário

de Administração Penitenciária da gestão Sergio Cabral, Coronel Cesar Rubens Monteiro de Carvalho, conforme noticiado. Segundo noticiado por Camila Marinho, no portal G1, os suspeitos teriam desviado cerca de 73 milhões de reais, que seriam destinados ao fornecimento de pães para os presos que estão sob a tutela do Estado. Desse montante, 300 mil foram investidos em *bitcoin*.

Observa-se que cada vez mais, os criminosos têm se valido dos avanços tecnológicos e do anonimato dos meios de comunicação para a prática de delitos, utilizando de instrumentos que não são regulados pela maioria dos países.

Em atenção a essa nova criminalidade, foi criada na Europa a Convenção de Budapeste ou Convenção sobre o Cibercrime, que tipifica os principais crimes cometidos na internet. O artigo 22 da Convenção, dispõe sobre a competência e cooperação internacional, deixando a critério de cada país criar legislação específica.

No Brasil a lei nº 12.737/2012, que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informático, conhecida popularmente como “lei Carolina Dieckmann tipifica os crimes informáticos, com inclusão dos artigos 154-A e 154 – B (que se refere a invasão de dispositivos informáticos), dos parágrafos primeiro e segundo no artigo 266 (que versa sobre interrupção ou perturbação de serviço informático ou telemático) e parágrafo único no artigo 298 (que equipara a clonagem de cartão de crédito ou débito à falsificações de documentos pessoais), no Código Penal.

4.4 Características da Expansão

Ante o exposto, o Direito Penal moderno ao assumir os riscos da pós-modernidade passou a apresentar algumas características, dentre as quais destacam-se a antecipação da tutela penal através da definição legal dos crimes de perigo abstrato, normas penais em branco e criminalização de atos preparatórios; novas técnicas de investigação (política de barganha); flexibilização das garantias penais e processuais; hipertrofia legislativa; aumento das penas e endurecimento da fase executória.

Já advertia Silva Sánchez (2002, p. 75) que

O Direito penal da globalização econômica e da integração supranacional será um Direito já crescentemente unificado, mas também menos

garantista, no qual se flexibilizarão as regras de imputação e se relativização as garantias político-criminais, substantivas e processuais.

Essas mudanças de paradigmas acenderam a discussão sobre a teoria do "Direito Penal do Inimigo" denominada por Günther Jakobs, com a implantação de uma Direito Penal de Terceira Velocidade, marcada por política criminal de combate.

Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2010, p. 177) referindo-se a Cancio Meliá menciona que

As características principais desta política praticada nos últimos tempos, utilizando a terminologia 'expansão do Direito penal', aventada na obra 'Direito Penal do Inimigo', escrita em co-autoria com Günther Jakobs: 1) hipertrofia legislativa irracional (caos normativo); 2) instrumentalização do Direito Penal; 3) inoperatividade, seletividade e simbolismo; 4) excessiva antecipação da tutela penal (prevencionismo); 5) descodificação; 6) desformalização (flexibilização das garantias penais, processuais e execucionais); 7) prisionização (exploração carcerária).

Em suma, Meliá ressalta que na evolução atual, seja do Direito Penal, seja do Direito processual, delineiam-se tendência que, em seu conjunto, representam traços de um 'Direito Penal da colocação em risco de características antiliberais'. Essas linhas de evolução - 'simbólica' e 'punitivista' - constituem, segundo esse autor, a genealogia do 'Direito Penal do Inimigo'.

Dessa forma, nota-se que a expansão do Direito Penal está intimamente relacionada ao Direito Penal do Inimigo, tema que será abordado no próximo capítulo.

5 DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO ÚLTIMA CONSEQUÊNCIA DA EXPANSÃO

A teoria do Direito Penal Do Inimigo, foi desenvolvida pelo professor alemão Gunter Jakobs, na segunda metade da década de 1990, pautada da Teoria dos Sistemas de Luhman, a qual sustenta que a função do Direito Penal é a de reafirmar a vigência da norma, ou seja, a finalidade do Direito Penal consiste na garantia da vigência da norma para a estabilização da sociedade (MORAES, 2010, p. 181).

Segundo Alexandre Rocha A. de Moraes (2010, p. 181), a expressão “Direito Penal do Inimigo” foi apresentada pela primeira vez em uma palestra em Frankfurt em 1985, de forma mais ampla, em referência crítica a tendência que havia na Alemanha em criminalizar o “estado prévio à lesão de um bem jurídico”.

Nos últimos anos acentuou a sensação de insegurança, em razão do medo do terrorismo, principalmente, com os ataques ocorridos no 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos da América, tendo a Teoria recebido maior destaque e aceitação.

Jakobs encontrou uma base filosófica nos contratualistas, especialmente em Hobbes e Kant. O primeiro mantinha a qualidade de cidadão ao delincente, como observa Jakobs (2002, p. 27)

O cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu status. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: ‘Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza’.

Já para Kant “O direito penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o Direito penal do inimigo é Direito em outro sentido” (JAKOBS, 2002, p. 29).

Jakobs (2002, p. 30) ensina que

O Direito penal do cidadão é o direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ser limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz.

Manuel Cancio Meliá (2008, p. 67), afirma que:

Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Luiz Flávio Gomes (apud Moraes, p. 197), apresenta as características da teoria de Jakobs, da seguinte forma:

- a) o inimigo não pode ser punido com pena, mas sim, com medida de segurança;
- b) não deve ser punido com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade;
- c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), mas sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro);
- d) não é um direito penal retrospectivo, mas sim, prospectivo;
- e) o inimigo não é um sujeito de direito, mas sim, objeto de coação;
- f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já, o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade);
- g) o direito penal do cidadão mantém a vigência da norma e o do inimigo combate preponderantemente os perigos;
- h) o direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios;
- i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, se justifica a antecipação ocasional, pois espera-se a exteriorização de um fato que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma), em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), que deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.

Por outro lado, criticando a Teoria do Direito Penal do Inimigo, Luís Greco (2005, p. 112) leciona que:

O conceito de direito penal do inimigo não pode pretender lugar na ciência do direito penal. Ele não serve nem para justificar um determinado dispositivo, nem para descrevê-lo, nem para criticá-lo. Como conceito legitimador-afirmativo, ele é nocivo; como conceito descritivo, inimaginável; como conceito crítico, na melhor das hipóteses desnecessário. A discussão sobre o direito penal do inimigo está se mostrando demasiado emocional [...] o conceito de direito penal do inimigo não convida de modo algum à racionalidade. Mas lá onde se trata de punir – isto é, de impor coativamente sofrimento ou juízos de reproche pelo estado – mostra-se necessária mais do que nunca uma atitude de objetividade, de sobriedade, de racionalidade. Uma tal atitude não é de modo algum favorecida pelo direito penal do inimigo, em quaisquer de seus três significados. Se quisermos que a razão

mantenha o seu lugar no direito penal, não resta nele lugar algum para o direito penal do inimigo.

Atualmente, o Direito Penal do Inimigo deixou de ser apenas uma teoria e passou a integrar a realidade fática do mundo jurídico.

5.1 Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Cidadão

Um dos pontos fundamentais da Teoria do Direito Penal do Inimigo é a distinção entre o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, embora haja separação ambos convivem no mesmo plano.

Conforme leciona Silva Sánchez (2002, p. 149), o inimigo seria aquele que abandona o Direito de um “modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental”, isto é, “alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio da sua conduta”.

Para Jakobs, os inimigos não são pessoas (“Feinde sind aktuell Unpersonen”), como bem observado por Morais (2010, p. 191).

Segundo Damásio Evangelista de Jesus (2008, p. 09), o inimigo é todo aquele “que reincide persistentemente na prática de delitos ou que comete crimes que ponham em risco a própria existência do Estado, apontando como exemplo maior a figura do terrorista”.

Na lição de Jakobs (2008, p. 42), somente seria pessoa

Quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real. E desta contestação tampouco fica excluído o ordenamento jurídico em si mesmo: somente se é imposto realmente, ao menos em linhas gerais, tem uma vigência mais que ideal, isto é, real.

Aduz Luiz Flávio Gomes (2004, p. 2), que

De acordo com a tese de Jakobs, o Estado pode proceder de dois modos contra os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Dois, portanto, seriam os Direitos Penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito Penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito Penal do cidadão é um Direito Penal de todos; o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam

permanente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia.

Muito se critica essa distinção entre pessoa e inimigo no Estado Democrático de Direito, pois violaria a dignidade da pessoa humana. Ocorre que o objetivo dessa diferenciação é a coexistência de regras distintas para aquele que seria considerado pessoa e inimigo, evitando, assim, a imposição de normas típicas do Direito Penal do Inimigo indistintamente aos inimigos e aos cidadãos.

5.2 Velocidades do Direito Penal

Silva Sánchez apresentou a “Teoria das Velocidades do Direito Penal” (2002, p. 146), revelando preocupação com a consolidação de um único Direito Penal Moderno.

Nas palavras de Damásio de Jesus (2008), citando Silva Sánchez:

- a) Direito Penal de primeira velocidade: trata-se do modelo de Direito Penal liberal-clássico, que se utiliza preferencialmente da pena privativa de liberdade, mas se funda em garantias individuais inarredáveis.
- b) Direito Penal de segunda velocidade: cuida-se do modelo que incorpora duas tendências (aparentemente antagônicas), a saber, a flexibilização proporcional de determinadas garantias penais e processuais aliada à adoção das medidas alternativas à prisão (penas restritivas de direito, pecuniárias etc.). No Brasil, começou a ser introduzido com a Reforma Penal de 1984 e se consolidou com a edição da Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099, de 1995).
- c) Direito Penal de terceira velocidade: refere-se a uma mescla entre as características acima, vale dizer, utiliza-se da pena privativa de liberdade (como o faz o Direito Penal de primeira velocidade), mas permite a flexibilização de garantias materiais e processuais (o que ocorre no âmbito do Direito Penal de segunda velocidade). Essa tendência pode ser vista em algumas recentes leis brasileiras, como a Lei dos Crimes Hediondos, Lei n. 8.072, de 1990, que, por exemplo, aumentou consideravelmente a pena de vários delitos, estabeleceu o cumprimento da pena em regime integralmente fechado e suprimiu, ou tentou suprimir, algumas prerrogativas processuais (exemplo: a liberdade provisória), e a Lei do Crime Organizado (Lei n. 9.034, de 1995), entre outras.

A primeira velocidade consiste no modelo clássico-liberal do direito penal, com predomínio das penas privativas de liberdade, com observâncias das garantias fundamentais limitadoras do poder punitivo estatal.

A segunda velocidade do Direito Penal, possui a característica da flexibilização das garantias penais e processuais penas, com a substituição da pena

de prisão por penas restritivas de direito e pena pecuniária. Grande marco dessa velocidade no ordenamento jurídico brasileiro é a Lei nº 9.099/95 que dispõe sobre os Juizados Especiais.

Já na terceira velocidade do Direito Penal ocorre a junção das características das duas velocidades, ou seja, aplicação da pena privativa de liberdade com a flexibilização das garantias materiais e processuais.

Indaga Silva Sánchez (2002, p. 148), se seria possível “admitir uma ‘terceira velocidade’ do Direito Penal na qual o Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”, características essas típicas do Direito Penal do Inimigo de Jakobs.

Sendo assim, o Direito Penal do Inimigo é definido como sendo um Direito de Terceira Velocidade, pois predomina penas privativas de liberdades com a flexibilização das garantias materiais e processuais.

5.3 Reflexos no Direito Penal Brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro é possível encontrar diversas normas típicas do Direito Penal do Inimigo, com relativização de regras de imputação e de garantias constitucionais.

A própria Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto mandado de criminalização explícito, em seu inciso XLIII do artigo 5º, que determina o legislador infraconstitucional dar tratamento mais rigoroso aos crimes etiquetados como hediondos e equiparados. Trata-se de política criminal típica do movimento “Lei e Ordem” do sistema norte americano.

A título exemplificativo, vale mencionar algumas leis extravagantes que possuem feição de Direito Penal do Inimigo, como a Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que inicialmente proibia a liberdade provisória, vedava indulto e determinava o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Em 1994 a referida lei foi alterada pela Lei nº 8.930, com iniciativa da novelista Glória Perez, após o assassinato brutal de sua filha, a atriz Daniella Perez, crime que teve grande repercussão midiática.

No ano de 2006, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o §1º do artigo 2º da lei, que vedava a possibilidade de progressão

de regime (HC 82959). Em 2007, com o advento da Lei nº11.464/2007, tornou-se possível a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos ou equiparados, nas hipóteses em que ausentes os fundamentos previstos no artigo 312 do CPP.

A Lei nº 9.034/95 (Lei do Crime Organizado revogada pela Lei nº 10.850/13), excepcionou os meios de obtenção de prova e de procedimentos investigatórios para aqueles que integram uma organização criminosa, mitigando garantias penais e processuais.

A Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) possui diversos tipos que criminalizam condutas que podem ser consideradas como ato preparatórios de outros crimes. O artigo 52 da referida lei pune, com pena de detenção de seis meses a um ano, simples ação de entrar em uma unidade de conservação em posse de instrumentos para caça ou para exploração de produtos florestais sem a devida licença. A ausência de licença da autoridade competente é elemento normativo do tipo. Trata-se de crime de perigo abstrato, cuja consumação dispensa a ocorrência de dano efetivo ao meio ambiente.

Pela Lei do Abate (Lei nº 9.614/98 que alterou a Lei nº 5.565/86 - Código Brasileiro de Aeronáutica), é possível abater aeronaves, que estejam sobrevoando o espaço aéreo brasileiro, consideradas suspeitas de tráfico de entorpecentes e drogas afins e que venham a ser consideradas hostis. Dessa forma, a legislação permite a derrubada de aviões considerados hostis após uma série de procedimentos ignorados pelo piloto desta aeronave. Para Luiz Flávio Gomes, há ofensa a diversos dispositivos constitucionais, como art. 4º, II, VI, VII e art. 5º, caput, incisos II, III, XXXVII, XLVI, XLVII, LIII, LIV, LV, LVII e 2º todos da Constituição Federal de 1988, destacando violação aos princípios da inviolabilidade do direito à vida, proibição da pena de morte em tempo de paz e devido processo legal.

O Regime Disciplinar Diferenciado, introduzido pela Lei nº 10.792/03 que alterou a Lei de Execuções Penais, é uma forma especial do cumprimento de pena em regime fechado, mais rigoroso, que pode ser aplicado como sanção disciplinar (para o condenado que comete fato entendido como crime doloso que ocasione a desordem e a indisciplina no presídio) ou medida cautelar (para o condenado que apresenta alto risco para ordem e segurança da casa prisional, bem como para a sociedade, além das suspeitas que recaiam sobre um possível envolvimento em organização ou associação criminosa), consistente no recolhimento em cela individual, com visita semanal de duas pessoas, (sem contar

as crianças), de duas horas de banho de sol por dia, com duração de no máximo 360 dias, sem prejuízo da repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie, até o limite de 1/6 da pena aplicada.

Embora ainda há quem questione sua constitucionalidade, o Regime Disciplinar Diferenciado também é um exemplo do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, tendência da expansão do Direito Penal moderno.

A Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), em seu artigo 14, define como crime o porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, sendo que o Supremo Tribunal Federal, levando em consideração que uma arma desmuniada é um potencial para o cometimento de outros crimes, como o roubo, por exemplo (HC nº 95.073-MS, Informativo 699 STF).

A Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas ou Lei de Tóxicos) também traz em seu texto ramificações do Direito Penal do Inimigo. O artigo 33, parágrafo 1º, inciso I, criminaliza a conduta de importar, exportar, remeter, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, fornecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo ou guardar matéria prima, insumo ou algum produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Considera-se matéria prima toda e qualquer substância que pode ser utilizada na produção de drogas, ou seja, aquelas destinada exclusivamente a esse fim, bem como as que, eventualmente, se sirvam a tal finalidade.

Por sua vez, a Lei nº 13.260/2016 (Lei Antiterrorismo), em seu artigo 3º, pune com reclusão de 05 a 08 anos e multa quem promove, constitui, integra ou presta auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista. Contudo, não esclarece de forma precisa o que vem a ser organização terrorista, deixando ampla margem ao aplicador da lei.

Já o artigo 5º da Lei Antiterrorismo, pune a prática de atos preparatórios para fim de consumir terrorismo, atribuindo-lhe a pena do crime consumado, diminuída até a metade.

Além da legislação extravagante, o Código Penal também contém dispositivos característico do Direito Penal do Inimigo. O exemplo mais evidente do Direito Penal do Inimigo no Código Penal Brasileiro é o tipificado no artigo 288 desse diploma legal segundo o qual é crime a associação de mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes.

Quando questionado acerca de ser a formação de quadrilha um assunto privado relacionado apenas à consciência dos indivíduos, Jakobs *apud* Moraes (2010, p. 172) disserta que:

Na medida em que se insinue com essa pergunta que a persecução de fins antijurídicos não poderia ser uma questão privada por ela se vir afetada não somente a formação de quadrilha, como também a concepção em seu conjunto. Toda a preparação de um delito pode ser definida como uma conduta que é não-privada, mas então já não se tem nenhum motivo para se deter ante a incriminação de pensamentos. Por essa via, todo o direito penal se converte um direito penal de inimigos.

Outro exemplo é o disposto no artigo 253, do Código Penal, que tipifica a conduta de fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação.

Dessa forma, embora não tenha sido adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, é possível encontrar diversos tipos com viés da teoria do Direito Penal do Inimigo. Por outro lado, após a constatação de normas típicas do Direito Penal do Inimigo, indaga-se se esse tipo de legislação seria legítima ou não no Estado Democrático de Direito.

5.4 Legitimidade da Expansão ou Modernização do Direito Penal

Após uma breve explanação sobre os principais aspectos e características da Teoria do Direito Penal do Inimigo e da constatação de sua existência real no ordenamento jurídico vigente, discute-se a legitimidade ou não dessa expansão e/ou modernização do Direito Penal frente ao Estado Democrático de Direito.

Nos termos do preâmbulo da Constituição Federal de 1988, o Estado Democrático de Direito, mais do que o Estado de Direito pautado na igualdade de todos perante a lei, assegura “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito”.

Analisando o Direito Penal no Estado Democrático de Direito, afirma Capez (2006, p. 9) que:

A norma penal, portanto, em um Estado Democrático de Direito não é somente aquela que formalmente descreve um fato como infração penal, pouco importando se ele ofende ou não um sentimento social de justiça; ao contrário, sob pena de colidir com a constituição, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, somente aqueles que possuem real lesividade social.

O Direito Penal deve respeitar os princípios, direitos e garantias constitucionais norteadores da aplicação penal, mas os direitos fundamentais não possuem hierarquia e não são absolutos, podendo sofrer limitações desde que com fundamento na Constituição, leciona Robert Alexy (2008, p. 93), “se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido”. E continua Alexy (2008, p. 296) afirmando que:

Uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão. Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade.

A título ilustrativo, vale ressaltar que a própria Constituição Federal de 1988 ao elencar o direito fundamental de liberdade de expressão e manifestação de pensamento, em seu inciso IV, do artigo 5º, restringe-o ao vedar o anonimato. Da mesma forma, a inviolabilidade de domicílio, prevista no inciso XI, do referido artigo, encontra restrição ao possibilitar o ingresso na casa mesmo sem consentimento do morador, em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia por determinação judicial.

Mas como nem sempre a Constituição Federal traz as ressalvas, o que fazer quando dois diferentes direitos fundamentais colidem? Cabe ao interprete solucionar a questão, que não se apresenta de forma simples, mediante a ponderação de interesses, procedimento ligado ao princípio da proporcionalidade. Sobre o tema, Dworkin lembrado por Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2010, p. 298) assevera que:

Quando dois princípios entram em colisão, tendo um que ceder em face do outro, isto não significa que o princípio afastado será declarado inválido. Esta relação de precedência ressalta o aspecto de que, diante de determinadas situações, o princípio A preceder o princípio B e, ao revés, sendo observadas outras situações, passa o princípio B a preceder o princípio A.

Por outro lado, a restrição dos direitos e garantias fundamentais encontra limites, chamados de limites imanentes ou “limites dos limites”. Sobre referidos limites Gilmar Mendes (2010, p. 393-394) aduz que:

Da análise dos direitos individuais pode-se extrair a conclusão direta de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perde de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou "limites dos limites", que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Ocorre que, em uma sociedade complexa e moderna, o sistema jurídico penal deve colaborar para redução dessa complexidade, tornando-se necessária a flexibilização de certos direitos e garantias fundamentais individuais, para efetivação dos direitos fundamentais sociais, como a segurança pública, por exemplo. Nesse sentido, Alerta Ponte (2008, p. 164) que:

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, exigem 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.

Continua o pensamento Ponte (2008, p. 164):

Caso todos os direitos e garantias individuais 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 deleção premiada que resultasse em perdão judicial, etc.

Nota-se que a grande questão dentro da expansão do Direito Penal gira em torno da colisão entre os direitos e garantias fundamentais individuais e os direitos e garantias fundamentais sociais. Todavia, a análise da legitimidade ou não dessa expansão dever ser feita no caso em concreto, observando a proporcionalidade, pois em abstrato, não há que se falar em ilegitimidade ou

inconstitucionalidade da relativização de direitos e garantias fundamentais individuais em razão da efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 23) define a proporcionalidade como

Uma regra de interpretação e aplicação do direito, (...) empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da proporcionalidade (...) é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais.

A proporcionalidade não está expressamente prevista na Constituição Federal, mas está consagrada implicitamente, podendo ser abstraído da cláusula do devido processo legal em seu caráter substantivo, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (Informativo nº 381).

Por sua vez, Humberto Ávila compreende a Proporcionalidade como um postulado e não como princípio, ou seja, uma metanorma – normas que estabelecem critérios de aplicação sobre outras normas (2005).

No ordenamento jurídico pátrio, o postulado da proporcionalidade tem adquirido grande importância, notadamente, como método interpretativo de normas constitucionais proporcionando legitimidade as restrições dos direitos e garantias fundamentais individuais ou implementando os direitos e garantias fundamentais sociais.

O Postulado da Proporcionalidade possui tríplice dimensão, abrangendo adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação possui relação entre meio e fim, no sentido de que a medida utilizada seja idônea à obtenção do resultado pretendido. Todavia, não basta que haja adequação do meio ao fim, é necessário que seja o meio necessário para atingir o objetivo almejado, devendo escolher dentre os meios necessários ou menos lesivo, ou seja, o necessário. A proporcionalidade em sentido estrito refere-se a predominância do valor de maior relevância, a relação entre custo e benefício. Assim, quanto maior for a intervenção em um determinado direito, maior devem ser os motivos que justificam essa intervenção.

Ávila (2005, p. 114) sintetiza que:

Devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para

atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).

Vale ressaltar que a proporcionalidade em sentido estrito possui duas vertentes: a Proibição de Excesso, que proíbe que o Estado aja de forma excessiva, bem como a Proibição da Proteção Insuficiente, sendo que a medida não pode ser insuficiente para atingir o fim almejado.

Dessa forma, no Estado Democrático de Direito, o Direito Penal, mais do que respeitar os direitos e garantias fundamentais, tem a obrigação de implementá-los. Essa atuação do Estado é conhecida também como princípio da proteção deficiente. Nesse sentido, Sarlet (2012, p. 338) acentua que:

O Princípio da proporcionalidade atua aqui, no plano da proibição de excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais. Por outro lado, poderá o Estado frustrar seus deveres de proteção atuando de modo insuficiente, isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos ou mesmo deixando de atuar - hipótese, por sua vez, vinculada (ao menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais.

Analisando a possibilidade da execução provisória da pena o Supremo Tribunal Federal, no HC nº 126.292, decidiu que “a execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (CF/1988, art. 5º, LVII)”. O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, explanando sobre o princípio da inocência ou presunção de não culpabilidade e o direito fundamental à segurança pública, ressaltou que “a inocência é um princípio, e como tal está sujeita a ponderação como outros bens jurídicos constitucionais”. E continua:

O princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa, relativa à vedação do excesso, que atua como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Ele abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à vedação à proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. A ideia é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. Tal princípio tem sido aplicado pela jurisprudência desta Corte em diversas ocasiões para afastar a incidência de normas que impliquem a tutela deficiente de preceitos constitucionais.

Na presente hipótese, não há dúvida de que a interpretação que interdita a prisão anterior ao trânsito em julgado tem representado uma proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e

a integridade física e moral das pessoas. Afinal, um direito penal sério e eficaz constitui instrumento para a garantia desses bens jurídicos tão caros à ordem constitucional de 1988. A exigência de uma intervenção eficaz não é, porém, incompatível com a defesa de uma intervenção mínima do direito penal. Um direito penal efetivo, capaz de cumprir os seus objetivos, não precisa de excesso de tipificações, nem de exacerbação de penas. Na clássica, mas ainda atual lição de Cesare Beccaria: “A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade”.

Assim sendo, a partir de uma ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos e à luz do mandamento da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, é possível concluir que a execução provisória da pena aplicada a réu já condenado em segundo grau de jurisdição, que esteja aguardando apenas o julgamento de RE e de REsp, não viola a presunção de inocência. Em verdade, a execução da pena nesse caso justifica-se pela necessidade de promoção de outros relevantes bens jurídicos constitucionais.

Nesse contexto, o Direito Penal no Estado Democrático de Direito deve preservar e garantir os direitos fundamentais do cidadão. Na lição de Daniel Resende Salgado (2009, p. 6-10), o Direito Penal é um instrumento de defesa do cidadão e da coletividade contra aqueles cujas condutas ofendem os bens jurídico mais preciosos, entre os quais destacam-se os bens de natureza coletiva e difusa.

Corroborando com o exposto, Häberle *apud* Baltazer Junior (2010, p. 213) destaca que “onde a liberdade do indivíduo não fosse assegurada penalmente contra as ameaças dos abusos da liberdade de outros, não se poderia mais falar no significado de uma liberdade para a vida em conjunto’, o mais forte impor-se-ia”.

Dessa forma, a expansão do Direito Penal, desde que respeitada a proporcionalidade, não viola direitos e garantias fundamentais, pois o conteúdo dos direitos fundamentais deve atender as necessidades da sociedade moderna e complexa, proporcionando combate efetivo à nova criminalidade, notadamente os crimes praticados pelas organizações criminosas, crimes de lavagem de dinheiro, tributário, corrupção, terrorismo, etc.

Importante observar, que a complexidade da sociedade atual e a criminalidade moderna exigem uma releitura do alcance dos direitos e garantias fundamentais individuais, diante da necessidade de se implementar o direitos e garantias fundamentais sociais, respeitando-se, assim, as duas facetas do princípio da proporcionalidade, ou seja, a vedação da proteção deficiente e a vedação da atuação excessiva, acabando com o paradigma da impunidade.

6 CONCLUSÃO

Como exposto no início do trabalho, o Direito Penal reflete o estágio evolutivo da sociedade e para compreender a expansão do Direito Penal é necessário compreender as características e complexidade da sociedade atual.

Vários fatores contribuíram para que essa mudança na sociedade fosse acontecendo, como a revolução industrial, a globalização, inovações tecnológicas, institucionalização da sensação de insegurança, o que foi agravado pela ineficiência do Estado em implementar políticas públicas básicas e o descrédito de outras instâncias de proteção.

Como efeito colateral da modernidade, a criminalidade foi se profissionalizando e novos crimes surgiram, os quais o Direito Penal Clássico não conseguiu enfrentá-los, exigindo-se uma modernização do Direito Penal para tutelar os novos bens jurídicos e dispor de mecanismos eficientes para combater a nova criminalidade, em especial o crime organizado, crimes do colarinho branco e cibercrimes.

Ocorre que os Poderes Executivos e Legislativos tendo conhecimento do anseio social por mais segurança, passaram a implantar um discurso expansionista do Direito Penal, com intenção de ganhar votos, legislando de maneira desarrazoadas, e muitas vezes em ofensa ao princípio da proporcionalidade, transformando-o em um Direito Penal simbólico.

Contudo, não há como se negar a importância do Direito Penal como instrumento mais eficiente de combate à criminalidade moderna. E, buscando se modernizar, o Direito Penal se expandiu, antecipando a intervenção penal, passando a criminalizar atos preparatórios e crimes de perigo abstrato, bem como o endurecimento do tratamento aos infratores da norma.

Analisando o ordenamento jurídico brasileiro foi possível encontrar diversas normas típicas do Direito Penal do Inimigo como última consequência da expansão, tais como a lei dos crimes hediondos, a do crime organizado, a dos crimes ambientais, a do abate, a de drogas e a antiterror, sem que haja uma distinção clara entre inimigo e cidadão, como idealizado por Günther Jakobs. Mas, isso não significa que toda expansão do Direito Penal corresponde a Teoria do Direito Penal do Inimigo.

A discussão sobre a legitimidade ou não da expansão do Direito Penal diante do Estado Democrático de Direito gira em torno da possibilidade de admitir ou não a flexibilização dos direitos e garantias fundamentais individuais diante dos direitos e garantias fundamentais sociais como a segurança pública e a paz social, por exemplo.

No Direito Penal moderno há uma colisão entre os direitos e garantias fundamentais individuais e os sociais. Inegavelmente, não há como enfrentar a nova criminalidade organizada e complexa por meio dos direitos fundamentais clássicos e como não há direitos fundamentais absolutos, é possível restringir os individuais, atendendo o núcleo essencial dos mesmos, efetivando os direitos fundamentais sociais, em observância aos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

A legitimidade da expansão do Direito Penal, deve ser aferida diante do caso concreto, em observância aos postulados da proporcionalidade ou razoabilidade, respeitando a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Sob a ótica da proporcionalidade em sentido estrito, o Estado Democrático de Direito tem o dever de efetivar os direitos e garantias fundamentais, em respeito ao princípio da proteção deficiente, que exige uma atuação positiva do Estado no combate a nova criminalidade.

Conclusivamente, é possível legitimar a expansão da tutela penal desde que se estabeleça limites para garantir a proteção dos direitos fundamentais, concretizando as diretrizes do Estado Democrático de Direito e da proteção da sociedade, à luz do princípio da proporcionalidade. Contudo, não se deve esperar que o Direito Penal seja o único instrumento viável de combate às mazelas sociais, devendo o Estado executar políticas públicas eficazes, evitando-se com isso, políticas criminais meramente simbólicas.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

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

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da UNESP, 1997.

_____. **O que é globalização?**. São Paulo: Paz e Terra. Tradução: André Carone, 1999.

_____. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Ed. 34, 2010.

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

_____. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011

_____. **Direito Penal no Terceiro Milênio** Estudo em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

BRAGA JUNIOR, Américo. **A (i)letígia expansão do direito penal a partir do procedimento da ponderação de Robert Alexy: a proporcionalidade como vetor para uma adequada releitura dos direitos fundamentais no século XXI**. 2014. 290 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 2014.

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

_____. Conselho De Controle De Atividades Financeiras (COAF). **Fases da lavagem de dinheiro**. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. Ministério Público Federal. **10 medidas contra a corrupção**. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.414**. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília. 31/05/2012. Disponível em:<

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3994214>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 470**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília. 03/09/2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24179648/acao-penal-ap-470-mg-stf>>. Acesso em: 08 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 95.073**. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília. 19/03/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo699.htm>>. Acesso em 02 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 96.007**. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília. 12/06/2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807847/habeas-corpus-hc-96007-sp-stf/inteiro-teor-112281150>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal 4ª Região. **Ação Criminal 5026212-82.2014.4.04.7000**. Relator Desembargador João Pedro Gebran Neto. Paraná. 14/04/2016. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=5026212-82.2014.4.04.7000&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&selForma=NU&hdnRefId=de03e4b153e1c971dae98ff0d4c82b19&txtPalavraGerada=hxbk>. Acesso em: 14 mar. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal 4ª Região – **Apelação Criminal 5046512-94.2016.4.04.7000** – Relator Desembargador João Pedro Gebran Neto. Paraná. 24/01/2018. Disponível em:< https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/537943925/apelacao-criminal-acr-50465129420164047000-pr-5046512-9420164047000/inteiro-teor-537944117?ref=topic_feed>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal 5ª Região. **Apelação Criminal 5520- CE**. Relator Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. Recife. 22/10/2008. Disponível em: < <https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8249976/apelacao-criminal-acr-5520-ce-0014586-4020054058100> >. Acesso em: 11 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal 1.0024.14.237823-1/001**. Relator Desembargador Alexandre Victor de Carvalho. Belo Horizonte. 22/08/2017. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10024142378231001>. Acesso em: 14 mai. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 2 parte especial: arts 121 a 212. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014.

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO. Núcleo de estudos, pesquisa e extensão – NEPE. Normalização para apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso da Toledo de presidente Prudente. 2 ed. Presidente Prudente, 2015.

Congresso Internacional de Ciências Criminais, 6., 2015, Porto Alegre, RS. **Direito penal e política criminal**. Organizadores Fabio Roberto D'Avila, Daniel Leonhardt dos Santos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015. 840 p. Disponível em: <www.pucrs.br/edipucrs>. Acesso em: 20 mai 2018.

COPETTI, André; GRINOVER, Ada Pellegrini; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique; DUARTE, Luiz Carlos Rodrigues; LUISI, Luiz; PRADO, Luiz Regis; CERNICCHIARO, Luiz Vicente; RIVACO. **Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.12.850/2013**. Salvador: JusPodivum, 2014.

DAHER; Roberto José. **História do Direito Penal**. Disponível em: <<http://198.136.59.195/~facp/revista/index.php/reFACP/article/view/2/2>>. Acesso em: 12 mai. 2018.

DINO, Alessandra; MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. **Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa**. São Paulo: UNESP, 2010

Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/pf-detalha-esquema-do-pao-nosso-que-prendeu-delegado-e-ex-secretario-de-sergio-cabral.ghtml>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

DUARTE, Luiz Carlos Rodrigues. **Princípio vitimológico e criminalidade organizada**. In: COPETTI, André (Org.) et al. **Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Informática e Criminalidade: parte I: Lineamentos e Definições**. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, São Paulo, v. 13, n. 2, 2000.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, 'sociedade de risco' e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FRANCO, Alberto Silva. **Globalização e Criminalidade dos Poderosos**. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 216.

GARRUTTI, Selson; OLIVEIRA, Rita de Cássia da Silva. **A Prisão e o Sistema Penitenciário – Uma Visão Histórica**. Disponível em: <http://www.ppe.uem.br/publicacoes/seminario_ppe_2012/trabalhos/co_02/036.pdf> Acesso em: 13 mai. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei do abate: inconstitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 27 jun. 2018.

_____. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

_____; BIANCHINI, Alice. **Jakobs e o direito penal do inimigo**. P. 538. In *Direito Penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao prof. Francisco Muñoz Conde*. Coord. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GRAÇA; Victor da Silveira. **Análise Crítica das Escolas Penais, sob à Luz dos Fins e Funções da Pena**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/13377-13378-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2018.

GRECO, Luís. **Sobre o chamado direito penal do inimigo**. Ciências Criminais, nº 56. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

GUIMARÃES, Alisson Gomes. **O Direito Penal de Emergência e Suas Implicações nas Políticas Criminais Contemporâneas do Brasil**. Disponível em: <<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2013/JornadaEixo2013/anais-eixo9-poderviolenciaepoliticaspUBLICAS/odireitopenaldeemergenciaesuasimplicacoesnaspolicasCriminaiscontemporaneasdoBrasil.pdf>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

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

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito penal do inimigo**. Breves considerações. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10836>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

PINTO JUNIOR; Alceu de Oliveira. **A Necessidade de Adequação dos Meios de Prova à Nova Realidade Criminal: Novos Cenários e Novos Atores**. Disponível em: <

<https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/96/Tese%20Alceu%20de%20Oliveira%20Pinto%20Junior%20-2016.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MADEIRA; Lígia Mori. **História do Direito Medieval: Heranças Jurídico-políticas para a Construção da Modernidade**. Disponível em:<
https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v8n15n16/Historia_do_direito_medieval.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2018.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A culpabilidade no direito penal contemporâneo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2010.

NASCIMENTO; Brenda Souza; CARVALHO; Lívia Almeida. **Evolução do Princípio da Proporcionalidade do Direito Penal**. Disponível em: <
<http://revistas.unifenas.br/index.php/BIC/article/view/131/76>> Acesso em: 13 mai. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: Parte geral: parte especial**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Joerberth Pinto. **Expansão penal e intervenção mínima: paradoxos do direito penal contemporâneo**. 2011, 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 2011.

OLIVEIRA, Edmundo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminologia e política criminal**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

_____; FELICIO, Guilherme Lopes. **O direito penal a partir de um estado democrático de direito: o legado da reforma penal brasileira de 1984 para a Constituição Federal de 1988**. Disponível em:<
http://www.lex.com.br/doutrina_27676469>. Acesso em: 20 jul. 2018.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SALGADO, Daniel de Resende. **O sistema penal em crise**. São Paulo, mar. 2009. Revista Artigo 5º, São Paulo, ano II, ed. 7, mar. 2009. p. 6-10. Entrevista concedida à delegada federal Dominique de Castro Oliveira.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Cesar Antonio da. **Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798, 2002. Disponível em < <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/97313> >. Acesso em: 01 jul. 2018.

VAZ, Laurita. **Discurso de Posse**. Disponível em http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Discurso%20de%20posse%20no%20car. Acesso em 10 mar 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crime organizado: uma categorização frustrada**. Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, 1996.

_____. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

VADE Mecum. 23ª ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.