

**FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS**  
**RENATO MENDES WISNIEWSKI**

**O SURGIMENTO DE AGÊNCIAS ESTATAIS DE CONTROLE SOBRE  
O CRIME ORGANIZADO NO BRASIL: UMA LEITURA DA ADEQUAÇÃO  
CONSTITUCIONAL DAS RESPOSTAS AOS NOVOS FENÔMENOS**

POUSO ALEGRE - MG

2016

**RENATO MENDES WISNIEWSKI**

**O SURGIMENTO DE AGÊNCIAS ESTATAIS DE CONTROLE SOBRE  
O CRIME ORGANIZADO NO BRASIL: UMA LEITURA DA ADEQUAÇÃO  
CONSTITUCIONAL DAS RESPOSTAS AOS NOVOS FENÔMENOS**

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas, área de concentração em constitucionalismo e democracia e linha de pesquisa em efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho.

POUSO ALEGRE - MG

2016

## FICHA CATALOGRÁFICA

**W762s** Wisniewski, Renato Mendes.

O surgimento de agências estatais de controle sobre o crime organizado no Brasil: uma leitura da adequação constitucional das respostas aos novos fenômenos / Renato Mendes Wisniewski. Pouso Alegre – MG: FDSM, 2016. 213 p.

Orientador: Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho.  
Dissertação (Pós-Graduação) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Mestrado em Direito.

1. Crime Organizado. 2. Agências de controle. 3. Garantismo Penal. I. Wisniewski, Renato Mendes. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Mestrado em Direito. III. O surgimento de agências estatais de controle sobre o crime organizado no Brasil: uma leitura da adequação constitucional das respostas aos novos fenômenos.

**CDU 340**

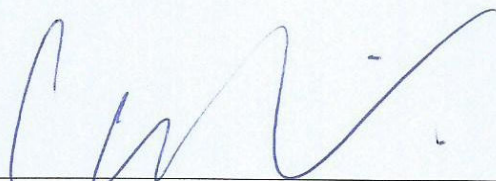
RENATO MENDES WISNIEWSKI

O SURGIMENTO DE AGÊNCIAS ESTATAIS DE CONTROLE SOBRE O CRIME  
ORGANIZADO NO BRASIL: UMA LEITURA DA ADEQUAÇÃO  
CONSTITUCIONAL DAS RESPOSTAS AOS NOVOS FENÔMENOS

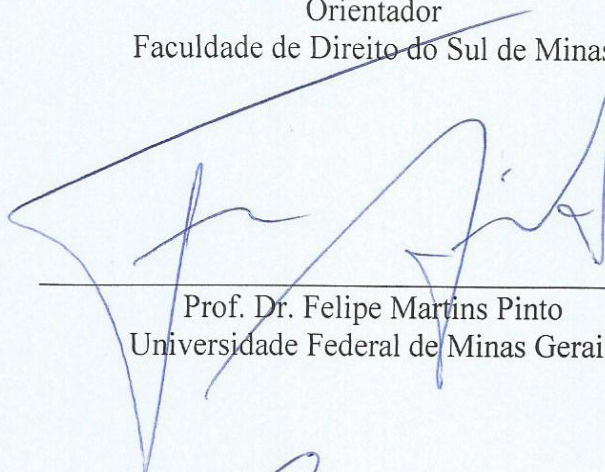
FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação 21 / 05 / 16

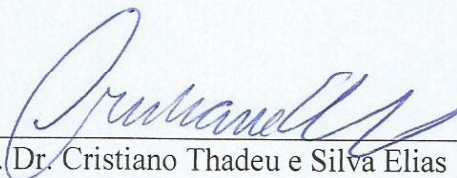
Banca Examinadora



Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho  
Orientador  
Faculdade de Direito do Sul de Minas



Prof. Dr. Felipe Martins Pinto  
Universidade Federal de Minas Gerais



Prof. Dr. Cristiano Thadeu e Silva Elias  
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Pouso Alegre - MG  
2016

*Dedicado a Deus.*

*Também à Luciane, BB, Eva, Renato e Evelyn,  
Anjos de luz na minha vida, por tudo aquilo que é impossível definir, mas relaciona-  
do a um infinito sentir, e muito mais além.*

*A todos os familiares, em especial a Elio e Sebastiana e família, Rogério e Bárbara e  
família, Paulo R. Silva e família, pela providencial orientação e segurança conferidas  
nos tortuosos caminhos da vida, desde os meus primeiros e inseguros passos.*

*Ao Professor Doutor Edson Vieira da Silva Filho, pela destacada dedicação no seu  
ministério, pelos empréstimos de raras obras, pelas horas subtraídas de suas férias,  
pelas recepções no seu lar e entre seus familiares, pelos debates e cobranças sem-  
pre legítimas e leais, pelo honrado e firme exemplo de educador comprometido.*

*Aos grandes amigos e colegas profissionais Dr. Rodrigo Tristão Cabral e Dra. Deni-  
se Tristão Cabral, espíritos de intensa luz e exemplos destacados de ética, humani-  
dade, amizade, lealdade, honra e comprometimento.*

*A todos os amigos profissionais e do curso de mestrado, em especial aos Dr. Luiz  
Carlos Veiga, Dr. Rodrigo Pimpim e família, Dr. Halley Lopes B. Neto, Dr. Marcos P.  
da Silva, Dr. Carlos E. Pinto, Dr. Waldemar Lidio G. Pinto, Dr. Mario Roberto, Dr.  
Felipe Piccin Oliveira, Dr. Juliano Lago, Dr. Rogerio L. Mota, Dra. Patrícia V. Nicolini,  
Dr. Carlos C. de C. e Franco Pinto, Dra. Karina Hashizume, Dr. Marcio Mendes, Dr.  
Carlos Luz, Dr. Geraldo, Dr. Marcos, DD. Sr. Fabio Assis Chiaradia, pelos honrados  
exemplos de dedicação às mais legítimas causas jurídicas e humanitárias, no sem-  
pre ético desempenho do Direito e da Justiça.*

*Aos amigos Nabor A. Oliveira, André Leme e família, Luciano, Adriana, Paulo, Irene,  
Néia, Lena, Aguinaldo, Marta, Sandro, Karina, Marta, Lucas e Rute, pela sempre  
agradável companhia, dedicação, e profissionalismo, que tornam levíssimo o pesado  
fardo profissional de atuar em prol da defesa social.*

*A todos os demais cujos nomes não foram expressamente definidos nesta pequena  
página, especialmente funcionários públicos, policiais e demais representantes da  
sociedade que fazem parte da história da minha vida e da minha família, com o re-  
gistro de múltiplos e fraternais abraços em razão de todos os bons momentos e das  
boas lições compartilhadas.*

*Com a dedicatória, aceitem todos o registro meu humilde e sincero agradecimento  
pelo privilegiado convívio com cada qual, sempre alguém do desejado por mim.*

*“Não são só ladrões, diz o Santo, os que cortam bolsas, ou espreitam os que se vão banhar, para lhes colher a roupa; os ladrões que mais própria e dignamente merecem este título, são aqueles a quem os Reis encomendam os exércitos e legiões, ou o governo das Províncias, ou a administração das Cidades, os quais, já com manha, já com força, roubam e despojam os povos. Os outros ladrões roubam um homem. Estes roubam Cidades e Reinos: os outros furtam de baixo do seu risco, estes sem temor nem perigo: os outros, se furtam, são enforcados, estes furtam e enforcam.”*

Padre Antonio Vieira, Sermão do Bom Ladrão, 1655.

*“O crime avulso, desorganizado e não estruturado merece a polícia, as surradas varas criminais, os fóruns atulhados de processos, a cadeia desumana. O crime dos bandidos de terno e gravata sempre aguarda em liberdade alguma decisão de tribunais superiores. Infelizmente, entre nós, a cidadania não se apóia no direito coletivo – ela tem a ver com o poder econômico.”*

Carlos Amorim, Assalto ao Poder, 2010.

## RESUMO

WISNIEWSKI, Renato Mendes. O surgimento de agências estatais de controle sobre o crime organizado no Brasil: uma leitura da adequação constitucional das respostas aos novos fenômenos. 2016. 213 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2016.

Esta dissertação está inserida na área de concentração em “constitucionalismo e democracia”, linha de pesquisa em “efetividade dos direitos fundamentais sociais”, e teve por objetivo analisar a necessidade e a legitimidade constitucional do surgimento de novas agências estatais de controle e repressão eficientes contra atividades típicas de grupos criminosos organizados. A proposta de trabalho parte da existência efetiva de uma nova modalidade criminosa, que surge na sociedade pós-industrial, ocidental e contemporânea do risco, com características peculiares de organização e complexidade, que passa a coexistir com o atual modelo de criminalidade convencional. Através da tendência de expansão penal definida por Jesús-María Silva Sánchez, se reconhece a dinâmica insuficiente do sistema criminal em oferecer respostas eficientes voltadas à prevenção e repressão das atividades típicas de grupos criminosos organizados, o que demanda uma nova dinâmica, mais eficiente, para o sistema criminal que deixa de oferecer adequada tutela aos bens jurídico-penais constitucionais atacados pela criminalidade organizada, fragilizando a efetividade dos direitos fundamentais. Reconhecida essa demanda, será preciso definir o melhor significado conceitual de crime organizado, oportunizando melhor compreensão do problema da falta de regulamentação de agências de controle estatais voltadas à prevenção e repressão do crime organizado no Brasil. A criação e regulamentação dessas agências de controle propõem a regulamentada cooperação entre agentes e instituições que já integram o sistema criminal brasileiro, propondo atuação necessariamente balizada pelos parâmetros garantistas e constitucionais atualmente vigentes, se inserindo harmonicamente no arcabouço consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, hipótese em que se apresentam constitucionalmente legítimas. E nesse panorama emerge o concreto projeto G.A.E.C.O. de atuação especial contra o crime organizado no Brasil, que propõe uma atuação penal eficiente mas que ainda não apresenta estruturação, nem conteúdo, nem regulamentação de atuação uniforme no Brasil, embora se traduza em realidade já operada no sistema criminal brasileiro.

**Palavras-chave:** crime organizado, agências de controle, expansionismo penal e garantismo penal.

## ABSTRACT

WISNIEWSKI, Renato Mendes. The emergence of state agencies of control over organized crime in Brazil: a reading of the constitutional adequacy of responses to new phenomena. 2016. 213 p. Dissertation (Master in Law) –Faculdade de Direito do Sul de Minas. Graduate Program in Law, Pouso Alegre, 2016.

This work is inserted in the area of concentration in “constitutionalism and democracy”, line of research “effectiveness of fundamental social rights”, and aimed to analyze the need and the constitutional legitimacy of the emergence of new state agencies of control and efficient repression of typical activities of organized criminal groups. The proposed comes of the work of the actual existence of a new criminal modality, which comes in the post-industrial society, western and contemporary of the risk, with peculiar characteristics of organization and complexity, which happens to coexist with the model current conventional criminality. By criminal expansion trend set by Jesús-María Silva Sánchez whether recognize the insufficient dynamics of the criminal system to offer effective responses aimed at prevention and prosecution of typical activities of organized criminal groups, which demand a new dynamic, more efficient, to the criminal system that fails to provide adequate protection to the constitutional legal and criminal goods attacked by organized crime, weakening the effectiveness of fundamental rights. Recognized this demand, it will be necessary to define better the conceptual meaning of organized crime, providing opportunities for better understanding of the problem of lack of regulation of state control agencies aimed at prevention and suppression of organized crime in Brazil. The creation and regulation of these control agencies propose the regulated cooperation between agents and institutions that are already part of the Brazilian criminal system, proposing necessarily buoyed performance by “guarantism” and constitutional parameters currently in effect, by inserting harmony in the consecrated framework in the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988 case in which they appear constitutionally legitimate. And in this scenario emerges the concrete project G.A.E.C.O. of the special performance against organized crime in Brazil, which proposes an efficient penal activity but still has no structure or content, nor uniform performance of regulation in Brazil, although it is translate into reality already operated in Brazilian criminal system.

**Keywords:** organized crime, control agencies, penal expansionism and penal guarantism.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1. CONSTRUÇÃO E PROTEÇÃO DE VALORES NA MODERNIDADE: ENTRE OS IDEAIS ILUMINISTAS E A FORMAÇÃO DA SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL CONTEMPORÂNEA</b> .....	16
1.1. Sociedade em movimento: o incremento de complexidades e a mudança de pa- radigmas em direção à modernidade .....	16
1.2. Sombras e luzes da Revolução Francesa: referencial histórico, ideologia e a or- ganização do Estado Constitucional, liberal, individual e burguês moderno .....	23
1.3. Os novos direitos fundamentais: o ideal de liberdade, as diferentes gerações de direitos fundamentais e as promessas da modernidade .....	36
1.4. Da sociedade industrial à sociedade pós-industrial: a crise do Direito Penal con- vencional em face da profissionalização criminosa .....	49
<b>2. O SURGIMENTO DE NOVOS MODELOS DE CRIMINALIDADE, DE PERSECU- ÇÃO PENAL E DE GARANTIAS INDIVIDUAIS NO ESTADO MODERNO, CONSTI- TUCIONAL E CONTEMPORÂNEO DE DIREITO</b> .....	63
2.1. O surgimento de um novo modelo de criminalidade: sociedade pós-industrial do risco, novos bens jurídico-penais constitucionais e a crescente profissionalização corporativa dos grupos criminosos organizados .....	63
2.2. O surgimento de um novo modelo de persecução penal: etiquetamento criminal e crime de colarinho branco, a expansão e as velocidades do Direito Penal contem- porâneo .....	83

2.3. O surgimento de um novo modelo de garantias: índole ambivalente e duplo caráter dos direitos fundamentais e as proibições de excesso e de proteção deficiente.....	108
---	-----

**3. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DE NOVAS AGÊNCIAS ESPECIALIZADAS NA PREVENÇÃO E NA REPRESSÃO EFICIENTE AO CRIME ORGANIZADO NO BRASIL ..... 128**

3.1. Fundamentos do crime organizado no Brasil: legislação aplicável e características essenciais e não essenciais .....	128
--	-----

3.2. Segurança enquanto direito fundamental: os desafios da demandada eficiência expansionista frente ao garantismo penal .....	152
---	-----

3.3. A necessária construção de agências adequadas à nova criminalidade: a legitimidade constitucional de novas agências especializadas no combate ao crime organizado no Brasil .....	172
--	-----

<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>189</b>
------------------------	------------

<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>200</b>
---	------------

## INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, é difícil identificar entes e objetos que possam ser descritos como fixos e imutáveis. Desde a era pré-socrática, a filosofia apresenta teorias afirmando que as coisas se apresentam em permanente estado de fluxo – ou mudança. A história, nesse mesmo sentido, deve ser entendida como um todo que apresenta diversos elementos de ruptura, reciprocamente condicionados entre si, formando uma única cadeia em um constante fluir de mudanças. No âmbito jurídico, de igual sorte, esse mesmo estado de fluxo também se faz presente.

É nesse contexto que se insere o tema escolhido para o trabalho, que trata do surgimento de novas agências estatais de controle sobre o crime organizado no Brasil, estruturada a partir de uma leitura da adequação constitucional das respostas oferecidas pelo Direito a esses novos fenômenos, considerados como tais o crime organizado e as agências estatais de controle ao próprio crime organizado.

O trabalho pretende, com essa leitura, analisar as possibilidades voltadas a um controle social mais eficiente na esfera penal, mas constitucionalmente legitimado, entremeio às ideologias e aos paradigmas do Estado Constitucional, liberal, individual, ocidental, burguês e moderno.

Esse modelo de Estado, aliás, deve ser compreendido como o resultado da somatória dos valores e desvalores surgidos na sociedade industrial, na qual preponderou suficiente proteção sobre grupos socialmente adequados e, em contrapartida, suficiente punição sobre grupos socialmente inadequados ou desviantes, garantindo contornos a um sistema criminal criminologicamente denunciado como seletivo e segregador. A infração e a persecução penais, de igual sorte, também se fundamentaram sobre as mesmas premissas liberais, individuais e burguesas, apresentando resultados bastante compatíveis com esse contexto.

Retomando a premissa de mudança, é preciso reconhecer que os valores e as dinâmicas sociais também mudam, nos moldes do modelo social que as conformam. O Brasil, nessa seara, apresenta um modelo social de produção capitalista, caracterizado por uma forte desigualdade de classes sociais bastante influenciada pela ideologia liberal, individual e burguesa, o que permite uma aproximação das teorias de cunho marxista, sob o ponto de vista do materialismo histórico.

E com todas essas mudanças, também surgem novas dinâmicas de violação de bens jurídicos especialmente tutelados pelo Direito Penal, que passam a configu-

rar modelos de uma nova criminalidade. Essa nova criminalidade, por sua vez, passa a frustrar cada vez mais e melhor as convencionais respostas oferecidas pelo sistema criminal tradicional, fragilizando o controle sobre as condutas socialmente indesejáveis e a própria tutela sobre os bens jurídico-penais constitucionais dignos de proteção.

Essa proteção deficiente do Estado passa, então, a apresentar resultados diversos dos previstos, frustrando a expectativa racional de proteção sobre o direito fundamental “de” segurança e também “à” segurança prometidas pela modernidade. Esse cenário de proteção insuficiente se torna ainda mais problemático a partir das complexidades apresentadas pelo surgimento da sociedade pós-industrial, pois o crime, espelhado nesse novo modelo de sociedade, se especializa em graus cada vez maiores de profissionalização, para manifestar dinâmicas cada vez mais organizadas, influenciadas pelos modelos empresariais altamente técnicos e globalizados típicos do período.

As atuais sociedades, entendidas como pós-industriais, contemporâneas e ocidentais de risco, apresentam um ritmo bastante peculiar de mudanças, acelerado pelas fortes influências identificadas na evolução da tecnologia, das comunicações e da globalização, sem prejuízo de tantas outras características que atualmente as definem. E nessa mesma esteira, consideráveis mudanças também são identificadas nas atividades criminosas contemporâneas, que evoluíram em um compasso mais acelerado do que puderam acompanhar as dinâmicas do sistema criminal brasileiro convencional.

Apesar das mudanças, é preciso esclarecer que o novo modelo de criminalidade organizada não se aplica a todas as categorias de delitos, sendo certo que os modelos tradicionais do sistema criminal e suas convencionais respostas continuam aplicáveis nos moldes do atual estado da arte. Ambas as modalidades de crime, aqui definidas como convencional ou organizada, coexistem no mesmo período histórico, embora a nova criminalidade organizada exija, desde logo, conceitos, respostas e dinâmicas específicas em razão da própria especialidade que a distingue dentre as demais formas de criminalidade convencional.

Assim, as mudanças e as novas complexidades da sociedade pós-industrial passam a demandar, em primeiro lugar, que seja identificado, conhecido e reconhecido como novo o fenômeno da criminalidade organizada, para, em segundo lugar, e somente então, passar a demandar novas respostas, novas dinâmicas e novo trata-

mento que sejam eficientes e adequados às dinâmicas apresentadas por esse novo modelo de criminalidade. O crime organizado, embora definido no corpo de documentos legais de âmbito internacional e mesmo nacional, se caracteriza em caráter precário e insuficiente para definir condutas puníveis, dinâmicas de atuação e os próprios bens jurídico-penais constitucionais especialmente tutelados pela norma, elementos estes essenciais para um exercício constitucionalmente legítimo do poder punitivo estatal no âmbito criminal do Direito.

Não existe racionalidade na expectativa de operar os mesmos processos e dinâmicas e, a partir de um idêntico proceder, esperar resultados diferentes em relação àqueles já alcançados. É preciso operar mudança nos processos e dinâmicas, na medida da mudança apresentada pela nova criminalidade organizada, pois somente assim poderão ser mudados os resultados direcionados para uma maior eficiência na prevenção e na repressão do crime organizado.

O problema, portanto, está na inadequação das respostas atualmente oferecidas pelo sistema criminal brasileiro no combate aos novos modelos de criminalidade organizada. A partir da ausência de uma suficiente sistematização teórica e consequente regulamentação para o enfrentamento do novo problema, surgem agências que passam a atuar no sistema criminal brasileiro sem a devida legitimação constitucional, caracterizadas por um forte apelo simbólico onde a prática – que suplanta a teoria – permite uma operação a partir de critérios subjetivos, incertos, utilitários, seletivos, segregadores e simbólicos.

É reconhecida a necessidade da criação de novas dinâmicas para o sistema criminal de modo a oferecer respostas mais adequadas à criminalidade organizada. Mas essa necessidade não permite que sejam adotadas ou operadas soluções emergenciais, regulamentada de forma precária e no âmbito interno das instituições, ao arripio da Constituição e dos direitos e garantias fundamentais que a conformam.

Daí a necessidade de uma leitura de adequação constitucional desses novos fenômenos, a partir do tema que trata do surgimento de novas agências estatais de controle sobre o crime organizado no Brasil, o que se adequa perfeitamente à proposta do curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas, com enfoque sobre o Constitucionalismo e Democracia, na linha de pesquisa relacionada à efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Isso porque esses mesmos direitos fundamentais, sob uma perspectiva do garantismo, devem balizar o poder punitivo do Estado e os próprios mandados de

criminalização demandados pelo sistema criminal. E essa tensão, que se revela a partir dos níveis de proibições de excesso e de proteção deficiente por parte do Estado, ademais, encontram respostas na única fonte democraticamente legítima, que é a própria Constituição.<sup>1</sup>

Mesmo os direitos e garantias fundamentais, consolidados em cláusulas caracterizadas como pétreas, também são afetados por mudanças, como bem definem os temas relacionados ao estudo das diferentes “gerações” ou “dimensões” desses mesmos direitos e garantias fundamentais e, mais especialmente, na evolução que atualmente define o “duplo caráter” e a “índole ambivalente” desses mesmos direitos e garantias, que por sua vez fundamentam a própria ideia do Constitucionalismo e da Democracia.

A proposta do trabalho, portanto, parte do estudo das novas dinâmicas persecutórias penais, necessariamente adequadas ao modelo garantista de direitos fundamentais individuais aninhados na Constituição e na proteção do cidadão contra a violação de bens jurídicos valorados como essenciais à manutenção da paz da vida em sociedade.

Na escolha dos autores, houve uma necessária adoção de uma perspectiva histórico-analítica, onde se buscou a leitura das fontes do modelo vigente – embora ultrapassado, no propósito de buscar novas alternativas disponíveis para a construção de um modelo válido por ser constitucionalmente adequado. Assim, com as devidas cautelas voltadas para evitar o sincretismo metodológico, o trabalho centra-se na análise nas premissas propostas por determinados autores, adotados conforme a evolução da temática no corpo do trabalho.

Deste modo, para sustentar premissas como a instalação de uma sociedade pós-industrial, geradora de novos riscos, serviu ao trabalho a teoria de Ulrich Beck e de Jesús-María Silva Sánchez. Já na definição dos modelos constitucionais compatíveis a uma maior eficácia penal constitucionalmente adequada, serviram os fundamentos teóricos do português Joaquim José Gomes Canotilho e do brasileiro Paulo Bonavides, além das adequadas concepções formuladas por Norberto Bobbio. No que diz respeito ao garantismo, nos valem das teorias preconizadas por Cesare Beccaria e Luigi Ferrajoli, e quanto aos aspectos do crime organizado no

---

<sup>1</sup> “Se, para a formação do conceito do poder constituinte, o ponto de partida sociológico é o termo ‘poder’, a ideia de ‘constituição’ é o ponto de partida jurídico.” SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1986. p. 65.

Brasil, da tese proposta por José Paulo Baltazar Junior. No âmbito criminológico, sob um viés crítico, socorreram ao trabalho como um todo as obras de Alessandro Baratta, Michel Foucault e Eugenio Raúl Zaffaroni e, na linha do materialismo histórico, foram encampadas ao trabalho as influências das ponderações formuladas por Karl Marx e Friedrich Engels.

A leitura constitucional, por sua vez, foge à discussão hermenêutica, ao juízo de ponderação de direitos fundamentais e outras vertentes que tocam mais diretamente o embate ligado a princípios, o que faria com que o trabalho desviasse do seu principal eixo de pesquisa. E não pode haver desvio sobre tema que clama por discussões mais sólidas.

Daí a ideia da presente construção. Se é reconhecido um novo modelo de criminalidade organizada, paralela ao modelo convencional, e se coisas diferentes devem ser tratadas de acordo com as suas peculiares diferenciações, é necessário lembrar que a prática já se adianta à teoria no sistema criminal brasileiro, visto que a iniciativa definida como G.A.E.C.O. (Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado) é aplicada em todas as unidades da federação, apesar das dinâmicas bastante subjetivas e aleatórias que ainda se apresentam desprovidas de uma sólida base de sustentação teórica, enquanto política criminal que efetivamente é.

É preciso frisar, neste ponto, que escapa totalmente aos objetivos propostos neste trabalho<sup>2</sup> uma análise concreta do modelo G.A.E.C.O., até pela falta de conceito e de uniformidade da proposta aplicada em território nacional, evidenciando uma ainda insondável pluralidade de experiências e de propostas que operam no sistema criminal brasileiro sem a devida e necessária legitimação constitucional, assim caracterizada desde a sua conformação legal.

E somente a partir da análise da coisa em si, do crime organizado, dos bens jurídico-penais constitucionais e do trato dado à escolha de criminalização, é que será possível desenhar os fundamentos constitucionais de uma agência de Estado Democrático de Direito destinada a oferecer respostas eficientes e legítimas à violência resultante de uma criminalidade organizada.

---

<sup>2</sup> Tal consideração, contudo, não torna esse objetivo dispensável para retomada em estudo mais oportuno. Isso porque, independentemente do nome dado ou das instituições envolvidas na experiência, o trato do crime organizado no Brasil continua demandando fundamentação em bases constitucionalmente legítimas, necessariamente garantistas, sob a égide do princípio maior da legalidade, especialmente por tratar de política criminal de persecução estatal mais eficiente.

Assim, somente a percepção da diferença de modelos criminais que se apresentam na contemporaneidade brasileira, somada a uma necessária compreensão de cada um deles, permitirá a adoção e construção de soluções. E a motivação que deve mover o operador do direito em busca dessas soluções decorre de uma crescente necessidade, uma vez que o crime organizado acumula a consumação de ataques aos bens jurídico-penais constitucionais apontados como os mais valiosos dentre todos os demais (especialmente de titularidade difusa ou coletiva), exigindo do Estado maior eficiência tanto na prevenção e na repressão ao crime organizado quanto, também, na prestação suficiente do direito fundamental à segurança dos sujeitos passivos desses crimes.

Por isso a necessidade de buscar as mais adequadas, constitucionais e responsáveis mudanças. É preciso mudar o sistema criminal brasileiro, para torná-lo menos seletivo e segregador; é preciso mudar o Direito Penal, para torná-lo efetivo garantidor dos atuais bens jurídico-penais constitucionais; é preciso mudar a ideologia dos agentes e das instituições do Estado, para torná-los mais eficientes e sinergicamente integrados no combate organizado à criminalidade organizada; é preciso mudar, enfim, as expectativas sobre o Direito, para torná-lo efetivo mecanismo de promoção dos direitos e garantias fundamentais, enquanto projeto de evolução e efetividade dos direitos fundamentais sociais contidos na essência do Constitucionalismo e da Democracia.



# 1. A MODERNIDADE E O SEU COMPASSO EVOLUTIVO: ORIGENS E PRINCIPAIS TRANSFORMAÇÕES DAS CIÊNCIAS MODERNAS, DA SOCIEDADE MODERNA E DO ESTADO MODERNO

1.1. Sociedade em movimento: o incremento de complexidades e a mudança de paradigmas em direção à modernidade.

As coisas se apresentam em constante processo de transformação. Nas palavras de Heráclito de Éfeso, “não podemos nos banhar no mesmo rio por duas vezes.”<sup>3</sup> Significa afirmar que existe uma “perene mobilidade de todas as coisas que são: nada permanece imóvel e nada permanece em estado de fixidez e estabilidade, mas tudo se move, tudo muda, tudo se transforma, sem cessar e sem exceção.”<sup>4</sup>

Assim, as teorias e paradigmas<sup>5</sup> científicos – outrora inquestionáveis – se tornam incompletos, insuficientes ou inadequados para atender ao crescente grau de complexidade<sup>6</sup> que marcam os fenômenos que lhes são afetos. Daí a necessidade de proceder a uma contínua releitura das coisas em busca de respos-

---

<sup>3</sup> “Heráclito sustenta que todas as coisas se encontram em processo, que nenhuma permanece como parece e, comparando-as a um rio, disse ninguém pode descer duas vezes ao mesmo rio. (Platão, Crátilo, 402a).” GOMES, Pinharanda. *Filosofia grega pré-socrática*. 4. ed. Lisboa : Guimarães Editores, 1994. p. 117.

<sup>4</sup> “O sentido é claro: o rio é *aparentemente* sempre o mesmo, mas *na realidade* é feito de águas sempre novas, que se acrescentam e se dispersam; por isso à mesma água do rio não se pode descer duas vezes, justamente porque, quando se desce a segunda vez, já é outra a água que se encontra; e porque nós mesmos mudamos, no momento em que completamos a imersão no rio, tornamo-nos diferentes do momento em que nos movemos para mergulhar, como sempre diferentes são as águas que nos banham: assim Heráclito pode dizer, do seu ponto de vista, que entramos e não entramos no rio. E pode também dizer que somos e não somos, porque, para ser o que somos em dado momento, devemos *não* ser mais aquilo que éramos no precedente momento, assim como, para continuar a ser, deveremos logo não ser mais aquilo que somos neste momento. E isso vale, segundo Heráclito, para todas as coisas, sem exceção.” REALE, Giovanni. *História da filosofia antiga*. Tradução de Marcelo Perine. Série História da Filosofia. V.I. Das origens a Sócrates. São Paulo : Edições Loyola, 1993. p. 64.

<sup>5</sup> Cf. KHUN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo : Editora Perspectiva, 1998.

<sup>6</sup> Na definição sugerida por Edgar Morin, é necessário transcrever o alerta sobre a interpretação simplista da expressão complexidade, pois ela [...] “suporta uma pesada carga semântica, pois que traz em seu seio confusão, incerteza, desordem. Sua primeira definição não pode fornecer nenhuma elucidação: é complexo o que não pode se resumir numa palavra-chave, o que não pode ser reduzido a uma lei nem a uma idéia simples. Em outros termos, o complexo não pode se resumir à palavra complexidade, referir-se a uma lei da complexidade, reduzir-se à idéia de complexidade. Não se poderia fazer da complexidade algo que se definisse de modo simples e ocupasse o lugar da simplicidade. A complexidade é uma palavra-problema e não uma palavra-solução.” MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução Eliane Lisboa. Porto Alegre : Sulina, 2006. p. 5-6.

tas mais adequadas, voltadas à atualização do estado da arte,<sup>7</sup> considerando as novas problemáticas impostas pela contemporaneidade.

A contemporaneidade referida neste trabalho precisa ser compreendida além do significado histórico,<sup>8</sup> abrangendo significados como os propostos por Anthony Giddens (enquanto projeto moderno em andamento) e Zygmunt Bauman (enquanto projeto interrompido),<sup>9</sup> nos quais é possível identificar uma transformação do velho em transição para o novo, ou na sua continuidade, recuperando as promessas perdidas ou desgastadas no curso e nas complexidades da modernidade.

Complexidade, por sua vez, deve ser interpretada com o significado construído por Edgar Morin, sendo “efetivamente o tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem nosso mundo fenomênico.”<sup>10</sup> É conceito que será retomado com frequência, motivo pelo qual deve ser esclarecido logo nas primeiras linhas desta pesquisa.

Outro conceito amplamente utilizado será o de “paradigma”, aqui compreendido na forma proposta por Thomas Khun, que considerou como “‘paradigmas’ as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.”<sup>11</sup> Nesse ponto, é interessante destacar a relação havida entre esses dois conceitos e autores, onde:

---

<sup>7</sup> “A produção de conhecimento, qualquer que seja o campo do saber, não pode prescindir do esforço sistemático de inventariar e fazer balanço sobre aquilo que foi produzido em determinado período de tempo e área de abrangência. Isso é o que se convencionou denominar de ‘estado do conhecimento’ ou ‘estado da arte’”. SPOSITO, Marília Pontes (Coord.). *O Estado da Arte sobre juventude na pós-graduação brasileira: Educação, Ciências Sociais e Serviço Social (1999-2006)*. Vol. I. Belo Horizonte : Argvmentvm, 2009. p. 07.

<sup>8</sup> Não há que se confundir as eras históricas pré-moderna, com a moderna e a contemporânea. Nesse sentido, esta pesquisa define como critério de escolha a pré-modernidade como medievo, e a modernidade como algo que se apresenta embrionariamente no século XVIII – especificamente nas revoluções francesa e industrial inglesa. A contemporaneidade, por sua vez, é definida em seus primeiros contornos a partir da segunda metade do século XX, apresentando como marcos históricos as duas grandes guerras mundiais, alcançando os dias atuais. Frise-se que esse critério serve a uma classificação didática dos períodos da história, apenas e tão somente.

<sup>9</sup> O “nome” dado ao momento de transição (ou de conclusão de um projeto, ou da construção de um novo projeto) sobre paradigmas antigos é irrelevante. Interessa nesse ponto o esclarecimento de que vários paradigmas científicos mudaram drasticamente, e é nesse contexto de transformações reconhecidas que o presente trabalho insere a sua problemática.

<sup>10</sup> A definição transcrita não se presta a resumir ou simplificar toda a *teoria do pensamento complexo*, mas atende ao esclarecimento do referenciamento metodológico adotado neste trabalho. MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. op. cit. p. 13.

<sup>11</sup> KHUN, Thomas S. op. cit. p. 13.

Das diferentes noções que Khun expressa em sua obra sobre paradigma, uma delas é a que nos importa aqui: a idéia de um macropadrão de concepção de mundo, a qual Edgar Morin expressa com as palavras: “uma concepção, uma relação lógica, extremamente forte entre as noções mestras, noções chave e princípios chave”. Essa relação entre princípios é que vai comandar todos os propósitos, que obedecem inconscientemente, a todo o império do conhecimento de um determinado período histórico. [...] Assim, entenderemos aqui por paradigma, um macromodelo, padrão de concepção de mundo, compartilhado por uma determinada coletividade científica, numa determinada época histórica.<sup>12</sup>

Ao longo das sucessivas épocas da história moderna e contemporânea - e mesmo antes disso -, as sociedades se reconfiguram a partir desse constante fluxo de mudanças, otimizadas pelas inovações tecnológicas e pelo progresso das ciências, evidenciando relações cada vez mais interconectadas e multilaterais entre os entes e entidades que as compõem, exigindo bases teóricas mais compatíveis com os novos patamares de complexidade<sup>13</sup> apresentados nesse processo evolutivo.<sup>14</sup>

A partir dessas condicionantes transformações de ordem econômica, social, política e cultural, cujas tensões definem a história das sociedades humanas (destacadas nos seus diferentes períodos de tempo e de espaço), é possível observar que essas diferentes complexidades também alcançam as próprias relações sociais,<sup>15</sup> compreendidas tanto aquelas de âmbito intersubjetivo (entre

---

<sup>12</sup> LIMA, Gilson. *Sociologia na complexidade. Sociologias*. v. 08, n. 15. Porto Alegre : PPGS/UFRGS, 2006. p. 136-137.

<sup>13</sup> “A complexidade não tem metodologia, mas pode ter seu método. [...] O método da complexidade pede para pensarmos nos conceitos, sem nunca dá-los por concluídos, para quebrarmos as esferas fechadas, para restabelecemos as articulações entre o que foi separado, para tentarmos compreender a multidimensionalidade, para pensarmos na singularidade com a localidade, com a temporalidade, para nunca esquecermos as totalidades integradoras. [...] A totalidade é, ao mesmo tempo, verdade e não-verdade, e a complexidade é isso: a junção de conceitos que lutam entre si.” MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2005. p. 192.

<sup>14</sup> “A criminologia contemporânea, dos anos 30 em diante, se caracteriza pela tendência a superar as teorias patológicas da criminalidade, ou seja, as teorias baseadas sobre as características biológicas e psicológicas que diferenciaram os sujeitos ‘criminosos’ dos indivíduos ‘normais’, e sobre a negação do livre arbítrio mediante um rígido determinismo. Estas teorias eram próprias da *criminologia positivista* que, inspirada na filosofia e na psicologia do positivismo naturalista, predominou entre o final do século passado e princípios deste.” BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro : Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2014. p. 29.

<sup>15</sup> “A relação social diz respeito à conduta de múltiplos agentes que se orientam reciprocamente em conformidade com um conteúdo específico do próprio sentido das suas ações. Na ação social, a conduta do agente está orientada significativamente pela conduta de outro ou outros, ao passo que na relação social a conduta de cada qual entre múltiplos agentes envolvidos (que tanto podem ser

peças) <sup>16</sup> como aquelas de âmbito interinstitucional (entre instituições). <sup>17</sup> A definição que socorre ao esclarecimento desse específico ponto pode ser encontrada na ciência da Administração, especificamente na *teoria estruturalista*, que elucida:

As *organizações* vivem em um mundo humano, social, político, econômico. Elas existem em um contexto ao qual denominamos *ambiente*. [...] Uma organização depende de outras organizações para seguir o seu caminho e atingir os seus objetivos. A *interação entre a organização e o ambiente* torna-se fundamental para a compreensão do *estruturalismo*. A sociedade moderna é uma *sociedade de organizações*. Os *estruturalistas* criticam o fato de que conhecemos muito a respeito de interação entre pessoas, alguma coisa sobre a interação entre grupos e pouquíssimo sobre a interação entre *organizações* e seus ambientes. Os *estruturalistas* ultrapassam as fronteiras da organização para ver o que existe externamente ao seu redor: as outras *organizações* que formam a sociedade. A *sociedade de organizações*. Assim, passam a se preocupar não somente com a análise *organizacional*, mas também com a análise *interorganizacional*. A análise *interorganizacional* está voltada para as relações externas entre uma organização e outras organizações no *ambiente*.<sup>18</sup>

---

apenas dois e em presença direta quanto um grande número e sem contato direto entre si no momento da ação) orienta-se por um conteúdo de sentido reciprocamente compartilhado.” COHN, Gabriel. *Weber: sociologia*. São Paulo: Ática, 1997, p. 30.

<sup>16</sup> Sobre o tema, Antonio García-Pablos de Molina registra a rivalidade – que deve ser superada – havida entre os defensores de diferentes métodos e conhecimentos científicos afetos à Criminologia: “Falamos de duas linguagens diferentes – afirmou Ferri referindo-se aos clássicos -. Para nós, o método experimental (indutivo) é a chave de todo conhecimento; para eles, tudo deriva de deduções lógicas e da opinião tradicional. Para eles, os fatos devem ceder seu lugar ao silogismo; para nós, os fatos mandam...; para eles, a ciência só necessita papel, caneta e lápis, e o resto sai de um cérebro cheio de leituras de livros, mais ou menos abundantes e feito da mesma matéria. Para nós, a ciência requer um gasto de muito tempo, examinando os fatos um a um, avaliando-os, reduzindo-os a um denominador comum e extraíndo deles a ideia nuclear. Para eles, um silogismo ou uma anedota é suficiente para demolir milhares de fatos conseguidos durante anos de observação e análise; para nós, o contrário é a verdade. [...] Hoje já não tem sentido velhas disputas de escola e ultrapassadas rivalidades pseudocientíficas que polemizavam sobre as cotas de participação e lugar hierárquico das respectivas disciplinas (Biologia, Psicologia, Sociologia etc.) no tronco comum da Criminologia. [...] O princípio interdisciplinar, portanto, é uma exigência estrutural do saber científico imposto pela natureza totalizadora deste e não admite monopólios, prioridades nem exclusões entre as partes ou setores de seu tronco comum.” In GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos*. Tradução de Luiz Flávio Gomes. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 25-28.

<sup>17</sup> Nas palavras de Luís Flávio Saporì, o próprio “sistema de justiça criminal constitui um exemplo de network organizacional”, o qual, por sua vez, “supõe a existência de relações de poder, evidentemente acrescidas de elementos outros, que são a complementaridade, o equilíbrio e harmonia na relação das organizações que o compõem.” SAPORI, Luis Flávio. *A justiça criminal brasileira como um sistema frouxamente articulado*. In SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF : Ministério da Justiça, 2006. p. 764. As relações de poder entre as instituições, contudo, serão tratadas em tópico específico deste trabalho, no segundo capítulo, reservado ao estudo do crime organizado contemporâneo no Brasil.

<sup>18</sup> CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*. 5. ed. Rio de Janeiro : Campus, 1999. p. 495.

Estão também condicionadas à transformação, impulsionadas pelo advento de novas complexidades, as modalidades de execução de crimes praticados no seio da sociedade. Assim, comunidades humanas mais *complexas*,<sup>19</sup> dotadas de recursos econômicos, culturais e tecnológicos mais *complexos*, conseqüentemente, apresentarão práticas criminosas compatíveis com essa mesma realidade, proporcionalmente mais *complexas* em razão – e na medida – daquelas mesmas *complexidades*.

Nesse sentido, Jesús-María Silva Sánchez afirma que, “a sociedade atual parece caracterizada, basicamente, por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade”, fazendo surgir “modalidades delitivas dolosas de novo cunho que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia. A criminalidade associada aos meios informáticos e à *internet* [...] é, seguramente, o maior exemplo de tal evolução”<sup>20</sup> sem, obviamente, se restringir a apenas estes exemplos. Nesse sentido:

Embora essa assertiva seja encontradiça, muitas vezes os meios tecnológicos de que dispõem as organizações criminosas são aqueles mesmos de que dispõe, hoje em dia, qualquer cidadão com uma mínima capacidade de consumo, ou seja, telefone fixo e celular, computador e automóvel, o que não é de estranhar, uma vez que, estando a criminalidade

---

<sup>19</sup> Deixamos de usar as expressões “evoluídas”, “avançadas” e outras no gênero pela dificuldade em aferir os graus de evolução, razão pela qual, em lugar destas, preferimos empregar o termo “complexidade”, conceito já definido nas primeiras linhas deste trabalho e que diz respeito ao grau de intrincamento de problemas e, conseqüentemente, de caminhos a serem apontados, com metodologia sistematizada pela *teoria do pensamento complexo* explicitada na obra de Edgar Morin. (Cf. MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo. op. cit.*)

<sup>20</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 35-36. Ainda sobre os avanços tecnológicos, “o ciberespaço (que também chamarei de ‘rede’) é o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial de computadores. O termo especifica não apenas a infra-estrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo. Quanto ao neologismo ‘cibercultura’, especifica aqui o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço.” LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução Carlos Irineu da Costa. São Paulo : Editora 34, 1999. p. 17. Também “é verdade que o *software* não poderia exercer o seu poder de leveza senão mediante o peso do *hardware*; mas é o *software* quem comanda, que age sobre o mundo exterior e sobre as máquinas, as quais existem apenas em função do *software*, desenvolvendo-se de modo a elaborar programas de complexidade cada vez mais crescente. A segunda revolução industrial, diferente da primeira, não oferece imagens esmagadoras como prensas de laminadores ou corridas de aço, mas se apresenta como *bits* de um fluxo de informação que corre pelos circuitos sob a forma de impulsos eletrônicos. As máquinas de metal continuam a existir, mas obedientes aos *bits* sem peso.” CALVINO, Italo. *Seis propostas para o próximo milênio: lições americanas*. Tradução Ivo Barroso. 3. ed. São Paulo : Companhia das Letras, 1990. p. 20.

inserida na sociedade, faz uso dos mesmos meios dispostos a todos os integrantes do grupo social.<sup>21</sup>

Existem, em razão disso, evoluções substanciais das complexidades havidas entre as práticas criminosas ditas *convencionais*<sup>22</sup> e as práticas criminosas típicas da *contemporaneidade*, que se distinguem na medida da própria transformação – das complexidades – das ciências e das sociedades ocidentais pós-industriais modernas. Sob uma perspectiva criminológica, Antonio García-Pablos de Molina reconhece que “a *problematização* do objeto da Criminologia – e do próprio ‘saber’ criminológico – reflete uma profunda mudança ou uma crise do modelo de ciência (paradigma) e dos postulados até então vigentes sobre o fenômeno criminal”, concluindo que essa constatação “significa uma reconsideração da ‘questão criminal’, desmistificadora, realista, que põe em dúvida os dogmas da Criminologia clássica à luz dos conhecimentos científicos interdisciplinares do nosso tempo.”<sup>23</sup> Mais especificamente, o autor também aponta para as transformações dos fatos delitivos contemporâneos a partir do reconhecimento dessas complexidades, advertindo que a compreensão da criminalidade contemporânea exige mais do que era exigido em relação à criminalidade convencional, asseverando que:

A atual Criminologia, como se poderá comprovar, professa uma imagem muito mais *complexa* do fato delitivo e dos fatores que convergem para o ‘cenário’ criminal. [...] E o delito deixa de se identificar com a fria decisão abstrata, quase desconectada da história, com um arquétipo de homem ideal, algébrico, que se enfrenta assombrosamente com a lei como consequência de alguma patologia ou disfunção que lhe faz diferente. Todo o contrário, o crime deve ser compreendido como um conflito ou enfrentamento interpessoal histórico, concreto, tão doloroso como humano e cotidiano: como *problema social* e *comunitário*. De outro lado, a ciência vê hoje no delinquente uma pessoa *normal*, um homem do seu tempo, isto é, um ser muito condicionado, como todos, pelo seu complexo hereditário, como também pelos demais e pelo seu entorno social, comunicativo, aberto e sensível a um contínuo e dinâmico processo de interação com os outros homens, com o meio; um ser, em suma, inacabado, receptivo, que mira o futuro e pode transcender os seus próprios condicionamentos. Porque o homem não é só Biologia: é, também, História, Cultura, Experiência.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora : 2010. p. 142.

<sup>22</sup> Próprias das teorias consolidadas a partir do racionalismo dos séculos XVIII e XIX. O tema será melhor explicado no capítulo 2.

<sup>23</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *op. cit.* p. 30.

<sup>24</sup> *Ibidem*. p. 16. No mesmo sentido, “o homem não criou a sociedade, nasceu nela. Não nasceu livre, mas acorrentado, produto de um meio social particular criado por uma longa série de influências passadas, por desenvolvimentos e factos históricos. Está marcado pela região, o clima, o tipo étnico, a classe a que pertence, as condições económicas e políticas da vida social e, finalmente, pelo local,

Essas relações e essas complexidades, apesar de rusticamente existentes<sup>25</sup> desde os primórdios da associação humana,<sup>26</sup> ganham muita importância científica a partir dos Séculos XVIII e XIX, quando passam a ser explicadas a partir das bases do racionalismo iluminista - período histórico escolhido como ponto de partida desta pesquisa, tratado em tópico próprio e dedicado ao estudo das influências da revolução liberal francesa na consolidação dos principais fundamentos da modernidade.

Destaque-se, nesse ponto, que o constitucionalismo<sup>27</sup> moderno também encontra no período revolucionário francês um dos seus mais importantes marcos

cidade ou aldeia, pela casa, pela família e vizinhança, em que nasceu.” BAKUNIN, Mikhail A. *Conceito de liberdade*. Tradução Jorge Dessa. Porto : Edições Rés Limitada, 1975. p. 12-13. Ainda, “o que unia os membros da família antiga era algo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física: e esse poder se encontra na religião do lar e dos antepassados.” COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução Jean Melville. São Paulo : Editora Martin Claret, 2001. p. 45.

<sup>25</sup> “A composição dos conflitos de interesses pela intervenção do Estado só foi possível quando este munuiu-se de força suficiente para impor suas decisões aos indivíduos. Primeiramente, porém, o Estado retirou-lhes gradativamente o direito de decisão pessoal de seus litígios, donde a função jurisdicional ter uma natureza essencialmente substitutiva; vale dizer, no estágio atual, o Estado substitui a atividade das partes, sendo seu dever a prestação jurisdicional, uma vez que impede, ou até mesmo pune a justiça pelas próprias mãos.” COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva; ALMEIDA, José Pinto de. *Lições de teoria geral do processo*. 4. ed. Curitiba : Juruá, 1999. p. 17. No mesmo sentido, “os conflitos de interesses pressupõem pelo menos duas pessoas com interesse pelo mesmo bem. Esses conflitos são regulados por leis e ordinariamente solucionados pela sujeição espontânea dessas pessoas às normas incidentes sobre aquela situação jurídica.” ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 25.

<sup>26</sup> “Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetus individuais dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só não existia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação da sua pretensão. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de *vingança privada* e, quando o Estado chamou para si o *jus punitivum*, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas. A esse regime chama-se *autotutela* (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto-de-vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido.” GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2004. p. 21. No mesmo sentido, “impondo-se a proibição da autotutela, ou a realização das pretensões segundo o próprio poder do particular interessado, surge o poder de o Estado dizer aquele que tem razão em face do caso conflitivo concreto, ou o poder de dizer o direito, conhecido como *iuris dictio*.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 29.

<sup>27</sup> “O Estado moderno, liberal e democrático, surgiu da reação contra o Estado absoluto. Esse nascimento, que tem como fases culminantes as duas revoluções inglesas do século XVII e a Revolução Francesa, foi acompanhado por teorias políticas cujo propósito fundamental era o de encontrar um remédio contra o absolutismo do poder do príncipe. Na tradição do pensamento político inglês, que ofereceu a maior contribuição para a solução desse problema, dá-se o nome específico de ‘constitucionalismo’ ao conjunto de movimentos que lutam contra o abuso do poder estatal.”

históricos, cujas influências condicionaram as estruturas do Estado moderno e das ciências jurídicas como um todo, especialmente dos seus ramos Constitucional, Penal e Processual Penal – diretamente relacionados ao tema do presente trabalho.

Partindo do pressuposto de que a problemática envolvendo o conceito de “criminalidade contemporânea” deverá ser necessariamente orientada pelos parâmetros de configuração da própria “sociedade contemporânea”, a pesquisa deste trabalho demanda, antes de tudo, melhor compreensão do modelo de Estado liberal, individual e burguês consolidado a partir dos novos modelos consolidados a partir do “século das luzes” (XVIII), e como esses parâmetros influenciaram a modernidade, o constitucionalismo, a sociedade pós-industrial ocidental e a criminalidade moderna (ou convencional) que lhes são diretamente afetas.

## 1.2. Sombras e luzes da Revolução Francesa: referencial histórico, ideologia e a organização do Estado Constitucional, liberal, individual e burguês moderno.

A compreensão das configurações da sociedade pós-industrial ocidental contemporânea exige, antes, uma releitura do modelo liberal, individual e burguês de Estado, especialmente a partir da Revolução Iluminista Francesa de 1789, efetivamente influenciada pela Revolução Industrial Inglesa. Importa afirmar que os principais argumentos da racionalidade iluminista foram experimentados nessas revoluções, sendo gradativamente consolidados a partir dos séculos XVIII e XIX, motivo pelo qual esse período histórico foi escolhido como marco inicial desta pesquisa – e também por conta da necessidade de um ponto de partida –, com a ressalva de que sempre existe algo antes do início.<sup>28</sup>

---

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução Alfredo Fait. 2. ed. São Paulo : Editora Mandarim, 2000. p. 24. Já para Santi Romano, a palavra constitucionalismo, “empregada no sentido antonômástico, designa as instituições e os princípios que são adotados pela maioria dos Estados que, a partir dos fins do século XVIII, têm um governo que, em contraposição àquele absoluto, se diz ‘constitucional’. Não basta, portanto, para definir o ‘constitucionalismo’, ressaltar a forma de governo que se encontra nos Estados da época moderna, mas também convém notar que se trata daquela forma de governo não absoluto, entre tantos que a história tem registrado, que se distingue dos demais porque suas características típicas derivaram de um longo e importantíssimo movimento político ou doutrinário.” ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Tradução Maria Helena Diniz. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1977. p. 42.

<sup>28</sup> E nesse sentido, cabe destacar que a história precedente a esse período também é dotada de experiências relacionadas à temática desta pesquisa, e em especial no que diz respeito à origem do capitalismo (após a queda do feudalismo), e a própria origem da era moderna, situada por



Sobre a importância apresentada pelo período revolucionário francês e a escolha desse período como marco histórico inicial do trabalho, cabe o registro de Norberto Bobbio no sentido de que “os testemunhos da época e os historiadores estão de acordo em considerar que esse ato representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano.”<sup>29</sup>

E no estudo dessas revoluções históricas é especialmente relevante a contribuição proposta por Thomas Khun, que reconhece nos períodos de “crise científica” o nascedouro de novos sistemas teóricos. Conforme Khun, os sistemas teóricos são fundados sobre os paradigmas aceitos pelas ciências de um dado período histórico. Por consequência, os paradigmas e os sistemas teóricos seguem irradiando efeitos e perdurando no cenário científico “normal”, enquanto acumularem resultados harmonicamente válidos entre si (entre os próprios paradigmas desse sistema). Mas isso só é válido, contudo, enquanto essa harmonia científica perdurar em estabilidade, haja vista que qualquer desarmonia identificada forçará um novo processo de crise e transformação, fomentando novos paradigmas e sistemas teóricos, os quais continuarão a ser formulados até o ponto em que sejam reconhecidos como mais adequados do que os antigos, para então os substituir ou os complementar.<sup>30</sup>

Assim, “são denominados de revoluções científicas os episódios extraordinários nos quais ocorre essa alteração de compromissos profissionais”, onde são identificados “complementos desintegradores da tradição à qual a atividade da ciência normal está ligada” para, enfim, conseguir “descrever as maneiras pelas quais cada um desses episódios transformou a imaginação científica, apresentando-os como uma transformação do mundo no interior do qual era realizado o trabalho científico.”<sup>31</sup>

---

historiadores entre os anos 1453 (queda de Constantinopla) e 1789 (Revolução Francesa). Destaque-se, também as influências da Revolução Norte-Americana no Século XVIII.

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Elsevier, 2004. p. 79.

<sup>30</sup> Cf. BUCKINGHAM, Will; *et al.* *O livro da filosofia*. Traduzido por Douglas Kim. São Paulo : Globo, 2011. p. 293.

<sup>31</sup> KHUN, Thomas S. *op. cit.* p. 25.

Esse importante período da história francesa, embora marcado por rupturas e descontinuidades,<sup>32</sup> efetivamente, rompeu vários paradigmas da tradição científica vigentes à época, apresentando como principais complementos *desintegradores* a superação: (1) do absolutismo monárquico (ainda que esclarecido) como sistema de governo e de Estado, (2) do sistema feudalista de produção e (3) da metafísica religiosa como fundamento de poder, culminando no (4) declínio da nobreza e do clero como estamentos sociais dominantes. Consequentemente, consolidou: (1) o constitucionalismo como sistema de governo e de Estado, (2) o sistema capitalista de produção e acumulação de riquezas e (3) a razão como fundamento de poder, culminando na (4) ascensão da burguesia como estamento social dominante. Nesse sentido:

O grande movimento que eclodiu na França em 1789 veio operar na palavra *revolução* uma mudança semântica de 180°. Desde então, o termo passou a ser usado para indicar uma renovação completa das estruturas sociopolíticas, a instauração *ex novo* não apenas de um governo ou de um regime político, mas de toda uma sociedade, no conjunto das relações de poder que compõem a sua estrutura.<sup>33</sup>

O período histórico que abrange a revolução liberal francesa – incluídos os momentos a ele relacionados, que lhe precedem ou lhe sucedem – é, portanto, acontecimento dos mais importantes para uma real compreensão das origens das estruturas estatal e social modernas. Isso porque são identificadas e reconhecidas, nessa época da história, as principais transformações que forçaram a transição do medievo à modernidade, reconfigurando o Estado e a sociedade a partir da racional positividade antropocêntrica das ciências e dos direitos fundamentais da pessoa humana, gerando importantes reflexos nas relações jurídicas, econômicas, políticas e sociais, garantindo novos fundamentos para esses modelos, que

<sup>32</sup> “As transformações pelas quais passam as sociedades européias não se concretizam imediatamente, elas se distendem no tempo, estabelecendo algumas vezes uma continuidade com os parâmetros do Antigo Regime, em outras, rompendo com a tradição legada pelo passado. Uma discussão sobre cultura deve levar em consideração este ritmo histórico, pois há ocasiões em que certos problemas se colocam para uma parcela de pessoas, mas que não possuem ainda uma abrangência tal para se imporem à sociedade como um todo. Por outro lado, os pontos de ruptura, que dificilmente podem ser datados com precisão, implicam a precipitação de elementos anteriores, dando agora à ordem sociocultural uma configuração particular.” ORTIZ, Renato. *Cultura e Modernidade: a França no Século XIX*. São Paulo : Brasiliense, 1998. p. 13.

<sup>33</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2003. p. 125. Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “historicamente, sempre foi o centro de poder, no grupo social, que formalizou o jurídico e garantiu a sua efetividade.” GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. Vol. I. 8. ed. São Paulo : Saraiva, 2006. p. 08.

gradativamente superam os fundamentos da monarquia absolutista para, agora, assumir as configurações propostas pelo constitucionalismo.<sup>34</sup>

Estabelecido o ponto de partida, é preciso retomar os principais elementos contextuais desse eixo histórico que (re)configurou vários paradigmas que fundamentam o racionalismo científico clássico, aqui interpretado como a principal referência das ciências, da organização social e do Estado, assim como do próprio constitucionalismo moderno e os ramos jurídicos a ele conformados.

Assim, uma brevíssima retomada do principal curso dos fatos lembra que, em 1788, a Assembleia Nacional Francesa foi convocada<sup>35</sup> pelo Rei Luis XVI, tendo como principal motivação uma grave crise econômica que causou falhas no abastecimento de comida à população (péssima safra dos anos 1787 e 1788), e que se tornou agravada pela remessa de recursos, pela França, à causa da Revolução de Independência Norte-Americana – então colônia da Inglaterra.<sup>36</sup> A forte influência dos interesses econômicos sobre o campo político, portanto, é identificada desde as primeiras análises do período histórico sob referência.

É preciso lembrar, também, que naquela época o rei personificava o próprio Estado<sup>37</sup> e, subordinados a ele, eram reconhecidas três ordens de súditos, que eram – em ordem de importância – a nobreza (pessoas de linhagem divina), o clero (intérpretes das divindades) e os comuns (o povo pecador).

---

<sup>34</sup> “O prestígio jurídico da Constituição, no momento presente, é resultante da urdidura de fatos e ideias, em permanente e intensa interação recíproca, durante o suceder das etapas da História. Importa lançar olhos sobre essa evolução, até para melhor compreender os fundamentos do direito constitucional da atualidade.” MENDES, Gilmar Ferreira. *et al. Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 46.

<sup>35</sup> A última Assembleia Nacional Francesa havia se reunido em 1614.

<sup>36</sup> CARMO, Sonia Irene do. *História: passado e presente. Moderna e Contemporânea*. 2. ed. Vol. 4. São Paulo : Atual Editora, 1994. p. 74. Nesse sentido, “a economia francesa era predominantemente agrária e ainda mantinha estruturas feudais. Embora, aproximadamente, 80%da população trabalhasse no campo, sua produção não atendia de modo satisfatório ao consumo de alimentos da sociedade. Problemas climáticos, como secas e inundações, agravavam a situação da agricultura desde 1784. No campo e na cidade, a grande massa do povo vivia num estado de miséria, fome e desesperança.” COTRIM, Gilberto. *História e consciência do mundo*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2001. p. 285.

<sup>37</sup> “A partir de 1589, quando se iniciou a dinastia Bourbon, os reis da França conseguiram, afinal, consolidar o poder absolutista, que atingiu o seu apogeu no século XVII, com Luís XIV. [...] Luís XIV governou até 1715 e é considerado o símbolo máximo do absolutismo. Ficou conhecido como o ‘Rei Sol’ e expressou todo o seu poder na frase ‘o Estado sou eu’” (*L’État c’est moi*). CARMO, Sonia Irene do. *op. cit.* p. 43.

Percebe-se que o povo era subjugado em suas aspirações desde o metafísico *modelo* religioso inerente ao sistema absolutista,<sup>38</sup> culminando no direito a voto único por estamento, independentemente da ampla maioria proporcional de pessoas representadas pelo terceiro estamento (o povo) em relação às outras duas castas minoritárias e privilegiadas (nobreza e clero).

Desse modo, a Assembleia Nacional jamais permitiu aos comuns efetiva participação democrática nas reformas políticas da nação, sendo certo que os privilégios da nobreza e do clero eram mantidos na exata proporção de dois votos contra o voto único da casta dos comuns – os quais invariavelmente arcavam com os ônus tributários necessários à manutenção daquela ordem estabelecida das coisas, incluídos os privilégios das elites representadas pelos primeiro e segundo estamentos franceses. Nesse sentido:

Pelo sistema de votações estabelecido tradicionalmente nessa assembléia, cada Estado se reunia em separado e tomava sua decisão. Em seguida, reuniam-se os representantes dos três Estados, mas aí, cada um valia apenas um voto. [...] Como o Primeiro e o Segundo Estados eram aliados, o Terceiro Estado, que representava 90% da população, sempre ficava em minoria (1 voto contra 2). Isso garantiria à nobreza e ao clero o predomínio político e a manutenção dos seus privilégios.<sup>39</sup>

As classes sociais dotadas de privilégios, representadas pela realeza, pela nobreza e pelo clero, então mantinham suas prerrogativas em detrimento do povo que, mediante o emprego da força de trabalho (servidão) e do pagamento de altos tributos (burguesia), assumia condição de efetivo mantenedor desses privilégios - negados ao povo e usufruídos apenas pelos estamentos sociais dominantes e minoritários. O terceiro estamento sobrevivia, portanto, às margens da política e do o Estado, “assombrados” pelas pessoais vontades do monarca que regia o ritmo de uma exploração justificada em premissas puramente metafísicas (vontade de Deus).<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> “Vários pensadores da época elaboraram teorias procurando justificar o poder absoluto dos reis. Eles foram os teóricos do absolutismo, entre os quais destacaram-se o italiano Nicolau Maquiavel (1469-1525), o inglês Thomas Hobbes (1588-1645) e os franceses Jacques Bossuet e Jean Bodin (1530-1596). Bossuet e Bodin afirmavam que o poder dos reis vinha diretamente de Deus, e por isso, não podia ser contestado. Essa é a ‘teoria do direito divino dos reis’, que serviu, durante séculos, para justificar o absolutismo monárquico”. *Ibidem*. p. 40.

<sup>39</sup> CARMO, Sonia Irene do. *op. cit.* p. 74-75.

<sup>40</sup> “Luís XIV rodeou-se de uma luxuosa corte de nobres e, em 1682, inaugurou o Palácio de Versalhes, que se tornou a residência da corte e onde se realizavam grandes e suntuosas festas [...].

Influenciados pelos ideais iluministas, e economicamente fortalecidos pelo incipiente desenvolvimento do capitalismo, os *comuns* (como também eram identificados os integrantes do terceiro estamento francês) agora contavam com o apoio dos *intelectuais burgueses*, que se articularam como lideranças da casta dos comuns e traçaram estratégias no sentido de alcançar as reformas almejadas pelo Terceiro Estado, forçando a proclamação de um Assembleia Nacional Constituinte, garantindo sólidos contornos à já irrefreável revolução em solo francês.<sup>41</sup>

Traçado o cenário de crise e consolidados os novos paradigmas filosóficos e científicos capazes de realizar abrangentes transformações no sistema de organização social francês, ocorreu então uma massiva mobilização dos integrantes do “terceiro estamento” (*le Tiers État*), “cuja identidade social era [...] negativa: compunham-no todos aqueles que, excluídos da nobreza e do clero, não gozavam dos privilégios ligados a estas duas ordens superiores.”<sup>42</sup> Ainda sobre a composição do terceiro estamento francês:

O *Tiers Etat* era, na verdade, um aglomerado social heterogêneo, formado de um lado pela classe burguesa: o conjunto dos comerciantes de todos os ramos, os profissionais liberais e os proprietários urbanos que viviam de renda ou de juros (*rentiers* e *capitalistes*). Era formado, ademais, pelo enorme grupo social restante, geralmente designado como o povo (*le peuple*), isto é, a massa dos não proprietários, dos pequenos artesãos, empregados domésticos, operários e camponeses. Entre um grupo e outro, como os sucessos posteriores vieram demonstrar de modo dramático, a separação de corpo e espírito era completa.<sup>43</sup>

Esclarecida a distinção entre esses grupos (economicamente) distintos, se conclui pela clara divergência dos interesses defendidos pelos representantes do povo e, lado outro, pelos representantes da burguesia, ainda que todos fossem integrantes do terceiro estamento – subjugado como um todo – pelos outros dois

---

Ali vivia, além da família real, uma numerosa corte de nobres. Versalhes é um dos símbolos do absolutismo francês.” CARMO, Sonia Irene do. *op. cit.* p. 43.

<sup>41</sup> “O mercantilismo, que considerava o comércio como a única fonte de riqueza das nações, foi o instrumento que os reis utilizaram para promover o enriquecimento do Estado e o fortalecimento do seu poder [...]. O mercantilismo e o monopólio do comércio colonial tinham sido úteis para a burguesia. Porém, no século XVIII, a burguesia estava interessada em dirigir seus próprios negócios e considerava o Estado absolutista como um obstáculo ao seu enriquecimento.” CARMO, Sonia Irene do. *op. cit.* p. 63. Na advertência de Hannah Arendt, contudo, “o processo de acúmulo de riqueza, tal como o conhecemos, estimulado pelo processo vital e, por sua vez, estimulando a vida humana, é possível somente se o mundo e a própria mundanidade do homem forem sacrificados.” ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2007. p. 268.

<sup>42</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *op cit.* p. 137.

<sup>43</sup> *Ibidem.* p. 138.

estamentos privilegiados (nobreza e clero). Nas palavras de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, a massiva mobilização do terceiro estamento na revolução pode, contudo, ser justificada porque:

As massas miseráveis eram bem-vindas para a ideologia constitucionalista francesa como *chair à canon* ('alimentação de canhões'), ou seja, como munição de guerra, e isso a despeito dos tais 'direitos naturais' do 'homem e do cidadão' serem inalienáveis, imprescritíveis e 'universais', ou seja, assistirem a 'todos' sem exceção. O constitucionalismo francês do século XVIII inseriu, além de inegáveis avanços em racionalidade, também um novo elemento à filosofia política: a *hipocrisia*. De fato, é difícil conceber que os autores estavam convencidos do caráter puramente racional de suas obras. Basta pensar que a França do período revolucionário não somente tomou poucas providências para diminuir as desigualdades econômicas e manteve as mulheres em situação de exclusão política e social, como também admitiu mesmo a continuação da escravidão nas colônias.<sup>44</sup>

Fato crucial para a mobilização geral dos "comuns" ocorreu quando "surgiram boatos de que o rei, apoiado pela nobreza, iria dissolver a Assembléia", oportunidade em que "as camadas populares de Paris começaram sua própria revolução, atacando lojas de armas e um arsenal do exército."<sup>45</sup> Superando as resistências manobradas pela realeza, pela nobreza e pelo clero no propósito de manter o Antigo Regime, a prisão real da Bastilha acaba tomada aos 14 de julho de 1789 pelos integrantes do Terceiro estamento social, que ocupam um dos maiores símbolos do absolutismo monárquico do país, fragilizando, conseqüentemente, o próprio modelo que configurava o regime despótico até então vigente.

Após severa discordância entre os próprios representantes do Terceiro estamento,<sup>46</sup> a Assembléia Nacional Constituinte consolida e aprova a Declaração de Direitos do Homem e, em 26 de agosto de 1789, é então aprovada a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, composta por dezessete artigos, onde estão estipulados os direitos do homem e do cidadão burguês de 1789.

Esse conjunto de Declarações, convém lembrar, é definido como dos mais importantes documentos da história humana, também apontado como marco inicial

---

<sup>44</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo : Atlas, 2012. p. 15-16.

<sup>45</sup> CARMO, Sonia Irene do. *op. cit.* p. 75.

<sup>46</sup> "Os representantes da burguesia, que dominavam a Assembléia Nacional, se atemorizaram diante das ações populares, que poderiam ameaçar também suas propriedades. Então, para conter os camponeses, a Assembléia votou a eliminação de todos os direitos feudais. [...] Ao mesmo tempo, para garantir o poder conquistado contra possíveis investidas do rei e das camadas populares, a Assembléia organizou milícias armadas nas cidades, as *Guardas Nacionais*." *Ibidem*. p. 75-76.

do constitucionalismo moderno e base principiológica dos direitos e garantias fundamentais consagradas pelo constitucionalismo atual, marcado pelos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade adotados como lema de todo o período revolucionário e utilizados como vetores de interpretação constitucional até os dias atuais.<sup>47</sup>

Lembrando que os fatos históricos refletem um longo processo de descontinuidades e rupturas, esse importante conjunto de transformações historicamente relacionadas ao período da Revolução Francesa contribuiu para o declínio do feudalismo e dos direitos feudais, oferecendo, deste modo, condições amplamente favoráveis para o desenvolvimento do sistema econômico capitalista liberal, em sintonia com a própria revolução industrial do período, conferindo os contornos da nova era histórica que passou a ser identificada como *moderna*<sup>48</sup> e que perdura até os dias atuais.<sup>49</sup>

Essa digressão de cunho histórico obviamente não visa esgotar o tema nem aprofundar as complexas questões políticas que caracterizaram aquele período.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> “Se a noção de que certas leis se distinguem das demais pelo seu objeto especial – a organização do próprio poder – pode retroagir a pensadores e práticas da Antiguidade, a ideia de Constituição, como a vemos hoje, tem origem mais próxima no tempo e é tributária de postulados liberais que inspiraram as Revoluções Francesa e Americana do século XVIII.” MENDES, Gilmar Ferreira. *et al. op cit.* p. 45.

<sup>48</sup> Essa modernidade tarda - de maneira bem clara - em países periféricos, incluídos os países da América Latina e o Brasil. Essa posição periférica implica em uma desconsideração das características destes países em relação aos países centrais, que por sua vez exportam massivamente suas ideologias impedindo um desenvolvimento ideológico próprio dos países periféricos, que são mantidos em uma posição tributária em relação aos centrais. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal. Brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 63.

<sup>49</sup> Este trabalho adota posicionamento no sentido de que a modernidade não foi totalmente superada, razão pela qual não adota o termo pós-modernidade. Reconhece, em vez disso, que a modernidade nos dias atuais poder ser adjetivada como tardia, além de apresentar um evidente caráter de reflexividade, na exata forma como propõem as teorias de Jurgen Habermas, Anthony Giddens e Ulrich Beck. E nessa mesma linha de interpretação, “aqui cabe uma pergunta: até que ponto o projeto de modernidade se realizou? É possível afirmar que atingimos alguns pontos, como por exemplo, o desenvolvimento científico, a homologação de normas morais e leis universais, a arte autônoma. Porém, isso não foi feito através do trabalho livre e criativo, e não trouxe a emancipação humana nem propiciou, a todos, os frutos do desenvolvimento. A ciência, ao mesmo tempo em que servia (e serve) ao homem, também foi (e é) utilizada para sua destruição. As leis e normas morais muitas vezes garantiram a organização social e a ‘liberdade’, porém, em grande parte, se tornaram lembranças garantidas nos escritos. No geral, são leis e normas que se adaptam às necessidades daqueles que, de alguma forma, podem usufruir os benefícios do poder.” GARCIA, Adir Valdemar. *A pobreza humana: concepções, causas e soluções*. Florianópolis : Editoria em Debate, 2012. p. 43.

<sup>50</sup> “O Século XIX promove um tipo de individualidade que não se esgota apenas na universalidade proposta pelos iluministas; o homem não quer ser apenas livre, mas íntegro, autônomo, distinto dos outros homens. Cada indivíduo seria assim um eu irredutível, uma particularidade, a liberdade o empurra para as diferenças.” ORTIZ, Renato. *op. cit.* p. 264-265. No mesmo sentido, “desde que existe Estado, existe, materialmente ao menos, a função constituinte, pois não se compreende grupo

Para o propósito desta pesquisa, é suficiente traçar este breve resgate histórico no qual já se identifica a fundamentação das principais reformas que foram levadas a efeito pelo Terceiro Estado e os essenciais interesses *ideológicos* das lideranças burguesas que o integravam, quando então instalaram, já em Paris, a primeira Assembléia Nacional Constituinte, em conformidade com os registros verificados na obra do abade Emmanuel Joseph de Sieyès. Essas reformas, inegavelmente favoráveis aos interesses da ascendente burguesia, fundamentam os princípios e garantias fundamentais do Direito Constitucional moderno e contemporâneo, sendo essenciais à pesquisa que se pretende desenvolver na área de concentração sobre Constitucionalismo e Democracia.

E aqui são identificadas as origens dos principais paradigmas da modernidade e da racionalidade da ciência do Direito, contextualizadas por uma *ideologia*<sup>51</sup> liberal, individual e burguesa, tratadas neste trabalho. É nesse contexto histórico que são melhor interpretadas e compreendidas as teorias iluministas voltadas à contenção do poder do Estado, que justificaram especialmente (1) a redistribuição desse poder absoluto, (2) a regulamentação constitucional de todo

---

estatal sem essa função. Mas sua teoria [...] somente se define nas vésperas da Revolução Francesa, através da obra de Sieyès *Que é o Terceiro Estado?*, destinada a propagar as ideias e reivindicações da burguesia na campanha eleitoral que antecedeu a reunião dos Estados Gerais de 1789." SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte : Nova Alvorada Edições, 1995. p. 41.

<sup>51</sup> O termo *ideologia* será tratado com frequência, razão pela qual deverá ser bem compreendido desde logo. Compartilhamos o entendimento de que *ideologia* pode ser delineada em dois tipos gerais de significado: o primeiro "pode ser visto como *significado positivo de ideologia*, pelo qual esta é compreendida como um sistema de atitudes integradas de um grupo social - ideologia como sistema de ideias relacionadas com ação - ideologia como um conjunto de ideias, valores, maneira de sentir, pensar das pessoas e grupos [...] Este conceito de ideologia, chamado por Bobbio de significado *fraco*, tem predominância na ciência e na sociologia política liberal burguesa, tanto em sua acepção geral quanto na particular [...]. Em sentido contrário, fala-se em um *significado negativo* de ideologia, entendida esta, agora, como falsa consciência das relações de domínio entre as classes - ideologia como ilusão, mistificação, distorção e oposição ao conhecimento verdadeiro. Seria, ao contrário, o que Bobbio chamaria de significado *forte*, de larga aceitação na atualidade. Pode ser vista, num sentido mais explícito, como conjunto lógico, sistemático e coerente de representações (valores e ideias) e de normas ou regras (de conduta) que indicam e prescrevem aos membros da sociedade o que devem pensar e como devem pensar, o que devem valorizar e como devem valorizar, o que devem sentir e como devem sentir, o que devem fazer e como devem fazer. Ela é, portanto, um corpo explicativo (representações) e prático (normas, regras e preceitos) de caráter prescritivo, normativo, regulador, cuja função é dar aos membros de uma sociedade dividida em classes uma explicação racional para as diferenças sociais, políticas e culturais, sem jamais atribuir tais diferenças à divisão da sociedade em classes, a partir das divisões na esfera de produção. Pelo contrário, a função da ideologia é a de apagar as diferenças como de classes e de fornecer aos membros da sociedade o sentimento da identidade social, encontrando certos referenciais identificadores de todos e para todos, como, por exemplo, a Humanidade, a Liberdade, a Igualdade, a Nação ou o Estado." LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2. ed. *Série princípios fundamentais do direito penal moderno*. V. 3. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 188-190.



exercício de poder que emana do Estado e (3) o fracionamento do poder despótico em partes independentes e harmônicas entre si, dentre mais. Essas parcelas de poder, a seu turno, seriam exercidas por diferentes segmentos de um mesmo Estado e como peças integrantes de um único sistema de freios e contrapesos, cada qual servindo como elemento simultâneo de exercício e de contenção de poder em relação aos demais.<sup>52</sup>

Nesse mesmo sentido, e nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco, “os valores da liberdade somente seriam eficazmente garantidos se houvesse a consagração da separação de Poderes, de tal sorte que uma esfera do poder poderia frear os excessos de outra, obviando situação em que um mesmo órgão pudesse elaborar normas gerais e implementá-las na prática.”<sup>53</sup> Deste modo:

A Revolução Francesa não vinha apenas restringir excessos de um regime anterior; propunha-se a suplantá-lo, defrontando-se, porém, com resistência pertinaz. Depois da Revolução Francesa, as monarquias absolutas, forçadas, transformaram-se em monarquias constitucionais, e o monarca passou a compartilhar o poder com as novas forças sociais, cujas desconfianças se dirigiam, sobretudo, ao rei. O monarca era visto como o perigo mais próximo à nova ordem. Os revolucionários, afirmando-se representantes do povo, instalaram-se nos Parlamentos e sabiam que o Parlamento deveria ser fortalecido em face do rei. A vontade do Parlamento tinha de prevalecer e ser preservada. Daí o enorme prestígio do órgão, com a sua efetiva supremacia sobre os demais poderes.<sup>54</sup>

É necessário frisar, contudo, que esses paradigmas e o discurso iluminista defendido pelos “principais intelectuais franceses do século XVIII não tem como ser corretamente interpretado sem a consideração do contexto sociopolítico em que se inseria, vale dizer, sem a consideração da origem e das relações sociais de tais intelectuais”.<sup>55</sup> Na clara advertência de Karl Marx, “os mesmos homens que estabeleceram as relações sociais de acordo com a sua produtividade material produzem, também, os princípios, as ideias, as categorias de acordo com as suas

---

<sup>52</sup> “A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados moderados; só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ela vai até onde encontra limites. [...] Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite.” MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo : Martins Fontes, 1996. p. 166-167.

<sup>53</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *et al. op. cit.* p. 52.

<sup>54</sup> *Idem*.

<sup>55</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *op cit.* p. 15.

relações sociais.”<sup>56</sup> Sobre as origens e as pretensões dos ideais revolucionários e a influência burguesa no período:

Na verdade, a se considerar o pensamento de Sieyès no seu estrito sentido, não há como negar que a sua proposta revolucionária é restauradora, onde os usurpados, politicamente acuados no Terceiro Estado, devem readquirir aquilo que perderam, pela força, de antigos conquistadores. Na sua tese, ele não contempla a burguesia como uma nova força histórica com novas propostas de organização política e jurídica, mas como o estado que, por força de circunstâncias históricas, encamou e resguardou a dignidade franca. A burguesia é portadora do Direito natural de restaurar os fundamentos de legitimidade do poder real, e não propriamente de instaurar o poder burguês.<sup>57</sup>

Extrapolando a proposta restauradora defendida pelo Abade Sieyès, portanto, a emergente classe burguesa articulou manobras políticas para, em defesa dos seus interesses – enquanto classe social economicamente definida –, e através dos “intelectuais responsáveis pelo constitucionalismo francês”, refletir aquela oportunidade histórica para consolidar “os fundamentos político-filosóficos com vistas à transição do poder político de uma agora chamada classe social da nobreza, para outra, a burguesa.”<sup>58</sup> E nesse contexto social de crise, transformação e ruptura de paradigmas é que se consolidaram novos fundamentos, iluminados pelo novo método racionalista, e nos quais as mais fundamentais premissas do modelo de governo absoluto pelo rei (um déspota esclarecido, mas ainda déspota) trataram de ser combatidas, a ponto de se apresentarem injustificáveis aos seus próprios súditos.

Deste modo foram gradativamente superados os paradigmas ligados à concentração dos poderes do Estado (legislativo, executivo e judiciário) na figura de um único homem (o monarca), esvaziando as justificativas metafísicas da “vontade divina”<sup>59</sup> e, por fim, a do próprio modelo de Estado absolutista que as amparavam. Para Jorge Miranda:

---

<sup>56</sup> MARX, Karl. *A miséria da filosofia*. Tradução de José Paulo Netto. São Paulo : Global, 1985. p. 106.

<sup>57</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?*. Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009. p. 42.

<sup>58</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *op cit.* p. 15.

<sup>59</sup> Cabe destacar que os ideais revolucionários não confrontavam a figura religiosa de Deus em si mas, sim, confrontavam aqueles que invocam a fundamentação metafísica dos seus poderes no próprio Deus. “O iluminismo, como base filosófico-teórica do liberalismo, despertava os homens de muitos países para uma nova ideia, a de que não estavam fadados à imobilidade social por determinação de nascimento. O raciocínio seguinte era de uma lógica tão simples quanto grandiosa:

O constitucionalismo – que não pode ser compreendido senão integrado com as grandes correntes filosóficas, ideológicas e sociais dos séculos XVIII e XIX – traduz exactamente certa ideia de Direito, a ideia de Direito liberal. A Constituição em sentido material não desponta como pura regulamentação jurídica do Estado; é a regulamentação do Estado conforme os princípios proclamados nos grandes textos revolucionários.<sup>60</sup>

Assim, no fértil período de mudança “que tinha por motor filosófico as ideias iluministas que buscavam a fundamentação racional de decisões políticas, perseguindo ideais universalistas”,<sup>61</sup> foram construídos novos paradigmas que induziram o reconhecimento de novos sistemas teóricos e científicos, operando transformações amplificadas pelo ambiente de revolução, consolidando os fundamentos do pensamento liberal, individual e burguês nos séculos XVIII e seguintes:

A ideia de monarquia absoluta, combatida por todos os pensadores do ‘século das luzes’, tornou-se inaceitável para a nova classe ascendente, a burguesia. Tinha esta, de fato, sólidos argumentos para retomar o movimento histórico em favor da limitação de poderes dos governantes, iniciado na Baixa Idade Média com a *Magna Carta*, e seguido na Inglaterra pela *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act* e o *Bill of Rights*. Não foi, aliás, por outra razão que Voltaire e Montesquieu sempre apresentaram a Inglaterra como modelo a ser seguido na França.<sup>62</sup>

A burguesia então operou com sucesso a tradição clássica racionalista em prol dos (próprios) interesses revolucionários, consagrando o racionalismo enquanto método científico reconhecido como “única via” de conhecimento universal da realidade, consolidando os novos paradigmas da ciência moderna – a razão – através do vasto conjunto de obras produzidas e defendidas pelos cientistas e

---

se não é Deus quem define a posição social, a estrutura atual não precisa ser eterna e o homem pode alterá-la.” CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos: processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. São Paulo : Saraiva, 2010. p. 63.

<sup>60</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo II: constituição e inconstitucionalidade*. 3. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1996. p. 17. Para Emanuel Kant, “a constituição *republicana* é aquela estabelecida em conformidade com os princípios: 1) da *liberdade* dos membros de uma sociedade (enquanto homens), 2) da *independência* de todos a uma única legislação comum (enquanto súditos) e 3) de conformidade com a lei da *igualdade* de todos os súditos (enquanto cidadãos): é a única que deriva da idéia do contrato originário e sobre a qual devem fundar-se todas as normas jurídicas de um povo. A constituição republicana é, pois, no que diz respeito ao direito, a que subjaz a todos os tipos de constituição civil. Seria interessante perguntar-se se é também a única que pode conduzir à paz perpétua.” KANT, Immanuel. *Para a paz perpétua*. Tradução Bárbara Kristensen. Rianxo : Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006. p. 67-68.

<sup>61</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *op. cit.* p. 15.

<sup>62</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.* p. 137.

filósofos iluministas do período. Em linhas gerais, as respostas científicas passaram a ser fundamentadas na “luz da razão” (razão técnico-científica), superando o que o antes era escondido sob as “sombras da metafísica” (metafísica obscura).

A modernidade, então vinculada a esses novos paradigmas, força uma primeira passagem pela europa para, em seguida, garantir expansão por todo o globo terrestre, traduzindo mudanças de alcance mundial:

Na segunda metade do século XIX, a revolução industrial aos poucos chegaria à Alemanha, condenando definitivamente a antiga ordem econômica a ser substituída pela nova ordem capitalista. A necessidade (da burguesia) de garantir pelo menos as liberdades econômicas tornou-se premente. Não restava alternativa à nobreza senão continuar cedendo parcelas de seu poder, caso não quisesse para si o mesmo destino da nobreza francesa.<sup>63</sup>

As consequências dessas transformações, em resumo, traçaram os parâmetros de um *modelo* identificado como *liberal e individual burguês*, que serviria de fundamento à civilização burguesa e ao desenvolvimento do sistema econômico capitalista, dando azo às “promessas da modernidade”, que serão especificamente tratadas no tópico seguinte deste trabalho. Ainda sobre o tema:

Foi preciso que transcorresse pouco mais de meio século da Revolução Francesa, para que se fizesse a primeira análise crítica prospectiva em profundidade. Num escrito de juventude, Karl Marx exergou-a como a instauração do regime do individualismo egoísta, em lugar do egoísmo corporativo do *Ancien Régime*.[...] A Revolução, ao suprimir a dominação social fundada na propriedade da terra, ao destruir os estamentos e abolir as corporações, acabou por reduzir a sociedade civil a uma coleção de indivíduos abstratos, perfeitamente isolados em seu egoísmo. Em lugar do solidarismo desigual e forçado dos estamentos e das corporações de ofícios, criou-se a liberdade individual fundada na vontade, da mesma forma que a filosofia moderna substituíra a tirania da tradição pela liberdade da razão.[...] Sem dúvida, esses efeitos não foram minimamente previstos pelos próceres revolucionários. Mas não é menos verdade que a civilização burguesa e o sistema econômico capitalista não teriam prosperado tão vivamente, a partir do século XIX, se o direito revolucionário não tivesse criado as instituições que lhe serviram de fundamento.<sup>64</sup>

Assim, o racionalismo clássico consagrou respostas suficientes e adequadas para resolver os problemas políticos, econômicos, sociais e científicos apresentados no período pós-crise política e revolucionário francês, consolidando métodos e

<sup>63</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *op. cit.* p. 18.

<sup>64</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.* p. 143-144.

teorias – racionalistas – que serviram de base à configuração da modernidade inaugurada naquele mesmo período, “lançando luzes” sobre áreas até então inexploradas pelas ciências e consolidando as bases científicas das mais diversas áreas do conhecimento humano, que passaram a ser categorizadas e subdivididas em campos cada vez menores a fim de alcançar o maior grau de especialização possível sobre cada objeto de estudo individualmente considerado. Sobre a ciência moderna:

Ao analisar a constituição da ciência moderna e o modelo de fazer científico que se consolidou como hegemônico nos últimos séculos, encontramos um paradigma, assentado na razão, na divisão/análise e na máxima “conhecer para controlar”, que reduziu os problemas e suas respostas a modelos para a ação transformadora sobre a natureza e controladora da sociedade, produzindo conhecimentos disciplinares e com alto nível de especialização. Separar e reduzir têm sido as máximas desse paradigma.<sup>65</sup>

Esse paradigma racional clássico, que serviu como base ao modelo liberal individual burguês, é o modelo que ainda produz e reproduz em grande parte o modo de ser social contemporâneo, onde são construídos valores e a lógica maniqueísta sobre a qual (ainda) se estrutura o paradigma moderno.

1.3. Os novos direitos fundamentais: o ideal de liberdade, as diferentes gerações de direitos fundamentais e as promessas da modernidade.

---

<sup>65</sup> BAUMGARTEN, Maíra. *A prática científica na “Era do Conhecimento”: metodologia e transdisciplinaridade*. *Sociologias*. v. 08, n. 15. Porto Alegre : PPGS/UFRGS, 2006. p. 15. Complementando o assunto, Rubem Alves assevera que “o cientista virou um mito. E todo mito é perigoso, porque ele induz o comportamento e inib o pensamento. Este é um dos resultados engraçados (e trágicos) da ciência. Se existe uma classe especializada em pensar de maneira correta (os cientistas), os outros indivíduos são liberados da obrigação de pensar e podem simplesmente fazer o que os cientistas mandam. [...] Não pensamos. Obedecemos. Não precisamos pensar, porque acreditamos que há indivíduos especializados e competentes em pensar. Pagamos para que ele pense por nós. E depois ainda dizem por aí que vivemos em uma civilização científica...” ALVES, Rubem. *Filosofia da ciência: introdução ao jogo e suas regras*. 4. ed. São Paulo : Editora Loyola, 2002. p. 07-08. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “essa ideia é a de que a supremacia da nação era a supremacia da lei. Mas a supremacia da lei era entendida, no século XVIII, como a supremacia da razão; não a supremacia dos legisladores. A lei, de certa forma, valia não pela vontade daqueles que participavam da sua elaboração, mas, sim, pela sua adequação aos supremos interesses da comunidade. Esse supremo interesse da comunidade era determinado pela razão. Por isso é que se fala em supremacia da razão nessa colocação clássica do século XVIII.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional comparado: o poder constituinte*. Vol. I. São Paulo : Editora da Universidade de São Paulo, 1974. p. 28.

A adoção da revolução francesa como marco histórico inaugural da *modernidade* não ilide a ausência de consenso quanto a essa postura histórico-científica. A escolha da revolução francesa enquanto marco histórico divisor de eras (entre medievo e modernidade), contudo, encontra amparo na interpretação também adotada por Georg Hegel, citado por Jürgen Habermas, que afirma:

Hegel também entende o “nosso tempo” como o “tempo mais recente”. Ele data o começo do tempo presente a partir da cesura que o Iluminismo e a Revolução Francesa significaram para os seus contemporâneos mais esclarecidos no final do século XVIII e início do século XIX. Com esse “magnífico despertar” alcançamos, assim pensa ainda o velho Hegel, “o último estágio da história, o nosso mundo, os nossos dias”.<sup>66</sup>

Como critério de escolha justificado, portanto, a modernidade deve ser compreendida neste trabalho como o resultado do modo de se pensar vindo das ciências exatas, do empirismo cartesiano, da racionalidade construída a partir de uma razão iluminada – sendo razão e luzes, então, sinônimos. Figurativamente, essas luzes rompem com as trevas – que é o medievo pré-moderno –, aclarando os novos horizontes da modernidade. Nesse sentido e nas palavras de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes:

O termo Iluminismo indica um movimento de idéias que tem suas origens no século XVII (ou até talvez nos séculos anteriores, nomeadamente o século XV, segundo interpretação de alguns historiadores), mas que se desenvolveu especialmente no século XVIII, denominado por isso o “século das luzes”. Esse movimento visou estimular a luta da razão contra a autoridade, realizando a substituição da razão da autoridade pela autoridade da razão, a luta da luz contra a época das trevas. Daí o nome de Iluminismo, tradução da palavra alemã *Aufklärung*, que significa aclaração, esclarecimento, iluminação.<sup>67</sup>

Embora sejam reconhecidas as profundas transformações que contemporaneamente se operam sobre a *modernidade*, é preciso esclarecer que esta pesquisa não compartilha o entendimento de que a *modernidade* constitui modelo totalmente superado, conforme apregoam as teorias que já adotam expressões sinônimas àquela consagrada como “pós-modernidade”.<sup>68</sup>

<sup>66</sup> HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade : doze lições*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo : Martins Fontes, 2000. p. 11.

<sup>67</sup> LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *op. cit.* p. 42-43.

<sup>68</sup> “O cenário pós moderno é essencialmente cibernético-informático e informacional. Nele, expandem-se cada vez mais os estudos e as pesquisas sobre a linguagem, com o objetivo de conhecer a

Sempre respeitosamente em relação a posicionamentos teóricos em sentido contrário, adotamos postura no sentido de que a essência da *modernidade* permanece, apesar das transformações sofridas ao longo da história e, especialmente, por influência das complexidades próprias da sociedade pós-industrial ocidental e contemporânea. Conforme observa Lênio Streck, “para grande parte das elites brasileiras, a modernidade acabou. [Mas] tudo isto parece estranho e ao mesmo tempo paradoxal. [Haja vista que] a modernidade nos legou a noção de sujeito, o Estado, o Direito e as Instituições.”<sup>69</sup>

Outro legado importantíssimo da modernidade pode ser encontrado no rompimento – promovido pela razão iluminada – com os fundamentos *metafísicos* das ciências e das instituições, ou seja, com as justificativas religiosas carentes de razão. Rompe, inclusive e pelos mesmos motivos, com os fundamentos do próprio Direito Natural. Nas palavras de Jürgen Habermas, “o princípio da subjetividade determina as manifestações da cultura moderna”, sendo que “os *acontecimentos-chave históricos* para o estabelecimento do princípio da subjetividade são a *Reforma, o Iluminismo e a Revolução Francesa*.” Assim, “os *conceitos morais* dos tempos modernos são talhados para reconhecer a liberdade subjetiva dos indivíduos.”<sup>70</sup> Essas assertivas revelam ainda, por via de consequência, mais um importante legado da modernidade: o antropocentrismo.

Sobre o rompimento com as justificativas metafísicas do poder, o novo foco antropocêntrico e o liberalismo na modernidade, Daniel Sarmiento elucida em passagem única que:

---

mecânica da sua produção e de estabelecer compatibilidades entre linguagem e máquina informática. [...] Se, por um lado, o avanço e a cotidianização da tecnologia informática já nos impõem sérias reflexões, por outro lado, seu impacto sobre a ciência vem se revelando considerável.” BARBOSA, Wilmar do Valle. In LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 3. ed. Rio de Janeiro : José Olympio Editora, 1998. p. VIII. Aqui cabe a ressalva, contudo, de que “sublinhamos até aqui palavras que são verdadeiras senhas para invocar o fantasma pós-moderno: chip, saturação, sedução, niilismo, simulacro, hiper-real, digital, desreferencialização, etc. Dificilmente elas serviriam para descrever o mundo de 30 ou 40 anos atrás, o mundo moderno, quando se falava em energia, máquina, produção, proletariado, revolução, sentido, autenticidade. Mas se a pós-modernidade significa mudanças com relação à modernidade, o fato é que não se pode dispensar o aço, a fábrica, o automóvel, a arquitetura funcional, a luz elétrica – conquistas associadas ao modernismo. Assim, no fundo, o pós-modernismo é um fantasma que passeia por castelos modernos.” SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é pós-moderno*. São Paulo : Brasiliense, 2012. p. 18.

<sup>69</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 23.

<sup>70</sup> *Ibidem*. p. 26-27.

O surgimento da Modernidade encontra-se profundamente associado à perda de referências externas absolutas e transcendentais, ao descentramento causado pela dissolução dos pólos de orientação do agir humano, no processo que Max Weber denominou de “desencantamento do mundo”. Depois da Reforma, já não seria possível fundamentar o comportamento humano nos dogmas religiosos, pois se rompera o monopólio da verdade mantido por séculos pela Igreja Católica, e o pluralismo tornara-se um fato. A tradição já não era suficiente para justificar a obediência. Neste contexto, exsurge o indivíduo como o novo protagonista da história, alimentado pela filosofia racionalizadora de René Descartes, que, com seu novo método fundado na dúvida sistemática e na separação entre sujeito e objeto, abrirá a senda para a evolução científica [...] Na política, a Modernidade se identifica com os valores da liberdade, igualdade, solidariedade e democracia, em torno dos quais foi erigido o Estado Moderno. As duas grandes ideologias que dividiram o mundo no século XX, liberalismo e socialismo, realizaram leituras diferentes destes mesmos valores, mas deles não se afastaram. São ambas, portanto, essencialmente modernas, indiscutíveis legados do Iluminismo. Da mesma forma, os direitos humanos, a limitação do poder dos governantes e a legitimação deste poder pelo consentimento dos governados são noções típicas da Modernidade. Embora seja possível remontar a antes da Ilustração para traçar a pré-história destas importantíssimas idéias, o fato é que a sua afirmação concreta se dá no Estado Moderno, que foi construído sob a égide do ideário iluminista.<sup>71</sup>

A *liberdade*<sup>72</sup> é, portanto, o eixo central dos direitos fundamentais de *primeira geração*, que passam a configurar o constitucionalismo enquanto moderno sistema de organização dos Estados e sociedades modernos ocidentais. Isso porque, após romper com o medievo e com o modelo absolutista, o Estado moderno é apontado e reconhecido como “avanço” em relação ao modelo antecedente. Deste modo, o Estado se mostra, “em um primeiro momento, como absolutista e, depois, como liberal; mais tarde o Estado se transforma, surgindo o Estado Contemporâneo sob as suas mais variadas faces. Essa transformação decorre justamente do acirramento das contradições sociais proporcionadas pelo liberalismo.”<sup>73</sup> Conforme Norberto Bobbio:

Cronologicamente, são anteriores os direitos de liberdades defendidos pelo pensamento liberal, no qual a liberdade é entendida em sentido negativo, como liberdade dos modernos contraposta tanto à liberdade dos antigos quanto à liberdade dos escritores medievais, para os quais a república livre significava independentemente de um poder superior ao do reino ou do

<sup>71</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2004. p. 55.

<sup>72</sup> “Num rápido panorama de conjunto dos problemas da liberdade na sociedade contemporânea, parece-me possível identificar dois temas principais: por um lado, a emergência de demandas de liberdades completamente novas; por outro, novas formas de defesa das velhas liberdades.” BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro : Edouro, 1997. p. 92.

<sup>73</sup> STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* p. 23.



império, ou então popular, no sentido de uma república governada pelos próprios cidadãos ou por uma parte deles, e não por um príncipe imposto ou legitimado através de uma lei acessória.<sup>74</sup>

A liberdade que fundamenta o paradigma da modernidade é, em razão da sua origem, impregnada pela ideologia burguesa, enquanto elite social (economicamente) dominante na sociedade até o período pós-industrial contemporâneo, que condiciona as relações políticas de poder em sociedade e pelo próprio Estado, em conformidade com os interesses propugnados por essa mesma ideologia.<sup>75</sup>

Essa constatação ganha relevância na medida em que as relações havidas entre o Estado e as pessoas individualmente consideradas passam, a partir do novo modelo de Estado Constitucional e moderno de Direito,<sup>76</sup> necessariamente refletir os *direitos fundamentais*, compreendidos e interpretados como parâmetros constitucionais de efetivas garantia e defesa contra qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito individual de qualquer cidadão, especialmente daquelas juridicamente violentas e autorizadas pelo próprio Estado, operacionalizadas pelo “sistema penal” como um todo. Conforme interpretação de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes:

A idéia de Constituição ganhou força associada às concepções do Iluminismo, a ideologia revolucionária do século XVIII. Esta cosmovisão – fundada na premissa de reconhecimento do homem como indivíduo, ou seja, como ser individualizado, com vida e direitos próprios, que não se confunde com a coletividade, nem se funde nesta – é a fonte do liberalismo político e econômico que triunfa com as revoluções dos séculos XVIII e XIX. Ao surgir, ligada que estava à doutrina liberal, a idéia de Constituição escrita tinha um caráter polêmico. Não designava qualquer organização fundamental, mas apenas a que desse ao Estado uma estrutura conforme aos princípios do liberalismo. Esse conceito polêmico é que alimentava o movimento político e jurídico, chamado *constitucionalismo* [...]. *Constitucionalismo* é a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar. Essas técnicas são

---

<sup>74</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. *op. cit.* p. 206.

<sup>75</sup> “Os libertários defendem os mercados livres e se opõem à regulamentação do governo, não em nome da eficiência econômica, e sim em nome da liberdade humana. Sua alegação principal é que cada um de nós tem o direito fundamental à liberdade – temos o direito de fazer o que quisermos com aquilo que no pertence, desde que respeitemos os direitos dos outros de fazer o mesmo.” SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 12. ed. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2013. p. 78.

<sup>76</sup> Consagrado a partir da redação conferida às Declarações elaboradas pelos revolucionários franceses, especialmente a Declaração de Direitos do Homem e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

organizadas segundo dois pressupostos básicos: o da separação de poderes e o da racionalidade do direito.<sup>77</sup>

Nesse mesmo sentido, no qual as relações entre o Estado e seus administrados passam a ser regulamentados a partir dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição, a gradativa transição de um Estado ausente para um modelo de Estado intervencionista, portanto, também sofre influência da ideologia burguesa, ao passo em que é compreendida por alguns “não [como] uma concessão do capital, mas [como] a única forma de a sociedade capitalista preservar-se, necessariamente mediante empenho na promoção da diminuição das desigualdades socioeconômicas”.<sup>78</sup>

Nessa linha, vem bem a propósito o dizer de Boaventura de Sousa Santos, para quem esse Estado [intervencionista], também chamado de Estado Providência ou Social, foi a instituição política *inventada nas sociedades capitalistas* para compatibilizar as promessas da Modernidade com o desenvolvimento capitalista. Este tipo de Estado, segundo as perspectivas “desreguladoras”, foi algo que passou, desapareceu, e o Estado simplesmente tem, agora, de se enxugar cada vez mais.<sup>79</sup>

[...]

Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem consequências *absolutamente diversas* da minimização do Estado em países como o Brasil, *onde não houve o Estado Social*.<sup>80</sup>

[...]

Como resultado, temos que, em *terrae brasilis*, as promessas da modernidade só são aproveitadas por um certo tipo de brasileiros. Para os demais, o atraso!<sup>81</sup>

Em que pese o reconhecimento dessa carga ideológica burguesa sobre a construção dos direitos fundamentais e do próprio constitucionalismo moderno, é muito importante esclarecer os direitos fundamentais são aqui interpretados e compreendidos enquanto necessários parâmetros *balizadores* que atuam na proteção de toda e qualquer pessoa, especialmente quando analisados, sob a ótica dos ramos Constitucional, Penal e Processual Penal do Direito, enquanto legítimas

---

<sup>77</sup> LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *op. cit.* p. 48-49. Nas palavras de Alexandre de Moraes, “o estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem. Com a finalidade de estabelecimento de limites ao poder político, ocorrendo a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário.” MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo : Atlas, 2000. p. 56.

<sup>78</sup> STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* p. 24.

<sup>79</sup> *Idem.*

<sup>80</sup> *Ibidem.* p. 27-28.

<sup>81</sup> *Ibidem.* p. 29.

formas de defesa contra o controle social violento juridicamente exercido pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Assim, cabe o registro de que ao tratar das violações legítimas (por parte do Estado e juridicamente regulamentadas) de alguns direitos, especialmente ao serem compatibilizados com outros, os direitos fundamentais serão adotados *como inafastáveis parâmetros à atuação do Estado* – principalmente quando admitidos contornos mais amplos para os limites de respostas (mais eficientes) aos fenômenos de criminalidade dotados de maior complexidade e típicos da contemporaneidade.

Nesse contexto, não se pode falar em direito penal sem o delimitar pelos direitos fundamentais, especialmente ao tratar das possíveis alterações de velocidades e da expansão desse mesmo direito penal,<sup>82</sup> razão pela qual é preciso bem definir, e desde logo, a posição adotada acerca desses mesmos direitos fundamentais. Em resumo, é preciso resgatar expressamente todas essas considerações sobre direitos fundamentais ao se vislumbrar, no curso desta pesquisa, hipóteses relacionadas a uma potencial alteração das dinâmicas sancionadoras sobre pessoas envolvidas em complexos conflitos com a lei penal, especialmente quando associadas para a prática de atividades típicas de grupos criminosos organizados.

A par dessas advertências acerca dos direitos fundamentais, deve ser introduzido o tema das “dimensões” desses mesmos direitos (fundamentais), também compreendido como “gerações” (dos direitos fundamentais), e que condicionam todo o sistema jurídico e sua aplicação a partir do próprio Direito Constitucional positivo.

Para Ingo Wolfgang Sarlet “costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta e até mesmo de uma quinta e sexta gerações.”<sup>83</sup> Nas palavras de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

Muitos autores referem-se a “gerações” dos direitos fundamentais, afirmando que sua história é marcada por uma gradação, tendo surgido em primeiro lugar os direitos clássicos individuais e políticos, em seguida os

---

<sup>82</sup> Tema tratado no capítulo 2 deste trabalho.

<sup>83</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 45.

direitos sociais e, por último, os “novos” direitos difusos e/ou coletivos como os de solidariedade, ao desenvolvimento econômico (sustentável) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, havendo também direitos de quarta geração relacionados ao cosmopolitismo e à democracia universal.<sup>84</sup>

Sobre essas reconfigurações interpretativas dos direitos fundamentais, será adotada no corpo deste trabalho a nomenclatura “gerações e direitos fundamentais” em referência ao tema ora tratado. Essa opção se justifica por razão exclusivamente didática, considerando que, mais adiante,<sup>85</sup> serão tratadas as “dimensões *subjetiva* e *objetiva* dos direitos fundamentais”, o que poderia gerar dúvidas no contexto da leitura a partir dessa ambiguidade terminológica.

De qualquer sorte, essa ressalva não afasta posicionamento no sentido de compreender as diferentes “gerações” como “dimensões”<sup>86</sup> (dos direitos fundamentais), exatamente por se tratar de opção terminológica menos problemática para a doutrina mais moderna, “já que a ideia das ‘gerações’ sugere uma substituição de cada geração pela posterior, enquanto no âmbito que nos interessa nunca houve abolição dos direitos das anteriores ‘gerações’”.<sup>87</sup> Além disso, também “é inexato se referir a ‘gerações’ dos direitos fundamentais, considerando que os direitos sociais sejam posteriores aos direitos de inspiração liberal-individual ou que estes tenham substituído, ultrapassado os direitos fundamentais clássicos da dita ‘primeira geração’”.<sup>88</sup>

Por essa razão – e sem prejuízo de outras – “uma parte crescente da doutrina refere-se às categorias de direitos fundamentais com o termo *dimensões*”,<sup>89</sup> ressaltando que uma eventual “discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que diz com o conteúdo das respectivas dimensões e ‘gerações’ de direitos.”<sup>90</sup>

O tema é essencialmente relevante porque a característica “liberal” do Estado moderno e do constitucionalismo que o conforma, assim como as demais gerações de *direitos fundamentais*, sofrem críticas por não se apresentarem suficientemente realizadas, máxime no Brasil, onde ainda se questiona até mesmo

---

<sup>84</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *op. cit.* p. 22.

<sup>85</sup> Tópico 2.3.

<sup>86</sup> “[...] há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina.” SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 45.

<sup>87</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *op. cit.* p. 22.

<sup>88</sup> *Ibidem.* p. 23.

<sup>89</sup> *Idem.*

<sup>90</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 45.

acerca da efetiva existência de um Estado de bem estar social. Nas palavras de Lenio Luiz Streck, “a *realidade brasileira aponta em direção contrária*: o assim denominado Estado Social não se concretizou no Brasil (foi, pois, um simulacro), onde a função intervencionista do Estado serviu para aumentar ainda mais as desigualdades sociais.”<sup>91</sup>

Nessa linha de interpretação, a efetiva implementação e realização dessas diferentes gerações de direitos fundamentais, aqui compreendidas como efetivas *promessas da modernidade*, apresentariam um cumprimento frustrado – ou pelo menos deficiente – nas sociedades ocidentais como um todo e, ainda mais especialmente, nas sociedades periféricas ou marginalizadas da qual a América Latina e Brasil fazem parte. Nesse sentido:

Discute-se hoje a crise da Modernidade, e há quem fale no advento de uma Era Pós-Moderna. Afirma-se que a Modernidade falhou nos seus objetivos, pois não conseguiu resolver ou minimizar os problemas da Humanidade, nem dar respostas para as questões que são verdadeiramente importantes para as pessoas. Segundo alguns, o ideário da Modernidade teria se exaurido no século XX, com a constatação da impotência do seu discurso e das suas propostas grandiloquentes para enfrentar os problemas emergentes em uma sociedade hipercomplexa, globalizada, fragmentada e descentrada.<sup>92</sup>

E sobre essa perspectiva, é necessário reconhecer, contudo, que quaisquer promessas da modernidade são na verdade inalcançáveis, pois acabam invariavelmente frustradas, até porque somos seres que não se perpetuam como indivíduos, aprisionados que estamos – enquanto pessoas humanas – pela nossa finitude: um autêntico “*ser-para-a-morte*”, pois “enquanto fim da pre-sença, a morte é a possibilidade mais própria, irremissível, certa e, como tal, indeterminada e insuperável da pre-sença. Enquanto fim da pre-sença a morte é e está em seu ser

---

<sup>91</sup> STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* p. 62.

<sup>92</sup> SARMENTO, Daniel. *op. cit.* p. 55-56. Nas palavras de Friedrich Nietzsche, “ao contrário do que se afirma hoje, a humanidade não representa uma evolução para algo melhor, mais forte ou mais elevado. O ‘progresso’ não passa de uma ideia moderna, ou seja, de uma ideia falsa. O europeu moderno tem bem menos valor que o europeu do Renascimento. Desenvolver-se não significa forçosamente elevar-se, aperfeiçoar-se, fortalecer-se.” NIETZSCHE, Friedrich. *O anticristo*. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo : Editora Martin Claret, 2001. p. 40.

para o fim”.<sup>93</sup> No sentido adotado por Martin Heidegger, “o ser-para-a-morte é, essencialmente, angústia.”<sup>94</sup>

A real e efetiva implantação desses direitos fundamentais, contudo, deverão sempre nortear, como autêntico ideal a ser buscado, a atuação de todo e qualquer operador do Direito. Ao tratar da importância das diferentes gerações dos direitos fundamentais neste trabalho, e a par das deficiências da sua real efetivação ao longo da história, o sentido que se pretende ver esclarecido é o mesmo descrito por Norberto Bobbio, onde, embora sejam considerados como “classe variável”, os direitos fundamentais não perdem sua essência ao serem transformados pela influência das complexidades próprias do seu tempo, permanecendo essencialmente “fundamentais” – enquanto sistema consolidado de direitos e garantias das pessoas contra o arbítrio das maiorias políticas e sociais e do próprio Estado – ao longo da história. Nas palavras de Norberto Bobbio:

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história desses últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas etc.[...]; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.<sup>95</sup>

Influenciado pela revolução industrial inglesa e a partir da revolução liberal francesa, o Estado moderno realmente se ergueu sobre bases burguesas, que por sua vez reproduzem uma racionalidade constitutiva das prioridades do Estado, dos objetos tutelados e do grau de intervenção desejado, em prol das aspirações dessas mesmas bases liberais e individuais burguesas e dos seus representantes de classe, politicamente influenciando, até mesmo, as transformações operadas nas diferentes gerações dos direitos fundamentais.

---

<sup>93</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo: Parte II*. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Rio de Janeiro : Editora Vozes, 2005. p. 47.

<sup>94</sup> *Ibidem*. p. 50.

<sup>95</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos. op. cit.* p. 18.

Deixando a análise *ideológica* do tema para momento mais oportuno,<sup>96</sup> é necessário concluir, nesse, ponto, que os diferentes paradigmas que caracterizam as diferentes gerações dos direitos fundamentais podem ser entendidos, então, como reconfigurações de ordem política que também se prestam a buscar uma compatibilização das “promessas da modernidade” ao desenvolvimento capitalista – amplificado pelo desenvolvimento revolucionário industrial, sintonizado ao modelo liberal-individual burguês consagrado pela revolução francesa que lhe garantiu as bases científica e ideológica para uma rápida transformação, caracterizada pelo expansionismo econômico de escala global. Esse cenário de influências amplamente favoráveis ao desenvolvimento do capitalismo garante base, também e ainda, para a própria *globalização*. Para Eugenio Raúl Zaffaroni:

Vivemos um momento de poder planetário que é a globalização, que sucede ao colonialismo e ao neocolonialismo. Cada momento, nesse contínuo do curso do poder planetário, foi marcado por uma revolução: a mercantil do século XIV, a industrial do século XVIII e, agora, a tecnológica do século XX, que se projeta para o século atual. Esta última revolução, a tecnológica, é fundamentalmente comunicacional. Se não compreendermos isso e nos deixarmos ficar em nossos guetos acadêmicos, o serviço que prestamos será muito pobre.<sup>97</sup>

E sobre essas novas ordens de transformação, Anthony Giddens esclarece que “a nova agenda da ciência social diz respeito a duas esferas de transformação, diretamente relacionadas. Cada uma delas corresponde a processos de mudança que, embora tenham tido suas origens no início do desenvolvimento da modernidade, tornaram-se particularmente intensas na ordem atual. [...] [Assim,] por um lado, há a difusão extensiva das instituições modernas, universalizadas por meio dos processos de globalização. Por outro, mas imediatamente relacionados com a primeira, estão os processos de mudança intencional, que podem ser conectados à radicalização da modernidade.”<sup>98</sup> Deste modo:

O capitalismo durante séculos teve fortes tendências à expansão, por razões documentadas por Marx e tantos outros. Durante o período posterior à Segunda Guerra Mundial, no entanto, e particularmente em torno dos

---

<sup>96</sup> A ser retomada no capítulo terceiro.

<sup>97</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro : Editora Revan, 2015. p. 7.

<sup>98</sup> BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. 2. ed. São Paulo : Editora Unesp, 2012. p. 90-91.

últimos quarenta anos, o padrão do expansionismo começou a se alterar. Tornou-se muito mais descentralizado, assim como mais abrangente. O movimento geral aponta para uma interdependência muito maior.<sup>99</sup>

O modelo liberal individual burguês, portanto, é o modelo que se expandiu em escala global, produzindo o modo de ser social – de onde construímos valores e extraímos a lógica maniqueísta sobre a qual se estrutura o paradigma moderno. Esse modelo, por sua vez, exige fundamentação a partir dessa mesma racionalidade cientificista, liberal e individual burguesa, produzida (e reproduzida) a partir da ideologia consagrada pela classe (economicamente) dominante, qual seja, a classe capaz de acumular mais poder em relação e em detrimento de outras.

Pelas palavras de Friedrich Engels, é possível compreender que as “sociedades são a imagem que têm de si vistas nos espelhos que constroem para reproduzir as identificações dominantes em um dado momento histórico. São os espelhos que, ao criar sistemas e práticas de semelhança, correspondência e identidade, asseguram as rotinas que sustentam a vida em sociedade”.<sup>100</sup>

A classe burguesa, enquanto elite social capaz de, historicamente, consolidar e expandir o modelo liberal individual burguês pelas sociedades capitalistas ocidentais, criou ambiente propício ao desenvolvimento – tão ideal quanto possível – do próprio capitalismo, da industrialização e do mercado globalizado – enquanto meios de sustentação do poder econômico consolidado por essa mesma elite, definindo assim os paradigmas (ou promessas) da modernidade, logicamente mais adequados aos seus particulares interesses – enquanto elite social dominante – do que em relação às demais classes sociais. Nesse sentido:

Como o Estado nasceu da necessidade de conter o antagonismo das classes, e como, ao mesmo tempo, nasceu em meio ao conflito delas, é, por regra geral, o Estado da classe mais poderosa, da classe economicamente dominante, classe que, por intermédio dele, se converte também em classe politicamente dominante e adquire novos meios para a repressão e exploração da classe oprimida. Assim, o Estado antigo foi, sobretudo, o Estado dos senhores de escravos para manter os escravos subjugados; o Estado feudal foi o órgão de que se valeu a nobreza para manter a sujeição dos servos e camponeses dependentes; e o moderno Estado representativo

---

<sup>99</sup> *Ibidem*. p. 91.

<sup>100</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 4. ed. V 1. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo : Cortez, 2002. p. 47.



é o instrumento de que se serve o capital para explorar o trabalho assalariado.<sup>101</sup>

As principais promessas da modernidade, influenciadas pela elite social dominante na modernidade ocidental, precisaram ser sistematizadas em paradigmas respaldados por sistemas científicos adequados, capazes de garantir ordem e progresso ao modelo liberal e individual capitalista burguês, traduzido na mais ampla liberdade individual, nas práticas livres de mercado, na acumulação de capitais e tecnologias e na proteção sobre toda essa propriedade privada. Sobre o exposto, Boaventura de Sousa Santos esclarece que:

As infinitas promessas e possibilidades de libertação individual e colectiva contidas na modernidade ocidental foram drasticamente reduzidas no momento em que a trajectória da modernidade se enredou no desenvolvimento do capitalismo. Defendi também que a ciência moderna teve um papel central nesse processo. Essa funcionalização da ciência, a par da sua transformação na principal força produtiva do capitalismo, diminuiu-lhe radical e irreversivelmente o seu potencial para uma racionalização emancipatória da vida individual e colectiva. A gestão científica dos excessos e dos défices, tal como a burguesia ascendente a entendia, transformou o conhecimento científico num conhecimento regulador hegemónico que absorveu em si o potencial emancipatório do novo paradigma. [...] A hegemonia do conhecimento-regulação significou a hegemonia da ordem, enquanto forma de saber, e a transformação da solidariedade – a forma de saber do conhecimento-emancipação – numa forma de ignorância e, portanto, de caos.<sup>102</sup>

Estando as ciências e os paradigmas científicos condicionados às influências voltadas à manutenção das “promessas da modernidade”, muito mais voltados ao cumprimento das “promessas” confiadas à classe social burguesa do que a qualquer outra (e aqui não se afirma qualquer juízo de valor sobre o fato), há que se questionar a adequação das atuais respostas oferecidas – e mantidas – pelo Direito Penal racionalista e clássico – voltado essencialmente à proteção de bens jurídicos individuais e da propriedade privada – aos casos criminais contemporâneos relacionados a grupos criminosos organizados, não apenas em razão das transformações das suas complexidades mas, especialmente, em razão das suas origens, efetivamente condicionadas que (ainda) estão a esse modelo racionalista clássico de cunho liberal e individual burguês ocidental.

---

<sup>101</sup> ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. 16. ed. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2002. p. 193-194.

<sup>102</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *op cit.* p. 119.

Em conclusão, portanto, é acolhido posicionamento no sentido de que a principal promessa da modernidade, no sentido aqui adotado, pode ser definida na fundamental ideia de “segurança”, em seu sentido mais amplo. Isso porque a segurança pode ser compreendida como um ideal, enquanto pretensão de realizar as expectativas – sociais, econômicas, culturais, sanitárias e da própria segurança – aqui no seu sentido estrito.

Assim, é possível afirmar, e desde logo, que certos paradigmas jurídico-penais clássicos também se apresentam, efetivamente, inadequados para a solução dos novos problemas concretos – especialmente relacionados à criminalidade mais complexa e mais organizada<sup>103</sup> – caracterizados pela multidimensionalidade e pelas complexidades da realidade contemporânea, já inadaptável às fronteiras estipuladas nesse racionalismo tradicional. Nessa linha de interpretação:

[...] o conceito clássico de razão deve ser efetivamente revisto. Depois de Marx e Freud, não pudemos mais aceitar a ideia de uma razão soberana, livre de condicionamentos materiais e psíquicos. Depois de Weber, não há como ignorar a diferença entre uma razão substantiva, capaz de pensar fins e valores, e uma razão instrumental, cuja competência se esgota no ajustamento de meios a fins. Depois de Adorno, não é possível escamotear o lado repressivo da razão, a serviço de uma astúcia imemorial, de um projeto imemorial de dominação da natureza e sobre os homens. Depois de Foucault, não é lícito fechar os olhos ao entrelaçamento do saber e do poder. Precisamos de um racionalismo novo, fundado numa nova razão.<sup>104</sup>

Sobre os direitos e garantias fundamentais – nas suas diferentes gerações – é preciso superar as balizas (inclusive ideológicas) que impedem suas otimizações em direção à mais plena efetivação. Esses direitos devem, ainda, nortear o sistema jurídico como seguros parâmetros de limitação de atuação do poder punitivo Estatal contra qualquer pessoa, e também como parâmetros de efetiva proteção de toda e qualquer pessoa, na mais ampla acepção de igualdade jurídica, (*índole ambivalente e diferentes dimensões – subjetiva e objetiva – das garantias fundamentais*),<sup>105</sup> razão pela qual deverão ser adotados e compreendidos como cláusulas pétreas e

<sup>103</sup> O tema será tratado no capítulo 2.

<sup>104</sup> ROUANET, Sergio Paulo. *As razões do iluminismo*. São Paulo : Companhia das Letras, 1987. p. 12. No mesmo sentido, Castanheira Neves esclarece que “os problemas actuais do pensamento jurídico são diferentes: a intenção do direito é outra e a pôr decerto novos problemas. Há, por isso, que pensar caminhos *novos* para essas *novos* problemas. Daí as inevitáveis preocupações metodológicas hodiernas, podendo mesmo dizer-se que o problema metodológico se tornou uma dimensão fundamental do repensar do próprio problema do direito.” NEVES, Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 1993. p. 25.

<sup>105</sup> As definições de índole ambivalente e diferentes dimensões – subjetiva e objetiva – das garantias fundamentais serão tratadas no segundo capítulo, tópico 2.3.

irrevogáveis que efetivamente são, enquanto corolários do Estado Democrático de Direito positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Sendo os direitos fundamentais o cerne do constitucionalismo contemporâneo, Joaquim José Gomes Canotilho relembra que são os “princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional.”<sup>106</sup> Assim, “pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.”<sup>107</sup> Não há que se falar, portanto, em Direito Penal de forma dissociada ao Direito Constitucional, e nem de Direito Constitucional de forma dissociada aos Direitos Fundamentais.

1.4. Da sociedade industrial à sociedade pós-industrial: a crise do Direito Penal convencional em face da profissionalização criminosa.

As considerações tratadas nos tópicos antecedentes foram imprescindíveis para traçar as origens históricas do Direito Penal clássico e racionalista ocidental, estruturado sobre paradigmas liberais e individuais burgueses ainda vigentes na contemporaneidade. De igual sorte, também foram necessárias para definir as origens do Estado e do Direito Constitucional modernos, bem como as suas relações com os direitos e garantias fundamentais, parâmetros de atuação constitucional e penal, que evoluem e se modificam gradativamente até os dias atuais.<sup>108</sup>

A partir dessas considerações concretas, é possível analisar a origem das formas com as quais a própria modernidade de estrutura, contextualizando e influenciando as transformações do Estado Moderno, da sociedade, do Direito Constitucional e do Direito Penal, assim como da criminalidade, ao longo da história.

E a partir do reconhecimento de que essas transformações, relações e influências modernas operaram sensíveis mudanças sobre as estruturas da ciência

---

<sup>106</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1993. p. 171.

<sup>107</sup> *Idem*.

<sup>108</sup> É preciso destacar que não se pretende aqui discorrer sobre os paradigmas técnicos da ciência penal, pois o esgotamento do tema não atende aos interesses deste trabalho, que recai essencialmente sobre um genérico panorama de características que diferenciam o Direito Penal clássico e a criminalidade convencional de um chamado Direito Penal moderno (ou contemporâneo) e uma criminalidade contemporânea, em razão das definições tratadas neste tópico.

penal é possível identificar, a partir daí e então, os paradigmas da criminalidade adotados na modernidade, que passa aqui a ser identificada como *criminalidade convencional*.<sup>109</sup>

Além do antropocentrismo,<sup>110</sup> uma das mais importantes características da modernidade – e ideologicamente vinculada ao clássico racionalismo científico que culminou no movimento filosófico-cultural originado no iluminismo e conhecido como *enciclopedismo*<sup>111</sup> – é reconhecida nos significados contidos naquilo que se entende por *organização*. A relevância do significado conferido ao termo *organização* na sociedade pós-industrial ocidental contemporânea pode ser definida, em um primeiro momento, nas palavras de Idalberto Chiavenato, onde:

O mundo de hoje é uma sociedade composta por organizações. Todas as atividades voltadas para a produção de bens (produtos) ou para a prestação de serviços (atividades especializadas) são planejadas, coordenadas, dirigidas e controladas dentro de organizações. Todas as organizações são constituídas de pessoas e de recursos não-humanos (como recursos físicos e materiais, recursos financeiros, recursos tecnológicos, recursos mercadológicos etc.). A vida das pessoas depende das organizações e estas dependem do trabalho daquelas. As pessoas nascem, crescem, aprendem, vivem, trabalham, se divertem, são tratadas e morrem dentro de organizações. As organizações são extremamente heterogêneas e diversificadas, de tamanhos diferentes, de características diferentes, de estruturas diferentes, de objetivos diferentes [...]. Pelo seu tamanho e pela complexidade de suas operações, as organizações quando atingem um certo porte precisam ser administradas e a sua administração requer todo um aparato de pessoas estratificadas em diversos níveis hierárquicos que se ocupam de incumbências diferentes [...].<sup>112</sup>

A par do significado proposto por Idalberto Chiavenato, adotado pela Ciência da Administração e construído a partir de um *paradigma empresarial*, convém tratar também o significado do termo *organização* interpretado pelas palavras de José

<sup>109</sup> Mais adiante, e também na *modernidade*, será esse conceito confrontado com a *criminalidade contemporânea*, que agrega novos elementos especializantes e próprios de uma *sociedade pós-industrial ocidental contemporânea de risco*, e que a torna diferente da *criminalidade convencional*.

<sup>110</sup> “A Modernidade corresponderá à aposta na razão secular e na ciência como meios para promoção do progresso e da emancipação do Homem. Tributária do Iluminismo, a Modernidade envolve um projeto civilizatório antropocêntrico, que valoriza acima de tudo a pessoa humana, considerada como um agente moral dotado de autonomia e capaz de ações racionais. O ideário moderno é universalista, pois visa a todos os seres humanos, independentemente de barreiras nacionais, étnicas ou culturais.” SARMENTO, Daniel. *op. cit.* p. 55.

<sup>111</sup> “[Enciclopédia] Esse termo [...] é usado para designar o sistema das ciências, o conjunto total das ciências em suas relações imutáveis de coordenação e subordinação (na sua hierarquia), tais como podem ser reconhecidas ou estabelecidas pela *metafísica* (v.) ou por outra ciência predominante [...].” ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 330.

<sup>112</sup> CHIAVENATO, Idalberto. *op. cit.* p. 1.

Paulo Baltazar Junior, agora sob um viés *jurídico-penal* que reforça e complementa aquele supramencionado, asseverando que:

A importância que adquiriu a figura da empresa, como motor da vida econômica em praticamente todos os países do mundo, no modelo capitalista, não poderia deixar de ter reflexos na criminalidade, em especial naquela cometida de forma organizada, que representa justamente uma racionalização da atividade criminosa, assim como a empresa pretende, mediante organização, a racionalização da atividade econômica [...]. Nessa medida, as organizações criminosas assemelham-se às empresas lícitas, das quais se distinguem por utilizar principalmente métodos ilícitos, enquanto nas primeiras são utilizados, predominantemente, métodos lícitos.<sup>113</sup>

A partir dessas premissas é preciso destacar que, embora sejam reconhecidas novas e mais complexas formas de criminalidade *organizada* na contemporaneidade – tema que será tratado especificamente no segundo capítulo deste trabalho –, e frequentemente associadas às modernas técnicas de cunho empresarial e aprimoradas a partir das teorias da Administração mais atuais, o trato dessa realidade permanece fossilizada ao modelo racionalista clássico e liberal ideologicamente arraigado nas premissas científicas consagradas nos séculos XVIII e XIX, quando o Estado, o Direito Constitucional e o Direito Penal compatibilizaram suas premissas para harmonizar suas racionalidades científicas àquelas propostas pelas revoluções francesa e industrial, ou seja, configuradas a partir das características de uma criminalidade *convencional*.

Noutras palavras, a *criminalidade contemporânea* apresenta novos problemas que são tratados mediante o necessário emprego (por inexistirem outras) de velhas soluções, que se mostram ineficientes, insuficientes e inadequadas para garantir a segurança individual e coletiva dos sujeitos passivos desses crimes, falhando na tutela dos mais essenciais direitos fundamentais preconizados na Constituição.

Deste modo, é preciso reafirmar que o paradigma da criminalidade convencional está atrelado ao racionalismo conferido à ciência jurídica – constitucional e penal – clássica, contextualizada pela modernidade inaugurada a partir da consagração revolucionária dos ideais de liberdade iluministas dos séculos XVIII e XIX. E esse paradigma penal clássico – sistematizado no passado para oferecer soluções aos problemas de uma criminalidade convencional – passa a

---

<sup>113</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 126.

apresentar, atualmente, pontos sensíveis de inadequação ou insuficiência ao falhar na proteção e na garantia dos direitos fundamentais, atacados por gravíssimas transgressões penais perpetradas por grupos criminosos mais complexos e mais organizados, amparados sobre novos paradigmas estruturais.<sup>114</sup>

E nesse sentido é preciso registrar que, para a época, o racionalismo associado à ciência jurídica no período pós-revolucionário francês – especialmente constitucional e criminal – representou importante contribuição na construção de princípios e garantias individuais conferidos a todo ser humano, superando a crueldade e o subjetivismo que caracterizavam a execução das penas criminais pelo Estado-monarca durante o período medieval.

Durante o medievo, aliás, os processos e as respectivas penas aplicadas aos transgressores das leis eram determinadas pelo soberano do reino, que tinha poder sobre a vida e a morte dos seus súditos porque a sua vontade era confundida com a vontade do próprio Deus, considerando o modelo de monarquia absolutista do período. Tratando-se de modelo de Estado questionado e combatido pelos ideais iluministas, “Locke, assim como já o havia feito Hobbes, desenvolveu ainda mais a concepção contratualista de que os homens tem o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com a sua razão e vontade, demonstrando que a relação autoridade-liberdade se funda na autovinculação dos governados”,<sup>115</sup> consolidando os fundamentos do pensamento liberal, individual e iluminista do Século XVIII.

Na prática existiam, naquele tempo, apenas os crimes de lesa majestade praticados contra o príncipe, especialmente porque poucos eram aqueles que detinham bens próprios dignos de proteção e de tutela pelo Estado-Soberano. Além do príncipe e de uma minoria social privilegiada (nobreza e clero), portanto, havia somente um “bando de homens objeto”, identificados apenas como “comuns”, sendo estes deprovidos de bens ou direitos a serem efetivamente tutelados pelo Estado. Citando Tibério Deciani, Luiz Luisi relembra que:

---

<sup>114</sup> É preciso destacar que não se pretende aqui mitigar o valor dos paradigmas vigentes do Direito Penal clássico ao apontar suas potenciais insuficiências e inadequações frente às complexidades da criminalidade contemporânea. O que se pretende neste trabalho, apenas, é apontar premissas sensíveis dessa disciplina jurídica em face da realidade presente, fomentando, na despreziosa medida científica do possível, reflexões críticas voltadas ao aprimoramento e transformação dos paradigmas atualmente vigentes sobre a matéria.

<sup>115</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 40.

No concernente aos delitos contra Estado e os poderes políticos, arrola Deciani os de lesa majestade, compreendendo uma série de tipos. O delito de lesa majestade é entendido em sentido muito amplo, abrangendo tanto os delitos contra 'imperia et potestates publicas' como também os atentados aos poderes políticos. [...] A insurreição é a *perduellio* romana, e consiste no fato de se insurgir 'hostili animo adversum republicam vel principem'. A rebelião consiste na frontal contestação ao príncipe, recusando-lhe obediência, bem como a outras autoridades. A conspiração, injúria ou sedição são nomes diversos que compreendem várias, mas semelhantes, figuras de um pacto de diversas pessoas 'ad subversionem status vel dignitatis alterius'.<sup>116</sup>

Após a revolução francesa, houve uma ampliação do conceito de bens, de bens jurídicos e dos bens jurídico-penais dignos de proteção pelo Estado constitucional moderno, haja vista as constantes transformações das suas complexidades e exigindo por via de consequência, uma racional expansão do próprio Direito Penal.<sup>117</sup> Para Konrad Hesse, "uma ordem justa e eficiente em liberdade já não surge sem mais – como pretendia a doutrina clássica – da divisão dos poderes do Estado e de sua abstenção a respeito de esferas sociais autônomas, e sim de que atue positivamente num mundo cada vez mais complexo."<sup>118</sup>

Os principais ideais iluministas, também consolidados a partir da reformulação do moderno Estado constitucionalista francês, conformaram importantes e positivas transformações em toda ciência do Direito, e especialmente sobre o ramo criminal. Houve, nesse sentido, semelhante compasso de

---

<sup>116</sup> LUISI, Luiz. *Tibério Deciani e o Sistema Penal*. In PIERANGELI, José Henrique (coordenador). *Direito Criminal*. Coleção Jus Aeternum. Vol. 2. Belo Horizonte : Del Rey, 2001. p. 31-32. Ainda sobre a inobservância de direitos e garantias fundamentais, em períodos mais remotos e "sob a denominação de Ordálias, também chamadas julgamentos ou juízos de Deus, incluíam-se certas provas, rudes, penosas, e muitas de caráter mortal, a que eram submetidos os acusados ou os litigantes e das quais deviam estes, por graça ou intervenção divina, sair com vida, incólumes, ou ilesos no caso de serem inocentes, ou de terem do seu lado o bom direito." ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. *Curso de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1999. p. 02. Já em época mais recente, a inobservância de direitos e garantias fundamentais levou a absurdos como a experimentação científica letal em corpos humanos. Ao tratar sobre as práticas nazistas, Sérgio Pereira Couto registra que "Rascher [Dr. Sigmund Rascher] também realizava alguns outros experimentos ao aplicar uma substância feita de uma espécie de seiva feita com beterrabas e maçã em sangue coagulado para ajudar nas feridas feitas por tiros. O método de atuação era simples: cada 'voluntário' recebia um tablete de Polygal (o nome oficial da substância) e um tiro. As feridas resultantes eram examinadas pelo que escorria das roupas." COUTO, Sérgio Pereira. *Segredos do nazismo*. São Paulo : Universo dos Livros, 2008. p. 76.

<sup>117</sup> Os conceitos de bens, bens jurídicos e bens jurídico-penais, assim como a expansão do Direito Penal, todos referidos neste parágrafo, serão oportunamente tratados no capítulo 2 deste trabalho.

<sup>118</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo : Saraiva, 2009. p. 33.

transformações também nos outros ramos da ciência jurídica<sup>119</sup> – especialmente o constitucional –, operando um sincronismo entre os novos paradigmas racionais iluministas, os poderes do Estado e sua contenção (a partir dos direitos fundamentais e individuais de defesa), e a realidade prática observada no sistema criminal de um modo geral a partir daquele período. No entendimento manifestado pelas palavras do doutrinador Marino Santos, “estos principios forman parte ya del Derecho positivo y se imponen al legislador. Su respeto es asegurado por el Consejo constitucional. En Francia, pues, los grandes principios penales de la Declaración de 1789 integran desde hace un cuarto de siglo la Constitución. Configuran el que se denomina el Derecho Constitucional Penal.”<sup>120</sup>

Ilustrando parte desse panorama de mudanças de paradigmas exigidas no sistema criminal, e a partir desses ideais iluministas, caracterizados pelo liberalismo e antropocentrismo,<sup>121</sup> socorre ao trabalho o contido na obra “Dos delitos e das penas”, de 1764, escrita por Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, que assim se manifestou sobre o tema:

Contudo, se as luzes de nosso século já conseguiram alguns resultados, ainda estão muito distantes de ter dissipado todos os preconceitos que alimentávamos. Não houve um que se erguesse, senão fracamente, contra a barbárie das penas que estão em uso em nossos tribunais. Não houve quem se ocupasse em reformar a irregularidade dos processos criminais, essa parte da legislação tão importante quanto descurada em toda a Europa. Raramente se procurou desarraigar, em seus fundamentos, as séries de erros acumulados desde há muitos séculos; e muito poucas pessoas procuraram reprimir, pela força das verdades imutáveis, os abusos

<sup>119</sup> No campo do Direito Civil, cabe registro ao Código Civil Francês que entrou em vigor aos 21 de março de 1804, conhecido como *Code Napoléon*, cujos dispositivos influenciam a regulamentação das relações privadas até os dias atuais.

<sup>120</sup> SANTOS, Marino Barbero. *Estado Constitucional de Derecho y Sistema Penal*. In PIERANGELI, José Henrique (coordenador). *Direito Criminal*. Coleção Jus Aeternum. Vol. 2. Belo Horizonte : Del Rey, 2001. p. 68. Mesmo depois disso, já no Brasil, “em 1822, proclamada a independência do Brasil, as Ordenações Filipinas, que regiam as normas penais e civis de Portugal, continuaram a ser aplicadas entre nós no plano criminal, aguardando a promulgação do Código Criminal de 1830. Caracterizadas pela severidade das penas, as Ordenações não primavam pelo princípio da tipicidade, punindo fatos simplesmente ofensivos à moral e à religião, permitindo a elasticidade dos tipos que seus intérpretes aplicassem penas a acusados de condutas às vezes insignificantes, assediados pelas paixões e perseguições políticas.” JESUS, Damásio Evangelista de. *Novas questões criminais*. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 21.

<sup>121</sup> “Tais valores, tanto os liberais de liberdade e os sociais de igualdade e fraternidade ou solidariedade constituem direitos humanos fundamentais que se situam anteriormente à criação de qualquer Estado e são titularizados ou subjetivados por todos os seres integrantes da família humana, independentemente da sua inscrição nas Constituições dos Estados-nacionais.” RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Princípio da Proibição do retrocesso jusfundamental: aplicabilidade*. Curitiba : Juruá, 2009. p. 76.



de um poder ilimitado, e extirpar os exemplos bem comuns dessa fria atrocidade que os homens poderosos julgam um de seus direitos.<sup>122</sup>

Uma parte desses importantes paradigmas (e especialmente os compilados por Beccaria em sua obra) serviu de fundamento para o surgimento do “iluminismo penal”, onde teorias afetas ao ramo penal do Direito restaram formuladas à luz dos novos sistemas e métodos científicos racionais, servindo de fundamento para a ciência criminal como um todo. É importante lembrar, nesse ponto, que esses novos sistemas e métodos científicos racionais sofreram influência da ideologia burguesa, responsável pela definição do novo modelo constitucional de Estado que substituiu gradativamente o *Ancien Régime*,<sup>123</sup> conforme perspectiva histórica relacionada ao século XVIII.<sup>124</sup>

Nas fundamentais questões analisadas, “Beccaria demonstra a barbárie e arbítrio do Estado, que não eram mais aceitos pela sociedade burguesa da época. Desenvolve-se a idéia de limitação ao poder do Estado e concessão de direitos individuais aos cidadãos.”<sup>125</sup> Nas palavras de Marcelo Valdir Monteiro, estando “alicerçados no lema da Revolução Francesa – *Liberdade, Igualdade e Fraternidade* (ou solidariedade) –, a legislação criminal começa a se preocupar com princípios como o da presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, dignidade do preso, inviolabilidade domiciliar, tortura, provas ilícitas etc.”,<sup>126</sup> consolidando os fundamentos dos paradigmas científicos clássicos relacionados ao Direito Penal clássico e a criminalidade convencional na modernidade.

Essas teorias sofreram adaptações, mudanças e se transformaram – daquela época até os dias atuais – em conformidade com as próprias transformações do constitucionalismo ocidental, e especialmente em relação às diferentes gerações historicamente conferidas aos direitos fundamentais, sem romper, contudo, com a ideologia retratada a partir das suas origens – iluminista, liberal, individual e burguesa – revolucionárias.

---

<sup>122</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo : Editora Martin Claret, 2002. p. 16.

<sup>123</sup> Na França, sistema político, econômico e social da monarquia absolutista (anterior à revolução de 1789).

<sup>124</sup> Tópico 1.3.

<sup>125</sup> MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Crime organizado e criminologia*. In SÁ, Alvinho Augusto de. SHECAIRA, Sérgio Salomão (Orgs). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo : Atlas, 2008. p. 216.

<sup>126</sup> *Ibidem*. p. 217.

É preciso frisar, desta maneira, que a modernidade clássica deve ser aqui compreendida a partir de uma racionalidade cartesiana, empírica, baseada em inserções fatalistas dos homens em gêneros, que categoriza o “bem” e “mal” em conceitos sistematizados, de forma mais detalhista e especializada possível. Deste modo, são criadas diferentes categorias para os “cidadãos” e para os “malfeitores”, baseadas em mitos influenciados por uma perspectiva individual antropocêntrica do fenômeno crime, enquanto algo próprio dos “malfeitores”,<sup>127</sup> na forma como o fizeram Cesare Lombroso na antropologia, Enrico Ferri na criminologia, Alessandro Grispieni na sociologia, dentre outros. Assim:

Até o início do século XVIII, pode-se afirmar que predominava a criminalidade individual ou em simples concurso de pessoas. Os criminosos agiam de forma individual ou com seus comparsas, mas eram todos delitos locais, sem grande repercussão no mundo, tanto é que a predominância das leis penais era a proteção de bens jurídicos individuais, como a vida no crime de homicídio; o patrimônio no delito de furto.<sup>128</sup>

Os crimes convencionais, tidos como paradigma geral para a ciência criminal clássica, eram aqueles considerados em regra como “de sangue”, pouco complexos e de motivação estritamente passional ou patrimonial. A segurança pessoal, a segurança do patrimônio e a segurança da mais irrestrita liberdade (*pacta sunt servanda*), aliás, eram interesses claramente associados aos da ascendente burguesia.

Enquanto os crimes de lesa majestade se resumiam nas ofensas aos interesses da divina representação do Estado-Rei, o crime convencional passou a ser configurado e interpretado como uma autêntica violação à racionalidade do modelo liberal e individual burguês. Nesse sentido, é possível compreender, em certa medida, a origem dos maus exemplos concretos que evidenciam a suficiência do Direito Penal Brasileiro (que rege o sistema criminal como um todo) em preservar patrimônio de agências bancárias, mas nem tanto a saúde das pessoas; ou em punir severamente estamentos socialmente marginalizados, mas em privilegiar os estamentos socialmente elitizados. Sobre essa tendência ao desequilíbrio na eficiência repressi-

---

<sup>127</sup> Este tema, contudo, será retomado no próximo capítulo, onde serão tratados aspectos mais específicos relacionados ao direito penal e ao crime organizado.

<sup>128</sup> MONTEIRO, Marcelo Valdir. *op cit.* p. 217.

va conforme a classe social da pessoa em conflito com a lei penal, Juarez Cirino dos Santos afirma, à luz da Criminologia Radical, que:

O mercado de trabalho é o determinante fundamental do sistema de justiça criminal, e a categoria principal para explicar o sistema penal. [...] A teoria mostra como as relações de classes, na esfera do mercado, explicam as mudanças superestruturais do sistema penal: introduz a questão do crime e do controle social no contexto das relações econômicas, como base explicativa (da política penal) e, inversamente, como objeto de esclarecimento (pela política penal).<sup>129</sup>

Com as complexidades inerentes à Revolução Industrial – fomentada pelos ideais liberais e individuais burgueses e sincronizados com o sistema capitalista de acumulação de riquezas –, “e com o desenvolvimento de novas tecnologias e preocupações com o meio ambiente, sistema financeiro, tecnologia nuclear e genética, enfim, a globalização da humanidade, o Direito Penal passa a se ocupar de novos bens jurídicos”,<sup>130</sup> surge a necessidade de conformar o próprio Direito Penal a essa nova realidade, transformada pelas complexidades típicas da sociedade pós-industrial ocidental contemporânea.

Complementando essa mesma diretriz de interpretação, as respostas construídas pelo Direito Penal a partir do racionalismo iluminista – sob influência do modelo liberal e individual burguês – se apresentam bastantes operantes diante da criminalidade convencional, mas bastante inoperantes para atender as complexidades da criminalidade contemporânea, máxime diante da ruptura de vários paradigmas que, atualmente, exigem uma reinterpretação dos postulados da própria ciência do Direito – especialmente a partir evolução das próprias gerações dos direitos fundamentais (passando da *dimensão puramente subjetiva* para a *dimensão objetiva*).<sup>131</sup> Nas palavras de Nilo Batista:

Estamos assistindo a uma profunda transformação do sistema penal, que corresponde à passagem ao capitalismo de serviços das sociedades pós-industriais, dominadas pelo video-capital financeiro transnacional, cuja reprodução, afora as orgias especulativas, se alavanda no consumo massivo. Na área da comunicação, os saltos tecnológicos oferecem instrumentos de vigilância que ingressam na intimidade da pessoa e nas

---

<sup>129</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia radical*. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1981. p. 42.

<sup>130</sup> *Idem*.

<sup>131</sup> Conforme tópico 2.3.

coisas suspeitas, seja qualquer valise num aeroporto, seja o embrulho portado por um pobre no *shopping*.<sup>132</sup>

A transformação de complexidades do período medieval até os dias atuais, portanto, também atingiram e transformaram as complexidades relacionadas à própria forma das pessoas praticarem crimes. Assim, os “delitos cuja repercussão era apenas de âmbito local passam a gerar uma potencialidade lesiva muito maior, de âmbito regional ou até mesmo mundial. Com isto, surge a criminalidade organizada”,<sup>133</sup> que se será especificamente tratada na segunda parte desta pesquisa. A incipiente organização do crime decorre, pois, das próprias complexidades que contemporaneamente o afetam, enquanto condutas ilícitas decorrentes das múltiplas relações entre pessoas que convivem em sociedade pós-industrial contemporânea globalizada e de riscos. Nas palavras de João Luis Moraes Rocha, citado por José Paulo Baltazar Junior:

[...] Esta concepção surge por contraposição às atividades criminais clássicas, levadas a cabo de forma predominantemente individual, a evolução conduziu a uma criminalidade mais corporativa, em que a actividade criminal se apresenta como uma empresa. Nesta perspectiva o criminoso age segundo critérios económicos, isto é, planifica as suas actividades com vista a obter o maior lucro com o menor dispêndio de custos e riscos [...].<sup>134</sup>

Logo, as experiências criminosas típicas de épocas que precedem a era histórica contemporânea, lidaram com crimes de cariz mais artesanal, com práticas rústicas de engodo ou de violência. Nesse sentido, é ilustrativa a passagem bíblica acerca do homicídio praticado por Caim contra Abel, narrado em forma de romance em poucas linhas por José Saramago, e na qual a premeditação do autor do crime se limitou a encaminhar a vítima a local ermo e se munir de uma queixada de burro para, com ela, ceifar a vida do irmão a golpes contundentes.<sup>135</sup>

O exemplo dá contorno a um crime cruento, violento, motivado pelo ciúme do autor do crime em relação à preferência manifestada por Deus à vítima, envolvendo a vida humana como o principal bem afetado pela conduta. Como bem define

<sup>132</sup> BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal – artigos, conferências e pareceres*. Rio de Janeiro : Revan, 2004. p. 112-113.

<sup>133</sup> *Idem*.

<sup>134</sup> ROCHA, João Luís Moraes. *Crime Transnacional*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 13. Jan-Mar. 2003. p. 88, In BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 111.

<sup>135</sup> SARAMAGO, José. *Caim: romance*. São Paulo : Companhia das Letras, 2009. p. 29.

Rogério Greco, “quando Caim matou Abel, o homicídio foi praticado por pura inveja, egoísmo, enfim, sentimentos que dizem respeito ao ser humano, tenha ele ou não condições sociais dignas.”<sup>136</sup>

Nesse ilustrativo exemplo, pouco havia para proteger e pouco havia para cobiçar, uma vez que a organização da sociedade era rudimentar, primitiva, e por isso dotada de pouca complexidade em relação às sociedades mais atuais.<sup>137</sup> Com a evolução histórica da humanidade, as sociedades se tornaram gradativamente mais complexas e, com isso, as dinâmicas delitivas também acabam se aperfeiçoando, em sintonia com essa evolução de premissas tipicamente *darwinistas*:

A justificativa científica da dignidade humana sobreveio com a descoberta do processo de evolução dos seres vivos, embora a primeira explicação do fenômeno, na obra de Charles Darwin, rejeitasse todo finalismo, como se a natureza houvesse feito várias tentativas frustradas, antes de encontrar, por mero acaso, a boa via de solução para a origem da espécie humana.<sup>138</sup>

Daí porque é necessário definir – e desde logo – o campo de estudo proposto nesta dissertação, reconhecendo nas complexidades das relações sociais próprias da sociedade pós-industrial moderna, e apenas a partir dela, as influências do liberalismo burguês ocidental que determinaram os ritmos de evolução e de aperfeiçoamento das atuações criminosas do nosso tempo.

Na moderna sociedade industrial, com maiores e mais diversas riquezas, talvez o Caim bíblico fosse forçado a ponderar incontáveis outros motivos para decidir pelo assassinato do seu irmão Abel, compatibilizando as complexidades das suas potenciais novas motivações às complexidades da atual sociedade de consumo. Nesse sentido é evidente que o autor do crime, nos dias atuais, teria à sua disposição novos elementos para melhor considerar a sua ação, bem como a capacidade de criar novas necessidades e novos meios de satisfazê-las, considerando complexidades que não se resumem apenas à forma de execução do crime. Se é possível identificar novos elementos especializantes, próprios da

<sup>136</sup> GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 2. ed. Niterói : Impetus, 2006. p. 180.

<sup>137</sup> “Todavia, não é ainda esta a inteira verdade humana, porque pode haver quem sinta a vingança ou a cupidez a tal ponto que lhe perturbe o uso da razão, e então, deveria ser absolvido, logicamente, quando é certo que o não pode ser, à face das leis morais e positivas, que imperam em nosso actual estado de civilização.” FERRI, Henrique. *Discursos de defesa: defesas penais*. Tradução Fernando de Miranda. 6. ed. Coleção Stvdívm: temas filosóficos, jurídicos e sociais. Vol. 13. Coimbra : Arménio Amado Editor Sucessor, 1969. p. 18-19.

<sup>138</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.* p. 4.

sociedade pós-industrial ocidental e contemporânea de risco no exemplo citado de homicídio, com muito mais razão serão esses elementos identificados nos mais atuais crimes de lavagem de dinheiro, de contrabando, de descaminho, de tráfico de pessoas e de coisas, etc., e que serão especificamente definidos no segundo capítulo deste trabalho.

Esta primeira parte do trabalho, portanto, tratou das transformações que alcançam as sociedades e os paradigmas científicos ao longo da história, elegendo como marco histórico necessário as premissas liberais e individuais burguesas consolidadas a partir do período revolucionário francês consagrado no século XVIII.

Essas premissas principais se traduzem nos principais elementos transformadores do Estado, da sociedade e das ciências revolucionadas nos séculos XVIII e XIX, e que desde então passam a ser reinterpretados sobre os novos paradigmas, que passaram a ser rotulados como próprios da *modernidade*.

E nessa perspectiva moderna, o constitucionalismo que serve de fundamento ao Estado moderno passa a conformar toda a ciência jurídica, incluídos os ramos do Direito Constitucional e do Direito Penal, nos quais se inserem o estudo das condutas criminosas, inclusive organizadas. E estas condutas criminosas mais organizadas, por sua vez, enquanto fenômenos contemporâneos dotados de maior complexidade, passam a exigir respostas jurídicas mais adequadas e suficientes em relação a essa mesma complexidade, de modo a superar o distanciamento ideológico ainda existente entre os paradigmas científico-penais consolidados nos séculos XVIII e XIX e aqueles próprios das sociedades pós-industriais ocidentais contemporâneas.

Noutras palavras, as novas contingências passam a exigir novas estratégias, pois novos problemas pedem novas respostas, e as soluções estruturadas sobre antigos paradigmas se tornam, em parte, insuficientes ou inadequados para dar conta das complexas relações criminosas que atuam no cenário contemporâneo brasileiro. É preciso realinhar as respostas do passado com os complexos problemas do presente, dentro de uma perspectiva de necessária legitimidade constitucional.

É importante frisar que a criminalidade nova e a tradicional, assim como o próprio Direito Penal Clássico e Contemporâneo coexistem e ocupam, cada qual, a respectiva parcela de importância no cenário de política criminal atual. E essa assertiva é reconhecida no bojo do presente trabalho. Com o direcionamento de

pesquisa escolhido, não se pretende em nenhum momento diminuir o valor de quaisquer dos paradigmas vigentes do Direito Penal Clássico ou conferir qualquer tipo de inferior importância ao trato da criminalidade convencional. Nem tampouco desconsiderar a insondável evolução do Direito Penal, da Criminologia e dos seus respectivos paradigmas ao longo da história. Pelo contrário, o que se pretende, efetivamente, é apontar premissas do Direito Constitucional e Penal potencialmente inadequadas em face da realidade presente, do atual estado da arte, fomentando, na despreziosa medida científica do possível, reflexões críticas voltadas ao aprimoramento e transformação dos paradigmas atualmente vigentes sobre a matéria. Nesse mesmo sentido:

Diante do contexto da globalização e da sociedade de riscos torna-se necessário o desenvolvimento de uma tecnologia baseada no materialismo histórico que supere as arcaicas concepções de Direito Penal, e traga a construção de novas categorias e novos conceitos no âmbito penal de acordo com a nova situação social.<sup>139</sup>

Justificamos, a partir das premissas consolidadas neste primeiro capítulo, a escolha da abordagem a partir do reconhecimento de um Direito Penal Contemporâneo em relação à criminalidade por ora identificada apenas como contemporânea e mais organizada, potencialmente mais adequado à solução dos problemas vinculados a uma criminalidade mais complexa e dotada de maior organização, própria de uma sociedade pós-industrial ocidental de riscos.

É preciso também advertir que, ao ignorar as mais recentes transformações da criminalidade organizada (atualmente dotada de maior complexidade em relação à criminalidade convencional), se incorre no concreto perigo de esvaziar a efetiva tutela individual e coletiva das pessoas em prejuízo do próprio Estado Democrático de Direito, comprometendo direitos e garantias fundamentais e individuais de toda uma coletividade de pessoas, contribuindo mesmo para uma injustificada seletividade e deturpação penal que ignora os ataques criminosos perpetrados por legítimos representantes de castas sociais dotadas de *status* e oprime desproporcionalmente os ataques criminosos perpetrados pelos legítimos representantes de castas sociais desprovidas desse mesmo *status*, máxime quando

---

<sup>139</sup> SPONCHIADO, Jéssica Raquel; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Sistema penal e capitalismo dependente: desafios político-criminais de economias dependentes diante da ordem capitalista internacional e do fenômeno da globalização*. Anais do 1º Simpósio de Iniciação Científica do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Edição 1. Ano 1. São Paulo : IBCCRIM, 2014. p. 466.

considerada a realidade dos países periféricos como o Brasil e sua peculiar forma de experimentar os efeitos tardios das promessas da modernidade.

A partir desses pressupostos iniciais, é possível tratar agora do surgimento de novos modelos jurídicos<sup>140</sup> no âmbito constitucional e penal, relacionados ao tema da criminalidade contemporânea, concebidos a partir das complexas relações havidas entre o Estado e a Sociedade modernos, diariamente revelados pelos operadores do Direito (Juízes, Promotores, Delegados, Advogados, Policiais, Peritos, Empresários, Fiscais, Auditores etc.) que provocam atualizações dos antigos modelos (potencialmente inadequados ou insuficientes) pelos novos, buscando a consolidação de paradigmas mais suficientes e mais adequados no sentido de garantir tutela aos fundamentais direitos da sociedade e seus cidadãos em face dos negativos efeitos causados pela criminalidade mais organizada.

É por mero critério de escolha, respeitados entendimentos em sentido diverso, e diante das conclusões parciais manifestadas até o presente ponto da pesquisa, que compartilhamos posicionamento no sentido de que o Direito Penal clássico apresenta pontos fundamentais inadequados e insuficientes para atender às demandas de uma realidade mais atual, ainda limitado aos paradigmas que lhe serviram de fundamento ideológico a partir dos séculos XVIII e XIX, apontados como insuficientes para resolver as problemáticas típicas de uma criminalidade contemporânea, mais complexa e mais organizada, enquanto realidade de uma época histórica presente.

Essas considerações, bem como suas relativas hipóteses e respectivas análises da legitimidade de respostas possíveis ao mais adequado tratamento jurídico-penal a essa criminalidade contemporânea e organizada, serão tratadas nas conclusões dos capítulos que seguem.

---

<sup>140</sup> Os novos modelos jurídicos abordados nesta pesquisa são os de (1) criminalidade, (2) de persecução penal e (3) de tutela às garantias fundamentais, que serão individualmente tratados no capítulo 2.



## 2. O SURGIMENTO DE NOVOS MODELOS DE CRIMINALIDADE, DE PERSECUÇÃO PENAL E DE GARANTIAS INDIVIDUAIS NO ESTADO MODERNO, CONSTITUCIONAL E CONTEMPORÂNEO DE DIREITO

2.1. O surgimento de um novo modelo de criminalidade: sociedade pós-industrial do risco, novos bens jurídico-penais constitucionais e a crescente profissionalização corporativa dos grupos criminosos organizados.

Na sociedade pós-industrial ocidental contemporânea, os paradigmas que tradicionalmente orientam as teorias criminais da modernidade passam por sensíveis mudanças ao longo da História, especialmente a partir das revoluções situadas nos séculos XVIII e XIX.

As construções históricas, a ideologia e a estruturação da sociedade referidas até este ponto do trabalho indicam estrita relação com uma típica análise da ideologia do pensamento e da consciência de classes sociais economicamente diferenciadas, razão pela qual se antecipa, já a partir de agora, uma orientação voltada à criminologia crítica, atrelada a uma perspectiva materialista, dialética e histórica *marxista*.<sup>141</sup> Nesse sentido:

Nós conhecemos somente uma ciência singular, a ciência da história. Pode-se encarar a história de dois ângulos e dividi-la em história da natureza e em história dos homens. Os dois ângulos são, entretanto, inseparáveis; a

---

<sup>141</sup> “A história de todas as sociedades que existiram até hoje é a história da luta de classes.” MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo : Editora Martin Claret, 2001. p. 45. Para Alessandro Baratta, “construir uma teoria materialista (econômico-política) do desvio, dos *comportamentos socialmente negativos* e da criminalização, e elaborar as linhas de uma política criminal alternativa, de uma política das classes subalternas no setor do desvio: estas são as principais tarefas que incumbem aos representantes da criminologia crítica, que partem de um enfoque materialista e estão convencidos de que só uma análise radical dos mecanismos e das funções reais do sistema penal, na sociedade tardo-capitalista, pode permitir uma estratégia autônoma e alternativa no setor do controle social do desvio, ou seja, uma ‘política criminal’ das classes atualmente subordinadas. Somente partindo do ponto de vista dos interesses destas últimas consideramos ser possível perseguir as finalidades aqui indicadas [...]. Para o desenvolvimento deste discurso, impulsos fundamentais podem provir, também, dos estudos de teoria do direito e do Estado, de política e de economia. Pensamos, em particular, que o emprego de instrumentos conceptuais e de hipóteses teóricas que tenham sua fonte clássica na obra de Marx possa ser de grande importância, e isto na medida – parece supérfluo lembrá-lo – em que tal emprego seja feito livre de toda forma de dogmatismo, ou seja, considerando o marxismo como um edifício teórico aberto, que, como qualquer outro, pode e deve ser continuamente controlado mediante a experiência e o confronto, crítico mas sem preconceitos, com os argumentos e os resultados provenientes de enfoques teóricos diversos.” BARATTA, Alessandro. *op. cit.* p. 197-200.

história da natureza, também chamada ciência natural, não nos diz respeito aqui; mas nós temos de examinar a história dos homens, pois quase a totalidade da ideologia reduz-se seja à interpretação adulterada dessa história, seja à completa abstração dela. A ideologia é, em si mesma um dos aspectos dessa história.<sup>142</sup>

A história,<sup>143</sup> portanto, e enquanto composição<sup>144</sup> dessas e de todas as outras revoluções, evoluções, mutações, transformações<sup>145</sup> etc., identificou profundas reconfigurações nas relações de poder, na forma de organização do Estado, na política, na economia e nas ciências, dentre outras, indicando uma contínua e acelerada modernização da realidade no período que sucedeu o século XVIII e que, por sua vez, influenciou o gradativo surgimento de novos modelos de criminalidade.<sup>146</sup>

<sup>142</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *História*. Tradução Florestan Fernandes *et al.* 3. ed. São Paulo : Editora Ática, 2003. p. 31.

<sup>143</sup> Nesse sentido, nós somos a história. O que acontece e como acontece, a partir das nossas próprias descobertas. Nas palavras de Martin Heidegger “A história fatural (*historie*) ou, mais precisamente, a faturalidade historiográfica (*Historizität*) só é possível como modo de ser da pre-sença que questiona porque, no fundamento de seu ser, a pre-sença se determina e constitui pela historicidade. Se a historicidade fica escondida para a pre-sença e enquanto ela assim permanecer, também se lhe nega a possibilidade de questionar e descobrir faturalmente a história. A falta de história fatural (*Historie*) não é uma prova contra a historicidade da pre-sença mas uma prova a seu favor, enquanto modo deficiente dessa constituição ontológica. Uma época só pode ser destituída de fatos históricos por ser ‘histórica’”. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo: Parte I*. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Rio de Janeiro : Editora Vozes, 2005. p. 48-49. Cabe aqui a advertência de Michel Foucault, pois, “atualmente, quando se faz história – história das ideias, do conhecimento ou simplesmente história – atemono-nos a esse sujeito de conhecimento, a este sujeito da representação, como ponto de origem a partir do qual o conhecimento é possível e a verdade aparece. Seria interessante tentar ver como se dá, através da história, a constituição de um sujeito que não é dado definitivamente, que não é aquilo a partir do que a verdade se dá na história, mas de um sujeito que se constitui no interior mesmo da história, e que é a cada instante fundado e refundado pela história. É na direção desta crítica radical do sujeito humano pela história que devemos nos dirigir.” FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro : Nau Editora, 2002. p. 10.

<sup>144</sup> “Um dos princípios fundamentais da dialética é não se considerar a história a acumulação de fenômenos isolados, mas um todo em que os diversos elementos se condicionam reciprocamente.” DOWBOR, Ladislau. *A formação do capitalismo no Brasil: ensaio teórico*. 2. ed. São Paulo : Brasiliense, 2009. p. 17.

<sup>145</sup> Compartilhamos nesse ponto o entendimento de Miguel Reale: “Desejamos, desde logo, notar que não nos move o preconceito evolucionista de partir de dado ponto da História, concebido como primitivo, para depois subirmos paulatinamente a outros pontos considerados como a expressão do melhor. A História não apresenta, muitas vezes, essa progressão de perfectibilidade, como se assinalasse sempre uma passagem do mais rústico para o mais polido. O preconceito evolucionista tem impedido a compreensão de muitos fenômenos culturais [...]. Cada época, no entanto, realiza seus valores em sua plenitude e em sua autenticidade, não sendo aconselhável querer destacar uma delas como grau de um processo de ideação iluminística progressiva.” REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo : Saraiva, 1999. p. 499.

<sup>146</sup> “As doutrinas e concepções filosóficas têm relevância enorme no processo. Mas elas próprias são condicionadas por aquelas condições materiais. Surgem precisamente para ordená-las numa compreensão ideológica coerente, interpretando-as, para definir-lhes as leis a elas imanentes, já que, em tais momentos agudos da evolução social, se percebe a superação de situações caducas pelo despontar de algo novo. Pelo que se vê, não há propriamente uma inspiração das declarações de direi-

Independentemente das proposições defendidas pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, a complexidade da sociedade pós-industrial contemporânea torna a existência efetivamente mais arriscada ou, no mínimo, dotada de novos riscos,<sup>147</sup> gerados a partir da complexidade inerente a essa específica sociedade. As novas e mais complexas escolhas à disposição das pessoas em um ambiente tecnológico e globalizado são, por si, novos riscos que são reiteradamente assumidos e compartilhados pela coletividade em escala mundial. E daí emerge o conceito de *sociedade do risco*,<sup>148</sup> cujas implicações provocam “transformações notáveis e sistêmicas”<sup>149</sup> em áreas de referência, inclusive no Direito. Nesse sentido:

[...] há o relacionamento da sociedade com as ameaças e os problemas produzidos por ela, que por seu lado excedem as bases das ideias sociais de segurança. Por essa razão, assim que as pessoas tomam consciência deles, são capazes de abalar as suposições fundamentais da ordem social convencional. Isto se aplica a componentes da sociedade, como os negócios, o direito ou a ciência, mas se torna um problema particular na área da ação política e da tomada de decisões.<sup>150</sup>

As proposições de Ulrich Beck, de todo modo, são aqui adotadas a partir de um processo fundamentado de escolha.<sup>151</sup> motivado pela relação havida entre as

---

tos. Houve reivindicações e lutas para conquistar os direitos nelas consubstanciados. E quando as condições materiais da sociedade propiciaram, elas surgiram, conjugando-se, pois, condições objetivas e subjetivas para sua formulação.” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2006. p. 172-173. Para Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas, “a luta entre a liberdade do indivíduo e o poder do Estado existe desde os mais remotos tempos. À medida que a civilização evolui os direitos do homem tendem a ser mais respeitados. E para que se respeitem os direitos do homem as declarações são o instrumento mais forte de limitação à ação incontrolada do poder.” FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de autoridade: notas de legislação, doutrina e jurisprudência à Lei 4.898 de 9.12.65*. 4. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 13.

<sup>147</sup> “Qualquer *contato social* implica um risco, inclusive quando todos os intervenientes atuam de boa-fé: por meio de um aperto de mãos pode transmitir-se, apesar de todas as precauções, uma infecção; no tráfego viário pode produzir-se um acidente que, ao menos enquanto exista tráfego, seja inevitável; um alimento que alguém serviu pode estar em mau estado sem que tenha sido possível dar-se conta disso; uma anestesia medicamente indicada, e aplicada conforme a *lex artis*, pode provocar uma lesão; uma criança pode sofrer um acidente a caminho da escola, ainda que se estabeleçam medidas de segurança adequadas, e, ao menos para pessoas de idade avançada, pode ser que um determinado acontecimento, ainda que motivado pela alegria, seja demasiado excitante.” JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 34.

<sup>148</sup> No sentido atribuído em: BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. *op. cit.*

<sup>149</sup> BECK, Ulrich; *etal.* *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. *op. cit.* p. 19.

<sup>150</sup> *Ibidem*. p. 20.

<sup>151</sup> Outras proposições defendidas por importantes autores também poderiam servir de parâmetro neste ponto da pesquisa, e por isso são respeitadas outras perspectivas sobre o mesmo tema.

teorias do referido autor e aquelas defendidas por Jesús-María Silva Sánchez – que trata de novos modelos de criminalidade e os aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Conforme Jesús-María Silva Sánchez, “desde a enorme difusão da obra de Ulrich Beck, é lugar comum caracterizar o modo social pós-industrial em que vivemos como ‘sociedade do risco’ ou ‘sociedade de riscos’ (*Risikogesellschaft*).”<sup>152</sup> Nesse mesmo sentido, Blanca Mendoza Buergo esclarece que:

Precisamente una de las polémicas más vivas de la discusión político-criminal de nos pocos años a esta parte, iniciada e desarrollada en Alemania – cuyos ecos ya han empezado a llegar a nuestro país – es la que se ocupa del debate sobre las consecuencias que para el Derecho en su conjunto y para el Derecho penal en especial, puedan traer las nuevas condiciones en las que se desarrolla la sociedad post industrial moderna, que se califica por muchos, como una *sociedad del riesgo*. Esta perspectiva de la discusión es la que se aborda, por el interés que suscita el nuevo panorama que plantea la regulación penal de “nuevas” y “viejas” actividades y la base político-criminal en la que sustenta la misma, en un momento en el que las alusiones a una “crisis”, tanto del modelo hasta ahora vigente como del propio sistema, hacen que la efectividad de la respuesta penal sea seriamente puesta en cuestión.<sup>153</sup>

A partir dessas afirmações, é preciso definir o que se entende por *sociedade do risco*. Antes, contudo, é preciso contextualizar essa definição a partir do pensamento do próprio Ulrich Beck, sintonizada com as linhas precedentes deste trabalho, que adverte:

O conteúdo *geral* da modernidade contrapõe-se a suas incrustações e reduções no projeto da sociedade industrial. O acesso a essa visão é bloqueado por um *mito* renitente, até hoje pouco conhecido, ao qual o pensamento social no século XIX se via fundamentalmente preso e que ainda continua a lançar suas sombras sobre o final do século XX: o mito de que a sociedade industrial desenvolvida, com sua articulação esquemática de trabalho e vida, seus setores produtivos, seu pensamento em categorias de crescimento econômico, sua compreensão científica e tecnológica e suas formas democráticas, constitui uma sociedade *inteiramente moderna*, o ápice da modernidade, para além do que nada de razoável existe para que possa sequer ser mencionado. Esse mito tem muitas manifestações. Entre suas modalidades mais eficazes, encontra-se o despropósito a respeito do *fim da história social*. [...] A excentricidade com que se assume até hoje na pesquisa em ciências sociais que na sociedade social tudo se transforma – família, profissão, fábrica, classe, trabalho assalariado, ciência – e que ao mesmo tempo *nada* de essencial muda – família, profissão,

<sup>152</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. op. cit. p. 35.

<sup>153</sup> BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal em la sociedad del riesgo*. Madrid : Civitas Ediciones, 2001. p. 22.

fábrica, classe, trabalho assalariado, ciência – é só mais uma evidência disso.<sup>154</sup>

Essa afirmação situa a *sociedade de risco* na modernidade,<sup>155</sup> identificada com a sociedade pós-industrial ocidental contemporânea, embora mais complexa e bastante transformada em comparação àquela consagrada a partir dos séculos XVIII e XIX, mas ainda e essencialmente compatível com os seus fundamentos gerais.<sup>156</sup>

Acerca dos “bloqueios” que Ulrich Beck reconhece como “mitos renitentes”, é preciso destacar que esses bloqueios se tratam de uma estagnação do estado da arte nos mais diversos setores sociais, sejam eles produtivos, econômicos, científicos, culturais etc. Essa estagnação ocorre por conta de uma forte crença em um mito, que enaltece uma sociedade inteiramente moderna, reconhecida como o ápice da modernidade, que não comportaria qualquer reconfiguração no seu pretense modelo de perfeição. Como consequência, nada de razoável ou que possa sequer ser mencionado existiria para além desse modelo ideal, conduzindo as pesquisas em ciências sociais, assim, a uma excentricidade na qual tudo se transforma sem que nada de essencial seja efetivamente mudado.

Os efeitos negativos dessa *ideologia da modernidade* denunciada por Ulrich Beck acabam, portanto, mitigando ou afastando completamente o foco das grandes questões a serem resolvidas pela humanidade. Essas “mudanças que não mudam”, acabam se traduzindo em um dos principais paradoxos da sociedade do risco,<sup>157</sup>

<sup>154</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. op. cit. p. 14.

<sup>155</sup> Confirmando posicionamento no sentido de que a *modernidade* não se mostra superada, aqui se inserem, contudo, os mais diversos complementos e adjetivos à *modernidade* a partir das suas distintas interpretações, associados aos conceitos formulados a partir da respectiva opção metodológica adotada. Em entrevista sobre o tema, Boaventura de Sousa Santos esclarece: “Portanto, acho que é nesse conjunto que eu penso que minha concepção é pós, sobretudo porque não há uma modernidade, há muitas modernidades, algumas européias, outras não. E modernidades são basicamente situações, entidades, constelações culturais que tiveram em si uma idéia de transformação emancipatória da sociedade por meios que não apelam exclusivamente ao sagrado. E, portanto, há muitas outras formas de modernidade noutras sociedades.” SANTOS, Boaventura de Sousa. *Dilemas do nosso tempo: globalização, multiculturalismo e conhecimento*. In *Educação & Realidade: políticas do global e singularidades*. Vol. 26. N. 1. Porto Alegre : UFRGS, 2001. p. 28.

<sup>156</sup> Compatibilidade da essência dos modelos de: Estado; de distribuição de poder; de economia; de política; de paradigmas científicos etc., e em especial pela ideologia liberal, individual e burguesa, que permanece inerente a todos eles.

<sup>157</sup> Sobre a aplicação das teorias da “sociedade de risco” ao âmbito jurídico, Ulrich Beck afirma que “o nexos causal que se produz nos riscos entre as influências daninhas atuais ou potenciais e o sistema de produção industrial introduz uma diversidade quase infinita de interpretações específicas. No fundo, pelo menos a título experimental, pode-se relacionar tudo com tudo, decerto enquanto o modelo básico – modernização como causa, dano como efeito colateral – for mantido. Muito não poderá ser corroborado. E mesmo o já corroborado terá de se afirmar contra dúvidas sistemáticas e permanentes. Todavia, o essencial é que, mesmo em meio à imensa profusão de possibilidades interpretativas,

onde se anuncia a *morte do que é velho* sem reconhecer o *nascimento do que é novo*.

E esses efeitos também são observados na ciência jurídica, onde existe uma forte influência de tradições<sup>158</sup> que geram, por vezes, e por si só, um condicionamento de *fossilização*<sup>159</sup> do sistema jurídico penal vigente, em prejuízo de melhores soluções<sup>160</sup> – e efetivamente mais *democráticas* – voltadas a uma regulamentação penal materialmente igualitária e não seletiva entre os membros de uma sociedade.<sup>161</sup> O resultado dessa *fossilização*<sup>162</sup> do sistema jurídico, inclusive por força exclusiva de *mitos tradicionais e renitentes*,<sup>163</sup> acaba se traduzindo um evidente descompasso do Direito, considerado na sua *perspectiva tridimensional* que o conjuga enquanto relações entre  *fatos, valores e normas*.<sup>164</sup> Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos:

---

são invariavelmente condições isoladas que são relacionadas umas às outras.” BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. op. cit. p. 37.

<sup>158</sup> *Rectius: ideologicamente justificado*.

<sup>159</sup> “De uma maneira geral, o sistema também se vale de uma seleção de pessoas dos setores mais humildes e, ao invés de sujeitá-los a um processo de *criminalização*, submete-os a um processo de *fossilização*. Este condicionamento, ainda pouco estudado é, todavia, gravíssimo. Utiliza-se de um grupo de pessoas com baixa condição social, que perde o seu grupo de identificação originário e o leva à adoção de permanentes atitudes de desconfiança, que se corrompa, e essa corrupção o obrigue a uma solidariedade incondicional para com o grupo artificial e se veja submetido a um regime quase militar: e, consequentemente, à arbitrariedade em relação às condições e estabilidade laborativa, serve como ‘bode expiatório’ para os excessos do sistema, e, por fim, torna-se mais exposto à violência física que esse mesmo sistema cria.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit. p. 75.

<sup>160</sup> Para corrigir os desvios e reduzir os negativos efeitos anotados pelas *cifras negra e dourada* denunciadas pela criminologia crítica, que serão especificamente tratadas no tópico 2.2.

<sup>161</sup> Capazes de alcançar de modo mais abrangente as pessoas carentes de políticas públicas e efetivamente necessitadas dessas soluções. Noutras palavras e em resumo, tais soluções apresentam como norteamento inafastável uma real implantação dos direitos fundamentais, nas suas diferentes gerações.

<sup>162</sup> “A divisa é nomeada também como uniforme; o significado desta outra palavra perece, porém, contradizer o da primeira, pois que alude a uma união ao invés de a uma divisão. Mas são, no fundo, dois significados complementares: a toga, verdadeiramente, como a veste militar, desune e une; separa magistrados e advogados dos leigos, para uni-los entre si. Esta união, vejamos, tem um altíssimo valor.” CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 3. ed. Leme : CL Edijur, 2011. p. 14.

<sup>163</sup> Alheia, portanto, a concretos fundamentos técnico-científicos.

<sup>164</sup> Como noção preliminar, “Eis aí, portanto, através de um estudo sumário da experiência das estimativas históricas, como os significados da palavra Direito se delinearão segundo três elementos fundamentais: - o elemento valor, como intuição primordial; o elemento norma, como medida de concreção do valioso no plano da conduta social; e, finalmente, o elemento fato, como condição da conduta, base empírica da ligação intersubjetiva, coincidindo a análise histórica com a da realidade jurídica fenomenologicamente observada. Encontraremos sempre estes três elementos, onde quer que se encontre a experiência jurídica: - fato, valor e norma. Donde podemos concluir, dizendo que a palavra *Direito* pode ser apreciada, por abstração, em triplice sentido, segundo três perspectivas dominantes: 1) o Direito como valor do justo, estudado pela Filosofia do Direito na parte denominada Deontologia Jurídica, ou, no plano empírico e pragmático, pela Política do Direito; 2) o Direito como

A sociedade tem que ir vivendo tal e qual como existe; não há grandes problemas porque não há grandes soluções e, como tal, não podemos falar nos problemas da modernidade. Podemos falar nas soluções que a modernidade foi encontrando para as dificuldades com que se foi confrontando e assim continuará a ser. Eu penso que não. Penso que realmente nós temos que, por um lado, pensar que estes grandes problemas da justiça, da igualdade, da diferença, do reconhecimento da diferença devem ser resolvidos, não digo de uma forma grande, mas têm que ser resolvidos de uma maneira consistente e ampla. Para estes grandes problemas as grandes soluções das ciências e das formas de poder, que a modernidade nos legou não nos parecem suficientemente eficazes (e cada vez mais nos parecem menos eficazes). Nessa base, penso eu, é necessário pensar novas soluções. Portanto, temos problemas modernos para os quais não há soluções modernas. Esta visão, pela qual me tenho batido, é o que eu chamo de pós-moderno de oposição; aliás, sem olhar muito as palavras, porque a minha posição cabe perfeitamente dentro da modernidade, para aqueles que consideram que a modernidade tem em si mesma diferentes paradigmas, diferentes formas de modernidade; portanto, esta versão que eu defendo pode ser perfeitamente englobada dentro de uma destas versões oposicionais, marginalizadas dentro da própria modernidade ocidental.<sup>165</sup>

A partir desses esclarecimentos a sociedade do risco pode, então, ser finalmente compreendida com o conceito que “designa 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.”<sup>166</sup> Esse breve conceito deve, contudo, ser complementado com a advertência de que:

[...] mais urgente do que nunca, precisamos de esquemas de interpretação que nos façam – sem nos lançar equivocadamente à eterna e velha novidade, repleta de saudades e bem relacionada com as discretas câmaras do tesouro da tradição – repensar a novidade que nos atropela e que nos permite viver e atuar com ela. Seguir as pistas de novos conceitos, que já se mostram em meio aos cacós dos antigos, é empreendimento difícil.<sup>167</sup>

Exemplos concretos desses novos conceitos a serem seguidos, concentrando o foco nos diferentes esquemas de interpretação na ciência penal – efetivamente

---

norma orientadora da conduta, objeto da Ciência do Direito ou Jurisprudência; e da Filosofia do Direito no plano epistemológico; 3) o Direito como fato social ou histórico, objeto da História, da Sociologia e da Etnologia do Direito; e da Filosofia do Direito, na parte da Culturologia Jurídica.” REALE, Miguel. *op. cit.* p. 510.

<sup>165</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Dilemas do nosso tempo: globalização, multiculturalismo e reconhecimento.* *op. cit.* p. 27-28.

<sup>166</sup> BECK, Ulrich; *et al.* *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna.* *op. cit.* p. 17.

<sup>167</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.* *op. cit.* p. 14.

influenciadas não apenas pela sociedade do risco como também pela modernização típica da sociedade pós-industrial contemporânea –, podem ser identificados nas mais diversas e mais complexas operações do direito,<sup>168</sup> que absorvem essas influências na (re)interpretação constitucionalmente regrada do sistema jurídico como um todo.

E a interpretação da Constituição através da operação do Direito não pode ser resumida na atribuição exclusiva conferida ao Poder Judiciário no seu poder jurisdicional de decidir. Conforme Peter Häberle, é preciso lembrar que “a teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma sociedade fechada’. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.”<sup>169</sup>

Assim, a interpretação constitucional também deve atender, por isso, a uma hermenêutica atenta à realidade social do seu tempo, permitindo que uma “sociedade aberta” de intérpretes também contribua para compreensões mais pluralistas e realistas da Constituição, dos seus postulados e dos próprios *bens jurídico-penais constitucionais*<sup>170</sup> nela fundamentados. Nesse sentido:

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ (*zünftmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um

<sup>168</sup> “Se o Poder Judiciário se reserva no papel de reproduzir, quase que mecanicamente, os textos legais, olvida-se a idéia de que o juiz não é um mero solucionador imparcial de conflitos, e sim, ao contrário, é um ser que, na solução desses conflitos, deve realizar uma função apaziguadora e reguladora da sociedade, não nos moldes tradicionais, mas no sentido de não vincular sua decisão num positivismo anacrônico, em que se sustenta a hegemonia de uma classe social sobre outra.” PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídico-Penais*. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 480.

<sup>169</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 12.

<sup>170</sup> Compartilhamos a compreensão de Rogerio Greco, onde “o ponto de partida de nosso raciocínio pode ser dirigido à análise dos bens apontados em nossa Constituição, que, pelo menos em tese, gozam de proeminência sobre todos os demais, em vista de sua enorme importância [...]. Contudo, já o dissemos, outros bens existem que podem não ter sido contemplados em sede constitucional, mas que também gozam da importância exigida pelo Direito Penal. A sociedade é mutante. Valores até então desconhecidos tornam-se fundamentais. Pode acontecer – o que não é incomum – de, em determinado momento histórico em que foi editada a Constituição, não ter havido a contemplação de um bem que, tempos depois, verificou-se ser da maior importância.” GRECO, Rogerio. *op. cit.* p. 76-77.



elemento formador ou constituinte dessa sociedade [...]. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.<sup>171</sup>

Imersos em uma realidade definida como sociedade pós-industrial contemporânea do risco, é lógico supor que essa mesma realidade influencie a interpretação constitucional a partir da premissa de abertura da interpretação constitucional proposta por Peter Häberle, alcançando assim o próprio Direito Constitucional e, por via de consequência, os demais ramos do Direito, incluído o Penal. Nas palavras de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes:

Existe – e sempre tem sido assim – uma estreita relação entre a Constituição e o Direito Penal. O Direito Constitucional e o Direito Penal nasceram e evoluíram juntos. Com efeito, as ideias políticas do Iluminismo marcaram o ritmo das ideias penais e constitucionais ao empenharem-se na fixação dos limites do poder do Estado. Tal vinculação não é fruto do acaso nem de mero conjunturalismo, pois precisamente ao Direito Penal cabe a difícil e delicada tarefa de servir como o instrumento mais temível do poder político, qual seja, o recurso da pena criminal.<sup>172</sup>

A partir de uma análise focada na realidade constitucional contemporânea estritamente brasileira, Paulo Bonavides contextualiza essas perspectivas histórica, social e ideológica, sob influência de uma sociedade aberta, em harmonia com os paradigmas de uma criminologia crítica (e até mesmo radical) que determina o necessário balizamento do poder punitivo do Estado a partir de uma definição a partir da tutela de *bens jurídico-penais constitucionais*, onde:

Urge, assim, tornar explícitos os meios técnicos de realização e sustentação desse direito *principal* nos países da periferia, onde as três gerações ou dimensões de direitos fundamentais não lograram ainda concretizar-se na região da normatividade. É essa, indubitavelmente a grande tragédia jurídica dos povos do Terceiros Mundo. Têm a teoria mas não têm a práxis. E a práxis para vingar diante da ofensiva letal dos neoliberais precisa de reforma ou renovação de modelos teóricos. É isto o que se propõe com o Direito Constitucional de luta, com a Nova Hermenêutica, com a repolitização da legitimidade [...]. Com efeito, não estamos a escrever a proposta nem a minuta de um tratado de paz com a ideologia neoliberal senão que lhe fazemos uma declaração de guerra. Declaração formal, mesmo. E a tornamos extensiva a quantos se bandearam para as facções globalizadoras e puseram em risco de vida a Constituição, a soberania, a identidade nacional [...]. Os quatro princípios acima expendidos e declinados [*dignidade da pessoa humana, soberania popular, soberania nacional e unidade da Constituição*] somente há de prosperar numa sociedade aberta, onde os instrumentos e

<sup>171</sup> HÄBERLE, Peter. *op. cit.* p. 13.

<sup>172</sup> LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *op. cit.* p. 42.

mecanismos de governo não sejam obrepticamente monopolizados e controlados por uma casta política, cujos membros, à revelia do povo, se alternam e permeiam no exercício da autoridade civil e governativa – sempre a serviço de interesses concentrados e com esteio na força do capital.<sup>173</sup>

É nesse contexto de abertura constitucional, na qual se exige a renovação dos seus modelos teóricos, que os novos interesses (ou pretensões) podem e devem ser identificados durante o seu surgimento ou na sua reconfiguração de valor na sociedade. E essa exigência se torna especial numa sociedade como a brasileira, que resente de uma efetiva e autônoma politização em relação à ideologia e às teorias científicas estrangeiras, sendo interpretada e estruturada a partir de realidades próprias de países desenvolvidos.<sup>174</sup> Também aqui Paulo Bonavides relembra que:

Não tem sentido aquela democracia [*participativa*] nem propugnar este Estado de Direito [*novo e retraído dos privilégios da classe dominante*] se não houver um alvo superior, volvido para a problemática histórica da sociedade brasileira, sociedade agredida sistematicamente, de maneira cada vez mais violenta e atroz, por forças externas de dominação. O País sabe, sem dificuldade, identificar essas forças, porquanto se acham elas mancomunadas com as mesmas elites que escreveram no passado e continuam escrevendo no presente páginas de opróbrio e traição. Todas as épocas coloniais, imperiais e republicanas da nossa história estampam o selo ou trazem o testemunho dessa capitulação.<sup>175</sup>

Retomando o foco sobre as premissas de uma nova criminalidade relacionada a uma sociedade pós-industrial contemporânea ocidental do risco, e a par de

<sup>173</sup> BONAVIDES. Paulo. *Teoria Constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo : Malheiros Editores, 2001. p. 9-10.

<sup>174</sup> Conduzindo aos efeitos do neocolonialismo ou a processos a ele equivalentes, como por exemplo a *tecnocientífica* (In ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro : Editora Revan, 2014. p. 118.). Nesse sentido, “as estruturas do poder mundial, tanto no mundo mal chamado ‘ocidental’ (capitalista ou de economia descentralizada) como no chamado ‘oriental’ (comunista ou de economia centralizada), reconhecem países centrais e países periféricos. O controle social, em cada um desses países, será diferente, segundo se trate de países de economia descentralizada (capitalista) ou estatal ou centralizada e, ainda, entre os periféricos, segundo seu grau e momento de desenvolvimento (economia rural, em vias de industrialização etc.). Em cada um deles, o poder gerará, condicionará, fomentará ou será inclinado a explicações ou versões da ‘realidade’ que, em forma de ideologias (sistemas de idéias, isto é, com conteúdo não pejorativo) abarcarão também as ideologias científicas.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.* p. 62-63. Relembrando, ainda, que “a ideologia é o sistema de representações e crenças que encobrem a realidade, falseando-a e não permitindo que percebamos e questionemos as contradições de nossa sociedade.” BOCK, Ana M. Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes T. *Psicologias: uma introdução ao estudo da psicologia*. 8. ed. Saraiva : 1995. p. 242.

<sup>175</sup> BONAVIDES. Paulo. *Teoria Constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade*. *op.cit.* p. 13-14.

toda a *ideologia* vinculada ao sistema penal como um todo, é preciso afirmar que toda nova concepção da seara penal do Direito precisa estar, necessariamente, atrelada a um *bem jurídico*<sup>176</sup> especialmente tutelado pelo próprio Direito Penal, e a partir de valores essencialmente constitucionais. Mesmo porque, e nesse sentido, as novas pretensões e os novos interesses acabam (como qualquer outra pretensão ou interesse) se tornando objeto de disputa entre as pessoas, contextualizadas que passam a ser, agora, também pelas complexas relações da sociedade pós-industrial contemporânea do risco.

Essas pretensões, objetos de lide<sup>177</sup> e eventualmente alçadas a uma nova categoria valorativa, passam a ser identificadas como “categorias de bens” e que passam, gradativamente, a incorporar o sistema jurídico, operando uma nova calibragem dos valores e desvalores conferidos às próprias condutas praticadas na sociedade em um dado momento histórico e cultural. Esse processo de valoração conferida aos mais variados tipos de pretensões, incorporadas ou não ao sistema jurídico vigente, se realiza através de vários filtros,<sup>178</sup> inclusive *ideológicos*.<sup>179</sup> Nesse sentido, Mauricio Antonio Ribeiro Lopes esclarece, sobre os bens jurídicos e valoração, que:

O pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal reside na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade –, dentro do quadro axiológico constitucional ou decorrente da concepção de Estado de Direito democrático (*teoria constitucional eclética*). Reveste-se tal orientação de capital importância, pois não há delito sem que haja lesão ou perigo de lesão (princípio de lesividade ou ofensividade) a um bem jurídico determinado. Sob essa perspectiva, a tutela penal só é legítima quando socialmente necessária (princípio da necessidade), imprescindível para assegurar as condições de vida, o desen-

<sup>176</sup> “O bem jurídico é o valor a ser protegido como exigência de uma sociedade em determinada época. A ação que ofende ao bem jurídico corresponde a um comportamento juridicamente desvalioso em determinada época, o que significa que o pressuposto do *dever-ser* teleológico do sistema jurídico é relativo e mutante.” NAHUM, Marco Antonio Rodrigues. *Inexigibilidade de conduta diversa: causa supralegal excludente de culpabilidade*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 23.

<sup>177</sup> “É o conflito de interesses, qualificado pela existência de uma pretensão resistida.” BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria Geral do processo e processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2000. p. 03.

<sup>178</sup> Esses filtros podem ser científicos, culturais, econômicos, políticos, jurídicos, sociais etc.

<sup>179</sup> “A tarefa de selecionar os bens parte, primeiramente, da sua valoração, de acordo com uma concepção minimalista, na qual somente aqueles importantes poderão merecer a proteção do Direito Penal. Embora a nossa opção seja por um Direito Penal mínimo, sabemos que, nem sempre, a sociedade compartilha essa postura ideológica. Na verdade, e como regra, e como menos em nosso país, a sociedade, cansada de presenciar atos atroz, que lhe causam repugnância, busca, cada vez mais, a tipificação de comportamentos até então considerados indiferentes para o Direito Penal. Começa a surgir, portanto, um terrível processo de inflação legislativa, que somente conduz ao descrédito e à desmoralização do Direito Penal.” LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *op. cit.* p. 72-73.

volvimento e a paz social, tendo em conta os ditames superiores da dignidade e da liberdade da pessoa humana [...] Trata-se de um conceito necessariamente *valorado* e *relativo*, isto é, válido para um determinado sistema social e em um dado momento histórico-cultural. Para defini-lo, o legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados, em razão do caráter limitativo da tutela penal. Portanto, encontram-se na norma constitucional as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas. O fundamento primeiro da ilicitude material deita, pois, suas raízes no Texto Magno. Só assim a noção de bem jurídico pode desempenhar uma função verdadeiramente restritiva.<sup>180</sup>

A partir do reconhecimento dessas diretrizes, em especial daquelas de matiz constitucional, é possível compreender e confirmar, a partir dos argumentos precedentes, que a modernidade se estrutura em um modelo de *racionalidade objetiva* e assujeitadora onde as coisas se encaixam em categorias bem definidas, contextualizadas pela ideologia liberal, individual e burguesa.<sup>181</sup> O mundo polarizado encontra, na lei, a expressão máxima da razão jurídica, que encerra nos seus mandamentos as normas de conduta e, especialmente, as condutas reputadas como más, como negativas ou como reprováveis em comparação a outras. Aqui se estrutura então o crime, enquanto definição de condutas que violam os bens dignos de proteção e, como tal, especialmente tutelados a partir do balizamento constitucional que resulta na edição de um texto vigente de lei penal.

A partir desse ponto, a ciência jurídica confere, a cada um dos valores estabelecidos como úteis pela coletividade, a designação de bem que, em um bastante genérico, pode ser definido como tudo o que se nos apresenta como digno, útil, necessário, valioso, acrescentando a conclusão de que bens são “coisas reais ou objetos ideais dotados de ‘valor’, isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, ‘valem’”. Por isso são, em geral, apetecidos, procurados, dispu-

---

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 105-106.

<sup>181</sup> “La eficiencia con que la clase dominante puede obtener el reconocimiento público de sus alegatos depende de los estereotipos populares de esa clase. Si ser miembro de la clase dominante sugiere mérito y habilidad que le otorgan posiciones de confianza pública y autoridad, este reconocimiento será otorgado. La clase dominante promoverá de acuerdo una ideología que incorpora ese estereotipo y hará cierta presión en sus miembros para que cumplan ese estereotipo, por lo menos en público. Si los individuos se apartan de ese camino públicamente, comportándose con maneras ‘no correctas en un caballero’, esa conducta se reflejará no sólo en el culpable sino en la validez del estereotipo y, por lo tanto, amenazará la posición de todos los que comparten su *status* y mandan en virtud de la aceptación de ese estereotipo.” COHEN, Albert. K. *In* SUTHERLAND, Edwin Hardin. *El Delito de Cuello Blanco*. Traducción de Rosa Del Olmo. Caracas : Universidad Central de Venezuela, 1969. p. 174.

tados, defendidos, e, pela mesma razão, expostos a certos perigos de ataques ou sujeitos a determinadas lesões.”<sup>182</sup>

Assim, e dentre os bens escolhidos pela ideologia dominante em determinada sociedade, existem aqueles reputados como dignos de especial proteção pela lei e pelo direito, e que são elevados à peculiar condição de *bens jurídicos*. Nesse patamar, os bens jurídicos podem então ser definidos como “valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.”<sup>183</sup> No questionamento proposto por Mauricio Antonio Ribeiro Lopes:

O problema maior reside na seguinte indagação: O que é um bem importante, necessário e vital para ao convívio em sociedade? Sabemos que o conceito de importância é fluido, pulverizado de acordo com as opções políticas adotadas em cada período de nossa história, pois, conforme assevera Francisco Bueno Arús, “nenhum critério científico é apto para assinalar o que se deve castigar, como que se deve castigar e entre quais limites temporais há de ser determinado o castigo.” Aquilo que era importante para o regime nacional-socialista de Hitler foi visto como uma atrocidade aos direitos humanos. Enfim, na seleção de bens jurídicos nos deparamos com outro problema, vale dizer o da afirmação da própria importância, que depende do período histórico por que passa a sociedade.”<sup>184</sup>

Como proposta de solução a esse problema, Claus Roxin afirma que “podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.”<sup>185</sup> Citando Winfried Hassemer - então vice-presidente do Tribunal Constitucional alemão, Claus Roxin registra a advertência de que “a proibição de um comportamento sob ameaça punitiva que não pode apoiar-se num bem jurídico seria terror estatal [...]. A intervenção na liberdade de atuação não teria algo que a legitime, algo desde a qual pudesse surgir seu sentido.”<sup>186</sup> Em complemento, Rogério Greco reforça o argumento de que:

<sup>182</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 15.

<sup>183</sup> *Ibidem*. p. 16.

<sup>184</sup> LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *op. cit.* p. 76.

<sup>185</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 18-19.

<sup>186</sup> *Ibidem*. p. 15-16.

O ponto de partida de nosso raciocínio pode ser dirigido à análise dos bens apontados em nossa Constituição, que, pelo menos em tese, gozam de proeminência sobre todos os demais, em vista da sua enorme importância [...] Essa observação merece ser analisada de forma mais aprofundada, haja vista a existência de teorias constitucionalistas que autorizam, tão-somente, a criação de tipos penais incriminadores, caso exista abrigo constitucional para ao bem a ser juridicamente tutelado pelo Direito Penal.<sup>187</sup>

A depender do grau de complexidade relacionado a essa disputa de interesses, os ramos do Direito diversos do penal podem se apresentar insuficientes para garantir efetiva tutela aos bens jurídicos envolvidos, onde “a existência do direito regulador da cooperação entre pessoas e capaz da atribuição de bens a elas não é, porém, suficiente para evitar ou eliminar os conflitos que podem surgir entre elas.”<sup>188</sup> A partir dessa tutela deficiente, então, pode ser constitucionalmente exigido um *reforço jurídico dessa mesma tutela*, o que acaba sendo conferido, em *ultima ratio*, pela possibilidade de aplicação de violência estatal regulamentada pelas regras sistematizadas pelo Direito Penal.

Consequentemente, a necessidade de garantir tutela diferenciada sobre os bens jurídicos escolhidos pelos componentes de uma dada sociedade, o Direito Penal, por sua vez, se configura em “um instrumento qualificado de proteção de *bens jurídicos* especialmente importantes”,<sup>189</sup> ou seja, dos bens reconhecidos na condição de *jurídico-penais constitucionais*. Nas palavras de Jesús-María Silva Sánchez:

Fixado este ponto, parece obrigatório levar em conta a possibilidade de que sua expansão [do Direito Penal] obedeça, ao menos em parte, já à aparição de novos bens jurídicos – de novos interesses ou de novas valorações de interesses preexistentes –, já ao aumento de valor experimentado por alguns dos que existiam anteriormente, que poderia legitimar a sua proteção por meio do Direito Penal.<sup>190</sup>

<sup>187</sup> GRECO, Rogério. *op. cit.* p. 76.

<sup>188</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al. op. cit.* p. 20. Nesse sentido, “a sociedade é concebida à imagem de uma empresa econômica da qual cada um dos associados procura retirar os maiores dividendos. Se assenta nas vantagens da cooperação – esta torna possível uma vida melhor, do que aquela que cada um teria se pudesse contar apenas consigo – o facto é que implica também um conflito de interesses. Terá que existir esse conflito, pois as pessoas não são indiferentes ao modo como hão-se ser distribuídas as vantagens que resultam da cooperação, já que, perseguindo os seus próprios fins, cada um preferirá uma porção maior a uma menor. Os princípios da justiça serão então regras que encontram o seu suficiente fundamento na necessidade de neutralizar este conflito: ‘proporcionam um critério para fixar direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição da propriedade dos benefícios e encargos da cooperação social’.” PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição*. COIMBRA : Coimbra Editora, 1994. p. 104-105.

<sup>189</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. op. cit.* p. 33.

<sup>190</sup> *Idem*.

Assim, existem relações de conflito que apresentam diferentes graus de reprovabilidade e que, bem por isso, exigem diferentes graus de controle pelo Estado, o que confere forma ao sistema de controle social punitivo institucionalizado, onde estão inseridas as medidas de prevenção e repressão regulamentadas através da legislação criminal e do próprio Direito Penal. Convém lembrar, nesse sentido, que “os próprios títulos ou capítulos da parte especial [*do Código Penal*] são estruturados com lastro no critério do bem jurídico em cada caso pertinente.”<sup>191</sup> Sobre o tema, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli esclarecem o conceito de *sistema penal*, de compreensão imprescindível nesse ponto do trabalho:

Chamamos “sistema penal” ao *controle social punitivo institucionalizado*, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e se executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. Esta é a ideia geral de “sistema penal”, em um sentido limitado, englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes, promotores e funcionários e da execução penal. [...] Na realidade, em que pese o discurso jurídico, o sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas mais do que contra certas ações.<sup>192</sup>

É preciso destacar que a escolha desses bens, considerando-os especialmente dignos de proteção a ponto de reconhecê-los como bens jurídico-penais, decorre de uma opção principiológica e político-criminal<sup>193</sup> constitucionalmente limitadas. Assim, essas escolhas não trazem em si nenhum traço de arbitrariedade por parte do operador do direito, mas apresentam, por outro lado, uma decisão necessariamente pautada pelo sistema jurídico e constitucional que a conforma, sob pena de ilegitimidade. Para Antonio García-Pablos de Molina:

Seria um erro não conferir importância ao papel assinalado ao Direito Penal, minimizando, em consequência, a função liberal, garantidora e limitadora – limitadora, ainda que possa parecer um paradoxo – que a ele e somente a ele corresponde. Pois a resposta ao delito em um Estado de Direito não pode ser medida exclusivamente desde parâmetros de eficácia, senão que implica o obrigatório respeito de certas garantias individuais: legalidade, i-

<sup>191</sup> LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *op. cit.* p. 106.

<sup>192</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.* p. 69.

<sup>193</sup> “Podemos afirmar que a política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.” *Ibidem.* p. 129.

gualdade, segurança jurídica etc. O Direito Penal traça o marco adequado para referida resposta ao crime e os limites da mesma. Tinha razão Franck Von Liszt quando afirmava que “o Direito Penal é a barreira intransponível de toda Política Criminal”, a “Carta Magna do delinquente”; igualmente, quando assinalava a “função liberal do Estado de Direito”, isto é, de “assegurar o princípio de igualdade na aplicação da lei e a liberdade do indivíduo frente ao Leviatã”<sup>194</sup>.

E é exatamente porque toda e qualquer escolha de política criminal deve ser conformada pelo Direito Penal e Constitucional que este trabalho pretende aferir a legitimidade dessas escolhas, ao tratar especialmente das propostas de combate à criminalidade mais organizada a partir da atuação de agências de repressão especial – em tema a ser desenvolvido no terceiro capítulo.

Assim, o Direito Penal (ou a criminalização de condutas) se estrutura a partir da necessidade de se proteger bens jurídicos apontados como os mais relevantes dentre os demais, assim constitucionalmente escolhidos, sem descuidar das influências da própria ideologia vigente em cada sociedade e a seu tempo, considerando o seu peculiar estágio de evolução no curso da história – o que se torna mais complexo no Estado moderno ocidental e liberal (por excelência e por opção).

À luz da criminologia crítica, e nessa constante transformação de valores e desvalores que, em parte, se apresentam constitucionalmente dignos de proteção especial na esfera penal, é preciso salientar que a criminalidade *convencional* permanece figurando como *prioridade* diante da ciência, da legislação e dos tipos penais, em aparente descompasso com a evolução e com a complexidade<sup>195</sup> próprias da contemporaneidade, incluídas aí as – igualmente complexas – condutas novas que caracterizam um novo modelo de criminalidade mais organizada, surgida das complexas interações típicas da sociedade pós-industrial contemporânea ocidental de risco.

Apesar da importância em buscar novas dinâmicas para o sistema penal, e que sejam voltadas ao propósito de melhor solucionar os novos problemas que decorrem de uma criminalidade mais organizada, existe, ao contrário, uma estagnação no estado da arte jurídico-penal que se resume, apenas, a constatar um *expansio-*

---

<sup>194</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *op. cit.* p. 98.

<sup>195</sup> Conforme tratado no primeiro capítulo.



*nismo do Direito Penal*<sup>196</sup> como um todo, mantendo o descompasso entre as novas e complexas dinâmicas perpetradas por uma criminalidade mais organizada e as dinâmicas convencionais do Direito Penal.

A partir das importantes considerações de Ana Carolina Carlos de Oliveira, “essas interações são identificadas por Hassemer como reflexo de um contexto econômico e social de rápidas mudanças (organização mundial de redes criminosas e riscos criados pelo desenvolvimento tecnológico), que resultam em uma série de transformações no Direito Penal.”<sup>197</sup> Na mesma linha interpretativa, Eugenio Raúl Zaffaroni identificaria nessas relações globalizadas uma terceira vertente de colonialismo em território sul-americano, que por sua vez também conduz ao surgimento de um novo modelo de criminalidade, caracterizada pela profissionalização corporativa e maior organização dos grupos criminosos. Nesse sentido:

Há cinco séculos nosso território é submetido a um processo de atualização histórica incorporativa, como resultado de duas revoluções tecnológicas sucessivas: a mercantil (século XVI) e a industrial (século XVIII). Primeiramente, as potências ibéricas, como “impérios mercantis salvacionistas”, efetivaram nossa incorporação à civilização mercantil na forma de colonialismo e, em seguida, as potências europeias do norte praticaram o neocolonialismo que ainda perdura. Atualmente, o centro deslocou-se para a América do Norte, sendo já possível reconhecer que nos encontramos em meio a uma outra revolução, a *tecnocientífica*.<sup>198</sup>

A importância da necessidade em melhor interpretar e constitucionalmente reprimir essas práticas criminosas típicas de uma criminalidade mais atual – dotada de maior complexidade e de organização – pode ser demonstrada a partir dos dados estatísticos produzidos sobre o assunto (com a ressalva inerente às suas respectivas *cifras negras e cifras douradas*),<sup>199</sup> onde se verificam operações de negócios

<sup>196</sup> Conforme SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. *op. cit.* O tema, aliás, será tratado de forma específica no próximo tópico (2.2).

<sup>197</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. *op. cit.* p. 17.

<sup>198</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. *op. cit.* p. 118.

<sup>199</sup> “As pesquisas sobre esta forma de criminalidade [colarinho branco] lançaram luz sobre o valor das estatísticas criminais e de sua interpretação, para fins de análise da distribuição da criminalidade nos vários estratos sociais, e sobre as teorias da criminalidade relacionadas com estas interpretações. De fato, sendo baseadas sobre a criminalidade identificada e perseguida, as estatísticas criminais, nas quais a criminalidade de colarinho branco é representada de modo enormemente inferior à sua calculável ‘cifra negra’, distorceram até agora as teorias da criminalidade, sugerindo um quadro falso da distribuição da criminalidade nos grupos sociais. Daí deriva uma definição corrente da criminalidade como um fenômeno concentrado, principalmente, nos estratos inferiores, e pouco representada nos estratos superiores e, portanto, ligada a fatores pessoais e sociais relacionados com a pobreza, aí

ilícitos<sup>200</sup> em todo o globo terrestre, que representam aproximadamente “10% do PIB norte-americano, a maior economia do mundo”. Esse registro de Carlos Amorim é complementado, ainda, pela informação de que, “a cada ano, a megaoperação movimentada aproximadamente 1,5 trilhão de dólares – ou 3,6 trilhões de reais, muito mais do que todo o PIB brasileiro, já a oitava economia do mundo.”<sup>201</sup> Nesse sentido, a rede de organizações criminosas modernas:

É um empreendimento moderno, globalizado, diversificado. Atua em todos os continentes, controla políticos, governos, juízes, exércitos. Elege deputados e senadores. Faz suas próprias leis e as aplica com rapidez impressionante. Também elege presidentes, comanda organizações civis e militares. Financia a fabricação de armamentos, as lavouras de coca, de papoula e maconha, além dos laboratórios de drogas sintéticas. Reina de maneira quase invisível, porém onipresente.<sup>202</sup>

Essas relevantes informações, apesar de corroborar o surgimento de uma nova criminalidade típica da sociedade pós-industrial ocidental contemporânea, não se prestaram e nem foram determinantes para fomentar, até agora, novas soluções para resolver – de forma ao menos suficiente – esse novo problema. Ademais, o Direito Penal permanece, ainda, com suas estruturas focadas na criminalidade convencional, mirando os crimes associados “con la pobreza, o con patologias sociales y personales que acompañan la pobreza.”<sup>203</sup>

É necessário destacar, novamente, que o crime convencional não é concorrente, não se contrapõe e não é substituído pelo surgimento de um novo modelo de

---

compreendidos, observa Sutherland, ‘a enfermidade mental, o desvio psicopático, a moradia em *slum* e a ‘má’ situação familiar’”. BARATTA, Alessandro. *op. cit.* p. 102.

<sup>200</sup> “Em Nápoles são descarregadas quase exclusivamente mercadorias provenientes da China: 1.600.000 toneladas. O registrado. Pelo menos outro milhão passa sem deixar rasto. Somente no porto de Nápoles, segundo a Agência Alfandegária, 60% das mercadorias escapam do controle aduaneiro, 20% das notas fiscais não são verificadas e existem 50 mil contrafações: 99% são de proveniência chinesa e calcula-se que 200 milhões de euros em taxas são evadidos por semestre. Os contêineres que devem desaparecer são os das primeiras filas. Cada contêiner é regularmente numerado, mas há muitos com a mesma numeração. Assim, um contêiner inspecionado batiza todos os seus homônimos ilegais.” SAVIANO, Roberto. *Gomorra: a história real de um jornalista infiltrado na violenta máfia napolitana*. Tradução Elaine Niccolai. 5. ed. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2009. p. 18.

<sup>201</sup> AMORIM, Carlos. *Assalto ao poder*. Rio de Janeiro : Record, 2010. p. 341. No mesmo sentido, “o crime organizado é, com estimativas conservadoras, um negócio de 1 trilhão de dólares, que opera em todos os países do planeta, A palavra-chave do século XXI é globalização, e nenhuma outra atividade humana ilustra melhor a interconexão internacional que a moderna criminalidade estruturada.” SOUTHWELL, David. *A história do crime organizado*. Tradução Ciro Mioranza. São Paulo : Editora Escala, 2014. p. 06.

<sup>202</sup> *Idem*.

<sup>203</sup> SUTHERLAND, Edwin Hardin. *op. cit.* p. 14.

criminalidade, pois ambos os tipos de criminalidade coexistem em espaços bem distintos, possuindo cada qual titulares, objetos e objetivos bem diferentes entre si.<sup>204</sup>

Frise-se, ainda, que os bens jurídicos supraindividuais (meio ambiente, sistema financeiro, erário público, saúde pública, relações de consumo etc.), são aqueles campos nos quais é possível encontrar as maiores margens de lucro<sup>205</sup> a partir de fraudes e ilícitos tipicamente praticados pela nova criminalidade contemporânea. Nesses campos, a alta especialização dos agentes envolvidos no crime reduz a competição entre os atores e as instituições que atuam nesses segmentos, limitando a transparência das relações a partir do reduzido número de pessoas envolvidas e com poder real de decisão nas ações, delineando assim férteis campos de atuação criminosa organizada.

E nesse exato ponto, é necessário destacar que a criminalidade organizada não atua – em regra – com foco na violência ou na malignidade da conduta em si, mas sim com foco sobre o lucro potencial dessas condutas. Praticadas em ‘nichos lucrativos’, a estratégia criminosa mais organizada é encarada como ‘estratégia de negócios’, nos quais os bens jurídico-penais constitucionais acabam violados a partir das ilícitas pretensões que caracterizam os objetivos de alta lucratividade em atividades típicas de um modelo de criminalidade institucionalizada ou organizada.

Acerca da incipiente evolução corporativa criminosa, focada numa gradativa profissionalização e maior organização da criminalidade moderna, o tema é bem ilustrado na passagem encontrada no “Romance dos três vinténs”, obra escrita por Bertold Brecht e publicada em 1934, de onde segue a transcrição:

Por essa época aconteceram novamente alguns assaltos e homicídios, atribuídos, especialmente os últimos, à quadrilha do “Punhal”. Mas eram pouco noticiados pelos jornais, pois atingiam membros da classe mais baixa. Eram quase só criminosos mortos a tiros durante arruaças [...]. Naquele tempo, a quadrilha abandonara inteiramente os simples assaltos de rua para se dedi-

<sup>204</sup> Um conceito proposto a partir das características mais essenciais do crime organizado, de qualquer modo, será especificamente tratado no terceiro capítulo deste trabalho.

<sup>205</sup> “Assim se forma a semente remota do capitalismo. O homem não ganha apenas pelo trabalho de seus braços, mas também pela produtividade dos bens de que se tornou egoisticamente proprietário [de forma lícita ou ilícita]. É o lucro.” OLIVEIRA, Plínio Corrêa. *Tribalismo indígena: ideal comunomissionário para o Brasil no século XXI*. Parte I. São Paulo : Editora Artpress, 2008. p. 28. Para Zygmunt Bauman, “sem meias palavras, o capitalismo é um sistema *parasitário*. Como todos os parasitas, pode prosperar durante certo período, desde que encontre um organismo ainda não explorado que lhe forneça alimento. Mas não pode fazer isso sem prejudicar o hospedeiro, destruindo assim, cedo ou tarde, as condições de sua propriedade ou mesmo de sua sobrevivência.” BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário e outros temas contemporâneos*. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 2010. p. 08.

car apenas aos arrombamentos. Sua especialidade eram roubos em grandes lojas. Já pelo ano de 1897 o bando de “Punhal” contava com mais de 120 colaboradores fixos. Tinha uma organização muito bem pensada, no máximo dois ou três membros conheciam o “chefe” pessoalmente. A quadrilha era constituída de contrabandistas, receptores e advogados. O “Punhal” (quer dizer, o homem que se chamava assim) fora um péssimo arrombador e aparentemente tinha admitido isso com prazer. Em contrapartida, era um organizador excepcional. Sabe-se que, na nossa época, é aos organizadores que cabem os louros. Parecem mais indispensáveis do que quaisquer outras pessoas. De fato, o bando do “Punhal” conseguiu, num lapso incrivelmente curto de tempo, controlar mais ou menos tudo o que fosse verdadeiro arrombamento de lojas. Era mais do que arriscado agir por conta própria naquele terreno. A quadrilha não se envergonhou nem mesmo de fazer negociações com a polícia. Todos sabiam que o Sr. Beckett tinha relações com gente da delegacia. Fornecimentos à polícia foram também um meio de fortalecer a disciplina interna do bando [...] Certo dia Beckett vendeu seus estoques a um Sr. Macheath, que também tinha lojas na cidade, as chamadas Lojas B., que desejava prover de mercadorias muito baratas [...] um certo O’Hara, homem ainda jovem, de grandes qualidades, tornou-se chefe oficial da organização, segundo diziam os boatos do submundo. O Sr. Beckett o recomendara ao Sr. Macheath, e o Sr. Macheath o apreciava bastante, comprando dele grandes quantidades de mercadorias vendáveis. Isso representava a eliminação dos receptores. A organização encontrara um comprador regular, e começou a florescer. O Sr. Macheath conseguia manter os preços baixos, mas nunca sabia ao certo que artigos receberia. Em breve descobriu ser favorável escolher aqueles que, um pouco trabalhados pelos proprietários das Lojas B., podiam mudar de aparência. As lojas passaram de receptoras a fabricantes.<sup>206</sup>

A passagem da obra ilustra as complexas relações de interesse criminoso e econômico que configuram a criminalidade contemporânea, caracterizada por uma crescente e gradativa profissionalização corporativa dos criminosos e seus respectivos grupos, e cuja maior organização a configura como efetivamente distinta de outras figuras ou modelos juridicamente tipificados nos moldes penais convencionais.

Essa profissionalização corporativa dos criminosos, quando dotada de especiais características de organização, portanto, conduz ao surgimento daquilo que se entende por *crime organizado*, objeto de assunto a ser definido e especificamente tratado no terceiro capítulo deste trabalho.

O surgimento dessa nova forma de criminalidade, de cariz altamente especializado, que se estrutura e se organiza em torno de ataques lançados contra bens jurídicos altamente cobiçados em razão de vultosa valoração em relação aos demais (e em regra supraindividuais), exige respostas jurídicas que sejam suficientes e adequadas em comparação aos riscos causados ou potencializados por esses graves

---

<sup>206</sup> BRECHT, Bertold. *Romance dos três vinténs*. Tradução Lya Luft. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1976. p. 116-117.

ataques, sob pena de esvaziar o conteúdo dos próprios direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Em que pese tratar-se de assunto a ser retomado em momento mais oportuno,<sup>207</sup> é preciso antecipar breves considerações no sentido de que o eventual esvaziamento da tutela desses bens jurídico-penais constitucionais pode configurar grave ofensa constitucional por parte do Estado, ao passo em que a *dimensão objetiva* e a *índole ambivalente* dos direitos fundamentais exigem prestações de cunho *positivo* por parte das autoridades estatais, preconizando uma autêntica vedação de uma *proteção deficiente* das pessoas que, em última análise, não devem experimentar lesão à sua *dignidade pessoal e humana*, enquanto seres dotados de direitos e garantias fundamentais de defesa e de proteção que não podem deixar de ser efetiva e eficientemente resguardados pelo Estado.

Deste modo, emerge a confirmação de que uma nova criminalidade, definida como *crime organizado*, se estrutura a partir de um reconhecimento sociológico, criminológico e doutrinário, que a situa como realidade própria da sociedade pós-industrial ocidental e contemporânea do risco. Frisamos, a fim de bem situar os rumos da pesquisa, que o conceito proposto à definição de *crime organizado* e o apontamento desse conceito a partir da legislação vigente será realizada no terceiro capítulo, considerando a estrutura proposta no presente trabalho.

E essa realidade, que revela uma nova criminalidade organizada, por sua vez, está impregnada de uma ideologia materialista fortemente atrelada a fundamentos da divisão da sociedade em distintas classes sociais, demonstrando uma especial relação com o *etiquetamento criminal reverso* e os crimes definidos como de *colarinho branco*, tratados a seguir.

2.2. O surgimento de um novo modelo de persecução penal: etiquetamento criminal e crime de colarinho branco, a expansão e as velocidades do Direito Penal contemporâneo.

A estrutura do sistema penal, que desde os séculos XVIII e XIX vem operando de forma suficiente a repressão aos ilícitos de natureza convencional, permanece válida e contando com uma sólida compatibilidade com a ideologia do modelo

---

<sup>207</sup> Especificamente no terceiro tópico deste segundo capítulo (Tópico 2.3).

liberal e individual burguês que, por sua vez, (ainda) condiciona e influencia o sistema penal vigente na contemporaneidade.

Identificado no primeiro capítulo o mote profissionalizante das empreitadas corporativas da criminalidade convencional moderna, essa mesma criminalidade passa a operar em estruturas gradativamente mais complexas, mais especializadas, em plena sintonia com paradigmas empresariais, onde passa a atuar em áreas fronteiriças entre a legalidade e a ilegalidade,<sup>208</sup> em uma autêntica escala gradativa de profissionalização criminosa, melhor identificada em alguns tipos de criminalidade do que em outros.<sup>209</sup>

É preciso esclarecer, no entanto, que mesmo dentro de uma perspectiva expansionista<sup>210</sup> e voltada a um Direito Penal mais eficiente não deve buscar soluções em mitigações ou flexibilizações dos fundamentos constitucionais e penais que definem os parâmetros da persecução criminal pelo Estado.

Isso porque as garantias e direitos fundamentais – mesmo das pessoas envolvidas nessa criminalidade mais organizada – devem funcionar, sempre, como balizamento ao poder punitivo do Estado, enquanto legítimos direitos fundamentais de dimensão subjetiva, que devem atuar como defesa de todo e qualquer cidadão que tem, independentemente do crime por si praticado, o constitucional direito de ser investigado, processado e julgado conforme o devido processo legal e seus respectivos princípios, todos contidos expressa e implicitamente no texto constitucional.

---

<sup>208</sup> “Há, aqui, um dado especialmente perverso, consistente no esvaecimento dos limites entre atividades criminosas e atividades lícitas, com uma verdadeira interpenetração de atividades lícitas e ilícitas, a atuação na zona cinzenta, fronteiriça entre a legalidade e a ilegalidade, ou ainda atuação na economia formal, mas financiando negócios legais com lucros decorrentes de atividades ilícitas”. BALTAZAR JUNIOR, Jose Paulo. *op. cit.* p. 111-112.

<sup>209</sup> O crime organizado é conceito abrangente, que encampa distintas realidades que perpassam desde exemplos relacionados a milícias e facções instaladas em presídios até a associação de funcionários públicos, agentes políticos e empresários envolvidos em corrupção e na subtração de bens e riquezas de titularidade estatal, difusa e/ou coletiva. Ainda, “sob esse enfoque, caminha-se desde os interesses ‘individuais’ (susceptíveis de captação e fruição pelo indivíduo isoladamente considerado), passando pelos interesses ‘sociais (os interesses *personais* do grupo visto como pessoa jurídica); mais um passo, temos os interesses ‘coletivos’ (que deparam as esferas anteriores, mas se restringem a valores concernentes a grupos sociais ou categorias bem definidos); no grau seguinte, temos o interesses ‘geral’ ou ‘público’ (referido primordialmente à coletividade representada pelo Estado e se exteriorizando em certos padrões estabelecidos, ou *standards* sociais, como *Bem comum, Segurança pública, Saúde pública*). Todavia, parece que há ainda um grau nessa escala, isto é, haveria certos interesses cujas características não permitiriam, exatamente, sua assimilação a essas espécies. Referimo-nos aos interesses ‘difusos’.” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 74.

<sup>210</sup> Enquanto efeito de resposta, reativa às atuais complexidades que exigem novas dinâmicas do sistema penal.

De igual sorte e contudo, também se apresenta insustentável a manutenção e o deficiente emprego de velhas dinâmicas do sistema penal convencional para tratar das novas problemáticas impostas pelos novos modelos de criminalidade organizada, sob pena de perpetuar a inadequação e a ineficiência da tutela aos bens jurídico-penais constitucionais atingidos por esses ataques dotados de alta carga de desvalorização.<sup>211</sup>

Ao destacar que essa criminalidade contemporânea mais organizada atua “em áreas fronteiriças entre a legalidade e a ilegalidade”, também não se pretende aqui defender a paradoxal e absurda tipificação jurídico-penal de atividades empresariais ou corporativas (verdadeiramente) lícitas. O que se pretende destacar, apenas, é o cuidado prático que deverá orientar o operador do Direito ao definir essas “atividades ilícitas”, visto que estas poderão ser mascaradas por atividades que se pretendem apresentar, suposta e falsamente, como lícitas (embora sejam, todas, necessariamente ilícitas).

Tratando-se de crime organizado, caracterizado pela alta especialização hierarquizada dos processos funcionais que compõem, em última análise, o *iter criminis* das complexas condutas voltadas ao ataque a bens jurídico-penais e constitucionais, é preciso reconhecer que tais estratégias jurídicas são bastante operadas no firme propósito de prejudicar, ocultar ou fraudar a investigação e as provas processuais voltadas à responsabilização penal desses complexos atos criminosos. E nessa perspectiva, é necessário submeter essas atividades suspeitas, responsavelmente, a um crivo investigatório ainda mais responsável e mais eficiente, inclusive com técnicas de investigação e de instrução processual regulamentadas a partir das balizas constitucionais focadas na tutela dos próprios direitos e garantias fundamentais consagrados no texto fundamental.

Compreendidas as complexidades das atividades ilícitas, inclusive relacionadas como meio, como produto ou como finalidade de outras condutas criminosas,

---

<sup>211</sup> Especialmente em razão da potencial titularidade estatal, difusa ou coletiva dos bens jurídico-penais e constitucionais envolvidos, em regra, nesses ataques típicos de criminalidade organizada. Não se desconsideram aqui, por óbvio, também os ataques potencialmente perpetrados contra patrimônio de particulares. Nas advertências de Henry David Thoreau, “o direito à revolução é reconhecido por todos, isto é, o direito de negar lealdade e de oferecer resistência ao governo sempre que se tornem grandes e insuportáveis sua tirania e ineficiência.” THOREAU, Henry David. *A desobediência civil e outros escritos*. Tradução Alex Marins. São Paulo : Editora Martin Claret, 2001. p. 17.

cabe a advertência de Wolfgang Hetzer, citado por José Paulo Baltazar Junior, no sentido de que:

Bem por isso a alta busca de lucro e uma falta de consciência da ilicitude marcam o comportamento das pessoas poderosas na criminalidade organizada. Elas se definem frequentemente como empresários. Os condutores enxergam a si próprios não como criminosos, senão como homens de negócios, que exploram também negócios lícitos. O desenrolar de seus negócios se dá muitas vezes nas proximidades de grandes atores da economia de mercado. A diferença com homens de negócios respeitadores da lei dá-se essencialmente porque o empresário do ilícito não conhece fronteiras ao levar a cabo suas atividades.<sup>212</sup>

No novo modelo de criminalidade contemporânea, portanto, também emergem *novos agentes*,<sup>213</sup> geralmente dotados de *status* social, integrados a essa mais complexa e organizada estrutura criminosa, configurada em moldes corporativos, sendo o principal deles o *criminoso empresário*.

Uma das justificativas para uma punição desse novo risco pode ser identificada na possibilidade de gradativa ascensão do criminoso dentro da estrutura hierarquizada da organização criminosa. Assim, ainda que originário das classes dominadas, ao *criminoso empresário* se torna possível ascender não apenas os degraus da organização criminosa como, também e ainda, os degraus das próprias classes sociais, acumulando *status* social<sup>214</sup> a partir das suas empreitas (ora lícitas, ora ilícitas) no campo social, negocial e econômico, construindo autêntica carreira criminosa.<sup>215</sup> Na advertência de José Paulo Baltazar Junior:

É ponto unânime na doutrina o reconhecimento do fim lucrativo como característica do crime organizado, que já foi chamado de *crime-negócio* [...]. O móvel de lucro não é, porém, privilégio das classes baixas, sendo também traço comum das organizações criminosas a presença de indivíduos de vários estamentos sociais, representando a atividade criminosa para aqueles que já detêm bens a sua manutenção, enquanto para aqueles oriundos das

<sup>212</sup> HETZER, Wolfgang. *Wirtschaftsform Organisierte Kriminalität*, S. 130. In BALTAZAR JUNIOR, Jose Paulo. *op. cit.* p. 113.

<sup>213</sup> “Há que se reconhecer que, nessas facções criminosas, muitos de seus agentes não param de cometer crimes. Ainda que presos, continuando a perpetuar suas ações de dentro dos presídios, com a colaboração de pessoas externas, como os próprios familiares e, por vezes, advogados e agentes públicos que se corrompem em favor do crime, como foram os ataques das facções criminosas paulistas e cariocas. Isso representa uma face permeável e perversa do sistema prisional brasileiro.” SCHELAVIN, José Ivan. *A teia do crime organizado*. São Paulo : Conceito Editorial, 2011. p. 19.

<sup>214</sup> Ou *capital simbólico*, para adotar expressão utilizada por Pierre Bourdieu. Cf. BOURDIEU, Pierre. *Poder simbólico*. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 1989.

<sup>215</sup> Releia nota supramencionada, referida em: BRECHT, Bertold. *Romance dos três vinténs*. Tradução Lya Luft. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1976. p. 116-117.



classes baixas a atividade pode representar uma forma de ascensão social.<sup>216</sup>

Associados ao criminoso empreendedor (ou empresário), portanto, são geralmente identificados outros importantes agentes geralmente integrados às atividades criminosas mais organizadas, como advogados, contadores, políticos, juízes, promotores, policiais, fiscais, auditores, funcionários públicos etc., evidenciando o envolvimento de representantes de classes sociais dominantes ou, pelo menos, dotadas de *status* social no submundo do crime e, em especial, nas novas estruturas da criminalidade contemporânea e mais organizada. Vale destacar que essa filtração é, na prática, extremamente difícil, o que conforma a exigência de novas dinâmicas e perspectivas de compreensão e de abordagem que cercam esses específicos e novos modelos de criminalidade mais organizada. Corroborando essas premissas, cabe destacar que:

A aproximação da criminalidade organizada e da criminalidade empresarial, vista como fase de evolução da organização criminosa, tem também relação com a obtenção de uma nova posição social para o criminoso, com o que aumenta, também, o seu grau de imunidade ao sistema penal. É pequena a resistência, por exemplo, em determinar a prisão preventiva e condenar a pena privativa de liberdade criminosos que, embora não sejam, na generalidade dos casos violentos, não tenham *status*, tais como traficantes de drogas, estelionatários ou autores de furtos. A situação é diferente, porém, quando o autor do fato se apresenta como um respeitável empresário.<sup>217</sup>

Avançando na análise desse novo tipo de persecução relacionado à criminalidade contemporânea, e de qualquer modo, nota-se também aqui um sério descompasso identificado (1) na suficiência do Direito Penal em enfrentar a criminalidade convencional, onde se mostra suficiente na consecução desse propósito, e (2) na insuficiência em enfrentar, por outro lado, a criminalidade contemporânea organizada. Sobre o tema, Carlos Amorim ilustra essas diferenças ao afirmar que:

A criminalidade em geral [*convencional*] tem a ver com os baixos escalões sociais, a desigualdade e a injustiça. Mas o crime organizado [*contemporâneo*] tem a ver com os abastados consumidores de drogas, os ricos sonegadores, as elites em busca de lucros. Sejam eles quais forem – e não importa os meios para obtê-los. [...] O crime avulso, desorganizado e não estruturado merece a polícia, as surradas varas criminais, os fóruns atulhados de processos, a cadeia desumana. O crime dos bandidos de terno e gravata

<sup>216</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 125.

<sup>217</sup> *Ibidem.* p. 113.

sempre aguarda em liberdade alguma decisão de tribunais superiores. Infelizmente, entre nós, a cidadania não se apoia no direito coletivo – ela tem a ver com o poder econômico.<sup>218</sup>

Recuperando a essência das citações e parágrafos antecedentes, a criminologia crítica identifica um sério problema de *seletividade no sistema penal*.

Antes de aprofundar a necessária compreensão criminológica dessa *seletividade* é preciso, primeiro, (1) destacar que a criminalidade convencional permanece existindo na sociedade pós-industrial ocidental contemporânea, onde permanece combatida de forma suficiente, a partir da tutela dos bens jurídicos-penais nos moldes constitucionais atualmente vigentes;

(2) Depois, também é preciso destacar que sobre essa criminalidade convencional podem se agregar novos elementos, próprios da complexa sociedade pós-industrial ocidental contemporânea, e que ainda não são bem compreendidos (nesse modo de se empreender – no sentido de empreendedorismo) as atividades criminosas mais organizadas, mas que configuram uma nova criminalidade (pois integrada de novos elementos contemporâneos e sendo, portanto, também contemporânea) que se apresenta com características efetivamente diferentes da convencional (desintegrada desses novos elementos);

(3) Por fim, é de se destacar que as velhas respostas se mostram incompatíveis para solucionar esses novos problemas, exigindo buscas por hipóteses mais adequadas e mais suficientes para garantir melhores respostas para esses novos problemas, contextualizados que são pelos paradigmas próprios da sociedade pós-industrial ocidental contemporânea.

Noutras palavras, o Direito Penal convencional realiza, com relativo grau de eficiência, a persecução criminal contra a criminalidade convencional, retirando do convívio social a maioria dos indivíduos excepcionalmente *dissociados dos moldes sociais propostos pelas elites como um todo* e, exatamente por essa razão – de desvalorização social das suas condutas dissociadas –, são eles exemplarmente selecionados, punidos, corrigidos e ressocializados<sup>219</sup> pelas instituições penais vincula-

<sup>218</sup> AMORIM, Carlos. *Assalto ao poder*. *op.cit.* p. 18.

<sup>219</sup> “O longo caminho da reintegração do criminoso (sujeito real) no interior do projeto hegemônico burguês conhece, como primeira etapa, a redução do interno a sujeito coativamente privado das suas relações inter-subjetivas, a sujeito reduzido a ‘pura e abstrata existência de necessidades’ [...]. Assim, ao momento da destruição [...] segue-se a ação de reconstrução [...], que permite assim o cumprimento do projeto hegemônico burguês: o não-proprietário ao criminoso, o criminoso

das ao sistema criminal.<sup>220</sup> Para Eugenio Raúl Zaffaroni, reforçam essa percepção as próprias teorias identificadas como *direito penal do inimigo*<sup>221</sup> onde, nesse mesmo sentido, “os inimigos não se circunscreviam aos *criminosos graves*, mas também incluíam os *indesejáveis* (pequenos ladrões, prostitutas, homossexuais, bêbados, vagabundos, jogadores etc.), caracterizados desde muito antes como *classes perigosas*.”<sup>222</sup> Complementando o assunto, Otto Kirchheimer e Georg Rusche registram por sua vez que:

Os fundamentos do sistema carcerário encontram-se no mercantilismo; sua promoção e elaboração foram tarefas do Iluminismo. Vimos como, no século XVIII, as casas de correção aceitavam condenados, vadios, órfãos, velhos e loucos sem distinção. Fazia-se pouca diferenciação entre eles. Onde o encarceramento foi introduzido, os que detinham o poder utilizaram-no para afastar os “indesejáveis”. [...]. A questão da natureza da pena afetava primordialmente as classes subalternas. Entretanto, os problemas de uma definição mais precisa de direito substantivo e do aperfeiçoamento dos métodos do processo penal foram trazidos para o centro do debate pela burguesia, que ainda não havia ganho sua batalha pelo poder político e procurava obter garantias legais para sua própria segurança.<sup>223</sup>

---

homogêneo ao preso, o preso homogêneo ao proletário. Isso significa, em outras palavras, que o não-proprietário-presos deve existir *apenas* como proletário, como quem se reconhece apenas da disciplina do salário.” MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Tradução Sérgio Lamarão. 2. ed. Coleção Pensamento Criminológico. Vol. 11. Rio de Janeiro : Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2010. p. 232. Para Nicola Framarino dei Malatesta, “não se coloque, pois, em dúvida e existência destas matérias particulares de sensação que, pelas impressões que produzem, levam o espírito a erros, conduzem-no a juízos errôneos.” MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Vol. II. Tradução Waleska Giroto Silverberg. Campinas : Conan Editora, 1995. p. 82.

<sup>220</sup> “70% da população carcerária do país [Brasil], algo em torno de 450 mil prisioneiros, cometeu um único crime, contra o patrimônio (furto e roubo, com casos raros de subtrair o erário público); cerca de 10% são criminosos passionais, cometeram homicídio e lesões corporais graves por impulso, crime de paixão, ciúmes, traição, crimes do trânsito, acidentes etc.; mais 10% são aqueles emocionalmente desequilibrados, que mereciam mais tratamento do que cadeia, mas que ficam nas penitenciárias por falta quase total de condições adequadas; os restantes 10% são os bandidos profissionais, gente que comanda quadrilhas, que faz do crime um modo de vida. Esses últimos, uma minoria, organizados, respondem pela presença das organizações criminosas no sistema penal. São gente das falanges, das facções criminosas. Por seu caráter organizado e ‘politicamente’ avançado, controlam o sistema, ditam as ordens, estabelecem as relações atrás das grades.” AMORIM, Carlos. *Assalto ao poder*. op. cit. p. 200.

<sup>221</sup> “Já se tem mencionado o exemplo da custódia de segurança como medida de segurança. Há muitas outras regras do Direito Penal que permitem apreciar que naqueles casos nos quais a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, diminui a disposição em tratar o delinquente como pessoa.” JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 33.

<sup>222</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. op. cit. p. 94.

<sup>223</sup> KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e estrutura social*. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro : Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2004. p. 109-110.

A par dessa realidade, efeitos diferentes decorrem do Direito Penal convencional quando realiza, agora e por consequência, com relativo grau de ineficiência, o funcionamento desse mesmo sistema penal convencional contra a criminalidade contemporânea mais organizada, mantendo no convívio social a maioria dos indivíduos excepcionalmente *associados aos moldes sociais propostos pelas elites como um todo* e, exatamente por essa razão – agora de valorização social das suas condutas associadas –, são eles mais facilmente alcançados pelas benesses jurídicas e recursos alternativos à prisão.

A conclusão dessas constatações é a de que o sistema penal convencional, ao ser operado diante de uma criminalidade contemporânea mais organizada, falha radicalmente (distribuindo seus males de maneira desigual e seletiva) em tutelar, de maneira democrática, os bens jurídico-penais e os próprios direitos e garantias fundamentais constitucionais.

E as razões criminológicas fundamentais dessas falhas podem ser ainda mais graves e preocupantes do que as próprias falhas em si. Isso porque existe, aqui e portanto, uma forte tendência a operar um Direito Penal a partir de uma *ideologia*, ou de “processos sociais que etiquetam os delinquentes”, processos estes que se tornam mais relevantes à criminalização do que os próprios *autores*, as próprias *condutas* ou as próprias violações dos *bens jurídico-penais* tutelados. E aqui sim é preciso definir compreensão acerca da *seletividade* e do *etiquetamento (labeling approach)*<sup>224</sup> relacionados ao sistema penal como um todo. Sobre a *seletividade*, Juarez Cirino dos Santos esclarece que:

O processo de criminalização (produção e aplicação de normas penais) protege, seletivamente, os interesses das classes dominantes, pré-seleciona os indivíduos estigmatizáveis (classes dominadas) e administra a punição pela posição de classe (variável independente), complementada pela posição precária no mercado de trabalho e pela subsocialização (variáveis intervenientes). O processo de execução penal (sistema carcerário) reproduz as desigualdades sociais (separação trabalhador – meios de produção) e a marginalização (qualificação negativa pela posição estrutural (fora do mercado de trabalho) e pela imposição superestrutural (dentro do aparelho punitivo) de sanções) [sic].<sup>225</sup>

<sup>224</sup> “A chamada teoria do etiquetamento, ou *labeling approach*, encontra suas raízes na obra de Emile Durkheim, que se referiu aos processos de construção da delinquência e a normalidade dela. Os principais autores modernos da teoria do etiquetamento são Erving Goffman, Edwin Lemert e Howard Becker, considerados como autores da *Nova Escola de Chicago*.” GRECO, Rogério. *op. cit.* p. 50.

<sup>225</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia Radical. op. cit.* p. 86-87. No mesmo sentido, “deduz-se do marxismo que todas as instituições sociais e políticas formam uma superestrutura, tendo por base de sustentação uma infra-estrutura econômica. Essa infra-estrutura é determinante, em última

Ao tratar do tema do *etiquetamento*, sob as premissas da criminologia, Antonio García-Pablos de Molina explica que:

De acordo com essa perspectiva interacionista, não se pode compreender o crime prescindindo da própria reação social, do processo social de definição ou seleção de certas pessoas e condutas etiquetadas como delitivas. Delito e reação social são expressões interdependentes, recíprocas e inseparáveis. A desviação não é uma qualidade intrínseca da conduta, senão uma qualidade que lhe é atribuída por meio de complexos processos de interação social, processos estes altamente seletivos e discriminatórios. O "*labeling approach*", em consequência, supera o paradigma etiológico tradicional, problematizando a própria definição da criminalidade. Esta, se diz, não é como um pedaço de ferro, como um objeto físico, senão o resultado de um processo social de interação (definição e seleção): existe somente nos pressupostos normativos e valorativos, sempre circunstanciais, dos membros de uma sociedade. Não lhe interessam as causas da desviação (primária), senão os processos de criminalização e sustenta que é o controle social que cria a criminalidade. Por isso, o interesse da investigação se desloca do desviado e do seu meio para aquelas pessoas ou instituições que lhe definem como desviado, analisando-se fundamentalmente os mecanismos e funcionamento do controle social ou a gênese da norma e não os déficits e carências do indivíduo, que outra coisa não é senão vítima dos processos de definição e seleção, de acordo com os postulados do denominado paradigma de controle.<sup>226</sup>

Com amparo na vertente criminológica ligada a um *interacionismo simbólico*, a teoria do *labeling approach* reconhece que importa menos ao sistema penal a conduta e o seu autor, do que "os processos sociais de definição" que lhe atribuem o caráter de criminoso, "e de seleção, que etiquetam o autor como delinquente." A conclusão é que esse "controle social é altamente discriminatório e seletivo", porque a etiqueta de delinquente leva "em conta o 'status' e o papel das pessoas. De modo que as 'chances' ou 'riscos' de ser etiquetado como delinquente não dependem tanto da conduta executada (delito), senão da posição do indivíduo na pirâmide social ('status')." <sup>227</sup> Em conclusão, podemos afirmar que o sistema penal etiqueta de maneira mais eficiente, ou seja, mais e melhor, alguns delinquentes do que outros.

Compreendidas essas premissas, também é possível reconhecer os motivos pelos quais as elites sociais (ocupantes de altas posições de status na pirâmide so-

---

análise, de tudo quanto se passa em cima, sendo a função econômica decisiva, bem que não seja exclusiva, no influxo exercido sobre as instituições integrantes da chamada superestrutura social." BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2000. p. 55.

<sup>226</sup> MOLINA, Antonio García-Pablos de. *op. cit.* p. 242-243.

<sup>227</sup> *Ibidem.* p. 243-244.

cial) possuem reconhecida capacidade de influência sobre o sistema penal.<sup>228</sup> E a depender da força da influência (ou do status social ocupado na pirâmide social) exercida pela pessoa que figura na condição de réu, portanto, diferentes conformações condicionam o resultado do processo e da sentença criminal, relegando a planos secundários de importância (1) a própria conduta criminosa em si e (2) o dispositivo típico-penal violado na ação, para punir em um plano principal apenas o *criminoso etiquetado como dissociado*, causando uma deturpação do sistema penal que culmina em uma desigual e antidemocrática *seletividade de pessoas* e no consequente desamparo dos direitos e garantias fundamentais expressamente previstas a partir do próprio texto constitucional.

Ao tratar dessas influências e do grau de impunidade da delinquência econômica, Carles Viladàs Jené aponta duas causas principais para a impunidade afeta aos ilícitos dessa natureza, cuja analogia é plenamente aplicável ao presente tema, afirmando que:

Sgubbi denunciou a impunidade das condutas “socialmente prejudiciais” diretamente vinculadas à apropriação privada do lucro, ou seja, ligadas à atividade própria e característica dos grupos sociais capazes de influir diretamente na estrutura penal [...]. Pavarini analisa, por sua vez, as causas desse elevado índice de impunidade, causas que poderiam – em nossa opinião – se agrupar em duas grandes categorias: [...] em primeiro lugar, as *causas legislativas* que se referem tanto à estrutura geral do direito punitivo (“valorização histórica e política das normas incriminadoras como pertencentes à matriz classista do ordenamento penal burguês”) como a configuração dos tipos penais (valorização técnico-jurídica) e a natureza eminentemente “ideológica do direito penal burguês”. Em segundo lugar, as causas relacionadas com a aplicação da lei penal, que compreendem tanto as dificuldades de criminalização primária (a norma incriminadora existe, mas não é aplicada) como as de criminalização secundária (a norma incriminadora é aplica-

---

<sup>228</sup> Socorre ao tema, também, as premissas de uma criminologia de conflito, onde “numa síntese muito genérica, o que a criminologia de conflito vem pondo em relevo é o caráter de ‘classe’ do direito criminal. O direito criminal não passa de um instrumento de que os grupos detentores de poder se armam para assegurar e sancionar o triunfo da suas posições face aos grupos conflitantes. Daí a tendência, historicamente comprovada, para a criminalização sistemática das condutas típicas das classes inferiores, ou, noutros termos, das condutas susceptíveis de pôr em causa interesses dos grupos dominantes. Daí, complementarmente, a tradicional resistência do direito criminal a intervir nas actividades dos detentores do poder, por mais imorais ou socialmente danosas que tais actividades possam revelar-se. É, por exemplo, recorrente a denúncia do contraste entre a legislação, extremamente rarefeita, que pune a criminalidade de *white-collar*, e a malha particularmente apertada da legislação que incrimina as pequenas ofensas contra o património.” ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra : Coimbra Editora, 1997. p. 257.

da, mas o condenado não adquire a consideração social de criminoso, não entra na clássica “carreira criminosa”).<sup>229</sup>

A mesma ideologia liberal, individual e burguesa que exerce influência no sentido de favorecer impunidade a criminosos situados em classes sociais mais elevadas, configurando o que aqui identificamos como *etiquetamento penal reverso* (como etiqueta que repele, que não fixa) ou *blindagem penal*, também exerce influência no sentido contrário, qual seja, a de garantir punição a criminosos situados em classes sociais menos elevadas.

É preciso destacar, porém, que as organizações criminosas organizadas logicamente não se restringem a uma criminalidade das elites sociais, pois existem hipóteses nas quais é possível identificar grupos criminosos organizados formados por integrantes das camadas mais marginalizadas da sociedade, como acontece, por exemplo, com grupos criminosos organizados que dominam o espaço físico de favelas e aglomerados.

O curioso é que, ainda que se trate de pessoas socialmente marginalizadas, em regra moradores das próprias favelas onde se articulam e se hierarquizam em complexas estruturas criminosas organizadas, esses mesmos integrantes possuirão, em contrapartida, um destacado *status social*, ainda que esse status se restrinja a uma específica e limitada parcela da realidade social, como por exemplo, o espaço físico-político compreendido pelo território de favela dominada pelo respectivo grupo criminoso organizado.

Nesse sentido, é característica comum do crime organizado a integração por pessoas dotadas de status social, que se protegem da seletividade do sistema penal pelos mais diversos fatores de poder, sejam eles de natureza econômica, política, cultural, bélica etc. E aqui apenas se reconhece, dentro de uma perspectiva histórica e materialista própria da criminologia crítica, o poder econômico como um dos mais influentes fatores de poder manifestado na sociedade pós-industrial contemporânea, ligada que está a uma modernidade de cunho individual, liberal e burguesa.

Deste modo, enquanto os grupos criminosos organizados ligados à criminalidade de colarinho branco e às classes sociais dominantes podem ser identificados como as “corporações multinacionais do crime”, os grupos criminosos organizados

---

<sup>229</sup> JENÉ, Carles Viladàs. *A delinquência econômica*. Tradução de Roberta Duboc Pedrinha e Sergio Chastinet Duarte Guimarães. 1. ed. Coleção Pensamento Criminológico. Vol. 21. Rio de Janeiro : Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2015. p .345.

ligados à criminalidade marginalizada e às classes sociais dominadas podem ser comparadas a “microempresas ou empresas de pequeno porte do crime”, sendo estas últimas, obviamente, muito mais sujeitas à repressão criminal e policial do que as primeiras.

Assim, é possível verificar que a política criminal se ocupa, na verdade, com problemas mais adstritos à criminalidade individual e convencional, mantendo esse *status quo ideológico* de eficiente persecução criminal aos criminosos dissociados, diferentes, marginalizados, inclusive ao garantir um alto grau de isolamento e uma impressão de (in)eficiência dos operadores do sistema criminal em relação ao contato com as classes sociais marginalizadas.

Aqui tem espaço, também, as parciais explicações decorrentes das críticas formuladas por Robert King Merton e Edwin Hardin Sutherland em relação ao importante conceito de “cifras negras”, relacionado às distorções percebidas na desproporcional impunidade dos crimes de colarinho branco em comparação à criminalidade convencional.<sup>230</sup> Nas advertências de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

Em outro nível, o sistema penal procura compartilhar essa mentalização [*de fossilização*] com os segmentos de magistrados, Ministério Público e funcionários judiciais. Seleciona-os dentre as classes médias, não muito elevadas, e lhes cria expectativas e metas sociais da classe média alta que, enquanto as conduz a não criar problemas no trabalho e a não inovar para não os ter, cria-lhes uma falsa sensação de poder, que os leva a identificar-se com a função (sua própria identidade resulta comprometida) e os isola até da linguagem dos setores criminalizados e fossilizados (pertencentes às classes

---

<sup>230</sup> “La parcialidade en la administración de la Justicia penal en las leyes que se aplican exclusivamente a los negocios y a las profesiones y que, por tanto, comprenden sólo la clase socioeconómica alta. Las personas que violan leyes de restricción del comercio, publicidade, alimentos y drogas no son arrestadas por policías uniformados, no son frecuentemente juzgadas en tribunales penales ni son sometidas a prisión; su conducta ilegal generalmente recibe la atención de comisiones administrativas y de tribunales que funcionan bajo jurisdicciones civiles o de equidade. Por esta razón, esas violaciones de la ley no son incluídas en las estadísticas delictivas, ni los casos individuales llevados a la atención de los especialistas que escriben teorías de conducta delictiva. La muestra de conducta delictiva en que se basan las teorías está viciada respecto al *status* socioeconómico. Este prejuicio es bastante cierto, como lo sería si los especialistas seleccionaran sólo delincuentes pelirrojos para su estudio y llegasen a la conclusión de que el pelo rojo es la causa del delito.” SUTHERLAND, Edwin Hardin. *op. cit.* p. 13. No mesmo sentido, “Zaffaroni e Baratta delatam o discurso de seletividade do sistema, o que implica na sua verticalização, que é mantida por um discurso fundado em falsas premissas com base, dentre outros artifícios, na mídia de massa e em sofismas delicados fundados em elementos facilmente manipulados, por meio das cifras negras e douradas que devem ser objeto de delação, afim de que haja uma virada crítica para uma nova perspectiva penal.” SILVA FILHO, Edson Vieira da. *Minimalismo penal: uma reflexão crítica a partir de Eugenio Raúl Zaffaroni “em busca das penas perdidas”*. In *O direito penal e suas faces: da modernidade ao neoconstitucionalismo*. Organizador Edson Vieira da Silva Filho. Curitiba : Editora CRV, 2012. p. 34.



mais humildes), de maneira a evitar qualquer comunicação que venha a sensibilizá-los demasiadamente com sua dor. Este processo de condicionamento é o que chamamos de *burocratização* do segmento judicial.<sup>231</sup>

Sobre o mesmo assunto, Carlos Versèle Séverin complementa:

As estatísticas judiciais não refletem o fenômeno global e social da delinquência; em primeiro lugar, porque não se referem mais que a uma delinquência "convencional", em segundo lugar, porque se submetem a filtros sucessivos que eliminam uma boa parte. Os assuntos que nossas cortes e tribunais têm o costume de examinar diariamente, se referem a certos atentados contra as pessoas, a moral pública e os bens, e a certos tipos de delinquência. Praticamente toda a atividade das jurisdições penais se limita a formas convencionais do comportamento anti-social [...]. Ocorre também que a própria organização judicial contenha discriminações geradoras de alguma cifra negra, mediante as quais os cidadãos economicamente fracos resultam figurar com inferioridade.<sup>232</sup>

A partir das premissas do *labeling approach*, que também encampa influências de uma ideologia liberal, individual e burguesa, portanto, é fácil reconhecer dentre a massa de condenados a ampla desigualdade no processo de encarceramento, caracterizado por uma franca minoria de indivíduos socialmente posicionados em altas classes sociais e, via de consequência, numa maioria de indivíduos socialmente marginalizados, e especialmente daqueles apontados como inaptos à integração nos modelos de Estado, sociais e econômicos modernos. Nesse sentido:

Deste modo, por iniciativa de um dos mais destacados autores alemães do século passado [*Hans Welzel*], ficaram claramente estabelecidos dois tratamentos penais bem diferenciados: (a) um para os infratores que pertencem às camadas socialmente aptas para a convivência e (b) outro para aqueles que não pertencem a elas. Os primeiros são retribuídos com uma pena limitada e proporcional, ao passo que os segundos são neutralizados com uma pena desproporcional e indeterminada (medida), conforme a exigência de incapacitação sustentada por Von Liszt e racionalizada por Stos.<sup>233</sup>

<sup>231</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.* p. 75. No mesmo sentido, "o delinquente não deixa de ser segregado [nem mesmo] quando do fim de sua reclusão, pois ele continuamente é monitorado pelos órgãos estatais, seja assinando livros ou tendo sua vida descrita em fichas criminais, e pela sociedade, que, consciente e inconscientemente, exclui-o ao saber de suas condições." BOECHAT, Wagner S. F. Lemgruber; POSTERARO, Talita Piedade. *A criminologia crítica: uma reflexão crítica a partir de Alessandro Baratta. In O direito penal e suas faces: da modernidade ao neoconstitucionalismo.* Organizador Edson Vieira da Silva Filho. Curitiba : Editora CRV, 2012. p. 99.

<sup>232</sup> SÉVERIN, Carlos Versèle. *A cifra dourada da delinquência.* Tradução Nilo Batista e Francisco de Assis Leite Campos. *In Revista de Direito Penal.* Vol. 1. N. 1. Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro. 19 v. Rio de Janeiro : Forense, 1971. p. 07-09.

<sup>233</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal.* Tradução Sérgio Lamarão. 3. ed. Vol. 14. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro : Editora Revan, 2011. p. 101. Para Antonio Ma-

Os referenciais estatísticos são tão influenciados por esse processo de etiquetamento penal que a criminologia não se limitou a fixar conceito para a “cifra negra” relacionada ao caso, pois estruturou conceito específico para as deturpações estatísticas relacionadas aos crimes de praticados por classes socioeconômicas altas, identificado como “cifra dourada”. Sobre o assunto, Carlos Versele Séverin esclarece sobre esses importantes conceitos que:

Um bom número de infrações, variável segundo sua natureza, não é conhecido "oficialmente" nem detectado e, portanto, tampouco perseguido. São as cifras negras da delinquência oculta, às quais alguns agregam de forma menos justificada os crimes ou delitos cujo autor não se consegue identificar [...]. Os sistemas de polícia apoiam certos subsistemas de controle social que constituem a justiça criminal. Tanto quanto esta, refletem os princípios dominantes da ordem "estabelecida", e sua missão se limita a investigar os atentados contra os "valores" que esta ordem pretende proteger penalmente. Assim, desde o princípio, a polícia confere maior atenção à delinquência convencional. Ademais, sua formação não a capacita para a detecção [sic] de formas astutas de delinquência econômica e social. E os serviços especializados nesta matéria apoiam mais frequentemente certos poderes administrativos cuja vigilância pode ser específica e "deixa passar" muitas coisas. Diversas investigações, especialmente nos Estados Unidos da América e Escandinávia, têm estabelecido que o risco de ser "pego" aumenta na razão inversa do estado sócio-econômico. É pois, entre as classes sociais economicamente favorecidas, ou privilegiadas, que encontramos uma boa parte das cifras negras da delinquência.<sup>234</sup>

E sobre as “cifras douradas”, por sua vez, é preciso destacar que:

Em nossa comunicação à segunda seção do Quinto Congresso das Nações Unidas, consignamos que, "além da cifra negra de delinquentes que escapam a toda investigação oficial, existe uma cifra dourada de criminosos que têm o poder político e o exercem impunemente, abandonando aos cidadãos e a coletividade a exploração da oligarquia, ou que dispõem de um poder econômico que se desenvolve em detrimento do conjunto da sociedade" [...] Em nosso relatório apresentado ao colóquio de política criminal especificamos: "trata-se, essencialmente, de convivências político-econômicas, de combinações político-financeiras, de sutis peculatos, de concussões disfarçadas e abusos reais, favorecidos por lacunas da lei mais ou menos deliberadas, ou por complacências mais ou menos conscientes". Alguns fatos e situações similares têm sido objeto, na maior parte do tempo, de omissão e os criminólogos geralmente não se dedicaram a sua análise. É certo que o assunto parece gerar um desafio ao qual o "sistema" tende a qualificar de subversão. Existem trabalhos sobre o tema "Justiça e Política" que propor-

---

galhões Gomes Filho, “nesse quadro, inserem-se as garantias básicas do processo penal, não mais pensadas em termos de meros enunciados humanitários em favor dos acusados, mas de postulados indispensáveis ao exercício legítimo do poder punitivo. Tais garantias não atingem seus objetivos senão com a superação dos entraves decorrentes da desigualdade social.” GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 23.

<sup>234</sup> SÉVERIN, Carlos Versele. *op. cit.* p. 8-9.

cionam uma oportunidade particularmente favorável para certas observações e sugestões a respeito do prejuízo ocasionado ao cidadão pelas oligarquias que protegem o poder político e o poder econômico, muito frequentemente aliados em combinações estruturadas e disfarçadas com enorme habilidade. Impõe-se uma observação prévia: as distinções entre a delinquência dourada de ordem nacional ou internacional, política ou econômica, financeira ou social ficam melhor justificadas à luz de uma visão segundo a qual, na realidade dos fatos, o político, o econômico e o social estão sempre tão entrelaçados que se fazem indissociáveis; melhor dizendo, quase indissolúveis.<sup>235</sup>

O Direito Penal convencional, com eficiência aprimorada ao longo da história para conter e reprimir de modo suficiente as condutas ilícitas das classes sociais dominadas, atualmente surpreende, no presente, com injustificáveis deficiências para conter e reprimir, agora de modo insuficiente, as condutas ilícitas contemporâneas praticadas por pessoas dotadas de uma maior medida de status social ou senão, e principalmente, pelos representantes de classes sociais dominantes. E aqui tem muita relevância as obras e teorias relacionadas ao *White Collar Crime*,<sup>236</sup> conforme expressão cunhada por Edwin Hardin Sutherland. Nas palavras do próprio autor da expressão:

Las personas de la clase socioeconómica alta son más poderosas política y financieramente y escapan al arriesto y la condena mucho más que las personas que carecen de ese poder, aun cuando son igualmente culpables de delitos. Las personas ricas pueden emplear abogados hábiles y en otras formas de influir en la administración de la justicia para su propio beneficio, más efectivamente que las personas de la clase socioeconómica más baja. Aun los delincuentes profesionales, que tienen poder financiero e político, escapan al arresto y la condena más efectivamente que los delincuentes aficionados y ocasionales, que tienen poco poder financiero o político. Esta parcialidad, aun que indudable, no es de gran importancia desde al punto de vista de la teoría criminológica.<sup>237</sup>

Essa parcialidade – em prejuízo dos integrantes da classe socioeconômica baixa e em benefício dos integrantes da classe socioeconômica alta – apesar de indubitável, figurava como elemento de menor importância “a partir do ponto de vista

<sup>235</sup> *Ibidem.* p. 10-11.

<sup>236</sup> “El delito de ‘cuello blanco’ puede definirse, aproximadamente, como un delito cometido por una persona de respetabilidad y *status* social alto en el curso de su ocupación. Consecuentemente, excluye muchos delitos de la clase social alta, como la mayoría de sus asesinatos, adulterio, intoxicación, etc., ya que éstos no son generalmente parte de sus procedimientos ocupacionales. También excluye abusos de confianza de miembros ricos del bajo mundo, ya que no son personas de respetabilidad y alto *status* social. Lo significativo del delito de ‘cuello blanco’ es que no está asociado con la pobreza, o con patologías sociales y personales que acompañan la pobreza.” SUTHERLAND, Edwin Hardin. *op. cit.* p. 13-14

<sup>237</sup> *Ibidem.* p. 13.

da teoria criminológica”, conforme Edwin Hardin Sutherland. A partir dessa importante afirmação, Eugenio Raúl Zaffaroni corrobora, em complementação, que:

Em 1949, Sutherland publicou um livro que ficou famoso – *White Collar Crime*. Nele explica que o crime atravessa todos os estratos sociais, pondo em evidência a insuficiência de outras teorias etiológicas para explicá-lo, criticando-as por nem sequer conseguirem fazê-lo em relação à criminalidade tradicional, detectada dos estratos sociais inferiores carentes e, muito menos, da enorme criminalidade impune de *colarinho branco*. Defende sua teoria como a única que pode trazer uma explicação satisfatória para todas as formas de criminalidade.<sup>238</sup>

Essa orientação criminológica em relação aos crimes de colarinho branco encontra fundamento, ao menos em parte, nos esclarecimentos que tratam da ideologia impregnada às ciências e, em especial, da ciência penal. Como visto, o sistema penal como um todo é afetado pela ideologia materialista de cunho marxista,<sup>239</sup> que opera processos sociais que culminam em seletividade e etiquetamento criminal no desempenho da persecução criminal, em tema tratado e já referido sob o foco da criminologia crítica. Nesse exato sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli relembram que:

Toda ciência é ideológica (porque qualquer saber é ideológico) e o poder, em cada caso, a manipulará segundo convenha à sua conservação, privilegiando uma ideologia e descartando (ou reprimindo, limitando o desenvolvimento ou ocultando) as que considere negativas ou perigosas para ela. [...] Com maior razão, isto se torna evidente quando se trata do conhecimento que versa sobre o próprio controle social, como o é o de que nos ocupamos. Decorre precisamente disso a enorme confrontação ideológica que se opera no campo das ciências penais e em seu iniludível tratamento [...] A América Latina se encontra entre os países periféricos, ou seja, na injustiça social que se gera em nível internacional [...], nossas sociedades apresentam características particulares que se revelam em seu controle social e em seus sistemas penais [...]. Não obstante, ao explicar nosso direito penal – como parte do controle social –, se passam por alto estas caracte-

<sup>238</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. Coordenadores Luiz Flavio Gomes e Alice Bianchini. Coleção Saberes Críticos. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 160. Para Pierre Bourdieu, “o espaço social é construído de tal modo que os agentes ou os grupos que são aí distribuídos em função de sua posição nas distribuições estatísticas de acordo com os dois princípios de diferenciação que, em sociedades mais desenvolvidas, como os Estados Unidos, o Japão ou a França, são, sem dúvida, os mais eficientes – o capital econômico e o capital cultural.” BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas sobre a teoria da ação*. Tradução Mariza Corrêa. Campinas : Papyrus, 1996. p. 19.

<sup>239</sup> “O que segue decorre das ideias fundamentais sobre a *produção e reprodução da vida social* que, certamente, parece consistente na ontologia marxiana da práxis. Nas palavras de Marx: ‘Da mesma forma como os indivíduos manifestam sua vida, assim eles são. O que são coincide, por conseguinte, com a sua produção, tanto com o *que* produzem, como com o modo *como* produzem.’” GIDDENS, Anthony. *Novas regras do método sociológico: uma crítica positiva das sociologias compreensivas*. Tradução Maria José Silveira Lindoso. Rio de Janeiro : Zahar Editores, 1978. p. 109.

rísticas, tratando de importar ideologias massivamente. Por outro lado, a mesma posição periférica nos impediu de elaborar um desenvolvimento ideológico próprio, o que nos mantém em posição tributária das ideologias dos países centrais.<sup>240</sup>

Outras questões relacionadas à *ideologia*, à *seletividade* e ao *etiquetamento* (*reverso*) do sistema penal, obviamente que sem esgotar o tema, serão retomadas a partir da necessária análise sobre a legitimidade da investigação de grupos especiais na repressão eficiente ao crime organizado no Brasil,<sup>241</sup> bastando, por ora, reconhecer que as indubitáveis deficiências do sistema penal se acumulam em prejuízo da sociedade e seus integrantes na contemporaneidade, falhando na tutela dos bens jurídico-penais e dos direitos fundamentais, gerando impunidade aos responsáveis pelos ataques a esses mesmos bens jurídico-penais e direitos fundamentais, máxime quando integrantes de escalões mais elevados da pirâmide social ou relacionados com os interesses de uma criminalidade contemporânea organizada em moldes corporativos.

Quer parecer, ainda, que o Direito Penal aumenta a fragilidade das suas respostas na mesma proporção em que são penalmente abrangidas condutas criminosas praticadas por integrantes de elites sociais, embora não exclusivamente por estes. E as respostas convencionais, de qualquer sorte, precisam ser readequadas às complexidades dessas novas espécies de criminalidade.

As falhas e fragilidades do sistema penal em responder aos problemas decorrentes da criminalidade mais contemporânea e mais organizada, inclusive aquelas associadas à criminalidade de colarinho branco,<sup>242</sup> conduzem a gradativas mudanças no Direito Penal convencional, apontadas como uma reação aos problemas típicos da sociedade pós-industrial contemporânea ocidental, levando a ciência a experimentar uma tendência geral identificada por Jesús-María Silva Sánchez como “expansão do Direito Penal”. Nas palavras do autor:

<sup>240</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.* p. 63.

<sup>241</sup> Capítulo terceiro.

<sup>242</sup> “Las características del delito de ‘cuello blanco’ [...], dependen hasta cierto punto de la forma de la organización de negocios [...]. De todos modos, la forma corporativa de organización que generalmente se usa en los grandes negocios tiene dos ventajas sobre otras formas de organización desde el punto de vista de la violación de la ley: el anonimato de las personas para que no se pueda ubicar la responsabilidad de las mismas y una justificación creciente de su conducta.” SUTHERLAND, Edwin Hardin. *op. cit.* p. 174-175.

Ante tais posturas doutrinárias, realmente não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição, ou a “reinterpretação” das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal. Criação de novos “bens jurídico-penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo “expansão”.<sup>243</sup>

Dentre as principais causas de expansão do Direito Penal identificadas por Jesús-María Silva Sánchez, são identificadas e relacionadas – em resumido rol – as seguintes: (1) os “novos interesses”; (2) efetivo aparecimento de novos riscos; (3) institucionalização da insegurança; (4) sensação social de insegurança; (5) configuração de uma sociedade de sujeitos passivos; (6) identificação da maioria com a vítima do delito; (7) o descuido de outras instâncias de proteção; (8) surgimento de gestores “atípicos” da moral; (9) defesa política de diminuição da pressão punitiva e (10) surgimento do “gerencialismo” penal.<sup>244</sup>

Essas causas são muito importantes para compreender e justificar a expansão do Direito Penal. E a expansão do Direito Penal, por sua vez, é ponto dos mais importantes nesta pesquisa, ao passo em que resume e contextualiza, a partir dos paradigmas propostos e estruturados na teoria de Jesús-María Silva Sánchez, os principais elementos de justificação pela mudança do Direito e do sistema penais. Por isso é necessário, ainda que de forma breve, desenvolver cada uma dessas importantes causas de expansão relacionadas pelo autor.

A primeira das causas é definida como “novos interesses”, que estão diretamente relacionados ao surgimento de novos bens jurídico-penais e novos interesses na sociedade pós-industrial ocidental e contemporânea do risco, na forma tratada no primeiro tópico deste capítulo (2.1). Indicam, em resumo, uma natural ampliação do Direito Penal para abranger tutela sobre esses “novos interesses”, numa relação direta entre o aumento de interesses e de bens jurídico-penais constitucionais e o aumento dos tipos penais de proteção especial a eles referentes.

Sobre o efetivo aparecimento de “novos riscos”, trata-se de tema diretamente relacionado à teoria da “sociedade do risco” de Ulrich Beck, nos termos também

---

<sup>243</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. op. cit. p. 28.

<sup>244</sup> *Ibidem*. p. 33-96.

tratados no primeiro tópico deste capítulo (2.1). Nesse sentido, é preciso reconfigurar as interpretações afetas ao Direito Penal sob o contexto da sociedade do risco, sob pena de perecimento de bens jurídico-penais e fundamentais atacados por condutas criminosas, potencialmente irrecuperáveis conforme as idôneas advertências já fundamentadas nas precedentes linhas deste trabalho.

Quanto à institucionalização da insegurança, também é assunto relacionado à teoria da “sociedade pós-industrial contemporânea ocidental do risco”. Relembrando que “as esferas individuais de organização já não são autônomas; [e] produzem-se, de modo continuado, fenômenos – recíprocos de transferência e assunção de funções de proteção de esferas alheias”,<sup>245</sup> ocorre a exasperação do Direito Penal a partir da necessidade de uma especial forma de tutela sobre essas complexas relações interinstitucionais e interpessoais, que assumem e compartilham os riscos gerados a partir dessas mesmas interações, que operam resultados a partir de condutas multilaterais.

A sensação social de insegurança, por sua vez, se mostra relacionada aos novos modelos de criminalidade mais complexa e mais organizada, típicas de uma sociedade que Jesús-María Silva Sánchez também define como “sociedade do medo”. E “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 [...], constitui uma fonte de dúvidas, incertezas, ansiedade e insegurança.”<sup>246</sup> Outros fenômenos são também referidos nesse ponto, como a falta de adaptação das pessoas a sociedade sob contínua aceleração, a falta de domínio dos acontecimentos a partir da revolução dos transportes e das comunicações, a lógica de mercado ou laborativa de extrema competitividade, a perda de referências valorativas (perplexidade da relatividade), a dessolidarização entre as pessoas que convivem em sociedade e os males decorrentes dos conflitos armados. Em resumo, e partir dessas premissas, se reconhece que “certamente esse é o modelo social hoje dominante do ‘individualismo de massas’, no qual ‘a sociedade já não é uma comunidade, mas um conglomerado de indivíduos atomizados e narcisisticamente inclinados a uma satisfação dos próprios

---

<sup>245</sup> *Ibidem.* p. 39.

<sup>246</sup> *Ibidem.* p. 41.

desejos e interesses”,<sup>247</sup> o que torna bastante clara a perspectiva de aumento no conflito de interesses (lides) e a necessidade de atuação penal sobre demandas não resolvidas a contento pelos outros ramos do Direito.

Também se aponta, agora, para uma nova configuração de uma sociedade de sujeitos passivos,<sup>248</sup> relacionada a uma crescente categoria de pessoas que passam a depender, cada vez mais, da tutela estatal. Essa categoria de pessoas identificadas como sujeitos passivos pode ser compreendida a partir das definições de pensionistas, desempregados, aposentados, estudantes etc. E essa nova realidade acaba se traduzindo em um contraponto ao modelo de desenvolvimento industrial dos séculos XIX e XX, ao passo em que, agora, “na sociedade da pós-industrialização, se constata com clareza uma tendência ao retrocesso da incidência da figura do risco permitido [...]. Assim, a diminuição dos níveis de risco permitido é produto direto da sobrevaloração essencial da segurança – ou liberdade de não padecer – diante da liberdade (de ação).”<sup>249</sup>

A identificação da maioria com a vítima do delito, por sua vez, configura causa relacionada ao item anterior, na qual se identificam novas categorias de pessoas que se relacionam em sociedade a partir de uma “categorização passiva”. Essas pessoas se identificam com a vítima (sujeito passivo do delito), mais do que com o autor (sujeito ativo). Nas palavras de Jesús-María Silva Sánchez, “de uma situação em que se destacava, sobretudo, ‘a espada do Estado contra o delinquente desvalido’, se passa a uma interpretação do mesmo como ‘a espada da sociedade contra a delinquência dos poderosos’.”<sup>250</sup> Por via de consequência, “a concepção da lei penal como ‘Magna Charta’ da vítima aparece junto à clássica da ‘Magna Charta’ do delinquente; e isso sem prejuízo de que esta última possa ceder prioridade àquela.”<sup>251</sup> Aqui existe um claro deslocamento do enfoque punitivo voltado ao autor para um enfoque restaurativo voltado à vítima. Além disso, também é preciso destacar que:

---

<sup>247</sup> *Ibidem.* p. 44.

<sup>248</sup> Em complemento, “perigo individual é o que expõe ao risco de dano o interesse de uma só pessoa ou de um limitado número de pessoas [...]. Perigo comum (difuso ou coletivo), segundo a doutrina, é o que expõe ao risco de dano interesses jurídicos de um número indeterminado de pessoas.” JESUS, Damásio Evangelista de. *Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 2003)*. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 08.

<sup>249</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. op. cit.* p. 54-55.

<sup>250</sup> *Ibidem.* p. 65.

<sup>251</sup> *Idem.*



A nova política criminal intervencionista e expansiva recebe as boas-vindas de muitos setores sociais antes reticentes ao Direito Penal, que agora acolhem como uma espécie de reação contra a criminalidade dos poderosos. Pois bem, em um momento cultural em que a referida criminalidade dos poderosos preside a discussão doutrinária, e também a atividade dos tribunais que transcende por intermédio dos *mass media* e, portanto, a representação social do delito, é seguramente compreensível que a maioria se incline a contemplar-se a si mesma mais como vítima em potencial do que como autor potencial.<sup>252</sup>

Sobre o descuido de outras instâncias de proteção, trata-se de causa relacionada a uma gradativa perda dos referenciais morais da sociedade. Nesse sentido, e a par da expansão do Direito Penal, não se cogita de uma semelhante expansão dos mecanismos de proteção afetos a setores diversos do penal, como a ética social, o Direito Civil e o Direito Administrativo. Nas palavras de Jesús-María Silva Sánchez “ocorre, sem embargo, que tais opções ou são inexistentes, ou parecem insuficientes, ou se acham desprestigiadas.”<sup>253</sup>

Conforme o autor, a sociedade pós-industrial contemporânea de risco é caracterizada pela carência de instituições autônomas de moralização, reforçada por um individualismo que reflete, nas pessoas, uma ausência de sentimento coletivo, “de submissão a algo, consciência de serviço ou obrigação.”<sup>254</sup> O Direito Civil, a seu turno, possui uma clara tendência a objetivização da responsabilidade, o que define sérias dificuldades práticas que incompatibilizam ou esvaziariam, de um modo geral, o instituto da indenização na aplicação substitutiva às sanções criminais preconizadas no Direito Penal. O Direito Administrativo, por fim, é caracterizado pelo descrédito relacionado aos seus instrumentos de proteção. Nesse exato sentido, “desconfia-se – com maior ou menor razão, que de acordo com as situações – das Administrações Públicas nas quais se verifica uma tendência a buscar, mais do que meios de proteção, cúmplices de delitos socioeconômicos de várias espécies.”<sup>255</sup>

Os gestores “atípicos” da moral, por sua vez, são identificados como aqueles representantes dos mais diversos segmentos e classes da sociedade, como associações ecologistas, feministas, de consumidores, de vizinhos, pacifistas, antidiscriminatórias, e várias espécies de organizações não governamentais, e que não são

---

<sup>252</sup> *Ibidem.* p. 68-69.

<sup>253</sup> *Ibidem.* p. 75.

<sup>254</sup> *Idem.*

<sup>255</sup> *Ibidem.* p. 79.

mais representadas apenas por pessoas tradicionalmente oriundas dos estamentos burgueses conservadores.

Também é referida como causa de expansão do Direito Penal a atitude da esquerda política, relacionada a uma defesa política de diminuição da pressão punitiva, ligada a uma postura política de esquerda, considerando a política criminal social-democrata da Europa. Para Jesús-María Silva Sánchez, essa causa modifica a orientação do sistema penal, de modo a mitigar incidência sobre os marginalizados (*powerless*) - e para os quais o precedente seria o recurso às políticas sociais – para, ao contrário, passar a focar agora a nova macrocriminalidade praticada pelas elites sociais (*powerful*), contra os quais restaria justificada a intervenção mais ampla possível do Direito Penal. Aqui existe, por parte do autor, clara ressalva acerca dos riscos apresentados por conta dessa causa, no sentido de que todo o tipo de afastamento de direitos e garantias fundamentais, ainda que para combater a macrocriminalidade, acaba apontando em direções de tirania e abuso por parte dos detentores do poder institucionalizado.

Por fim, o “gerencialismo”, relacionado à desformalização da justiça que passa, então, a ser configurada em modelos de uma “justiça negociada”. São apresentados como exemplos dessa causa os pactos de imunidade das promotorias com certos imputados “arrepentidos”, as diversas formas de mediação e as tratativas e conformidades assumidas consensualmente entre as partes. O efeito prático desse “gerencialismo” da justiça e da verdade é que se traduzem em mecanismos de gestão eficiente de determinados problemas judiciais, mas que não apresentam, por outro lado, nenhuma conexão com os valores que pertence ver tutelados pelo Direito. Nesse sentido, a privatização e a desformalização acabam se traduzindo, com efeito, em consequências certamente inevitáveis da expansão do Direito Penal.<sup>256</sup>

Em breve resumo, essas são as principais causas de expansão do Direito Penal na sociedade pós-industrial, ocidental e contemporânea do risco. E a partir da compreensão dessas principais causas de expansão do Direito Penal a partir da interpretação proposta por Jesús-María Silva Sánchez, também se reconhece, por via de consequência, a relação dessas causas de expansão como identificação concreta das mudanças experimentadas na atual sociedade pós-industrial ocidental e con-

---

<sup>256</sup> *Ibidem.* p. 92.

temporânea de risco, onde efetivamente é possível identificar novos modelos de criminalidade, novos modelos de persecução e novos modelos de garantias penais.

É preciso também destacar, ainda, que “os aspectos comentados até aqui sofrem um espetacular impulso devido a dois fenômenos que se mostram como típicos das sociedades pós-industriais: a globalização econômica e a integração supranacional.”<sup>257</sup> Em sintonia com as premissas propostas nos capítulos e tópicos precedentes, é possível reconhecer que “o Direito Penal da globalização não fará mais que acentuar a tendência que já se percebe nas legislações nacionais, de modo especial nas últimas leis em matéria de luta contra criminalidade econômica, a criminalidade organizada e a corrupção.”<sup>258</sup>

Como consequência da expansão do Direito Penal, é introduzido então, o tema relacionado às chamadas *velocidades do Direito Penal*, também proposta por Jesús-María Silva Sánchez em três estágios, relacionados a graus de flexibilização das regras de imputação penal.

A partir dessa teoria das velocidades do Direito Penal é possível definir, também em breve síntese, que:

(1) a primeira velocidade corresponde a um Direito Penal voltado à imputação sobre a mais gravosa das penas, a privativa de liberdade, razão pela qual as regras de imputação devem colocar em processo todas as garantias individuais à disposição do preso. “Assim, trata-se de salvaguardar o modelo clássico de imputação e de princípios para o núcleo intangível dos delitos, aos quais se assinala uma pena de prisão”.<sup>259</sup>

(2) Já sobre a segunda velocidade, corresponde agora a um Direito Penal voltado à imputação de penas mais próximas às sanções de cunho administrativo, como privativas de direitos, multas e as sanções que recaem sobre pessoas jurídicas e outras, razão pela qual poderia ser admitida, nesses específicos casos, uma flexibilização regrada dos critérios de imputação e as garantias político-criminais. Nesse sentido, “a característica essencial de tal setor continuaria sendo a judicialização (e a conseqüente imparcialidade máxima), da mesma forma que a manuten-

---

<sup>257</sup> *Ibidem.* p. 97-98.

<sup>258</sup> *Ibidem.* p. 98.

<sup>259</sup> *Ibidem.* p. 190.

ção do significado ‘penal’ dos ilícitos e das sanções, sem que estas, contudo, tivessem a repercussão pessoal da pena de prisão”.<sup>260</sup>

(3) Por fim, a mais polêmica: a terceira velocidade corresponderia, como consequência diretamente relacionada ao fenômeno da expansão do Direito Penal na sociedade pós-industrial, ao processo adotado nos casos onde houvesse a aplicação da pena prisão e, sobre a qual, também concorresse uma ampla relativização de garantias político-criminais, bem como das regras de imputação e dos critérios processuais relacionados à ampla defesa. Nas palavras de Jesús-María Silva Sánchez, é preciso registrar advertência de que:

É provável que o âmbito dos “inimigos”, caracterizado até agora pela ausência da “segurança cognitiva mínima” das condutas, mostre ainda em alguns casos uma dimensão adicional, complementar, de negação frontal dos princípios políticos ou socioeconômicos básicos de nosso modelo de convivência. Da mesma forma, em casos dessa natureza (criminalidade de Estado, terrorismo, criminalidade organizada) surgem dificuldades adicionais de persecução e prova. Daí por que, nesses âmbitos, em que a conduta delitativa não somente desestabiliza uma norma em concreto, senão todo o Direito como tal, se possa discutir a questão do incremento das penas de prisão concomitantemente a da relativização das garantias substantivas e processuais. Porém, em todo caso convém ressaltar que o Direito Penal da terceira velocidade não pode manifestar-se senão como o instrumento de abordagem de fatos “de emergência”, uma vez que expressão de uma espécie de “Direito de guerra” com o qual a sociedade, diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renuncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação. Constatada a existência real de um Direito Penal de tais características – sobre o que não parece caber dúvida alguma –, a discussão fundamental versa sobre a legitimidade do mesmo.<sup>261</sup>

O novo conceito de terceira velocidade do Direito Penal é muito importante para a compreensão das novas propostas que se formam e se conformam a partir da expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais. Os temas relacionados à nova criminalidade, macrocriminalidade e criminalidade organizada, por sua vez, estão diretamente relacionados nesse mesmo contexto, cada qual corroborando, reciprocamente, cada uma das premissas que lhes são afetas por uma clara interdependência.

As premissas que sustentam as causas da expansão do Direito Penal também corroboram, por via de consequência, a existência de uma nova macrocriminalidade organizada que demanda novas soluções, apresentadas sob categorias que

---

<sup>260</sup> *Ibidem.* p. 189.

<sup>261</sup> *Ibidem.* p. 195-196.

passam a ser orientadas a partir da terceira velocidade do Direito Penal. Esse assunto, em razão da sua indelével importância, máxime quando descartada, neste trabalho, qualquer proposta inconstitucional de flexibilização ou mitigação de qualquer fundamento de direito ou de garantia fundamental, será retomado em tópico próprio, no próximo capítulo.

Noutras palavras, e em resumo, trata-se de conceito que ainda demanda melhor conformação doutrinária e jurisprudencial, e de qualquer modo, a terceira velocidade do Direito Penal também precisa encontrar sólido amparo constitucional para se apresentar legítimo, sendo impossível aceitar qualquer modelo expansionista ou de terceira velocidade que simplesmente desconsidere as mais basilares premissas constitucionais consagradas a partir dos direitos e garantias fundamentais orientados pela dignidade da pessoa humana.

E a partir dessas relações entre a expansão do Direito Penal, as diferentes velocidades do Direito Penal, e a necessidade de conformação constitucional a partir dos direitos e garantias fundamentais, se infere que o sistema criminal contemporâneo, contextualizado pelas complexidades da sociedade pós-industrial ocidental contemporânea (de risco), apresenta como característica uma real expansão dos seus postulados punitivos, com claras (e perigosas) tendências à flexibilização das garantias político-criminais, das regras de imputação e dos critérios processuais, especialmente quando confrontado com uma criminalidade contemporânea, mais complexa e mais organizada, naquilo que pode ser definido como *novo modelo de persecução criminal*.

As premissas relacionadas a esse novo modelo de persecução criminal, bem como os limites da sua legítima aplicação em casos relacionados à criminalidade organizada, serão retomadas quando da análise da legitimidade da investigação de grupos especiais na repressão eficiente ao crime organizado no Brasil, no terceiro capítulo deste trabalho. Antes disso, contudo, é necessário confrontar esse novo modelo de persecução com o novo modelo de garantias, considerando as mesmas complexidades inerentes à sociedade pós-industrial ocidental contemporânea (de risco).

2.3. O surgimento de um novo modelo de garantias: índole ambivalente e duplo caráter dos direitos fundamentais e as proibições de excesso e de proteção deficiente.

Os direitos e garantias político-criminais, expressamente consagradas no corpo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, são parâmetros inafastáveis para aferição de legitimidade de quaisquer hipóteses relacionadas ao Direito e, ainda mais especialmente, em hipóteses relacionadas ao seu ramo Penal. Essa afirmativa é necessária e imprescindível quando se trata, especialmente, dos efeitos de uma concreta expansão dos postulados punitivos do sistema criminal como um todo, conforme tema tratado no tópico antecedente.<sup>262</sup>

A par dessa afirmação, é necessário retomar algumas considerações acerca de hermenêutica constitucional, e como essa técnica de interpretação deve receber as influências sociais a par dos balizamentos estabelecidos pelos princípios fundamentais de todo o ordenamento jurídico vigente, a partir dos fundamentos consolidados no texto de uma constituição.

Deste modo, a criminalidade organizada diferenciada exige um trato igualmente diferenciado, pautado em dinâmicas diferenciadas do sistema penal. Ratifique-se que são necessárias dinâmicas diferentes, o que não se confunde com fundamentos criminais diferentes, pois não se propõe aqui qualquer amplitude de poder sobre as proteções e garantias fundamentais, estas sim inafastáveis das propostas e inegociáveis enquanto fundamentos penais de índole constitucional.

Uma primeira acepção, voltada à identificação da fundamentalidade de qualquer regra, princípio ou norma, pode ser encontrada a partir de uma ligação mais direta e mais imediata com o princípio da *dignidade humana*, “que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança.”<sup>263</sup>

---

<sup>262</sup> “As características principais da política criminal praticada nos últimos anos podem resumir-se no conceito da ‘expansão’ do Direito Penal. Efetivamente, no momento atual pode ser adequado que o fenômeno mais destacado na evolução atual das legislações penais do ‘mundo ocidental’ está no surgimento de múltiplas figuras novas, inclusive, às vezes, do surgimento de setores inteiros de regulação, acompanhada de uma atividade de reforma de tipos penais já existentes, realizada a um ritmo muito superior ao de épocas anteriores.” JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *op. cit.* p. 75-76.

<sup>263</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *et al. op cit.* p. 159.

Relembrando que os direitos fundamentais são interpretados conforme os valores históricos próprios do seu tempo, mutáveis e plenos em cada um desses períodos, se confere aos mesmos uma compreensão também relacionada à sobreposição das suas diferentes *gerações*, reafirmando que toda interpretação dos direitos fundamentais deve ser orientada, conseqüentemente, a partir da perspectiva da *dignidade da pessoa humana*.

Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco, “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”.<sup>264</sup>

Mas essa orientação é falível, considerando que essa técnica hermenêutica poderá sofrer grandes influências a partir da subjetividade do intérprete, que operará essa interpretação conforme as influências da ideologia dominante no meio social do qual faz parte. Nesse exato sentido, portanto, e “em certos casos, a subjetividade do intérprete interfere decisivamente, mesmo que condicionada à opinião predominante, informada pelas circunstâncias sociais e culturais do momento considerado.”<sup>265</sup>

Essas influências que recaem sobre todo e qualquer operador do direito são tão relevantes que, sobre essas mesmas afirmações, Ferdinand Lassale já se manifestou afirmando que “os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força *ativa* e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que *não possam ser*, em substância, *a não ser tal como elas são*.”<sup>266</sup> Isso porque, “dentro de certos limites, também a consciência coletiva e a cultura geral da Nação são partículas, e não pequenas, da Constituição.”<sup>267</sup> Essa importante perspectiva sociológica deve ser complementada, contudo, com a necessária ressalva de que a constituição também é um documento jurídico dotado de carga normativa, sem a qual não poderia, de fato, regulamentar as relações que garantem o convívio dos seres humanos em sociedade. Sobre o tema, Konrad Hesse complementa afirmando que:

A Constituição não configura [...] apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas da sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças

<sup>264</sup> *Idem*.

<sup>265</sup> *Idem*.

<sup>266</sup> LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Tradução Walter Stöner. 3. ed. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1995. p. 29.

<sup>267</sup> *Ibidem*. p. 36.

à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. Para usar a terminologia acima referida, “Constituição real” e “Constituição jurídica” estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado.<sup>268</sup>

Essa orientação hermenêutica, no sentido de que os direitos fundamentais positivados estão direta e imediatamente relacionados com o princípio da *dignidade humana* deve, portanto, conformar a interpretação de todos os ramos do Direito e, em especial, do próprio Direito Penal e seus postulados, com a advertência de que as influências políticas, econômicas e sociais efetivamente condicionam e orientam, em maior ou menor grau, as aplicações dessas técnicas sobre os mais diversos casos concretos. E essas variações de interpretação resultam, em maior ou menor grau, nos questionáveis resultados que se (in)definem pelas cifras negras e douradas relacionadas à efetiva e seletiva persecução penal operada pelo Estado e, especialmente, pelos operadores do sistema criminal.

Sempre que um direito fundamental incidir sobre um dado caso concreto, deverá esse direito ser interpretado e aplicado de modo a consagrar a dignidade da pessoa humana que, frise-se, não deve ser submetida a qualquer tipo de ponderação. Não se admitirá, portanto, e sob pena de ilegitimidade, qualquer interpretação ou aplicação de direito que negue essa condição de dignidade, ou que, injustificadamente, se afaste dessa orientação principiológica fundamental.

Após essas importantes considerações é possível afirmar, portanto, que mesmo os direitos fundamentais podem sofrer constitucionais limitações, o que confere uma regrada relativização ao caráter universal e absoluto desses direitos. E essa afirmação não é paradoxal ao sentido defendido neste trabalho, uma vez que é a própria Constituição quem fornece os fundamentos e parâmetros de atuação do próprio Direito Penal, cujos balizamentos devem ser respeitados e observados, e jamais

---

<sup>268</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15-16.



flexibilizados, ponderados ou mitigados sob inseguros ou subjetivos pretextos criminológicos, jurídicos ou de mera política-criminal.

Avançando no tema, a constitucional limitação – pela própria Constituição – decorre da natural colisão entre os mandamentos contidos nesses mesmos direitos, que precisam ser interpretados e decididos a partir dos balizamentos conferidos pelos direitos fundamentais em cada caso concreto. Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco:

Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais. Prieto Sanchis noticia que a afirmação de que “não existem direitos ilimitados se converteu quase em cláusula de estilo na jurisprudência de todos os tribunais competentes em matéria de direitos humanos.” Iguamente no âmbito internacional, as declarações de direitos humanos admitem expressamente limitações “que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais de outros [Art. 18 da Convenção de Direitos Cívicos e Políticos de 1966, da ONU]. [...] Não há, portanto, em princípio, que falar, entre nós, em direitos absolutos. Tanto outros direitos fundamentais como outros valores com sede constitucional podem limitá-los.<sup>269</sup>

A possibilidade de limitação constitucional dos direitos fundamentais indica que, a depender do caso concreto, um direito fundamental poderá preponderar diante de outro, mas somente quando estiver presente, no direito ou princípio preponderante, um exposto e reconhecido valor de ordem constitucional igualmente fundamental.

A jurisprudência brasileira, a seu turno, é bastante pacífica no sentido de confirmar a limitação constitucionalmente regada de direitos fundamentais, inclusive ao prescrever critérios para operar “ponderação” entre valores constitucionais sobre os casos concretos. Nesse mesmo sentido, aliás, também Robert Alexy propõe diretrizes para esse exercício hermenêutico, prescrevendo a forma de resolver, proporcionalmente, os aparentes conflitos entre normas e princípios constitucionais a partir da identificação diferenciada de cada qual.<sup>270</sup> Registramos mais uma vez, contudo,

<sup>269</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *et al. op cit.* p. 162-163.

<sup>270</sup> “O ponto decisivo na restrição entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito

que apesar de amplamente adotada, não compartilhamos desse entendimento no qual os direitos e garantias fundamentais sejam passíveis de ponderação, exatamente porque se tratam de critérios fundamentais, inafastáveis e inegociáveis de defesa individual, e que devem se apresentar plenamente vigentes em todo e qualquer tipo de persecução penal, sendo passíveis de limitação apenas e tão somente a partir do próprio texto constitucional.

Questão bastante importante decorre do fato de que os direitos fundamentais apresentam, também e ainda, uma *índole ambivalente*, ao passo em que podem revelar, simultaneamente e somente a partir de si, uma proposição de cunho negativo (direito de defesa, de omissão por parte do Estado) e outra de cunho positivo (direito de prestação, de ação por parte do Estado). Como exemplo, podemos destacar o direito fundamental à vida, resguardado de diversas maneiras no texto constitucional e infraconstitucional. Esse fundamental direito apresenta, deste modo, uma clara proposição de cunho negativo (uma omissão por parte do Estado), ao vedar expressamente a pena de morte para qualquer condenado em tempos de paz. Essa é uma proposição negativa do direito à vida. Por outro lado, esse fundamental direito também apresenta, ao mesmo tempo, outra clara proposição de cunho positivo (uma ação por parte do Estado), ao consagrar expressamente o pleno direito à saúde para qualquer condenado. Essa é uma proposição positiva do mesmo direito à vida.

Essas proposições *negativa* e *positiva*, contudo, se limitam a expressar apenas uma das duas diferentes *dimensões* dos direitos fundamentais, aqui identificada como *subjéctiva*. Ao lado desta existe uma segunda dimensão, identificada como *objectiva*. Essas diferentes *dimensões*,<sup>271</sup> subjéctiva e objectiva, são identificadas pela doutrina como “*duplo carácter*” dos direitos fundamentais, os quais “conservam a dimensão subjéctiva – da qual nunca se podem apartar, pois, se o fizessem, perderiam parte da sua essencialidade – e recebem um aditivo, uma nova qualidade, um novo

---

daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra, ou um princípio.” ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros Editores, 2008. p. 90-91.

<sup>271</sup> Relembre-se, nesse ponto, que essas *duas dimensões* dos direitos fundamentais não devem ser confundidas com as diferentes *gerações* dos direitos fundamentais tratadas no primeiro capítulo, onde foram registradas as devidas ressalvas e superadas as dúvidas relacionadas acerca dessa potencial ambiguidade terminológica envolvendo as expressões *gerações* e *dimensões* de direitos fundamentais.

feito, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo-decisório, e de função protetora.<sup>272</sup>

Essas proposições *negativa* e *positiva* se referem, portanto, à *índole ambivalente* que caracteriza a *dimensão subjetiva* dos direitos fundamentais, ligada a uma perspectiva individual de garantia pessoal e de defesa dos cidadãos, de matiz liberal que encontra consolidação a partir da real necessidade de defesa contra o Estado-Monarca, estruturada no século XVIII e devidamente contextualizada pela gradativa superação revolucionária do regime e do Estado absolutista que representavam o *Ancién Regime*.<sup>273</sup> Nas palavras de José Paulo Baltazar Junior, “a visão tradicional dos direitos fundamentais como direitos de defesa está de acordo com o momento histórico de seu nascimento no qual as ameaças provinham, essencialmente, de fontes estatais.”<sup>274</sup> Em complemento a essas definições, é oportuna a definição da *dimensão subjetiva* dos direitos fundamentais expressada pela proposta de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, onde:

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou se expressa no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa (em especial, de respeito à liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem, e, ainda, correspondem a competências – em que não se cogita de exigir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificar-lhes as relações jurídicas. Conquanto essa seja a perspectiva de maior realce dos direitos fundamentais, ela convive com uma dimensão objetiva – ambas mantendo uma relação de remissão e de complemento recíproco.<sup>275</sup>

No mesmo sentido, a definição de Joaquim José Gomes Canotilho confirma e esclarece que:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-

<sup>272</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2004. p. 588-589.

<sup>273</sup> “A teoria liberal concebia os direitos fundamentais como limites impostos ao poder do Estado, que impunham a este um dever jurídico de abstenção. Ela transplantava para o Direito Constitucional a categoria do direito subjetivo, desenvolvida pela dogmática do Direito Civil ao longo do século XIX, o que era perfeitamente compreensível, tendo em vista o fato de que o Direito Privado, até pela sua maior antiguidade, tinha atingido um patamar de elaboração científica muito mais elevado do que o Direito Público, cujas bases teóricas ainda estavam sendo firmadas.” SARMENTO, Daniel. *op. cit.* p. 133.

<sup>274</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 49.

<sup>275</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *et al. op. cit.* p. 189.

objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).<sup>276</sup>

A partir da compreensão da *índole ambivalente* da *dimensão subjetiva* dos direitos fundamentais, é necessário definir, agora, a *dimensão objetiva* desses mesmos direitos fundamentais.

A *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais deve ser compreendida através do norteamto proposto por Joaquim José Gomes Canotilho, onde “uma norma vincula um sujeito em termos objectivos quando fundamenta deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto.”<sup>277</sup> Como exemplo, aponta as funções constitucionalmente atribuídas ao Estado no sentido de criar, organizar, coordenar, subsidiar etc. os mais diversos tipos de sistemas essenciais ao seu próprio funcionamento.<sup>278</sup> Não se trata agora, portanto, de direito e garantias das pessoas individualmente consideradas. A essencial característica de individualidade, lembre-se, está fortemente atrelada à *dimensão subjetiva* dos direitos fundamentais porque, nesse sentido, “um fundamento é subjectivo quando se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o *indivíduo*, para os seus interesses, para a sua situação de vida, para a sua liberdade [...], para o desenvolvimento da sua personalidade, para os seus interesses e ideias.”<sup>279</sup>

O que caracteriza a *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais, portanto, é a noção de coletividade, de comunidade ou de universalidade. Aqui, “fala-se de uma fundamentação objectiva de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a colectividade, para o interesse público, para a vida comunitária.”<sup>280</sup>

Não se trata aqui, é importante frisar, de uma dimensão quantitativa na qual o interesse coletivo se sobrepõe ao individual. A dimensão objetiva não exclui a di-

<sup>276</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *op. cit.* p. 541.

<sup>277</sup> *Ibidem.* p. 533.

<sup>278</sup> Como exemplo, Joaquim José Gomes Canotilho expressamente aponta como exemplo o art. 63.º/2 do CRP, onde se estabelece que “incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado”, apresentando mandamento constitucional de dimensão objetiva que guarda estrita semelhança com normas de dimensão igualmente objetivas contidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>279</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *op. cit.* p. 535.

<sup>280</sup> *Idem.*

menção subjetiva, mas na verdade a reforça e a complementa, no propósito de garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Daniel Sarmento, “o referencial subjetivo dos direitos é ainda o homem, e não o grupo social, muito embora já não se trate aqui do indivíduo isolado – ‘mônada ensimesmada’ nas irônicas palavras de Marx –, mas de um ser enraizado e situado.”<sup>281</sup> Destaque-se a relevância dessa proposição que defende e mantém o referencial liberal e individual dos direitos e garantias fundamentais, mesmo quando limitados a partir dos efeitos emanados pela dimensão objetiva desses mesmos direitos, e que devem se apresentar plenos, sempre e de qualquer modo, norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A partir desse necessário norteamto comum que, na verdade, une e reforça a relação entre ambas as *dimensões* dos direitos fundamentais, também é preciso registrar que, em determinados casos, será possível identificar em um mesmo princípio ou regra<sup>282</sup> constitucional, os diferentes efeitos das dimensões subjetiva e objetiva, em harmônica relação de coexistência, haja vista que ambas não colidem e nem se excluem mas, antes, se complementam. Também é possível, desse mesmo modo, identificar apenas os efeitos da dimensão subjetiva ou da objetiva caracterizando determinados princípios ou regras constitucionais, agora em relação de independência entre si, haja vista a já percorrida distinção havida entre ambas.<sup>283</sup>

---

<sup>281</sup> Extração do importante contexto onde se explica que “a dimensão objetiva dos direitos fundamentais presta-se muitas vezes para justificar certas limitações impostas aos mesmos, em prol de interesses da coletividade. Ela se liga, neste sentido, à ideia de que os direitos fundamentais devem ser exercidos no âmbito da vida societária, e que a liberdade a que eles aspiram não é anárquica, mas social. Assim, necessidades coletivas são relevantes para a conformação do âmbito de validade dos direitos fundamentais, e podem justificar restrições, respeitadas o núcleo essencial e o princípio da proporcionalidade. Isto não autoriza, no entanto, a funcionalização dos direitos fundamentais em prol de interesses da coletividade, numa postura organicista e antiliberal. O referencial subjetivo dos direitos é ainda o homem, e não o grupo social, muito embora já não se trate aqui do indivíduo isolado – ‘mônada ensimesmada’ nas irônicas palavras de Marx –, mas de um ser enraizado e situado.” SARMENTO, Daniel. *op. cit.* p. 136-137.

<sup>282</sup> Joaquim José Gomes Canotilho adverte expressamente sobre a “inexistência de paralelismo entre regra-dimensão subjectiva e princípio-dimensão objectiva das normas consagradoras de direitos fundamentais.” CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *op. cit.* p. 534.

<sup>283</sup> “O reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não significa desprezo à sua dimensão subjetiva, mas reforço a ela. A dimensão objetiva complementa a subjetiva, e agrega a ela uma ‘mais valia’, conferindo proteção reforçada a tais direitos, através de esquemas que transcendem a estrutura relacional típica dos direitos subjetivos.” SARMENTO, Daniel. *op. cit.* p. 136.

Em conclusão, a dimensão objetiva pode ser também compreendida a partir da definição proposta por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, onde:

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional [...]. Ela faz com que o direito fundamental não seja considerado exclusivamente sob perspectiva individualista, mas, igualmente, que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado. A perspectiva objetiva, nesse sentido, legitima até restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor dos seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos. Outra importante consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está em ensejar um dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios Poderes Públicos, providas de particulares ou de outros Estados. Esse dever de proteção mostra-se associado sobretudo, mas não exclusivamente, aos direitos à vida, à liberdade e à integridade física (incluindo o direito à saúde). O Estado deve adotar medidas – até mesmo de ordem penal – que protejam efetivamente os direitos fundamentais.<sup>284</sup>

Na conclusão proposta a partir da interpretação conferida por Daniel Sarmento:

Reconhece a doutrina contemporânea a existência de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, porque estes constituem, simultaneamente, fonte de direitos subjetivos que podem ser reclamados em juízo e as bases fundamentais da ordem jurídica, que se expandem para todo o direito positivo. Abrem-se, desta feita, novos caminhos e potencialidades para a proteção e promoção dos ideais humanitários que alicerçam os direitos fundamentais, os quais serão enriquecidos com o reconhecimento da sua dimensão objetiva.<sup>285</sup>

Assimilada a definição de dimensão *objetiva* dos direitos fundamentais, resta esclarecido que esta deve cobrar “a adoção de providências, quer materiais, quer jurídicas, de resguardo dos bens protegidos. Isso corrobora a assertiva de que a dimensão objetiva interfere na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, nesse caso atribuindo-lhe reforço de efetividade”,<sup>286</sup> sendo possível nesse propósito de

<sup>284</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *et al. op cit.* p. 189-190.

<sup>285</sup> SARMENTO, Daniel. *op. cit.* p. 135.

<sup>286</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *et al. op cit.* p. 190. Em complemento, e “sendo a missão do processo a solução dos conflitos sociais, proporcionando paz e harmonia aos indivíduos, deve estar aparelhado com normas capazes para não somente se limitar aos âmbitos das simples declarações, mas também traduzir providências práticas que, de forma efetiva para cada caso concreto, possibilitem a satisfação do direito. Isso significa que a efetividade do processo depende, fundamentalmente, da existência de meios adequados para resolver os inúmeros problemas surgidos no âmbito material.” MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 21.

reforço, até mesmo, “exigir a elaboração de regulamentações restritivas de liberdades”,<sup>287</sup> interpretada no exato sentido que “é conhecida a decisão [...] que, a respeito do direito à vida, afirmou que ao Estado é vedado não somente intervir sobre a vida em formação, como se lhe impõe a obrigação de proteger essa vida, inclusive valendo-se de normas de direito penal, não existindo outro meio eficiente para preservar o bem tutelado.”<sup>288</sup> Nesse sentido, Daniel Sarmiento complementa com a afirmação de que:

Sob esse prisma, passa-se a entender que não basta que os Poderes Públicos se abstenham de violar tais direitos, exigindo-se que eles os protejam ativamente, contra agressões e ameaças provindas de terceiros. Além disso, caberá também ao Estado assegurar no mundo da vida as condições materiais mínimas para o exercício efetivo das liberdades constitucionais, sem as quais tais direitos, para os despossuídos, não passariam de promessas vãs. Ademais, o Estado tem o dever de formatar seus órgãos e os respectivos procedimentos da forma que propicie a proteção e efetivação mais ampla possível aos direitos fundamentais.<sup>289</sup>

As definições relacionadas à *índole ambivalente* e ao *duplo caráter* dos direitos fundamentais são de compreensão imprescindível porque, sob esse enfoque, será analisada a legitimidade constitucional na configuração e atuação das agências especiais de repressão à criminalidade organizada. Nesse exato contexto, José Paulo Baltazar Junior assevera que:

Na sociedade contemporânea [...] as fontes de perigo e agressão aos direitos fundamentais não provêm exclusivamente do Estado, mas também de outros centros de poder, privados, em relação aos quais não dá resposta adequada a visão tradicional dos direitos fundamentais como direitos de defesa. Sendo assim, os direitos fundamentais passaram a desempenhar, ao lado de suas funções tradicionais, também uma função de defesa contra ameaças e agressões aos direitos fundamentais com origem em outros centros de poder, não estatais.<sup>290</sup>

Essa função positiva de prestação por parte Estado, relacionada à dimensão objetiva dos direitos fundamentais,<sup>291</sup> exige uma adequação dos pressupostos jurídi-

<sup>287</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *et al. op cit.* p. 190.

<sup>288</sup> *Idem.*

<sup>289</sup> SARMENTO, Daniel. *op. cit.* p. 135.

<sup>290</sup> BALTAZAR JUNIOR. José Paulo. *op. cit.* p. 49-50.

<sup>291</sup> Não integra a proposta deste trabalho aprofundar o assunto relacionado aos direitos fundamentais, máxime diante da amplitude e complexidade que regem as premissas relacionadas ao assunto. É preciso registrar, contudo, os principais efeitos do conteúdo objetivo dos direitos fundamentais que, nas palavras de Paulo Bonavides: “Resultaram já da dimensão jurídico-objetiva inovações constitucionais de extrema importância e alcance, tais como: a) a irradiação e a propagação dos

co-constitucionais e penais no sentido de adequar o sistema penal à realidade imposta por uma criminalidade mais complexa e organizada, sob pena de ofender, também na dimensão subjetiva, os direitos fundamentais de toda uma coletividade de pessoas direta e indiretamente alcançadas pelos graves ataques a bens jurídicos operados por essa criminalidade típica da sociedade pós-industrial ocidental contemporânea (de risco).

Frise-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é tema recorrente em assuntos que tratam da *segunda dimensão* dos direitos fundamentais, relacionada ao estado de bem estar social (*welfarestate*) e à ideia de *igualdade social*. E essa segunda *geração* de direitos (ainda) se concretiza no Brasil enquanto promessa (não cumprida) da modernidade, estando bastante aquém do desejado do esperado pelas próprias diretrizes constitucionais que o fomentam. Houve no Brasil, também e ainda, recente período histórico ditatorial militar caracterizado por torturas, mortes e flagrante desrespeito aos mais básicos direitos humanos de *dimensão subjetiva*. Esse contexto brasileiro de dor e de terror, por sua vez, apresenta histórico flagrante de ataques aos direitos individuais mais fundamentais, onde se conclui que no Brasil os direitos fundamentais ainda carecem de uma melhor compreensão,

---

direitos fundamentais a toda a esfera do Direito Privado; em rigor, a todas as províncias do Direito, sejam jusprivatistas, sejam juspublicísticas; b) a elevação de tais direitos à categoria de *princípios*, de tal sorte que se convertem no mais importante pólo de eficácia normativa da Constituição; c) a eficácia vinculante, cada vez mais enérgica e extensa, com respeito aos três poderes, nomeadamente o Legislativo; d) a aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais, com perda do caráter de normas programáticas; e) a dimensão axiológica, mediante a qual os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e, ao mesmo passo servem de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição; f) o desenvolvimento da eficácia *inter privatos*, ou seja, em relação a terceiros (*Drittwirkung*), com atuação no campo dos poderes sociais, fora, portanto, da órbita propriamente dita do Poder Público ou do Estado, dissolvendo, assim, a exclusividade do confronto subjetivo imediato entre o direito individual e a máquina estatal; confronto do qual, nessa qualificação, os direitos fundamentais se desataram; g) a aquisição de um 'duplo caráter' (*Doppelcharakter, Doppelgestalt ou Doppelqualifizierung*), ou seja, os direitos fundamentais conservam a dimensão subjetiva – da qual nunca se podem apartar, pois, se o fizessem, perderiam parte de sua essencialidade –, e recebem um aditivo, uma nova qualidade, um novo feito, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo-decisório, e de função protetora tão excelentemente assinalada pelos publicists e juizes constitucionais da Alemanha; h) a elaboração do conceito de *concretização*, de grau constitucional, de que se têm valido, com assiduidade, os tribunais constitucionais do Velho Mundo na sua construção jurisprudencial em matéria de direitos fundamentais; i) o emprego do princípio da proporcionalidade vinculado à hermenêutica *concretizante*, emprego não raro abusivo, de que derivam graves riscos para o equilíbrio dos Poderes, com os membros da judicatura constitucional desempenhando de fato e de maneira insólita o papel de legisladores constituintes paralelos, sem toavia possuírem, para tanto, o indeclinável título de legitimidade; e j) a introdução do conceito de *pré-compreensão* (*Vorverständnis*), sem o qual não há concretização." BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional. op. cit.* p. 588-589.



maior eficiência e maior aplicabilidade, especialmente pelo próprio Estado e, ainda mais especialmente, pelo sistema penal como um todo.

É necessário, portanto, exigir nova postura do Estado e dos operadores do Direito em relação a esses compromissos com a realização dos direitos fundamentais, no sentido de assumir uma postura mais eficiente e mais eficaz em relação à tutela e à efetivação das obrigações e compromissos expressos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

É certo que, amparado pelas atuais técnicas de hermenêutica constitucional, é plenamente possível – e necessário – realinhar não apenas o sistema constitucional como, também e especialmente, o sistema penal a essas diretrizes, também para alcançar a atual realidade imposta pela criminalidade mais organizada, por se tratar de matéria relacionada à mais ampla tutela dos direitos e garantias fundamentais consagrados a partir do próprio texto constitucional que os conforma.

E esse realinhamento deve se pautar, constitucionalmente, pelas noções jurídicas de *proibição de excesso* e de *proibição de proteção deficiente*, ambas decorrentes lógicas da já referida *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais e estreitamente relacionadas ao *princípio da proporcionalidade*.<sup>292</sup>

Resgatando a premissa de que os direitos fundamentais devem ser reconhecidos e aplicados em sua plenitude, se reconhecem legítimas limitações constitucionais frente a outras regras e princípios de índole igualmente constitucional, significando dizer, em última análise, que eventual limitação ou conformação<sup>293</sup> dos direitos fundamentais só pode encontrar fundamento – explícito ou implícito – na própria Constituição.<sup>294</sup>

---

<sup>292</sup> Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *op. cit.* p. 382.

<sup>293</sup> “Coloca-se, aqui, a diferenciação entre a restrição e conformação ou concretização dos direitos fundamentais, cuja importância prática residiria no fato de que uma regra de mera conformação não estaria sujeita às exigências de justificação impostas às regras restritivas, demandando uma carga menor, ou mesmo inexistente, de fundamentação. Há, efetivamente, posição doutrinária que distingue a conformação (*Ausgestaltung*) da restrição de direitos (*Beschränkung*), sendo que as primeiras partiriam de dentro do direito, enquanto a restrição seria externa a ele, em conceito que implica, então, a adoção, ao menos parcial, de uma teoria interna em matéria de restrições [...]. [Porém,] tanto as normas ditas de conformação quanto as restritivas, sempre que limitarem direitos fundamentais, não estão completamente livres de carga argumentativa, fazendo com que a distinção não tenha, para fins deste trabalho, maior relevância.” BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 38-39.

<sup>294</sup> Aqui vale a transcrição da explicação proposta por Robert Alexy: “Como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas. Restrições a direitos fundamentais são, portanto, ou normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada por normas constitucionais [*Código Penal e Legislação Penal Especial, por exemplo*]. As restrições de hierarquia constitu-

E nesse contexto, um dos mais importantes princípios constitucionais, relacionado à própria essência hermenêutica constitucional, é o reconhecido princípio da *proporcionalidade*, do qual derivam, por via de consequência, as noções de *proibição de excesso* e a *proibição de proteção deficiente*. Por isso é que, antes, é necessário fixar compreensão sobre o *princípio da proporcionalidade* para, depois, compreender as noções das *proibições de excesso* e de *proteção deficiente*.

O princípio da proporcionalidade, nos dizeres de Joaquim José Gomes Canotilho, “dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como *medida* para as restrições administrativas da liberdade individual. É com este sentido que a teoria do Estado o considera, já no séc. XVIII, como máxima suprapositiva.”<sup>295</sup> É por isso que Paulo Bonavides afirma que “a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais”,<sup>296</sup> e nesse sentido, especialmente aqueles agrupados na sua *dimensão subjetiva*.<sup>297</sup>

---

cional são restrições *diretamente constitucionais*, e as restrições infraconstitucionais são restrições *indiretamente constitucionais*.” ALEXY, Robert. *op. cit.* p. 286.

<sup>295</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *op. cit.* p. 382. Aqui cabe, contudo, a explicação de Paulo Bonavides, no sentido de que “o princípio da proporcionalidade é, em rigor, antiquíssimo. Redescoberto nos últimos duzentos anos, tem tido aplicação clássica e tradicional no campo do Direito Administrativo. Mas a grande novidade do fim do século XX vem sendo, sem dúvida, sua aplicação no domínio do Direito Constitucional [...]” BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 398.

<sup>296</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional. op. cit.* p. 395.

<sup>297</sup> Reafirmamos que não se adota, neste trabalho, a teoria de sopesamento de direitos fundamentais proposta por Robert Alexy, embora seja bastante ampla a aceitação e a aplicação das teorias do autor em matéria constitucional. Exatamente por isso, convém registrar que, corroborando essa especial forma de vinculação, Robert Alexy categoricamente afirma, de forma bastante direta, que “já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. O Tribunal Constitucional Federal [*alemão*] afirmou, em formulação um pouco obscura, que a máxima da proporcionalidade decorre, “no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais”. A proporcionalidade trata-se, portanto, de princípio estritamente vinculado à efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que lhe confere aplicabilidade através da regrada *ponderação* que deve incidir sobre a tensão havida entre princípios eventualmente antagônicos entre si, quando decorrentes de direitos fundamentais, sob casos concretos e determinados. Nessas hipóteses, e acordo com Robert Alexy, essa tensão deve ser decididas a partir de um *sopesamento* regulamentado pela *lei da colisão*, que deve ser entendida como uma proposta de sopesamento entre interesses conflitantes. Nesse exato sentido, a chamada *lei de colisão* deve ser compreendida como “um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis.” In ALEXY, Robert. *op. cit.* p. 116-117 e 99, respectivamente.

Superada a compreensão dessas importantes premissas, é possível agora associar o próprio *princípio da proporcionalidade* (ou *proporcionalidade em sentido amplo*) ao corresponde princípio da *proibição de excesso*, conforme a interpretação conferida por Joaquim José Gomes Canotilho. Esse *princípio da proibição de excesso*<sup>298</sup>, também definido como *princípio amplo da proporcionalidade*,<sup>299</sup> ou *máxima do princípio da proporcionalidade*,<sup>300</sup> portanto, se traduz em um *superconceito* (*Oberbegriff*)<sup>301</sup> que acaba se desdobrando em três outros *subprincípios*, ou *máximas parciais*, ou *exigências*, que são (1) a *adequação*, (2) a *necessidade* e (3) a *proporcionalidade em sentido estrito*.

O primeiro *subprincípio* da proporcionalidade se traduz na ideia de adequação, pertinência, conformidade ou aptidão (*Geeignetheit*)<sup>302</sup> da medida potencialmente aplicável em um dado caso concreto, ou seja, a medida precisa ser apta, idônea, suscetível de alcançar o fim ou o objetivo juridicamente pretendido. Nas palavras de Paulo Bonavides, “logo se percebe que esse princípio confina ou até mesmo se confunde com o da vedação de arbítrio (*Übermassverbot*) [ou *proibição de excesso*], que alguns utilizam com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade”,<sup>303</sup> exatamente porque pretende *adequar*, sem excesso ou abuso, o meio ao fim que se pretende ver alcançado.

O segundo *subprincípio* da proporcionalidade se traduz no significado da palavra *necessidade* (*Erforderlichkeit*),<sup>304</sup> “que o Tribunal Constitucional Federal [alemão] define como a exigência de que ‘o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo’ [e *que*] decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.”<sup>305</sup> Assim, “pelo princípio ou subprincípio de necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo a que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária.”<sup>306</sup> Aqui “não se questiona a escolha operada, ‘mas o meio

<sup>298</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *op. cit.* p. 382.

<sup>299</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. *op. cit.* p. 396-398.

<sup>300</sup> ALEXY, Robert. *op. cit.* p. 116-120.

<sup>301</sup> *Idem*.

<sup>302</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. *op. cit.* p. 396.

<sup>303</sup> *Ibidem*. p. 396-397.

<sup>304</sup> *Ibidem*. p. 397.

<sup>305</sup> ALEXY, Robert. *op. cit.* p. 119.

<sup>306</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. *op. cit.* p. 397.

empregado' e que este 'deve ser dosado para chegar ao fim pretendido'.<sup>307</sup> A necessidade tem como objetivo, portanto, se traduzir na medida menos nociva possível aos interesses envolvidos no conflito de interesses, enquanto escolha do meio mais suave dentre todas as demais.

O terceiro e último *subprincípio* da proporcionalidade consiste na própria proporcionalidade, agora interpretada em seu sentido estrito. Nas palavras de José Paulo Baltazar Junior, "da aplicação do princípio da proporcionalidade aos direitos de defesa resulta uma proibição de excesso (*Übermaßverbot*), funcionando o teste da proporcionalidade como limitação à intervenção, que não poderá ser excessiva."<sup>308</sup> Deste modo, a proporcionalidade em sentido estrito comporta uma dupla exigência, ao prescrever uma "obrigação e uma interdição; obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados",<sup>309</sup> sendo a medida reputada como ilegítima quando se apresentar excessiva, desproporcional ou injustificável diante dos demais princípios constitucionais que o conformam.

Da compreensão do princípio da proporcionalidade em seu sentido amplo, abrangendo o significado dos três subprincípios que o integram, emerge dessas interpretações o amplo significado que traduz o conceito de *proibição de excesso*, enquanto balizamento constitucional que atualmente se traduz em efetivo modelo de garantia contra a legítima violência estatal institucionalizada e, por via de consequência, do próprio sistema penal que lhe garante operacionalidade.

Até este ponto, é evidente o enfoque voltado ao modelo de garantias *individuais*, mais voltados à *dimensão subjetiva* dos direitos fundamentais, e que confere os necessários freios e balizamentos a essa referida violência institucionalmente legitimada que o Estado monopoliza e operacionaliza através do sistema penal. Relembre-se, ademais, que esse modelo de violência institucionalizada que caracteriza o Direito Penal deve, necessariamente, refletir a natureza *fragmentária* e *subsidiária*<sup>310</sup> desse ramo do Direito, o que significa dizer, em suma, que o Direito Penal só

---

<sup>307</sup> *Idem.*

<sup>308</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 45.

<sup>309</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* *op. cit.* p. 397.

<sup>310</sup> "A proteção de bens jurídicos realizada pelo Direito Penal é de natureza *subsidiária* e *fragmentária* – e, por isso, se diz que o Direito Penal protege bens jurídicos apenas em *ultima ratio*: por um lado, proteção *subsidiária* porque supõe a atuação principal de meios de proteção mais efetivos do instrumental sócio-político e jurídico do Estado; por outro lado, proteção *fragmentária* porque não protege todos os bens jurídicos definidos pela Constituição da República e protege apenas

estará autorizado a incidir sobre casos concretos quando todas as demais alternativas disponibilizadas pelos outros ramos do Direito se apresentarem insuficientes para tutelar, de forma efetiva, os bens jurídico-penais reputados como indispensáveis à melhor convivência dos seres humanos em sociedade.

Na esteira da compreensão conferida ao princípio da proporcionalidade em seu sentido amplo, portanto, cabe agora fixar entendimento acerca da noção de *proibição de insuficiência* que, por sua vez, guarda relação mais estreita com a *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais, em razão do novo posicionamento hermenêutico que deve orientar a interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais, no sentido de que não deve se resumir apenas à imposição de limites à atuação estatal mas, também e ainda, impor e reafirmar um protocolo de tarefas constitucionais positivas que esse mesmo Estado deve realizar em prol dos seus administrados. Nesse exato sentido, José Paulo Baltazar Junior esclarece que:

Na atual dogmática constitucional, os direitos fundamentais, ao lado da sua clássica função *negativa* de limitar o arbítrio das intervenções estatais na liberdade, ou seja, da proibição de excesso (*Übermaßverbot*), passaram a desempenhar também papel de mandamentos de proteção (*Schutzgebote*), ao legislador, na chamada proteção de insuficiência (*Untermaßverbot*) que determina a existência de deveres de proteção jurídico-fundamentais (*grundrechtliche Schutzrechten*), expressão que dá ênfase ao direito do cidadão, e não ao dever do Estado.<sup>311</sup>

Compreendida essa obrigação estatal relacionada ao desempenho de realizações positivas impostas pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais,<sup>312</sup> é fácil compreender que surge para o Estado uma função complementar: “assegurar a proteção dos bens jurídicos de direito fundamental contra agressões de terceiros não estatais, por meio da tomada de medidas legislativas e operacionais, em casos nos quais a omissão do legislador tem praticamente a mesma qualidade de uma intervenção indevida.”<sup>313</sup>

---

parcialmente os bens jurídicos selecionados para a proteção penal.” SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba : ICPC – Lumen Juris, 2008. p. 05-06.

<sup>311</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 52.

<sup>312</sup> Que se agrega e complementa – jamais substitui – a dimensão subjetiva desses mesmos direitos fundamentais.

<sup>313</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 54.

Nesse sentido, e a partir da doutrina e da jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha,<sup>314</sup> derivou da Lei Fundamental daquele país a compreensão pela concreta existência de um dever estatal geral de proteção dos direitos fundamentais contra agressões praticadas por terceiros, consolidando o conceito identificado como *proibição de insuficiência*.

Existe um forte vínculo entre a *proibição do excesso* e a *proibição da insuficiência*, especialmente a partir da compreensão do princípio da proporcionalidade em seu sentido amplo, havendo por isso quem defenda entendimento no sentido de negar qualquer distinção entre ambos os conceitos. Nesse sentido:

A chamada *tese da congruência*, também chamada *tese da convergência*, ou solução pelo direito de defesa, nega autonomia da proibição de insuficiência, que seria mero reflexo da proibição de excesso, de modo que a teoria do dever de proteção nada aportaria à teoria dos direitos de defesa. Para essa corrente, a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo conduziria aos mesmos resultados pretendidos com a proibição da insuficiência.<sup>315</sup>

A par dessa corrente, contudo, existem aqueles que defendem a autonomia do conceito de *proibição da insuficiência* frente ao conceito de *proibição de excesso*.

---

<sup>314</sup> “A Lei Fundamental da Alemanha não impõe, textualmente, em seu art. 1.1, um *dever geral* de proteção, mas tão somente um dever de proteção relativo à dignidade da pessoa humana nos seguintes termos [...]: ‘a dignidade da pessoa humana é inviolável. Respeitá-la e *protegê-la* é obrigação de todos os poderes estatais.’ Como o texto deixa claro, a obrigação do Estado não está limitada ao respeito à dignidade da pessoa humana no sentido negativo, estendendo-se ao dever de protegê-la contra agressões de terceiros, ou seja, particulares, empresas, grupos sociais ou Estados estrangeiros, ou seja, no sentido positivo [...]. Além dessa cláusula geral, há previsão de deveres de proteção de outros direitos fundamentais específicos [...]. A construção [...] veio a ser adotada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, pioneiramente, de forma explícita, na primeira decisão sobre o aborto (BverfGE, 39, 1ff. – *Schwangerschaftsabbruch*), de 25 de fevereiro de 1975, que serviu como ponto de partida para a construção dogmática do conceito [...]. Na referida decisão, lê-se: ‘o dever de proteção do Estado é abrangente. Ele proíbe não apenas – por certo – agressões imediatas por parte do Estado à vida em desenvolvimento, mas requer também que o Estado proteja e estimule a vida, o que quer dizer, sobretudo, protegê-la contra agressões antijurídicas por parte de terceiros.’ O mesmo Tribunal retomou o tema na segunda decisão sobre o aborto (BverfGE 88, 203 – *Schwangerschaftsabbruch II*), de 28 de maio de 1993, onde se lê: ‘O Estado deve adotar medidas normativas e de ordem fática suficientes para o cumprimento do seu dever de proteção, que conduzam a uma proteção adequada e efetiva (proibição de insuficiência), com a consideração do bens jurídicos em colisão. Para isso, é necessário um conceito de proteção que combine medidas preventivas e repressivas.’ A existência do dever estatal de proteção foi reafirmada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha em outras decisões [...] Com isso, firmou-se a posição de existência de um dever geral de proteção na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, a tal ponto que: ‘Um dever geral de proteção do Estado aparece como verdadeira obviedade jurídico-constitucional’. Quer dizer, os casos acima mencionados são meros exemplos de campos nos quais o dever de proteção se acentua, sem excluir a existência de um dever geral de proteção, aplicável a todos os direitos fundamentais.” *Ibidem*. p. 55-56.

<sup>315</sup> *Ibidem*. p. 56-57.

Para os defensores dessa autonomia entre os conceitos, a proibição de insuficiência, em linhas gerais, determinaria a adoção de medidas positivas e efetivas por parte do Estado em prol da tutela de direitos fundamentais, ao passo em que a proibição de excesso, também em linhas gerais, serviria como critério para aferição da correção de medidas já adotadas ou, por outro lado, determinaria a omissão dos poderes públicos em relação a atuações irregulares e ilegítimas frente aos limites constitucionalmente definidos. Nesse sentido, é elucidativa a transcrição de Lothar Michael, citado por José Paulo Baltazar Junior, onde:

Enquanto a necessidade no sentido da proibição de excesso requer alternativas mais suaves e igualmente efetivas, na prova da efetividade devem ser consideradas meios efetivos, mas de igual intensidade. Proibição de excesso e proibição de insuficiência diferenciam-se, nesse ponto. Complementam-se e não limitam o legislador e o Poder Executivo de forma exagerada, sobretudo porque meios igualmente efetivos e de igual intensidade na diminuição do grau de intervenção e respectivamente no aumento da qualidade de proteção são raros. A proibição de insuficiência não exige tampouco uma otimização de todos os meios e fins. O aumento da proteção relaciona-se com o fim de proteção, enquanto a pergunta do mesmo grau de intervenção sobre os outros fins colidentes.<sup>316</sup>

Independentemente da corrente escolhida – seja aquela que defende a identidade entre ambos os conceitos, ou aquela que defende a autonomia entre ambos os conceitos –, é evidente a estreita relação de compatibilidade e complementariedade entre os conceitos de proibições de *excesso* e de *insuficiência*, que também podem ser compreendidos como *dois diferentes níveis* de uma mesma *proporcionalidade*, sendo o primeiro relacionado a *direitos de defesa* e, o segundo, relacionado a *direitos de proteção*, respectivamente. E a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é fácil compreender que não há tensão de conflito entre esses dois conceitos ou níveis, “até mesmo em virtude do fato de que são protegidos os mesmos bens jurídicos, apenas contra ameaças diferentes [*Estado ou particular*], em uma visão ambivalente ou multifuncional dos direitos fundamentais.”<sup>317</sup>

Vale relembrar, nesse ponto, um novo descompasso entre o desenvolvimento de conceitos similares e que, em última análise, contribui sobremaneira nos resultados apresentados pelo sistema penal e que se traduzem nos já definidos fenôme-

---

<sup>316</sup> *Ibidem*. p. 59.

<sup>317</sup> *Ibidem*. p. 61.

nos da *seletividade criminal* e nas estatísticas de cifras *negras* e *douradas* identificadas pela criminologia crítica.

O descompasso é exatamente aquele observado entre (1) o sólido e contínuo desenvolvimento das teorias que definem a proibição do excesso (enquanto direitos de defesa penal), que apenas reforçam e repetem ao longo dos anos os resultados apresentados pelas cifras negras e douradas, reveladoras de uma forte seletividade penal e, de outro lado, (2) a casuística e o intuitivo desenvolvimento das teorias que definem a proibição de insuficiência (enquanto deveres de proteção penal), que dificultam sobremaneira a responsabilização de crimes de *colarinho branco* e, especialmente, os ilícitos altamente lucrativos praticados em prejuízo de toda uma coletividade de pessoas e com ativo envolvimento de pessoas dotadas de *status* social. Nesse sentido:

A dogmática da proibição da insuficiência, desenvolvida casuisticamente e, portanto, de certa forma, intuitivamente, ainda não alcançou o mesmo grau de desenvolvimento e precisão da proibição de excesso. Efetivamente não há, no campo da proibição de insuficiência, uma construção clara e comprovada sobre os testes a ser aplicados na sua verificação, como se dá em relação à proibição do excesso, com a aplicação dos subprincípios da proporcionalidade.<sup>318</sup>

Esse descompasso torna-se relevante a partir do reconhecimento de que tanto a proibição do excesso quanto a proibição de insuficiência devem, necessariamente, se apresentar como conceitos compatíveis e complementares que efetivamente são, sob pena de tornar o sistema penal uma ferramenta essencialmente utilitarista de higienização social voltada a operacionalizar uma manifesta seletividade de pessoas desprovidas de *status* social.

Não se propõe aqui, obviamente, um puro funcionalismo penal voltado à odiosa perseguição contra qualquer pessoa, sejam elas empresários, políticos ou outros representantes de classes sociais privilegiadas. Nem se propõe, tampouco, qualquer supressão arbitrária de direitos de dimensão subjetiva (direitos de defesa, de índole individual) para ver operados apenas os direitos fundamentais de dimensão objetiva (dever de proteção, de índole coletiva), o que, em última análise, autorizaria implacáveis caçadas contra pessoas (dotadas de *status* social) e não contra fatos (atividades de criminalidade organizada), em autêntica reinauguração de perí-

---

<sup>318</sup> *Ibidem.* p. 73.



odo inquisitorial medieval onde, em vez de “bruxas e ocultistas”, seriam agora perseguidos os “empresários e funcionários públicos economicamente abastados”.

O que se propõe, em verdade, é uma reconfiguração desses descompassos apresentados pelo sistema penal, que o caracteriza como frágil diante de ataques perpetrados por grupos criminosos organizados mas, em contrapartida, altamente eficaz contra uma criminalidade convencional, gerando os graves problemas reiteradamente denunciados pela criminologia crítica.

### 3. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DE NOVAS AGÊNCIAS ESPECIALIZADAS NA PREVENÇÃO E NA REPRESSÃO EFICIENTE AO CRIME ORGANIZADO NO BRASIL

3.1. Fundamentos do crime organizado no Brasil: legislação aplicável e características essenciais e não essenciais.

O Estado moderno se apresenta como ente abstrato e gestor do controle social institucionalizado operado em sua feição mais violenta: o direito penal.<sup>319</sup> Esse controle social pelo Direito Penal atua de maneira reativa,<sup>320</sup> visto que a interpretação – de valores e de desvalores<sup>321</sup> – das condutas praticadas no meio social se

---

<sup>319</sup> “[...] Toda sociedade apresenta uma estrutura de poder, com grupos que dominam e grupos que são dominados, com setores mais próximos ou mais afastados dos centros de decisão. De acordo com essa estrutura, se ‘controla’ socialmente a conduta dos homens, controle que não só se exerce sobre os grupos mais distantes do centro do poder, como também sobre os grupos mais próximos a ele, aos quais se impõe controlar sua própria conduta para não debilitar-se [...] Qualquer instituição social tem uma parte de controle social que é inerente à sua essência, ainda que também possa ser instrumentalizada muito além do que corresponde essa essência. O controle social se exerce, pois, através da família, da educação, da medicina, da religião, dos partidos políticos, dos meios massivos de comunicação, da atividade artística, da investigação científica etc. [...] O sistema penal é a parte do controle social que resulta institucionalizado em forma punitiva e com discurso punitivo [...] Dentro do sistema penal, o direito penal ocupa somente um lugar limitado, de modo que sua importância, embora inegável, não é tão absoluta como às vezes se pretende, especialmente quando dimensionamos o enorme campo de controle social que cai fora dos seus estreitos limites.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.* p. 60-68. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, “a vida em sociedade exige observância de outras normas, além das jurídicas, como as religiosas, morais, de urbanidade etc. As jurídicas e morais têm em comum o fato de constituírem normas de comportamento. No entanto, distinguem-se precipuamente pela sanção.” GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: parte geral*. 18. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p.15.

<sup>320</sup> O Direito Penal é “reativo” porque só está autorizado a manifestar sua pretensão punitiva a partir de um “ataque prévio”, configurado a partir de atos executórios (e seus desdobramentos) de violação contra qualquer bem jurídico-penal, considerando o juízo de valoração expresso na lei, na conduta ilícita e no tipo penal vigentes em um determinado sistema jurídico. Nesse sentido, “[...] a intervenção punitiva só pode justificar-se a respeito de condutas transcendentais para os demais e que afete as esferas de liberdade alheias, sendo contrário ao princípio da ofensividade o castigo de uma conduta imoral, antiética ou antiestética que, em absoluto, invada as liberdades alheias e, especificamente, incida na liberdade de obrar dos demais.” CALLEGARI, André Luis. *A concretização dos direitos constitucionais: uma leitura dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade nos delitos sexuais*. In STRECK, Lenio Luiz (organizador). *Direito Penal em tempos de crise*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 146.

<sup>321</sup> “O princípio da ofensividade descansa na consideração do delito como um ato desvalorado; isto é, contrário à norma de valoração. A antijuridicidade comportará o desvalor próprio do resultado, isto é, da lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, e derivado de uma ação desvalorada, ou seja, perigosa para a integridade do objeto ou dos objetos de tutela. A desvalorização vem dada, portanto, pela dupla consideração da ação e do resultado como objetos da mesma. E o princípio da ofensividade determinará a não-tipificação de condutas que não resultam perigosas para os bens jurídicos ou que não possam comportar lesão ou colocação em perigo de valores com relevância constitucional.” *Ibidem*. p. 147.

estruturam de maneira altamente mutável nas sociedades modernas,<sup>322</sup> embora balizadas pelos parâmetros constitucionais que lhe servem de necessária referência e que traduzem significado aos bens jurídico-penais constitucionais a serem tutelados pelo Direito Penal e pelo respectivo sistema, por ele conformado.

Como ponto de partida, é importante destacar que o crime não deve ser compreendido como o mal materializado na existência humana,<sup>323</sup> na forma preconizada por Henrique Ferri,<sup>324</sup> mas sim como um processo de escolha de condutas socialmente relevantes, assim definidas por critérios orientados pela política criminal, merecedoras de uma especial conformação através do Direito e, quando mais especialmente ainda, pela conformação sancionatória preconizada pelo ramo penal desse Direito.<sup>325</sup>

---

<sup>322</sup> “As pessoas que coletam fatos sobre a sociedade e os interpretam não começam do zero a cada relato que fazem. Usam formas, métodos e ideias que algum grupo social, grande ou pequeno, já tem À sua disposição como uma maneira de fazer esse trabalho.” BECKER, Howard Saul. *Falando da sociedade: ensaio sobre as diferentes maneiras de representar o social*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges e Karina Kuschnir. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 2009. p. 27.

<sup>323</sup> “Em relação às concepções patológicas da criminalidade elas representam um decisivo progresso no âmbito do pensamento criminológico burguês. As teorias patológicas da criminalidade tinham, de fato, em face da ideologia penal da defesa social, uma função essencialmente *conservadora*. Considerando os criminosos como sujeitos possuidores de características biopsicológicas anormais em relação aos indivíduos íntegros e respeitadores da lei, justificava-se a intervenção repressiva ou *curativa* do Estado, em face de uma minoria *anormal*, em defesa de uma maioria *normal*. A falta de uma adequada dimensão social da investigação (ou a mera e acrítica justaposição dos fatores sociais aos presumidos fatores *biopsicológicos*) tinha como consequência o fato de que a criminologia positivista era constringida a emprestar do direito, de modo não refletido, a definição de criminoso. Em outras palavras, o objeto da investigação etiológica lhe era prescrito pela lei e pela dogmática penal. O equívoco que daí derivava era o de partir da criminalização de certos comportamentos e de certos sujeitos, considerando ter, por isso mesmo, o que fazer com uma realidade possuidora de caracteres e causas naturais específicas, como se o mecanismo social de seleção da população criminalizada devesse, por uma misteriosa harmonia preestabelecida, coincidir com uma seleção biológica.” BARRATTA, Alessandro. *op. cit.* p. 147.

<sup>324</sup> “Neste sentido, as distinções de Lombroso e de Ottolenghi são admissíveis quando se lhes precise o alcance, visto que elas não impedem a verdade da constatação de que todo delinquente é sempre, mais ou menos, um anormal. Por que é que, de tantos homens ofendidos na honra, ou contrariados no amor ou tomados pela paixão política, somente poucos dentre eles vão até ao crime (ultraje, ameaça, ferimento, homicídio etc., ou também, por exemplo, ao duelo) e os outros se abstêm? Porque, evidentemente, nesses poucos há uma anormalidade (ou congênita ou transitória) que, inadvertida e inerte no ritmo ordinário da sua vida, os determinam ao delito nos momentos excepcionais.” FERRI, Henrique. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução Paulo Capitano. Campinas : Bookseller Editora, 1996. p. 251.

<sup>325</sup> “A sanção é tornada um consequência da conduta considerada nociva à sociedade que , de acordo com as intenções da ordem jurídica, tem que ser evitada. Essa conduta é designada pelo termo ‘delito’, sendo o termo compreendido em seu sentido mais amplo. Se precisarmos definir o conceito de delito em conformidade com como princípios de uma teoria pura do Direito, então as ‘intenções da ordem jurídica’ ou os ‘propósitos do legislador’ podem fazer parte da definição apenas enquanto forem expressos no material produzido pelo procedimento legislativo, na medida em que se tornem manifestos na ordem jurídica.” KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 2000. p. 73.

O Direito Penal, caracterizado pela legítima violência de que se utiliza o Estado no controle social institucionalizado, é reconhecidamente indesejável,<sup>326</sup> aceito apenas quando inevitável, e por isso a proposta de um Direito Penal Mínimo, pautado na plenitude inafastável e inegociável dos direitos e garantias fundamentais conferidos a toda e qualquer pessoa humana. Embora indesejável, contudo, o Direito Penal ainda se apresenta como paradigma indispensável de regulamentação da vida em sociedade, sendo uma realidade que (ainda) deve operar como forma de controle social institucionalizado nas sociedades pós-industriais ocidentais contemporâneas, em face da inexistência de melhor paradigma no atual estado da arte. Em complemento, Jesús-María Silva Sánchez, citando Luigi Ferrajoli, também reconhece a legitimidade do Direito Penal enquanto mecanismo de controle social institucionalizado, embora indesejado, esclarecendo que:

O abolicionismo penal – quaisquer que sejam as tentativas libertárias e humanitárias que o animem – se configura, em consequência, como uma utopia regressiva que apresenta, sobre o ilusório pressuposto de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos de fato desregulamentados ou autorregulamentados de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é o Direito Penal – tal como foi arduamente concebido com seu complexo sistema de garantias pelo pensamento jurídico iluminista – que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista.<sup>327</sup>

Significa dizer, em outras palavras, que embora sejam reconhecidas as sólidas críticas inerentes aos desvios ideológicos seletivos do sistema penal como um todo, não existe no atual estado da arte sistema mais adequado – enquanto último e

<sup>326</sup> “O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de *pessoas*, dado que os considerava apenas como *entes perigosos ou daninhos*. Esses seres humanos são assinalados como *inimigos* da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. *op. cit.* p. 11.

<sup>327</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 47. No mesmo sentido, “é necessário cautela na análise das teorias abolicionistas, tendo em vista que a abolição do sistema penal é uma tese radical e que subestima muitos aspectos da atividade criminosa, como seu peso econômico ou mesmo as intercorrências da personalidade humana, hoje investigadas pela psicanálise; muitas vezes reduz a realidade a exemplos superficiais. Não há como negar que o abolicionismo oferece a esperança de uma sociedade mais tolerante, mas não há como ignorar certa ingenuidade que o permeia.” ALBUQUERQUE, André; RESENDE, José Pedro de. *O abolicionismo penal: uma reflexão crítica a partir de Louk Hulsman*. In *O direito penal e suas faces: da modernidade ao neoconstitucionalismo*. Organizador Edson Vieira da Silva Filho. Curitiba : Editora CRV, 2012. p. 30.

mais gravoso argumento jurídico – para regular o convívio das pessoas em sociedade.

A própria inexistência do Direito Penal é reputada como uma “utopia regressiva,”<sup>328</sup> ao passo em que propostas por uma administrativização ou gerencialismo da persecução e do sancionamento penal acabam, em última análise, legitimando a imposição de sanções essencialmente penais por outros ramos do Direito, especialmente o civil e administrativo. O problema é que uma sanção de ordem penal, aplicada por ramos diversos do penal, acaba desvirtuando a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, conduzindo a uma indesejada flexibilização dos direitos individuais de defesa em propostas voltadas a um *direito penal de terceira velocidade*, afastando os históricos<sup>329</sup> balizamentos estruturados no sentido de ver contido e regulamentado, tanto quanto possível, o violento poder punitivo do Estado.

Para evitar esses perigos, que evidenciam retrocesso em vez de evolução, é preciso então buscar coerentes interpretações constitucionais voltadas a uma transformação das dinâmicas (e não da essência fundamental) do Direito Penal, para adequá-lo às complexidades de uma criminalidade mais atual, e que não são adequadamente compreendidas e nem operadas a partir das práticas convencionais desse mesmo sistema penal. Assim, o Direito Penal deve existir sim, e desde que constitucionalmente limitado a patamares mínimos de incidência (daí a proposta por um Direito Penal Mínimo),<sup>330</sup> aferidos a partir de uma legítima valoração de bens jurídico-penais constitucionais amparados por uma eficiente, eficaz, efetiva e plena tutela dos direitos mais fundamentais contidos na Constituição.

Identificando o crime, pois, como o resultado de um processo de constitucional escolha de condutas socialmente reprováveis - e jamais como uma verdade

---

<sup>328</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 47.

<sup>329</sup> “As transformações políticas, no caso a Revolução Francesa [...], desempenham papéis fundamentais nessas mudanças. A ruptura das fronteiras sociais, dos privilégios estatutários, o surgimento da cidadania, são elementos cruciais para a consolidação desta sociedade historicamente determinada. [...] A sociedade do Antigo Regime se circunscrevia às múltiplas partes que a constituíam, limites que impediam a liberdade de fluxo de um lado para outro. O homem moderno, ao se erigir enquanto indivíduo livre, conquista seus direitos e circula agora sem mais ser tolhido por constrangimentos de natureza estamental.” In ORTIZ, Renato. *op. cit.* p. 263-264.

<sup>330</sup> Nesse panorama, Eugenio Raúl Zaffaroni relembra em suas palavras que “o poder punitivo atua tratando alguns seres humanos como se não fossem pessoas e que a legislação o autoriza a agir assim, a doutrina conseqüente, com o princípio do Estado de direito deve tratar de limitar ou reduzir ou, ao menos, delimitar o fenômeno para que o Estado de direito não desapareça.” In ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal. op. cit.* p. 12.

ontológica<sup>331</sup> em si -, é possível reconhecer, nessas condutas escolhidas como indesejáveis a partir de critérios traçados pela política criminal, a característica de adaptação aos concretos modos de ser da sociabilidade. E aqui se introduz a análise do crime organizado, enquanto figura típico-penal expressamente reconhecida como crime pela legislação brasileira, a partir dos atuais critérios de política criminal adotados pelo Brasil enquanto signatário da Convenção Internacional de Palermo.

Antes de tratar do tipo penal relacionado ao crime organizado no Brasil, e dos critérios propostos pela Convenção Internacional de Palermo, é preciso lembrar, contudo, que o processo de desenvolvimento das modernas sociedades incorpora novas complexidades, as dinâmicas criminosas também se tornam, conseqüentemente, mais complexas. Assim, a complexidade das atividades criminosas acaba condicionada pelo próprio grau de complexidade das comunidades nas quais elas estão inseridas, revelando a dinâmica existente entre o Direito Penal e realidade social. Nesse sentido:

Trata-se de uma clara relação entre forma e conteúdo, entre direito penal e realidade social. Uma sociedade moderna impõe novos mecanismos de controle, por isso revoluciona princípios, produz novos instrumentos, altera a racionalidade legislativa e os meios da *defesa social*. O direito penal tradicional – embora não seja prescindível, pois permanece – aglutina-se às novas maneiras de criminalização, novas instâncias da realidade social que diminuem, como já mencionado, as zonas indiferentes ao direito penal em face da compressão dos espaços sediados nos umbrais da fragmentariedade do sistema.<sup>332</sup>

Esta é definição importante neste trabalho, que reconhece na sociedade pós-industrial ocidental contemporânea do risco o nascedouro do crime organizado. Nas palavras de Francis Rafael Beck:

[...] o “organized crime” como tentativa de categorização é um fenômeno de nosso século e de pouco vale que os autores se percam em descobrir seus pretensos precedentes históricos, mesmo remotos, porque entram em

<sup>331</sup> “A própria definição de crime, visto esta não ser categoria passível de definição, não é um ente de uma ontologia do fenômeno social, apreensível pela razão humana, mas tão somente uma construção artificial, uma eleição arbitrária do Direito Penal.” BACHA E SILVA, Diogo; ROSALIN JÚNIOR, Wilson Rodrigues. *A criminologia radical: uma reflexão crítica a partir de Juarez Cirino dos Santos*. In *O direito penal e suas faces: da modernidade ao neoconstitucionalismo*. Organizador Edson Vieira da Silva Filho. Curitiba : Editora CRV, 2012. p. 106.

<sup>332</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Criminalidade moderna versus criminalidade de massa*. In SÁ, Alvino Augusto de. SHECAIRA, Sérgio Salomão (Orgs). *op. cit.* p. 141.

contradição com as próprias premissas classificatórias. É absolutamente inútil buscar o crime organizado na Antigüidade, na Idade Média, na Ásia ou na China, na pirataria etc., porque isso não faz mais que indicar que se há olvidado uma ou mais das características em que se pretende fundar essa categoria, como são a estrutura empresarial e, particularmente, o mercado ilícito.<sup>333</sup>

Situado o crime organizado na sociedade pós-industrial ocidental contemporânea do risco, portanto, é preciso criar um novo modelo de criminalidade contextualizado pelos novos paradigmas da sociedade pós-industrial, na qual se multiplicam os riscos e onde as atividades se apresentam cada vez mais complexas e interligadas entre si, fomentadas que são pela tecnologia que amplia a velocidade e o alcance de todas essas relações, que percutem seus efeitos numa escala globalizada.<sup>334</sup> Esse ambiente, ademais, conduz necessariamente às melhores formas de organização das práticas humanas, de onde não se excluem, obviamente, as atividades criminosas. No entendimento manifestado por Ulrich Beck:

No centro da questão estão os riscos e efeitos da modernização, que se precipitam sob a forma de ameaças à vida de plantas, animais e seres humanos. Eles já não podem – como os riscos fabris e profissionais no século XIX e na primeira metade do século XX – ser limitados geograficamente ou em função de grupos específicos. Pelo contrário, contêm uma tendência globalizante, que tanto se estende à produção e reprodução como atravessa fronteiras nacionais e, nesse sentido, com um novo tipo de dinâmica social e política, faz surgir novas *ameaças globais supranacionais* e independentes de classe.<sup>335</sup>

No contexto dessas premissas, pois, passa a interessar para o sistema penal e seus operadores uma melhor conformação dessa realidade às dinâmicas atualmente disponibilizadas pelo Direito Penal que, por sua vez, se estrutura a partir de paradigmas bastante focados, ainda, sobre perspectivas de uma criminalidade

<sup>333</sup> BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 59.

<sup>334</sup> “A globalização [...] não diz respeito em absoluto apenas, ou mesmo basicamente, à interdependência econômica, mas à transformação do tempo e espaço em nossas vidas. Eventos distantes, quer econômicos ou não, afetam-nos mais direta e imediatamente que jamais antes. Inversamente, decisões que tomamos como indivíduos são com frequência globais em suas implicações. [...] A revolução das comunicações e a difusão da tecnologia da informação estão profundamente ligadas a processos de globalização. [...] Um mundo de comunicação eletrônica instantânea, em que até aquelas nas regiões mais pobres estão envolvidos, perturba instituições locais e padrões cotidianos de vida.” GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. 5. ed. Rio de Janeiro : Editora Record, 2005. p. 41.

<sup>335</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo : Editora 34, 2011. p. 16.

convencional. Noutras palavras, interessa buscar respostas mais adequadas para as complexas contingências que passam a contextualizar as complexas relações na sociedade pós-industrial do risco, especialmente quando passam a conformar o surgimento de uma espécie bastante particular de transgressão criminal: o de crime organizado.

E essa nova modalidade criminosa, essencialmente complexa e organizada, se mostra em acelerado processo de articulação – interna e externa – o que demanda, atualmente, amplas hipóteses de pesquisa sobre o assunto, admitindo formas de abordagem e articulação entre as mais diferentes disciplinas<sup>336</sup> científicas que guardam relação com esse complexo objeto de estudo. Isso porque, admitido o surgimento de uma nova modalidade criminosa, é preciso então concentrar esforços para bem compreender as novas dinâmicas dessa diferente modalidade de crime, de modo a construir uma estrutura constitucionalmente legítima que servirá, então, como fundamento para o novo conceito jurídico que já apresenta nome mas, em contrapartida, carente de suficiente conteúdo para uma abrangente e definitiva forma de compreensão da sua real *definição*.<sup>337</sup>

E nesse contexto emerge o *expansionismo penal*, caracterizado por uma inflação de leis punitivas, flexibilização de direitos e garantias individuais e propostas eficientes conformadas a partir de uma terceira velocidade de direito penal, dentre outros efeitos. Relembramos, nesse ponto, que não compartilhamos entendimento

---

<sup>336</sup> Nas palavras de JAPIASSU, “o que podemos entender por disciplina e por disciplinaridade é essa progressiva exploração científica especializada numa certa área ou domínio homogêneo de estudo. Uma disciplina deverá, antes de tudo, estabelecer e definir suas fronteiras constituintes, fronteiras estas que irão determinar seus objetos materiais e formais, seus métodos e sistemas, seus conceitos e teorias. Ora, falar de interdisciplinaridade é falar de interação de disciplinas.” JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro : Imago Editora, 1976. p. 61. No mesmo sentido, e “segundo esta concepção mais abrangente, os conflitos relacionados aos processos de produção, de acumulação da riqueza, de repartição, de difusão do bem-estar e da plena realização do bem-comum não se limitam às soluções encontradas na área econômica. Também não se encontram, isoladamente, em quaisquer outros ramos das ciências sociais ou em outros compartimentos do conhecimento humano. Cada um dos módulos do conhecimento humano, social ou experimental, não passa de uma fração de um todo maior, constituído por subconjuntos interdependentes, de soma unitária.” ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 17 ed. São Paulo : Atlas, 1997. p. 32.

<sup>337</sup> “A mais simples e correta noção de definição é: uma proposição declarativa da significação de uma palavra, isto é, a significação que a palavra tem na acepção comum ou a significação que aquele que fala ou escreve pretende incorporar-lhe para os objetivos específicos de seu discurso. Sendo a definição de uma palavra a proposição que enuncia sua significação, palavras que não têm significação não são suscetíveis de definição.” MILL, John Stuart. *Sistema de lógica dedutiva e indutiva: exposição dos princípios da prova e dos métodos de investigação científica (seleção)*. Tradução João Marcos Coelho e Pablo Rubén Mariconda. In *Os Pensadores*. 2. ed. São Paulo : Abril Cultural, 1979. p. 154.



no sentido de que seja possível mitigar ou flexibilizar qualquer direito ou garantia individual, que devem, por outro lado, irradiar plenos efeitos e em suas diferentes dimensões fundamentais, dentro da perspectiva constitucional de direitos fundamentais que efetivamente são.

Daí porque é necessário retomar uma análise dos elementos que atualmente definem o crime organizado no Brasil, a partir da estrutura típico-penal adotada pela legislação criminal em nosso território para, depois, tratar da legitimidade de uma nova dinâmica proposta para o sistema penal, na forma agências de atuação especial no combate ao crime organizado, em tema a ser desenvolvido no tópico 3.4 deste trabalho.

Assim, e por conta da opção política criminal adotada pelo Brasil, o crime organizado não deve ser compreendido como um *mito*,<sup>338</sup> mas como preliminar definição de uma nova criminalidade que surge na sociedade pós-industrial, ocidental e contemporânea do risco. Nesse sentido, portanto, o crime organizado pode ser reconhecido<sup>339</sup> e interpretado a partir de um arcabouço criminológico, doutrinário, jurisprudencial e legal brasileiro, mas que também revela, por outro lado, franca ausência de refinamento técnico-jurídico em definir suficiente conteúdo para

---

<sup>338</sup> Não se compartilha aqui a integral interpretação do fenômeno proposta por Eugenio Raúl Zaffaroni. Mas considerando a importância do autor e da sua opinião em relação ao tema, é necessário registrar o seu posicionamento no sentido de que “estimulou-se uma legislação inquisitória, contendo elementos da Idade Média (espões, delatores, procedimentos secretos, posições de garantias absurdas etc.), aplicável a um nebuloso conjunto de infrações, designadas genericamente como *crime organizado*, que motivou um número incrível de instrumentos internacionais. Trata-se de um *pseudoconceito*, inventado pelo jornalismo e pelos políticos da primeira metade do século passado, sobre o qual a criminologia nunca tinha chegado a um acordo, mas que agora tem sido adotado legislativamente para abarcar hipóteses conflitivas heterogêneas que, como fica óbvio, não podem ser neutralizadas com medidas idênticas, posto que ninguém pode sustentar racionalmente que o sequestro extorsivo, o jogo ilícito e a lavagem de dinheiro possam ser combatidos e evitados com métodos iguais.” In ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O direito penal do inimigo. *op. cit.* p. 62-63.

<sup>339</sup> Assim, “no caso brasileiro, de todo modo, não há como negar a organização nos casos do jogo do bicho, do tráfico de drogas, armas, animais, pessoas e madeira, ou ainda no roubo de cargas.” In BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 81. Ainda sobre o caso brasileiro, Carlos Amorim registra que “em 12 de novembro de 1999, numa entrevista publicada no jornal *O Globo*, o presidente Fernando Henrique Cardoso, sob o título ‘FH: Temos que pegar os donos do narcotráfico’, garantia: ‘*Existe efetivamente um início de enraizamento* (do narcotráfico, do crime organizado nos setores político e governamental), o que me preocupa muito. Você vê policiais envolvidos, políticos envolvidos, às vezes com mandato, pessoas ligadas à Justiça sendo acusadas. Para a sorte do Brasil, esse enraizamento não atingiu os níveis mais elevados de nenhuma dessas instituições. Mas pode, se não atuarmos.’ Com uma tal declaração do próprio ex-presidente da República, vale perguntar: qual nível mais elevado resta atingir? No ano de 2003, surgiram denúncias de que, no Supremo Tribunal Federal, sentenças eram vendidas para o crime organizado, libertando, por meio de *habeas corpus*, notórios traficantes, em troca de impressionantes quantias de dinheiro. A contaminação, entre os integrantes da Justiça, aparece nos jornais como fato consumado.” In AMORIM, Carlos. CV-PCC: a irmandade do crime. 8. ed. Rio de Janeiro : Record, 2007. p. 25-26.

esse complexo conceito,<sup>340</sup> como sói acontecer, aliás, em qualquer redação conferida a qualquer tipo penal.<sup>341</sup>

Com o registro dessas importantes ressalvas, adotamos como ponto de partida para a compreensão do crime organizado no Brasil o significado expresso na legislação brasileira aplicável ao crime organizado. Passando ao largo das experiências estrangeiras,<sup>342</sup> que guardam fortes vínculos com a origem das estruturas criminosas organizadas próprias da sociedade pós-industrial ocidental contemporânea do risco, e por mero critério de escolha, o assunto será aqui tratado a partir da legislação adotada pelo Brasil, partindo dos documentos internacionais ratificados pelas autoridades brasileiras e que serviram de fundamento para o arcabouço legislativo que atualmente regulamenta a matéria em nosso país.

Não há como desconsiderar nem olvidar, contudo, da importância e da influência das legislações italianas e norte-americanas<sup>343</sup> que serviram de

---

<sup>340</sup> E aqui deve ser registrado que o conceito legal de crime organizado adotado pelo legislador brasileiro permanece lacônico para caracterizar, de forma suficiente, o seu conteúdo, o que resulta em sérios prejuízos à sua efetiva compreensão e à consequente estruturação de dinâmicas voltadas para uma melhor prevenção e repressão às novas modalidades criminosas organizadas, e que se apresentem, necessariamente, mais eficientes em relação às atuais e constitucionalmente legitimadas a partir do garantismo penal e dos direitos fundamentais que lhes são inerentes. Ignorar tais advertências é permitir, resguardadas as devidas proporções, a situações análogas àquelas retratadas no romance de KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo : Editora Martin Claret, 2001. Na advertência de Immanuel Kant, “enquanto construímos, algo nos liberta dos cuidados e desconfianças, e até falsamente nos convence de aparente rigor. É que uma grande parte, talvez a maior parte da atividade da nossa razão, consiste em análises dos conceitos que já possuímos de objetos. Abastece-nos isso de uma porção de conhecimentos que, não sendo todavia mais do que esclarecimentos ou explicações daquilo que já foi pensado nos nossos conceitos, conquanto de forma confusa, são apreciados, pelo menos no tocante à forma, como novas intelecções, embora, no tocante à matéria ou ao conteúdo, não ampliem os conceitos já adquiridos, decompondo-os tão somente.” KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução Alex Marins. São Paulo : Editora Martin Claret, 2001. p. 49.

<sup>341</sup> “Las objeciones traídas a consideración contra el tipo total como fundamento de la estructura del delito no son concluyentes. El tipo total resulta desde puntos de vista sistemáticos, dogmáticos y prácticos, preferible a un tipo penal que sólo contenga los elementos de las prescripciones penales de la Parte Especial. Sólo el tipo total es realmente un tipo ‘cerrado’, pues comprende la totalidad del sustrato correspondiente al juicio de injusto.” ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Traducción Enrique Bacigalupo. Buenos Aires : Ediciones Depalma, 1979. p. 294.

<sup>342</sup> Cabe aqui o registro acerca da atuação criminosa organizada sobre paradigma mafioso, de franca atuação em território italiano e norte-americano, que influenciaram sobremaneira a estrutura e a evolução dos grupos criminosos organizados próprios da sociedade pós-industrial ocidental contemporânea de riscos, bem como a legislação motivada pelas atividades criminosas realizadas por esses grupos de caráter estritamente organizado e transnacional.

<sup>343</sup> “É na Itália e nos Estados Unidos, contudo, que se desenvolve o fenômeno específico da máfia, cuja estrutura viria a influenciar a abordagem da moderna criminalidade organizada em todo o mundo [...]. Na Itália, onde o fenômeno apresenta, como dito, características específicas, a primeira referência à máfia em um documento oficial é de 1865, ‘quando o servidor policial encarregado da segurança pública em Carini, uma vila próxima a Palermo, explica uma prisão referindo-se ao fato como um ‘crime da máfia’[...] Tais grupos, unidos a agentes públicos, praticavam delitos como

fundamento a esses mesmos documentos internacionais que o Brasil, atualmente, ratifica e integra ao seu próprio sistema jurídico.

Como marco legislativo importante, é preciso destacar a Convenção sobre Crime Organizado Transnacional, firmada em dezembro do ano 2000, na cidade de Palermo, na Itália, também conhecida como Convenção de Palermo.

Trata-se de documento que traduz o resultado da Conferência Ministerial Mundial sobre Crime Organizado, realizado pela Organização das Nações Unidas (ONU) na cidade de Nápoles, também na Itália, no ano de 1994. A Convenção de Palermo entrou em vigor no Brasil através do Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, havendo depósito do instrumento de ratificação junto à Secretaria-Geral da ONU aos 29 de janeiro de 2004 e, conseqüentemente, a publicação do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, que finalmente promulgou a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional para aplicação em todo o território nacional.

É a partir da Convenção de Palermo, destarte, que se identificam os primeiros elementos do pretendido conceito de crime organizado, ao preconizar, em seu art. 2º, as seguintes definições relacionadas ao tema:

- a) “Grupo criminoso organizado” – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;
- b) “Infração grave” – ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;

---

abigeato, homicídios e venda de proteção, protegidos por magistrados e prefeitos integrantes das coscas, como eram chamadas as famílias [...]. Nos anos vinte do século passado, com a ascensão de Mussolini, houve violenta repressão às organizações mafiosas, que voltaram a fortalecer-se no pós-guerra, em razão da fraqueza do Estado e do sistema político, além de representar uma contraposição aos movimentos comunistas. Na década de 50 do século passado é criada uma comissão para gerir os negócios, que é liderada por Salvatora Greco. A esse tempo, inicia-se a negociação com ítalo-americanos já residentes nos Estados Unidos, que exploravam negócios como cassino [...] A expressão *crime organizado* veio a ser cunhada, porém, nos Estados Unidos, onde o seu significado não se manteve, porém, sempre inalterado [...]. Mas até a década de oitenta, o crime organizado era visto como um fenômeno circunscrito à Itália e aos Estados Unidos, eventualmente estendido ao Japão, China, Rússia e Colômbia, sendo de rara utilização no restante da Europa. É somente nas suas últimas décadas do século passado, como fenômeno da globalização e, em especial, pela expansão do tráfico de drogas e do mercado da emigração ilegal para os países ricos, que a criminalidade organizada passa a ser percebida como um problema mundial [...]. A partir daí, operou-se uma verdadeira universalização do conceito e o crime organizado passa a ser uma preocupação mundial, em um processo que culmina com a publicação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.” BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 100-103.

- c) “Grupo estruturado” – grupo formado de maneira não fortuita, para a prática de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada;<sup>344</sup>

Sobre esses primeiros elementos, cabe a crítica doutrinária acerca da grande amplitude do conceito proposto para o crime organizado, “que permitiria sua aplicação a grupos tão distintos como a máfia siciliana e uma gangue de ladrões e também por ignorar o fato de que boa parte do crime organizado não é transnacional.”<sup>345</sup> Essa amplitude, porém, se contrapõe àquelas propostas que tratam definições muito restritivas, e que potencialmente se traduziriam em concreto obstáculo à uniformização internacional do conceito, dadas as complexas peculiaridades que caracterizam o momento histórico-cultural civilizacional de cada país ratificador da Convenção de Palermo.

Nesse exato sentido, aliás, cabe referência à coletânea de “Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal”, onde está registrado que “a comunidade internacional deve adotar um conceito de crime organizado aceito por todos como base para uma maior compatibilidade das respostas nacionais e uma maior efetividade de cooperação internacional.”<sup>346</sup> E nesse mesmo documento internacional encontramos, também, novos elementos para complementar a definição do conceito de crime organizado, onde:

Para combater efetivamente o crime organizado, os Estados devem levar em consideração as características estruturais e o *modus operandi* no desenvolvimento de estratégias, políticas, legislação e outras medidas. Embora não constituam uma definição legal ou abrangente do fenômeno, as seguintes qualidades são características: organização de grupo para cometer crimes, ligações hierárquicas ou relacionamentos pessoais que permitem aos líderes o controle do grupo; violência, intimidação e corrupção usadas para receber benefícios e o controle de territórios e mercados; legitimação de procedimentos ilícitos de apoio a atividades criminosas e infiltração na economia legítima; o potencial para expansão em quaisquer novas atividades e além das fronteiras nacionais; e cooperação com outros grupos criminosos transnacionais organizados.<sup>347</sup>

<sup>344</sup> BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. *Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm)>. Acesso aos 07.01.2016.

<sup>345</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 154.

<sup>346</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA NACIONAL DA JUSTIÇA. *Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal*. Organização: Secretaria Nacional da Justiça. Brasília : Secretaria Nacional da Justiça, 2009. p. 216.

<sup>347</sup> *Idem*.

Deste modo, e em que pese a abrangência desses elementos, é preciso salientar que eles não devem ser isoladamente considerados na compreensão do crime organizado mas, em verdade, devem ser associados entre si no propósito de garantir uma interpretação tão completa quanto possível dessa nova modalidade criminosa.

Esses elementos, também e ainda, não apresentam incompatibilidade constitucional, mesmo porque integram e conformam, atualmente, a legislação brasileira criminal sobre a matéria.<sup>348</sup> Nesse sentido, a Convenção de Palermo teve seu texto “regularmente incorporado ao ordenamento jurídico nacional, conforme o rito constitucionalmente previsto (CRFB, arts. 21, I; 84, VIII, e 49, I), ostentando, por conseguinte, paridade normativa com as leis ordinárias (STF, Ext. 662, Celso de Mello, Pl. 28.11.96).”<sup>349</sup>

A situação legal do conceito de crime organizado no Brasil passou, então, a ser novamente discutido no Brasil a partir da promulgação da Lei nº 9.035, de 03 de maio de 1995, que em sua ementa dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Ocorre que essa lei, contudo, não adotou nenhum conceito legal para definir o crime organizado em si. Na interpretação de José Paulo Baltazar Junior, “a solução de não conceituar ou tipificar, adotada na Lei nº 9.034/95, embora criticada pela doutrina, não é isolada e, na época, até pode ter sido conveniente, por possibilitar uma maior flexibilidade no âmbito de aplicação das medidas [operacionais] ali elencadas.”<sup>350</sup> Nesse ponto, parece evidente que o tema relacionado ao crime organizado demandava, como ainda demanda, maior aprofundamento científico acerca do assunto, especialmente no que refere ao

---

<sup>348</sup> Cabe destaque à Recomendação nº 3, de 30 de maio de 2006, da Presidência do Conselho Nacional de Justiça, que “Recomenda a especialização de varas criminais para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas e dá outras providências”, que adota e incorpora, expressamente, os conceitos estabelecidos na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000.

<sup>349</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 155-156.

<sup>350</sup> *Ibidem.* p. 147. Em complemento, José Paulo Baltazar Junior também destaca, e ainda sobre a Lei nº 9.034/95, que “o problema da tipificação da organização criminosa não é uma exclusividade nacional, havendo outros países nos quais se optou por não criar um tipo penal específico. Na Inglaterra, por exemplo, não há definição legal, pois se entendeu que uma definição poderia criar uma controvérsia legal que complicaria desnecessariamente a aplicação da lei penal e poderia vir a deixar de fora do âmbito de aplicação da lei alguns fatos. Também assim na Alemanha, onde *criminalidade organizada* é um conceito de direito processual ou policial, que serve como critérios para autorizar determinadas medidas de investigação específicas, não havendo, porém, delito de organização criminosa.” *Ibidem.* p. 146.

conceito e seu respectivo conteúdo, considerando as complexidades tipicamente brasileiras afetas à matéria. Não se trata, pois, de mais uma vez buscar experiências e teorias aplicadas em outros países, pois as influências, os efeitos e os resultados obtidos em territórios estrangeiros não devem ser aplicados ao Brasil a partir de mera aplicação de direito comparado, uma vez que devem ser consideradas, de modo cientificamente criterioso e responsável, as complexidades e especificidades tipicamente brasileiras relacionados ao tema.

O conceito legal de crime organizado no Brasil então surgiu, apenas, com a promulgação da Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, que dispôs sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, alterando legislação correlata e conferindo outras providências. No corpo dessa lei, finalmente, restou expresamente estabelecido o conceito de organização criminosa, conformado pela redação conferida ao seu art. 2º.

Na mesma esteira desse conceito, também surgiu a Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, que em sua ementa definiu organização criminosa e dispôs sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, alterando legislação correlata e também conferindo outras providências. E a partir desse ponto, em seu Art. 1º, §1º, o referido texto de lei passou a regulamentar no Brasil que:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.<sup>351</sup>

Os conceitos de organização criminosa, adotados respectivamente no art. 2º, da Lei nº 12.694/12, e no art. 1º, §1º, da Lei nº 12.850/13, destarte, são bastante semelhantes, havendo apenas dois pontos de distinção entre eles: (1) em relação ao número de pessoas associadas, que passou de “três” para “quatro” (ou mais

---

<sup>351</sup> BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. *Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.* Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm)>. Acesso aos 07.01.2016.

pessoas) associadas, na legislação mais recente; e (2) em relação à expressão “crimes”, que na lei penal mais recente foi substituída por “infrações penais”.<sup>352</sup>

Prevalece, de qualquer forma, e para os fins de reconhecimento e aplicação no sistema penal brasileiro, o conceito legal definido pela legislação mais recente, que atende ao princípio do devido processo legal legislativo exigido para a regulamentação e criminalização de condutas em matéria penal, com a ressalva de que o conceito jurídico de crime organizado, efetivamente, ainda se mostra desestruturado e passível de adequada sistematização em face do contexto brasileiro que rege o tema. Nesse exato sentido:

Considerando o quadro de polarização do debate criminológico e político criminal [...], marcados por ponto de partida radicalmente diversos, em um debate com forte carga ideológica e política, que também dificultam um consenso, há, efetivamente, dificuldades na elaboração de um conceito doutrinário de organização criminosa ou de crime organizado, ao menos sem uma intervenção legislativa que fixe os seus contornos. Parece que o caminho está, então, na conceituação legal, pois o parlamento é o foro adequado para a superação das dificuldades ideológicas no rumo de uma formulação satisfatória, que preencha também os requisitos de legalidade.<sup>353</sup>

O conceito legal passou, então, a definir o crime organizado no Brasil, apresentando, no preceito primário do respectivo tipo penal, as características legais dessa nova modalidade criminosa. Para alcançar uma compreensão mais abrangente do crime organizado, contudo, há que se fazer menção também às características não essenciais que também o configuram, e que auxiliam na melhor interpretação das suas dinâmicas.

A interpretação mais adequada dessas características essenciais e não essenciais do crime organizado, por sua vez, permite uma melhor análise das novas respostas e novas dinâmicas exigidas pelo sistema penal, uma vez reconhecido, delimitado e compreendido o ilícito a ser constitucionalmente prevenido e reprimido, a partir dos estritos termos da lei e das características essenciais e não essenciais que o definem enquanto nova modalidade criminosa.

---

<sup>352</sup> A mudança da expressão “crime” para “infrações penais” se configura a partir da divergência entre as redações conferidas aos art. 2º, da Lei nº 12.694/12, e art. 1º, §1º, da Lei nº 12.850/13, respectivamente. A nova terminologia amplia a abrangência do tipo penal de crime organizado para considerar as infrações penais, também conhecidas como ilícitos de menor potencial ofensivo, além dos crimes. Essa mudança também permite considerações, no âmbito da criminalidade organizada, de condutas previstas em um código moral que é a Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/41), de questionável recepção constitucional.

<sup>353</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 98.

Esse objetivo, que se traduz na busca de uma compreensão mais profunda acerca do significado de crime organizado, não se traduz em tarefa fácil. Pelo contrário, aliás, é tema que ainda apresenta problemas de difícil superação, gerando incertezas que, por sua vez, acabam frustrando o melhor andamento e o melhor desenvolvimento das pesquisas voltadas à estruturação de novas dinâmicas a serem aplicadas no sistema penal. Como resultado, se mostram fragilizadas as relações sociais e a efetiva proteção dos bens jurídico-penais constitucionais, ao passo em que deixa de ser garantida a plena efetividade aos direitos fundamentais de toda e qualquer pessoa humana.

Em outras palavras, é preciso primeiro ampliar o horizonte de compreensão do crime organizado para, então, ingressar no debate acerca das novas dinâmicas penais constitucionalmente possíveis, sob pena de reduzir a questão a argumentos simplistas que se limitam a encontrar fundamento apenas nas razões de mera política criminal.

Neste ponto é preciso destacar que, com isso, não se afasta a legitimidade ou a adequação constitucional dos preceitos primários dos tipos penais legais vigentes no Brasil e que criminalizam atividades típicas de uma criminalidade organizada, os quais efetivamente se prestam a delimitar, de forma legalmente suficiente, compreenda-se bem, as condutas criminosas passíveis de persecução criminal pelo Estado.

Mas a ampliação desse horizonte de interpretação do crime organizado deve partir de uma compreensão mais abrangente, encampando outros elementos além daqueles fixados no arcabouço legal vigente no Brasil, embora a estrutura normativa ofereça um importante ponto de partida para essa melhor compreensão. E essa compreensão mais adequada é a que se exige para propor novas dinâmicas constitucionalmente legítimas, voltadas a uma tutela mais adequada aos bens jurídico-penais constitucionais atacados em razão dessa mesma criminalidade organizada, considerando teorias e paradigmas não tributários de países centrais, mas essencialmente amparadas por uma realidade tipicamente brasileira.<sup>354</sup>

---

<sup>354</sup> “No Brasil há um forte sentimento de inconsistência ante o mundo público que, ao invés de ser visto como algo que é de todos, é visto como algo que é de ninguém. Desse modo, embora existam regras que devam ser seguidas, o indivíduo estabelece relações com o espaço público que, muitas vezes, o exime de seguir tais regras, por ser um espaço percebido não mais como coletivo, mas individual.” SANTOS, Vanilda Aparecida dos. *Álcool e direção: uma análise psicopolítica*. Curitiba : Juruá, 2015. p. 38.



Identificar os elementos que definem o crime organizado no Brasil e para o Brasil, entretanto, é tarefa de grande dificuldade,<sup>355</sup> máxime quando os próprios paradigmas científicos acerca da matéria ainda vacilam em reconhecer o crime organizado como efetiva categoria penal. Nesse sentido:

Tradicionalmente, a sociedade brasileira e seus governos atribuem à segurança pública um conceito limitado. Via de regra, aumento da criminalidade e da violência é considerado exclusivamente caso de polícia. Em razão das deficiências ou da má atuação dos organismos policiais, se é que possuímos parâmetros confiáveis para mensurar esse juízo de valor, a crença é de que, havendo pessoas cometendo violência criminosa, a solução é prendê-las e segregá-las do convívio social. Assim, a ordem e a convivência harmônica voltariam aos padrões suportáveis de aparente normalidade. Esse modelo tem raízes históricas na própria formação do Estado brasileiro, como de suas instituições policiais, e devemos compreendê-lo tanto quanto possível, para orientarmos nossas posições e questionamentos atuais.<sup>356</sup>

É preciso ratificar posicionamento, nesse ponto, de que o crime organizado não deve ser interpretado como *categorização frustrada*<sup>357</sup> ou como resultado de *um mito*, mas sim como definição de um novo modelo de criminalidade que apresenta características únicas e essenciais, e que se estrutura a partir de uma complexa sociedade pós-industrial ocidental e contemporânea de risco, que apresenta elementos típico-penais mínimos que partem de um sólido arcabouço legal internacional e nacional, e que regulamentam, de forma constitucionalmente legítima, a matéria no Brasil.

E nesse sentido é que tem lugar a compreensão dos elementos doutrinariamente classificados como *essenciais* e *não essenciais*<sup>358</sup> do crime organizado, e que, enfim, melhor o caracterizam enquanto nova modalidade criminosa e distinta da convencional.

As características essenciais do crime organizado, portanto, são aquelas indispensáveis para compreender a essência de todos os preceitos primários

<sup>355</sup> “Embora reconhecida a sua necessidade, é grande a dificuldade na elaboração de um conceito doutrinário de crime organizado ou organização criminosa, afirmando parcela da doutrina que essa tarefa é inviável, ao argumento de que se pretende, com tal conceituação, apreender realidades muito díspares, que não comportariam reunião sob uma única formulação.” BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 97-98.

<sup>356</sup> VILLAS BÓAS FILHO, Fernando Alves Martins. *Crime organizado e repressão policial no Estado do Rio de Janeiro: uma visão crítica*. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2007. p. 5.

<sup>357</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Crime organizado”: uma categorização frustrada. *In Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 45-67, jan./jun. 1996.

<sup>358</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 123-144.

contidos nos tipos de organização criminosa, sendo todas elas estritamente compatíveis com os fundamentais elementos contidos na Convenção de Palermo, estando, bem por isso, invariavelmente relacionadas à compreensão e à definição dos tipos penais que definem as modalidades organizadas de crime.

Assim, dentre as características essenciais, temos (1) a pluralidade de agentes, (2) a estabilidade ou permanência desses agentes na atividade criminosa, (3) a finalidade de lucro e (4) organização de grupo ou estrutura de planejamento (molde empresarial). Para o objetivo proposto, no sentido de melhor compreender o significado de crime organizado, valem aqui definir breve significado acerca de cada uma dessas características.

A pluralidade de agentes é uma característica relacionada ao *molde empresarial*<sup>359</sup> da criminalidade organizada, ao passo em que se exige um concurso necessário de agentes, não havendo que se falar em organização criminosa unipessoal. Exige, portanto, uma reunião de esforços de agentes distintos, que interagem entre si do modo mais especializado possível, de acordo com as particulares habilidades de cada qual.

Esse concurso necessário de agentes, por sua vez, se produz em dinâmicas cada vez mais específicas e dotadas de crescentes graus de profissionalização, a partir da insondável multiplicação de recursos, ferramentas e dispositivos tecnológicos de integração mundial de grupos organizados de pessoas, e que também aproveita aos interesses da criminalidade organizada. Em relação ao Brasil, cabe destaque ao expressivo número de usuários brasileiros conectados à *internet*, exercendo atividades lícitas e ilícitas ao movimentar recursos e informações pelo ambiente virtual, e de onde se destaca o (re)descobrimto de espaços virtuais propícios às empreitadas criminosas organizadas de difícil rastreamento como é o caso da chamada *Deep Web*.<sup>360</sup>

---

<sup>359</sup> Vale aqui uma analogia com a *afectio societatis*, enquanto conceito próprio do Direito Empresarial, cujas premissas se aplicam aos vínculos e compromissos duradouros que devem permear as relações existentes entre os integrantes de um mesmo grupo criminoso organizado.

<sup>360</sup> “Quando se diz que na internet é possível aprender como construir bombas, comprar drogas e documentos falsificados, entre outras coisas, geralmente é sobre a Deep Web que estão falando; assim como é lá que também surgem organizações como Wikileaks e Anonymous, e são essas pessoas que discutem a web como um organismo livre e democrático. [...] Em grande parte, a Deep Web existe, assim como a própria internet, graças à força militar dos Estados Unidos. Neste caso, graças ao Laboratório de Pesquisas da Marinha do país, que desenvolveu o The Onion Routing para tratar de propostas de pesquisa, design e análise de sistemas anônimos de comunicação. A segunda geração desse projeto foi liberada para uso não-governamental, apelidado de TOR e, desde então,

Sobre o propósito de estabilidade ou permanência,<sup>361</sup> ela tem por objetivo afastar o concurso efêmero ou eventual de pessoas em torno de um objetivo comum ilícito. Esse concurso necessário deve ser, portanto, dotado de concretos compromissos firmados e assumidos, ainda que de modo informal, pelos integrantes do grupo criminoso organizado. Vale aqui o destaque para as disposições estatutárias a que se submetem os membros integrantes dos grupos criminosos organizados conhecidos como Comando Vermelho e Primeiro Comando da Capital, que contam com diretrizes concretas voltadas à manutenção da estabilidade e da permanência dos vínculos entre seus membros, e também destes em relação aos respectivos grupos criminosos organizados.<sup>362</sup>

A finalidade de lucro é um dos principais objetivos, por vezes único, das atividades criminosas organizadas. Trata-se de característica que goza de unânime reconhecimento, que parte da redação expressamente contida no art. 2º, da Convenção de Palermo. Nas palavras de Marcelo Betlouni Mendroni:

---

vem evoluindo. Em 2006, o TOR deixou de ser um acrônimo de The Onion Router para se transformar em ONG, a Tor Project, uma rede de túneis escondidos na internet em que todos ficam quase invisíveis. Onion, em inglês, significa cebola, e é bem isso que a rede parece, porque às vezes é necessário atravessar várias camadas para se chegar ao conteúdo desejado. [...] São sub-redes alinhadas de maneira estratégica, de modo a funcionar com quem somente autorizar, for convidado ou conhecê-las. Isso abre espaço para muitas coisas serem realizadas no obscuro.” FRANCO, Deivison Pinheiro. *Deep Web: mergulhando no submundo da internet. Revista Segurança Digital*, Brasília, n. 10, p. 05-08, abril, 2013.

<sup>361</sup> “A mera conjugação de interesses, direcionados para um objetivo ilícito comum, não é suficiente para identificar o crime em comento, sendo, ainda, imperioso que se caracterize a *societas sceleris*. Se o que move os agentes é a ocasional prática de um delito, não se configura o delito. Afigura-se, para tal mister, indispensável a consubstanciação de um vínculo estável e permanente, tendente a se prolongar ao longo do tempo, a integrar os componentes da organização, unidos na intenção de delinquir, reiteradamente.” SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. *Repressão ao crime organizado: inovações da Lei 9.034/95*. 2. ed. Curitiba : Juruá, 2010. p. 26. Com a necessária ressalva de que, obviamente, esse ânimo de associação estável e permanente não seja, necessariamente, de caráter perpétuo ou indissolúvel entre os agentes envolvidos com as atividades de grupo criminoso organizado.

<sup>362</sup> “A leitura das regras de conduta do PCC paulista impressiona porque eles são quase uma versão literal do pensamento dos homens que fundaram o Comando Vermelho, vinte anos antes. Os códigos de respeito aos companheiros presos – contra o arbítrio, o estupro e as liberdades de circulação na cadeia – reproduzem as lutas que os internos da Ilha Grande travaram nos anos 80. A exigência de colaboração que o CV ditou nos anos de inauguração do crime organizado, se referindo aos grupos em liberdade, nunca teve uma expressão tão clara quanto no art. 7º do PCC, reclamando a colaboração externa das quadrilhas em liberdade. O Comando Vermelho cobrava 10% de todas as operações ilegais para financiar uma ‘caixinha’ de sobrevivência, destinada a pagar advogados e preparar a fuga dos companheiros isolados na Ilha Grande. O PCC condena à morte quem não estiver disposto a participar. O CV sempre deixou isso mais ou menos em dúvida. O PCC é explícito. Outra questão, o compromisso dentro das celas, fica ainda mais definido no ‘estatuto do PCC’, quando assegura que ‘aquele que causar conflito interno dentro do Partido, tentando dividir a irmandade, será excluído e repudiado (...)’” AMORIM, Carlos. *CV-PCC: a irmandade do crime*. op. cit. p. 390-391.

É a característica mais marcante e comum às organizações, cuja consequência torna-se facilmente evidenciada: a lavagem do dinheiro. Não é difícil compreender que dinheiro traz poder, e poder traz dinheiro. Nenhuma organização criminosa destina-se a outra ideologia (política ou social), mas visa especificamente à obtenção de lucros fáceis e ilícitos.<sup>363</sup>

E a organização de grupo ou estrutura de planejamento, estruturado sobre um molde de natureza empresarial, corresponde a uma “racionalização de atividades criminosas que tem por fim a eficiência e o lucro, a ser maximizado, em especial pelo planejamento, e também por outros traços próprios das organizações empresariais, diminuindo-se os riscos e prejuízos.”<sup>364</sup>

Se relaciona, portanto, com a mais estrita profissionalização das atividades criminosas organizadas, caracterizada por um evidente refinamento corporativo gradativo das suas respectivas técnicas de planejamento, de definição de objetivos e de execuções criminosas, em fenômeno parcialmente ilustrado pelos pitorescos casos descritos nas ruas de *Whitechapel* no século XIX, no panorama profético romantizado a partir da obra de Bertold Brecht, no “Romance dos três vinténs”.<sup>365</sup>

Existem ainda outras características próprias das organizações criminosas, identificadas aqui como *não essenciais* e que também se prestam a ampliar o horizonte de compreensão dessa nova modalidade criminosa, embora sejam, agora, características de natureza prescindível ao efetivo reconhecimento da modalidade criminosa que caracterizam. Noutras palavras, são “dados que poderão estar ou não presentes na organização criminosa, conforme se cuide de uma organização de modelo mafioso, de rede, empresarial ou endógeno.”<sup>366</sup>

<sup>363</sup> MENDRONI, Marcelo Betlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5. ed. São Paulo : Atlas, 2015. p. 50.

<sup>364</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 126.

<sup>365</sup> A obra referenciada trata-se da “primeira edição brasileira do *Dreigroschenroman*, obra que Bertold Becht publicou em 1934 como versão ficcional da sua *Dreigroschenoper* (Ópera dos três vinténs), comédia musical de caráter satírico e baseada, por sua vez, na *Beggar’s Opera* (Ópera do Mendigo), do poeta dramático inglês John Gay (1688-1732). A história fica um pouco mais longa ainda, se lembrarmos que também o próprio Gay era um talento da sátira e realizara sua obra como paródia de uma ópera de Haendel. Entremeada de canções – escritas provavelmente na melhor fase da produção poética brechtiana – a narrativa leva o leitor para o dia-a-dia dos bairros pobres de Londres. É um romance feito com trivialidades urbanas, mendicância astuta, sobrevivência, afazeres, objetos, ambientes acanhados, pequenas ruínas e pequenos crimes.” BRECHT, Bertold. *op. cit.* p. 1.

<sup>366</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 127. Aqui são tratados os paradigmas de organizações criminosas, que são classificadas, na proposta doutrinária de José Paulo Baltazar Junior, como (1) de paradigma mafioso ou tradicional, que trata de uma “organização criminosa com efetivo domínio territorial, fortemente hierarquizada, dotada até mesmo de uma comissão dirigente, como um verdadeiro sindicato de ladrões, a exercer o monopólio sobre certos mercados ilegais, com ingresso de modo ritualístico e pretensões de lealdade feudal, integrada essencialmente por estrangeiros”; (2) de paradigma de rede, onde “esses criminosos profissionais reúnem-se em grupos

Embora dispensáveis, as características não essenciais se prestam para aquilatar não apenas a existência de um grupo criminoso organizado como, também e ainda, o seu maior ou menor grau de organização, servindo como critérios objetivos na análise de casos concretos. Assim, “quanto mais características estiverem presentes, reforçado estará o convencimento no sentido de cuidar-se de uma organização, sem que a falta de uma das características ora arroladas afaste, necessariamente, esse resultado.”<sup>367</sup>

As características não essenciais do crime organizado, por sua vez, são (1) a hierarquia, (2) a divisão de trabalho, (3) a compartimentalização, (4) a conexão com o Estado, com os desdobramentos nas ideias de corrupção, clientelismo e infiltração, (5) a violência, (6) a exploração de mercados ilícitos (ou a exploração ilícita de mercados lícitos), (7) característica de monopólio ou cartel, (8) controle territorial, (9) uso de meios tecnológicos sofisticados, (10) transnacionalidade ou internacionalidade e (11) prática de obstrução da justiça, que também serão objeto de breves considerações acerca dos seus respectivos significados.

A hierarquia é um conceito desenvolvido pela ciência da Administração,<sup>368</sup> que se aplica sobre estruturas organizadas e caracterizadas pelo desempenho de distintas funções especializadas, que precisam ser harmonicamente coordenadas e dirigidas a partir dos níveis que lhe estão subordinados.<sup>369</sup> É preciso destacar, contudo, que nem sempre existirá uma hierarquia rígida caracterizando as atividades

---

que colaboram ou competem entre si, conforme as necessidades do momento, como ocorre no Rio de Janeiro, em caso de falta de drogas ou armas, obtidas com grupos aliados, na base da reciprocidade”; (3) de paradigma empresarial, com atividade “cometida de forma organizada, que representa justamente uma racionalização da atividade criminosa, assim como a empresa pretende, mediante organização a racionalização da atividade econômica”; (4) de paradigma endógeno, que é “também chamado de institucional, por nascer no interior de instituições ou órgãos públicos, valendo-se os agentes públicos de sua posição para obter vantagens ilegais por longos períodos de tempo, indo além do mero aproveitamento das oportunidades que surgem.” *Ibidem*. p. 103-117.

<sup>367</sup> *Idem*.

<sup>368</sup> “Em toda organização formal existe uma hierarquia. Esta divide a organização em camadas ou escalas ou níveis de autoridade, tendo os superiores uma certa autoridade sobre os inferiores. [...] A autoridade para os autores clássicos é conceituada como um poder formal, ou seja, uma propriedade de uma pessoa ou de uma instituição, significando principalmente o direito de dar ordens. Autoridade é o poder de comandar outros, para que executem ou deixem de executar algo, da maneira considerada, pelo possuidor dessa autoridade, como adequada para a realização dos objetivos da empresa ou do órgão. Fayol dizia que a ‘autoridade é o direito de dar ordens e o poder de exigir obediência’, conceituando-a, ao mesmo tempo, como poder formal e poder legitimado.” CHIAVENATO, Idalberto. *op. cit.* p. 239-240.

<sup>369</sup> “De fato, a hierarquia estará presente, em maior ou menor grau, nas organizações criminosas, sendo que de modo mais intenso nas organizações de modelo empresarial, como decorrência da própria organização da empresa [...]. No Brasil, exemplo de organização dotada de hierarquia está nos grupos que exploram o jogo do bicho e no PCC.” BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 127.

criminosas organizadas, especialmente quando considerada a realidade de rivalidade e disputa havida no submundo criminoso.<sup>370</sup> Para José Paulo Baltzar Junior:

A hierarquia deve aqui ser entendida dentro do contexto da dinâmica criminal, aliada, conforme o caso, à ideia de rede e de busca do lucro. Um grupo ou organização criminal dificilmente irá dominar toda a escala de produção, transporte e distribuição de um determinado produto ou serviço, de modo que precisará aliar-se a outros indivíduos ou grupos, especializados em certas etapas da atividade, de acordo com o já referido modelo da rede, ou seja, mantendo vínculos associativos e não hierárquicos.<sup>371</sup>

A divisão de trabalho, por sua vez, é “a maneira pela qual um processo complexo pode ser decomposto em uma série de pequenas tarefas que o constituem.”<sup>372</sup> No Brasil, é possível identificar exemplos concretos de divisão de tarefas no jogo do bicho, no tráfico de drogas ilícitas e na estrutura do Primeiro Comando da Capital, para se limitar a alguns principais e sem prejuízo de outros.<sup>373</sup>

A compartimentalização traduz uma ideia de cadeia de comando, na qual a organização criminosa como um todo opera de forma relativamente independente em relação às suas células, embora sejam todas elas integrantes de um único órgão. Noutras palavras, “consiste na criação de uma cadeia de comando, de modo que o executor dos atos criminosos não recebe as ordens diretamente do líder da

<sup>370</sup> “Como o ambiente é de intensa disputa, a hierarquia não é, tampouco, incompatível com rivalidades e disputas e uma certa fragmentação do poder dentro e fora dos grupos, o que aliás, contribui para a existência de colaboradores, muitas vezes movidos por um desejo de vingança contra os antigos comparsas.” *Ibidem*. p. 128.

<sup>371</sup> *Idem*.

<sup>372</sup> CHIAVENATO, Idalberto. *op. cit.* p. 237.

<sup>373</sup> “Exemplo pode ser encontrado no jogo do bicho, em que há uma divisão de funções entre *apontadores*, que recolhem as apostas do público; *arrecadadores*, encarregados de recolher as apostas e leva-las para banca, *olheiros*, que avisam da chegada da polícia; e *gerentes*, que controlam vários pontos em favor do *banqueiro*, que controla um determinado território e pode contar ainda com os serviços de advogados, contadores e pistoleiros ou seguranças [...]. Estrutura assemelhada é encontrada no tráfico de drogas do Rio de Janeiro, onde são reconhecidas as figuras do *olheiro* ou *fogueteiro*, encarregado de avisar da chegada da polícia, do *avião*, que vai até o freguês ou aponta este para o *vapor*, a quem cabe levar a droga até o asfalto, e do *soldado* ou *segurança*. [...] No PCC há registro, além dos chefões ou *fundadores* e subchefes, da existência de um tesoureiro, encarregado da arrecadação e distribuição dos valores, bem como do *torre*, que tem liberdade de ação na sua área, dos *pilotos*, responsáveis por uma cadeia, além dos soldados, encarregados do cumprimento das ordens, e dos *primos*, como são chamados os simpatizantes da organização. [...] Já as diversas áreas de atuação a organização, como o tráfico de drogas, o armamento, as finanças, o transporte de famílias etc. estão distribuídas em diferentes *sintonias*.” BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 129-130.

organização criminosa, que se protege ao não praticar, por mão própria os delitos, bem como por não determiná-los diretamente.”<sup>374</sup>

Essa característica que se traduz em verdadeira técnica, é amplamente utilizada por grupos terroristas e guerrilheiros, ao passo em que preserva o todo em relação às partes, garantindo a manutenção e a continuidade dos propósitos almejados pelo grupo e facilitando eventuais substituições dos seus membros que, eventualmente, sejam presos, mortos ou por qualquer motivo se veja afastado das suas responsabilidades. “No Brasil, a técnica seria adotada pelo PCC, de modo a permitir a continuação das atividades mesmo em caso de isolamento dos líderes.”<sup>375</sup>

A conexão com o Estado, com os seus desdobramentos nas ideias de corrupção, clientelismo e infiltração, decorre do próprio grau de desenvolvimento alcançado pelo grupo criminoso organizado. Nesse sentido, “as organizações criminosas que atingem um certo grau de desenvolvimento já não conseguem sobreviver sem o auxílio de agentes públicos.”<sup>376</sup> Nas palavras de José Paulo Baltazar Junior:

São emblemáticos, nesse ponto, os casos do jogo ilegal, em particular do jogo do bicho, do tráfico de drogas e da exploração de prostituição, atividades que se perpetuam por anos a fio em locais conhecidos da população em geral, de modo mais ou menos explícito, volta e meia divulgados na imprensa, não sendo crível que sejam desconhecidas apenas dos órgãos repressivos. Essa conexão opera por meio de mecanismos de cooptação de servidores públicos encarregados da repressão da criminalidade, como policiais [...], agentes penitenciários, fiscais, membros do Ministério Público ou Juizes. A cooptação pode dar-se mediante corrupção, práticas clientelistas ou, em menor escala, mediante infiltração.<sup>377</sup>

Já a violência é característica que possui dois matizes diferentes de interpretação, sendo a primeira interna, dirigida aos próprios membros<sup>378</sup> do grupo, e outra externa, dirigida contra pessoas alheias aos quadros do grupo criminoso organizado. A violência externa ao grupo pode, por sua vez, representar a violência dirigida a grupos criminosos rivais, contra membros da comunidade na qual a

<sup>374</sup> *Ibidem*. p. 130.

<sup>375</sup> *Ibidem*. p. 131.

<sup>376</sup> MENDRONI, Marcelo Betlouni. *op. cit.* p. 49.

<sup>377</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 132.

<sup>378</sup> “Como forma de manter a disciplina, a hierarquia e o silêncio, seja ele decorrente de um caráter ritualístico ou de honradez na lógica interna da organização, como se costuma ver nas referências sobre a máfia, ou como resultado do risco, muitas vezes concreto, de represálias.” *Ibidem*, p. 136.

organização criminosa está instalada, contra testemunhas e agentes públicos ou do próprio *modus operandi* eleito para a consecução da finalidade criminosa organizada.

A exploração de mercados ilícitos ou a exploração ilícita de mercados lícitos, se configura como consequência lógica da busca pelo lucro, onde o crime organizado fomenta uma atuação no mercado de produtos ou serviços proibidos mas, ao mesmo tempo, de grande procura social, como é o caso das drogas, das armas de fogo, dos produtos falsificados, da prostituição e dos jogos de azar, sem prejuízo de outros.

Pode se dar, também, na exploração ilícita de segmentos regulares do mercado, o que acontece com grande frequência no Brasil, como no caso da exploração de “transporte público *alternativo*, os chamados *perueiros*, do furto de energia elétrica, de sinal de televisão a cabo e de água por instalações clandestinas, do descaminho e do contrabando de cigarros”,<sup>379</sup> bem como de aparelhos elétricos e eletrônicos, madeiras etc.

A característica de monopólio ou cartel é mais atrelada ao modelo mafioso de criminalidade organizada, ao passo em que busca dominar determinado segmento de mercado a partir dos interesses definidos pelo crime organizado. No Brasil, as *milícias*<sup>380</sup> apresentam atividades de monopolização de serviços e de fornecimento de bens em determinados territórios dominados. Essa característica, contudo, é bastante questionada quando se trata do modelo de rede do crime organizado, que o opera através de associações, hipótese em que não há que se

---

<sup>379</sup> *Ibidem*. p. 140.

<sup>380</sup> “Esquemas criminosos sempre buscam, na ‘lei da vantagem’, benefícios em detrimento dos outros, quer nas relações comerciais, nas relações e estratégias de controle eleitoral; em muitos casos, os grupos que controlam o tráfico em determinadas comunidades controladas fazem acordo com candidatos para cargos eletivos, criando certas ‘exclusividades políticas’. Nesse quadro de disputas de facções, violência e corrupção, surgiram em determinadas comunidades ou bairros cariocas as milícias. São grupos formados pela união de policiais, bombeiros, militares das Forças Armadas, agentes penitenciários, líderes comunitários e políticos representativos de certas comunidades, os quais se unem para fazer segurança de suas comunidades (autoproteção) e dos comércios locais, mas também passam a exercer o controle econômico dessas áreas. Assim, expulsam as facções criminosas envolvidas com tráfico do local. [...] Essas ‘milícias’, como são chamadas, anteriormente também se denominavam ‘polícia mineira’, com origem vinculada ao pagamento que os comerciantes das favelas Rio das Pedras davam a policiais para impedir o tráfico de drogas e assaltos. Os grupos passaram a controlar várias outras comunidades, passando a cobrar uma ‘taxa e segurança’ aos moradores e a controlar os serviços como distribuição de gás, controle dos transportes alternativos de vans, moto-taxi e kombi, acesso a tv a cabo e internet, conhecida como ‘gato-net’, controle de máquinas caça-níquel. Isso tudo, composto por uma vasta rede de comércio formal e informal instalado na comunidade, acaba por movimentar cifras significativas.” SCHELAVIN, José Ivan. *op. cit.* p. 119-120.



falar em monopólio de segmentos de mercado mas sim de um alto grau de competitividade inerente aos segmentos de mercado ilícito.

O controle territorial marca a área de atuação do crime organizado, seja como forma de exercer o monopólio ou cartelização, seja como forma de impor seus interesses e regime disciplinar em relação à população fixada no espaço de domínio criminoso. Nesse sentido, o controle territorial é característica que está diretamente relacionada a pontos de comercialização de drogas, de prostituição, de ingresso controlado de pessoas etc.<sup>381</sup>

Sobre o uso de meios tecnológicos sofisticados decorre do próprio estado tecnológico da sociedade pós-industrial contemporânea, com todas as respectivas facilidades e disponibilidades que se encontram à disposição das pessoas e das empresas em relação às formas de interação, negociação e interconexão. No Brasil, vale frisar emblemático caso envolvendo o PCC, onde “há registro da elaboração de centrais telefônicas, bem como do serviço de teleconferência, geralmente sem pagamento dos serviços, mediante utilização de contratos fraudulentos em nome de pessoas interpostas [...], ou de créditos para celulares pré-pagos obtidos mediante fraude ou extorsão.”<sup>382</sup>

A transnacionalidade ou internacionalidade, por sua vez, encontra razão nos feitos da própria globalização e das revoluções tecnológicas que hoje definem as relações e transações econômicas em escala mundial, razão pela qual configura assunto tratado de maneira direta na Convenção de Palermo.<sup>383</sup> Nesse sentido:

---

<sup>381</sup> “No caso brasileiro, é característica encontrada nos casos das milícias [...], do jogo do bicho e do tráfico de drogas nas favelas do Rio de Janeiro, prática na qual os *donos* da boca mantêm o monopólio das vendas de regiões marcadas pela pobreza e pela segregação social, onde os traficantes fazem pequenas benfeitorias, como bicas d’água ou campos de futebol, sendo considerados benfeitores pela população. São as chamadas *zonas liberadas*, ‘onde a polícia não entra, ou então onde a população tem obrigações para com o chefe local’, mas que não chegam a se constituir em ‘Estados Paralelos’, como é do gosto da imprensa exagerar.” BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 142.

<sup>382</sup> *Ibidem.* p. 143.

<sup>383</sup> “Artigo 3. Parágrafo 2. Para efeitos do parágrafo 1 do presente Artigo, a infração será de caráter transnacional se: a) For cometida em mais de um Estado; b) For cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planeamento [sic], direção e controle tenha lugar em outro Estado; c) For cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou d) For cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado.” BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. *Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm)>. Acesso aos 07.01.2016.

Diante da evolução geral do método mafioso e do surgimento no cenário internacional não mais de organizações criminosas isoladas, mas de verdadeiros sistemas de poder, com ligações e ganchos nos diversos setores produtivos e no mundo das finanças, os instrumentos legislativos de combate a estes crimes apresentam-se inadequados para responder aos desafios provenientes de atividades cada vez menos visíveis e mais atuantes em cenários transnacionais, que contam com o suporte de competências profissionais qualificadas e de refinadas tecnologias informatizadas.<sup>384</sup>

Por fim, a prática de obstrução da justiça pode ser interpretada como um desdobramento da violência externa do grupo criminoso organizado, dirigida a testemunhas e aos agentes de justiça, que se traduz na deturpação dos trabalhos desempenhados pelos mais diversos integrantes do sistema criminal. No Brasil, socorrem à exigência de criminalização da obstrução da justiça, preconizada na Convenção de Palermo, especialmente os artigos 343 (na hipótese de suborno de testemunha), 347 (na de fraude processual) e 147 e 344 (coaçoão no curso do processo), todos do Código Penal. Da exigência contida na Convenção de Palermo:

Artigo 23. Criminalização da obstrução à justiça. Cada Estado parte adotará medidas legislativas e outras consideradas necessárias para conferir o caráter de infração penal aos seguintes atos, quando cometidos intencionalmente: a) O recurso à força física, a ameaças ou a intimidação, ou a promessa, oferta ou concessão de um benefício indevido para obtenção de um falso testemunho ou para impedir um testemunho ou a apresentação de elementos de prova num processo relacionado com a prática de infrações previstas na presente Convenção; b) O recurso à força física, a ameaças ou a intimidação para impedir um agente judicial ou policial de exercer os deveres inerentes à sua função relativamente à prática de infrações previstas na presente Convenção. O disposto na presente alínea não prejudica o direito dos Estados Partes de disporem de legislação destinada a proteger outras categorias de agentes públicos.<sup>385</sup>

Estas são, portanto, as necessárias considerações tratadas a respeito do significado de crime organizado, que para além da sua compreensão legal exige, ainda, a ampliação desse significado para também considerar as características essenciais e não essenciais dessa nova modalidade criminosa, sob uma perspectiva brasileira e historicamente contextualizada pelos paradigmas da sociedade pós-industrial ocidental e contemporânea do risco.

<sup>384</sup> DINO, Alessandra; MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. *Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa*. Tradução Doris Cavallari e Letizia Zini. São Paulo : Editora UNESP, 2010. p. 69.

<sup>385</sup> BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. *Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm)>. Acesso aos 07.01.2016.

### 3.2. Segurança enquanto direito fundamental: os desafios da demandada eficiência expansionista frente ao garantismo penal.

Frente ao novo conceito que se busca sobre o crime organizado, que se apresenta como nova modalidade criminosa – essencialmente distinta dos moldes convencionais –, e que surge e se estrutura a partir das complexidades, das evoluções tecnológicas e das rupturas paradigmáticas de uma modernidade própria da sociedade pós-industrial, ocidental e contemporânea do risco, é possível afirmar, nesse contexto, que as dinâmicas atualmente propostas pelo Direito Penal, conformador do seu respectivo sistema penal, ainda se estruturam sobre paradigmas e dinâmicas típicos de uma criminalidade convencional, insuficientes e inadequados para garantir respostas satisfatórias contra a nova criminalidade organizada.

O principal efeito da ausência de compatibilidade havida entre as novas dinâmicas do modelo de criminalidade organizada e as convencionais dinâmicas do Direito Penal e do seu respectivo sistema, destarte, é que os bens jurídico-penais constitucionais tutelados pela norma criminal se tornam gradativamente mais expostos aos ataques do crime organizado.

Essa crescente exposição de bens jurídico-penais constitucionais resulta, por via de consequência, na própria fragilização dos mais basilares direitos e garantias fundamentais da sociedade e dos seus integrantes individualmente considerados, que deixam de ter segurança e proteção do Estado contra os riscos, perigos, danos e violações que se avolumam a partir das reiteradas práticas – não coibidas adequadamente – criminosas organizadas.<sup>386</sup>

---

<sup>386</sup> “A necessidade de nos adaptarmos aos novos tempos e aos novos estilos de vida, impostos pela rapidez com que a evolução ocorre, faz com que se torne impossível continuar vivendo como se estivéssemos na idade média, improvisando soluções para questões que exigem competência e decisões acertadas. É chegada a hora dos políticos demonstrarem disposição para resolverem os problemas que afligem o povo e do governo fazer a sua parte no que toca à segurança da população, realizando os investimentos necessários, sem, contudo, render-se à tentação de, mais uma vez, onerar o contribuinte ou sobrecarregar o eternamente combalido orçamento da União, no âmbito federal, e dos estados, em nível local.” CHAVES, Geraldo José. *Segurança pública: o que pode ser feito*. Brasília : Envelopel Editora, 2006. p. 70. Em complemento, e acerca dos ataques a bens jurídico-penais constitucionais, “nos últimos dez anos assiste-se em todo o mundo, e no Brasil particularmente, uma crescente preocupação com a defesa do meio ambiente. Movimentos ambientalistas, protestos, associações, plataformas políticas, propostas governamentais, enfim, uma série de iniciativas objetivando a proteção da natureza. Como se todos, independentemente de

Em última análise, portanto, essa *proteção insuficiente* do Estado reflete concretas limitações aos próprios direitos fundamentais, que deixam de ser realizados e usufruídos em sua plenitude em razão dos ataques sobre bens jurídico-penais constitucionais. A partir daí resta a conclusão de que, uma vez tolerada, consentida ou admitida a inefetividade ou os diretos ataques aos direitos mais fundamentais do homem,<sup>387</sup> não há mais que se falar em fundamentos da Constituição, do Estado<sup>388</sup> ou da sociedade,<sup>389</sup> mas em autêntico estado de anomia.<sup>390</sup>

É por isso que, atrelado ao tema da *proibição da proteção insuficiente*,<sup>391</sup> há que se relacionar o tema relacionado à *segurança* também enquanto direito fundamental, compreendido em sua *índole ambivalente* e no seu *duplo caráter*,<sup>392</sup> ou seja, tanto como (1) direito do cidadão à segurança como (2) dever estatal de garantir segurança.

Em seu primeiro sentido, interpretada como direito do cidadão, a *segurança* revela sua *dimensão subjetiva*, de *índole negativa ou defesa*, de direito fundamental, remonta as origens do próprio constitucionalismo, no sentido de que o Estado não poderá atuar contra qualquer pessoa sem legítima motivação legal, o que, nesse

ideologia política, se dessem conta da necessidade de manter-se o equilíbrio ecológico, sob pena da mais completa deterioração da qualidade de vida.” FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Crimes contra a natureza*. 3. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 11.

<sup>387</sup> “Nessa linha, [refere] em reciprocidade entre indivíduo e comunidade, de modo que os direitos fundamentais são bens jurídicos necessários à existência da comunidade e esta, por sua vez, condiciona os direitos fundamentais.” BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 200.

<sup>388</sup> “Segue-se que há alguns direitos que é impossível admitir que algum homem, por quaisquer palavras ou outros sinais, possa abandonar ou transferir. Primeiramente, ninguém pode renunciar ao direito de defesa a quem o ataque com violência para tirar-lhe a vida, dado que é impossível admitir que através disso vise a algum benefício próprio. Pode-se dizer a mesma coisa dos ferimentos, das cadeias e do cárcere, tanto porque desta aceitação não pode resultar benefício, ao contrário da aceitação de que outro seja ferido ou encarcerado, quanto porque é impossível saber, quando alguém usa de violência, se com ela pretende ou não provocar a morte. Afinal, o motivo e fim devido ao qual se introduz esta renúncia e transferência do direito não é mais do que a segurança da pessoa de cada um, quanto à sua vida e quanto aos meios de preservá-la de maneira tal que não acabe se cansando dela.” HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo : Editora Martin Claret, 2001. p. 103.

<sup>389</sup> “Tal é o problema fundamental que resolve o contrato social. A natureza do ato determina de tal sorte as cláusulas do contrato, que a menor modificação as tornaria vãs e nulas; de modo que, não tendo sido talvez nunca em forma anunciadas, são por toda a parte as mesmas, por toda a parte admitidas tacitamente e reconhecidas, até que, violado o pacto social, cada um torne a entrar em seus primitivos direitos e retome a liberdade natural, perdendo a liberdade de convenção, à qual sacrificou a primeira.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: ou princípios do direito político*. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo : Editora Martin Claret, 2003. p. 31.

<sup>390</sup> “O dever estatal de garantir a segurança dos cidadãos é um dos fundamentos da própria existência e legitimação do Estado, cuja alternativa é a anarquia.” BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 189.

<sup>391</sup> Tratado no segundo capítulo.

<sup>392</sup> Conforme significados tratados no segundo capítulo.

sentido, traduz a *segurança* de toda e qualquer pessoa frente ao poder punitivo e ao arbítrio do Estado. Na necessária advertência de José Paulo Baltazar Junior:

Mesmo na concepção liberal de Estado, que pretende a sua redução e lança as bases para a proteção do cidadão frente aos poderes do Estado, não é excluída a tarefa de segurança. Que dizer: “O princípio da segurança por meio do Estado nunca foi, em consequência, substituído pelo princípio da segurança frente ao Estado, mas apenas e somente ampliado em relação a este.” [...] A existência do direito à segurança, afirmada ao tempo do absolutismo e aceita na época do liberalismo, mantém-se no modelo contemporâneo de Estado de direito democrático e social, com as adaptações decorrentes das novas estruturas estatais, o que acrescenta, sem excluir as demais acepções da segurança, entre cidadãos e contra o Estado, a proteção oferecida pelos direitos sociais para as necessidades de segurança econômica.<sup>393</sup>

A *segurança*, enquanto direito fundamental de *dimensão objetiva*, se traduz agora em dever estatal, devendo ser compreendida, nesse sentido, como “bem jurídico que conforma e condiciona o exercício dos direitos fundamentais, uma vez que, sem segurança, não é possível o gozo dos demais direitos materiais, nem o livre desenvolvimento da personalidade humana com dignidade.”<sup>394</sup> Enquanto direito fundamental de *dimensão subjetiva*, de *índole positiva*, pode-se afirmar ainda que também “é papel do Estado a garantia da segurança externa, relativa a ameaças vindas do estrangeiro, quanto, no que interessa mais ao tema deste trabalho, a segurança interna, em relação às ameaças [*concretas e tipificadas*] que estão dentro do território nacional.”<sup>395</sup>

Frise-se, nesse ponto, que a *índole ambivalente* e o *duplo caráter* dos direitos fundamentais são características inclusivas entre si, que se complementam e se aperfeiçoam para resguardar e efetivar, em plenitude, os direitos fundamentais caracterizados,<sup>396</sup> o que se aplica integralmente, também, à compreensão do direito fundamental de *segurança*.

Não se pretende, é necessário registrar nesse ponto, defender posição utilitarista<sup>397</sup> ou simbólica no sentido de ver sobreposta qualquer das interpretações das

<sup>393</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 189-190.

<sup>394</sup> *Ibidem.* p. 187.

<sup>395</sup> *Idem.*

<sup>396</sup> Conforme tema tratado no capítulo segundo.

<sup>397</sup> “O utilitarismo está sujeito a certas objeções bem conhecidas. A objeção mais relevante em se tratando da lógica de mercado consiste em perguntar por que deveríamos maximizar a satisfação de preferências independentemente de seu valor moral. Se certas pessoas gostam de ópera e outras, de rinhas de cães ou luta livre na lama, será que realmente deveríamos eximir-nos de qualquer atitude

*índoles* ou *dimensões* do direito fundamental de segurança sobre outra, mesmo porque tal postura esvaziaria a própria essência fundamental desse mesmo direito, que deve ser efetivado, frise-se, sempre em sua plenitude.

Expressamente prevista no art. 5º, *caput*, e art. 144, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, enquanto direito fundamental que é, portanto, a *segurança* deriva da própria estruturação do Estado a partir de moldes contratualistas, ao passo em que esse mesmo Estado, ao tomar para si a regulamentação da vida em sociedade, também tomou para si o monopólio do uso da força e a resolução pacífica e jurisdicional dos conflitos,<sup>398</sup> gerando uma concreta expectativa no sentido de garantir efetiva proteção aos interesses dos seus administrados.

E essa efetiva proteção, destarte, também pode ser traduzida no significado de *segurança*, uma vez que “o Estado, ao assumir o dever de proteção dos bens jurídicos, cria no cidadão a expectativa de que será protegido, de modo que a omissão estatal caracteriza uma quebra do princípio de proteção da confiança (*Vertrauensschutzprinzip*).”<sup>399</sup> Não há como admitir, portanto, nenhuma forma de inadimplência do Estado em relação à plena efetivação de direitos fundamentais e, aqui especialmente, à efetivação do direito fundamental de *segurança*.<sup>400</sup>

Situando o direito fundamental de segurança diante do novo modelo de criminalidade organizada, no cenário da sociedade pós-industrial ocidental e contemporânea do risco, se verifica que os valores constitucionais envolvidos devem ne-

de julgamento e conferir a essas preferências um peso igual no cálculo utilitário? Enquanto a lógica de mercado está voltada para bens materiais, como automóveis, torradeiras e televisões de tela plana, essa objeção não tem grande peso; parece razoável presumir que o valor dos bens é simplesmente uma questão de preferência do consumidor. Mas quando a lógica de mercado é aplicada ao sexo, à procriação, à criação de filhos, à educação, à saúde, às punições penais, à política de imigração e à proteção ambiental, já não parece tão plausível presumir que as preferências de todos sejam igualmente válidas.” SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Tradução Clóvis Marques. 5. ed. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2013. p. 88-89.

<sup>398</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *op. cit.* p. 21.

<sup>399</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 191.

<sup>400</sup> Do discurso de Lionel Jospin, nas jornadas de Villepinte (Seine-Saint-Denis), na França, aos 24 e 25 de Outubro de 1997, convém registrar as declarações no sentido de que: “Depois do emprego, a segurança é, com efeito, uma das preocupações essenciais dos Franceses. É preciso reconhecer que os nossos compatriotas são demasiadas vezes confrontados com a insegurança na sua vida quotidiana. É inaceitável. Se esse direito não é respeitado, outros não poderão sê-lo... Perante essa situação, é preciso rever as nossas prioridades e reconsiderar os nossos métodos. É essa a ambição do governo... Garantir a segurança dos cidadãos é um dever do Estado. A insegurança é, portanto, um revés para o Estado... Volto a dizer que é verdadeiramente toda a política do governo que deve procurar tornar a cidade mais humana, para que os habitantes se comportem como cidadãos livres e responsáveis.” FENECH, Georges. *Tolerância zero: acabar com a criminalidade e a violência urbana*. Tradução Joana Patrícia Rosa e Mário Matos e Lemos. Mem Martins : Editorial Inquérito, 2001. p. 177-178.

cessariamente condicionar as dinâmicas do Direito Penal e do seu respectivo sistema, de modo a equacionar essas mesmas dinâmicas sob o balizamento do *princípio da proporcionalidade em sentido lato*, com especial atenção aos seus *subprincípios* definidos como *proibição de excesso* e *proibição de insuficiência*.

Tais princípios deverão operar, constitucionalmente, como limitadores da *política criminal* adotada no trato jurídico-penal sobre o crime organizado, garantindo plenos direitos de defesa aos acusados envolvidos nessa modalidade criminosa (*proibição excesso*) e que deve, em contrapartida, figurar como objeto de novas dinâmicas jurídico-penais necessariamente mais eficientes (*proibição insuficiência*), necessariamente legitimadas a partir dos moldes constitucionais vigentes.

Nesse cenário de tensão, na qual se observa, de um lado, uma tendência ao *garantismo penal*, representada pela *proibição de excesso*, em face da tendência a uma *eficiência expansionista de terceira velocidade penal*, representada pela proibição de *insuficiência*, é preciso fundamentar considerações pontuais acerca do tema.

A primeira consideração ratifica posicionamento no sentido de que direitos fundamentais não admitem juízo de ponderação, uma vez que devem ser efetivados em sua plenitude. Respeitando entendimentos em sentido contrário, opinamos aqui pela aplicação integral dos direitos e garantias fundamentais preconizados no texto constitucional, em sua *índole ambivalente* e em seu *duplo caráter*.<sup>401</sup>

A adequada prevenção e repressão penal a ser aplicada sobre condutas relacionadas à prática de atividades criminosas organizadas jamais exigiram, necessariamente, qualquer tipo de afastamento ou mitigação de direitos e garantias fundamentais de defesa. Em nossa forma de pensar, não é crível supor mudanças na estrutura da ciência penal, com seus principais paradigmas de defesa individual conferidos aos administrados contra o arbítrio do poder punitivo do Estado, conforme a sistemática estruturada a partir do século das luzes, mas é crível e necessário, por outro lado, buscar novas dinâmicas estruturadas, frise-se, *a partir* dos paradigmas da ciência penal evoluída ao longo da história.

---

<sup>401</sup> “Há possibilidade de limitação da segurança, tanto do ponto de vista material, ou seja, dos limites dos recursos da administração, quanto jurídicos, ou seja, da compatibilidade com os direitos da liberdade. Para essa posição, assim como os direitos fundamentais em conteúdo subjetivo e objetivo, a proibição de insuficiência e a proibição de excesso, também a liberdade e a segurança ostentam relação de complementariedade, funcionando cada uma delas como limite à outra.” BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.* p. 204.

Em termos objetivos, é possível conceber novas dinâmicas constitucionalmente legítimas, e que atendem ao princípio da proporcionalidade em sentido lato, ao regulamentar, por exemplo, a atuação organizada dos agentes e dos órgãos já integrantes do sistema penal brasileiro, com atribuições constitucionalmente já definidas, nos moldes de agências de controle configuradas e estruturadas a partir da organização do Estado, em tema a ser tratado no tópico seguinte.

Deste modo, é preciso acolher integralmente a proposta pelo *garantismo penal*, enquanto forma de garantir plena efetividade aos direitos fundamentais em sua dimensão subjetiva, de índole negativa (de defesa), e analisar criteriosamente as propostas *expansionistas*, para as acolher apenas e tão somente na medida do imprescindível, considerando o natural surgimento de novos interesses e de novas modalidades criminosas que passam a exigir uma inegociável ampliação do Direito Penal.

Quanto às propostas de *terceira velocidade* desse mesmo Direito Penal, no sentido que lhe define Jesús-María Silva Sánchez, compartilhamos o entendimento de que tais opções não guardam a necessária legitimidade constitucional, ao passo em que preconizam flexibilização ou mitigação de direitos e garantias individuais em prol de uma eficiência que compromete as mais básicas estruturas da ciência penal e dos direitos fundamentais que lhe garantem conformidade.

Sobre essas três situações que desafiam a efetivação do direito fundamental de segurança, caracterizadas como expansionismo penal e *terceira velocidade penal*, assim como o *garantismo penal*, se verifica que cada uma dessas formas de interpretação oferece uma diferente perspectiva de realização desse direito fundamental, tornando necessário resgatar algumas considerações sobre cada uma delas.

O *expansionismo penal*, compreendido na forma definida por Jesús-María Silva Sánchez, é identificado como uma tendência claramente dominante em todas as legislações das sociedades pós-industriais ocidentais e contemporâneas do risco, que preconiza o surgimento e o agravamento de tipos penais na legislação vigente, assim como na “reinterpretação” flexibilizadora das garantias clássicas do Direito Penal material e do Direito Processual Penal.<sup>402</sup>

---

<sup>402</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. op. cit. p. 28.



Nesse sentido, a expansão do Direito Penal atrelado a uma proposta porventura dissociada de legitimidade constitucional não deve ser considerada, quando buscar qualquer tipo de reinterpretação que se traduza em afastamento das garantias clássicas do Direito Penal material e do Direito Processual Penal, oportunidade em que será constitucionalmente inadmissível, máxime em matéria de efetivação de direitos fundamentais.<sup>403</sup>

Já em relação à criação de novos tipos penais, também preconizada pelo expansionismo penal, não se vislumbra aqui, em tese e em princípio, nenhuma situação de anormalidade diante da Constituição por conta desse efeito em si.

Isso porque, na eventual criação de novos tipos penais ou no agravamento da sanção havida em seu preceito secundário, é imprescindível verificar, preliminarmente, se a norma revela a existência de bem jurídico-penal constitucional digno de especial proteção pelo Direito Penal e, também e ainda, se foram observados todos os princípios e regras que revestem de legitimidade o devido processo legislativo, com todas as peculiaridades que devem ser observadas em relação à legislação de índole criminal (princípio da anterioridade, princípio da reserva de lei, princípio da legalidade, princípio da taxatividade, princípio da proporcionalidade etc.).

Observados os princípios e regras que constituem o devido processo legislativo em matéria penal, e em se tratando de tipo penal que efetivamente tutela e resguarda bem classificado como jurídico-penal constitucional, emergirão legítimos, em tese e em princípio, tanto o surgimento quanto o agravamento dos respectivos tipos penais alcançados pela reinterpretação expansionista, não havendo que se falar, em tais hipóteses, de ilegitimidade constitucional.

Sob a influência do expansionismo penal, contudo, é preciso estar atento para que não seja tolerado ou fomentado retrocesso em relação à política de efetivação dos direitos fundamentais, especialmente daqueles de dimensão subjetiva e de índole negativa (de defesa), pois toda e qualquer proposta voltada à limitação de direitos fundamentais não encontra razão de ser, ao passo em que opera em ilegítimo descompasso com a Constituição e em flagrante retrocesso do estado da arte,

---

<sup>403</sup> Há quem defenda, com forte amparo doutrinário e jurisprudencial, que em matéria de direitos fundamentais se admite o juízo de ponderação, aplicada sobre as regras da lei da colisão e sob a égide dos mandados de otimização dos direitos fundamentais, na forma proposta por Robert Alexy. Não compartilhamos desse entendimento, por entender que direitos fundamentais não aceitam ponderação, pelo simples motivo de que devem ser efetivados, sempre e invariavelmente, em sua plenitude.

considerando o necessário esvaziamento das históricas conquistas afetas ao constitucionalismo e aos direitos fundamentais que o conformam.

Nesse ponto é preciso frisar que, a par do expansionismo penal, existe uma tendência<sup>404</sup> em fomentar flexibilização de direitos e garantias fundamentais individuais dos investigados, máxime quando consideradas novas modalidades de crime como é o caso da criminalidade organizada.<sup>405</sup> Esse proceder científico simplista e acrítico de “relativizar direitos e garantias fundamentais e individuais”, sob qualquer linha de argumentação, acaba culminando, de fato, em resultados que são traduzidos em altos graus de eficiência penal, diretamente condicionados que estão à proporção do grau de flexibilização dos direitos e garantias que se pretendem ver mitigados em relação ao acusado, ou aos casos concretos submetidos à apreciação criminal.

Mas esses eficientes resultados são na verdade ilusórios, ao passo em que agravam sobremaneira as distorções funcionais do Direito Penal do seu respectivo sistema, que já opera sob uma forte tendência seletiva e voltada ao cumprimento de processos de etiquetamento penal.<sup>406</sup> Reduzir direitos e garantias fundamentais individuais significa, em última análise, reduzir as últimas barreiras de defesa das pessoas contra a prática dos desvios, dos abusos e das arbitrariedades que o Estado e

---

<sup>404</sup> “Na linha ‘prescritiva’ da expansão penal encontram-se os autores das teses mais polêmicas sobre a necessidade de intervenção criminal em áreas que antes o Direito Penal não alcançava, especialmente no que se refere à criminalidade econômica. Tais críticas são elaboradas por autores como Schünemann, que defende a necessidade de proteção das gerações futuras por meio do Direito Penal, Tiedemann, ao ressaltar a relevância da atividade econômica para um país – o que evidenciaria a insuficiência da tutela da lei civil e administrativa – e, especialmente, Gracia Martín, autor de uma das mais contundentes críticas ao sistema de intervenção sugerido por Hassemer, ao exigir tratamento igualitário de todos os cidadãos pelo Direito Penal.” OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *op. cit.* p. 31.

<sup>405</sup> “A preocupação com a violência criminal faz parte hoje da agenda de prioridades dos principais dirigentes nos mais diversos países. O medo tem-se generalizado e, mesmo em sociedades com índices de criminalidade relativamente baixos, o discurso da lei e da ordem encontra grande ressonância. Talvez associada à própria configuração das sociedades contemporâneas, definidas por alguns como ‘sociedades de risco’, a sensação de insegurança se integrou na psique coletiva a ponto de a violência ser encarada como um espectro que, em tempos de globalização, parece assombrar o mundo inteiro. Não obstante as distintas formas assumidas pela violência criminal, o tema da violência parece ter-se tornado uma obsessão mundial.” BELLI, Benoni. *Tolerância zero e democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90*. São Paulo : Editora Perspectiva, 2004. p. XI.

<sup>406</sup> Em entrevista a Celso Athayde, a anônima mãe de um adolescente relacionado com o tráfico de drogas declarou, em suas palavras: “Aprendi que quem mora na favela ou quem já passou pela prisão é rotulado pela sociedade sempre de favelado ou preso pelo resto da vida. E se tu fizer algo de errado, pronto. Aí eles caem em cima e dizem: não disse, ela é ladra, mesmo. Por isso a gente tem que se unir, não pode baixar a cabeça e deixar eles rotularem a gente. Qual é? O pessoal que usa terno e gravata nunca errou na vida, nunca fez nada de errado? A gente faz e tem que pagar por isto pelo resto da vida?” BILL, MV; ATHAYDE, Celso. *Falcão: mulheres e o tráfico*. Rio de Janeiro : Objetiva, 2007. p. 128.

seus representantes ideologicamente operam – nem sempre de forma consciente, portanto – em desfavor das castas sociais mais marginalizadas.<sup>407</sup>

E como consequência do *expansionismo penal*, surge o conceito da chamada *terceira velocidade penal* que, por sua vez, corresponderia ao processo adotado nos casos onde houvesse a aplicação da pena prisão e, sobre a qual, também concorresse uma ampla relativização de garantias político-criminais, bem como das regras de imputação e dos critérios processuais relacionados à ampla defesa.<sup>408</sup>

Sendo a terceira velocidade compreendida como processo decorrente do expansionismo penal, muitos dos mesmos argumentos acima referidos se aplicam novamente neste ponto para, logicamente, denunciar a plena ilegitimidade constitucional desse tipo de processo voltado a uma ampla relativização de direitos e garantias fundamentais individuais de defesa.

É preciso destacar aqui que, mesmo Jesús-María Silva Sánchez antecipa a questão como autêntica manifestação de *Direito Penal de inimigo*, que preconiza diretrizes emergenciais a serem aplicadas em regime de autêntica guerra declarada contra o transgressor da lei penal, e que bem por isso encontra pouca ou nenhuma afinidade com o Estado Democrático de Direito vigente em períodos de paz.

É preciso salientar que essa perspectiva de verdadeiro utilitarismo<sup>409</sup> funcional de punição de pessoas encontra menos legitimidade na conduta reputada como ilícita e nos bens jurídico-penais constitucionais tutelados do que na figura do próprio transgressor da lei, revelando assim um Direito Penal voltado a uma proteção do

---

<sup>407</sup> “O fator fundamental dessa crescente ideologização não reside, decerto, numa direta intencionalidade de classe; embora sirvam à conservação do existente, o irracionalismo e o agnosticismo nem sempre são conscientemente elaborados a partir dos interesses imediatos da burguesia. Seu caráter conservador deve ser buscado na sujeição de ambos aos limites impostos, na superfície da realidade, pela divisão capitalista do trabalho e por suas consequências sociais e culturais.” COUTINHO, Carlos Nelson. *O estruturalismo e a miséria da razão*. 2. ed. São Paulo : Editora Expressão Popular, 2010. p. 31.

<sup>408</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. op. cit. p. 110.

<sup>409</sup> “VII. – Pode-se afirmar que uma medida de governo (a qual constitui apenas uma espécie particular de ação, praticada por uma pessoa particular ou por pessoas particulares) está em conformidade com o princípio de utilidade – ou é ditada por ele – quando, analogamente, a tendência que tem a aumentar a felicidade da comunidade for maior do que qualquer tendência que tenha a diminuí-la. VIII. – Quando uma pessoa supõe que uma ação ou, em particular, uma medida de governo, está em conformidade com o princípio de utilidade, pode ser conveniente, para as finalidades do discurso, imaginar uma espécie de lei ou ditado, denominado uma lei ou ditado de utilidade; consequentemente, poderá ser conveniente dizer que a ação em pauta está em conformidade com tal lei ou ditado.” BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução Luiz João Baraúna. In *Os Pensadores*. 2. ed. São Paulo : Abril Cultural, 1979. p. 4.

próprio sistema penal, em claro prejuízo da finalidade ético-social de proteção subsidiária, fragmentária e de atuação mínima que deve necessariamente caracterizar o ramo do Direito pelo qual se opera a monopólio da violência e do poder punitivo do Estado, sob pena de regressão a modalidades de governo análogas ao absolutismo ou ao totalitarismo de Estado.

Nesse ponto, é preciso novamente destacar que os mais diversos integrantes da sociedade sofrem em diferentes graus os efeitos do Direito Penal, de forma diretamente proporcional ao grau de marginalização a que são submetidos nos processos sociais de associação ou dissociação em relação aos patamares impostos e aceitos pelos estamentos sociais dominantes. Os estamentos sociais dominantes, por sua vez, possuem ou encontram variados meios de operar impunidade diante do sistema penal, razão pela qual não se fragilizam diante de propostas expansionistas ou de terceira velocidade penal.

Já os representantes dos estamentos marginalizados, por sua vez, se mostram cada vez mais vulneráveis à seletividade e ao etiquetamento estatal, para deixarem sua condição de dignidade de pessoa de direito para figurar como autêntico objeto indesejado de direito, sujeito às mais variadas políticas de segregação e de higienização social.

E é por isso que se defende, plenamente, a legítima opção constitucional representada pelas políticas criminais harmonizadas com o *garantismo penal*,<sup>410</sup> que representa escolha pela mais ampla efetividade dos direitos e garantias fundamentais individuais de toda e qualquer pessoa em conflito com a lei penal.

---

<sup>410</sup> “Ferrajoli considera que o direito penal nasce da substituição de uma relação bilateral entre a vítima e o ofensor por uma trilateral, que coloca a autoridade judicial em uma terceira ou imparcial posição. [...] Dessa maneira, assevera Ferrajoli que o poder punitivo estaria sempre do lado do mais fraco: da vítima perante o delinquente e do delinquente diante da vingança. Seu *direito penal mínimo* seria um *programa de lei do mais fraco*. A pena seria legitimada sempre como o mal menor, devendo estabelecer-se a partir de um cálculo de custos: o custo do poder punitivo diante do da anarquia punitiva. Cumpre observar que Ferrajoli leva a cabo uma investigação – talvez a mais meticulosa do século XX – que permite uma revalorização completa do direito penal liberal e ilustrado.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4.ed. Rio de Janeiro : Editora Revan, 2011. p. 645-646. Para Karl Loewenstein, “[...] En un sentido ontológico, se deberá considerar como ‘el telos’ de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. Em este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso de poder [...]” LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona : Ediciones Ariel, 1986. p. 151.

Amplamente divulgada por Luigi Ferrajoli,<sup>411</sup> o *garantismo penal*<sup>412</sup> precisa então ser compreendido a partir de três diferentes acepções: a primeira designando um modelo normativo de direito, a segunda como teoria jurídica de normas e, a terceira, como filosofia política.<sup>413</sup>

O *garantismo* enquanto modelo normativo de direito, preconiza que o direito penal, enquanto modelo de estrita legalidade, se caracteriza como um modelo de poder mínimo; no plano político, como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade; e no plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do Estado em garantia dos direitos individuais dos cidadãos. Por via de consequência, então, será garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a esse modelo e o satisfaz de maneira efetiva.<sup>414</sup>

A segunda acepção designa o garantismo como uma teoria jurídica que distingue o dualismo das categorias de validade e de efetividade, e também as de existência e de vigência entre as normas. E nesse sentido, o garantismo pretende realizar uma aproximação teórica entre o ser e o dever-ser no direito, ainda dissociados entre si. A partir dessa aproximação também é preciso reconhecer, como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos, onde os modelos normativos (tendencialmente garantistas) demonstram uma relação de choque com os modelos de práticas operacionais (tendencialmente anti-garantistas), exigin-

---

<sup>411</sup> Há que se registrar que o garantismo encontra origem antes de Luigi Ferrajoli, em especial das teorias iluministas que mudaram paradigmas relacionados aos direitos humanos. Nesse sentido, “El modelo garantista en la justicia penal funge como un reforzo de los principios garantistas que dieron origen hace ya más de dos siglos al Derecho Penal moderno, más humanista e respetuoso de los derechos humanos. El modelo garantista en materia penal es herencia de la tradición libertaria del Iluminismo, esto es, cuando el Derecho Penal nació en respuesta a procesos inquisitivos propios de la Edad Media, en un momento en que la vida, integridad y dignidade de las personas ‘juzgadas’ no eran relevantes.” GRANT, José Zamora. *Justicia penal y derechos fundamentales*. México D.F. : Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012. p. 103-104.

<sup>412</sup> “O norte do garantismo penal de Ferrajoli, como já adiantado, concentra-se no descompasso existente entre os princípios garantistas constitucionais e a atuação efetiva do poder público durante a persecução penal que, por vezes, afasta-se da estrita observância das garantias ao acusado, no que se refere ao delito, ao processo e à pena. [...] Possui como meta a observação das garantias constitucionais aos acusados em processos criminais, evitando-se abusos, arbitrariedades e violações de direitos fundamentais durante a persecução penal.” ROCHA, Carina de Oliveira; ALVES, Daniel Limongi Alvarenga. *O garantismo penal: uma reflexão crítica a partir de Luigi Ferrajoli*. In *O direito penal e suas faces: da modernidade ao neoconstitucionalismo*. Organizador Edson Vieira da Silva Filho. Curitiba : Editora CRV, 2012. p. 64

<sup>413</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Traducción Perfecto Andrés Ibáñez, et al. Madrid : Editorial Trotta, 1995. p. 851-854.

<sup>414</sup> *Ibidem*. p. 851-852.

do uma interpretação de antinomia que subsiste entre validez (e inefetividade) dos primeiros, e efetividade (e invalidez) dos segundos.<sup>415</sup>

Em suma, o garantismo busca contribuir na fundação de uma teoria da divergência entre a normatividade e a realidade, entre direito válido e direito efetivo, tanto um como o outro reconhecidamente vigentes. E essa teoria apresenta, como resultado prático, o garantismo como uma doutrina jurídica de legitimação ou deslegitimação interna do Direito Penal, que reclama dos juízes e dos juristas uma constante tensão crítica das leis vigentes, enquanto causa do ponto de vista dúplice que a aproximação metodológica aqui sugerida implica na sua aplicação e desenvolvimento: o ponto de vista normativo ou prescritivo do direito válido e o ponto de vista fático ou descritivo do direito efetivo.<sup>416</sup>

Uma terceira acepção de garantismo, por fim, designa uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a carga da justificação externa, conforme os bens e os interesses cuja tutela e garantia constituem precisamente a finalidade de ambos. Nesse último sentido, portanto, o garantismo pressupõe uma doutrina laica de separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou seja, ente ser e dever-ser do Direito. E equivale à adoção de um ponto de vista exclusivamente externo, nos fins da legitimação e da deslegitimação ético-política do Direito e do Estado.<sup>417</sup>

Em conclusão, Luigi Ferrajoli também relaciona os elementos de uma teoria geral do *garantismo*, em explicação contida na transcrição de que:

Estas tres acepciones de “garantismo”, de las que hasta aquí he proporcionado una connotación solamente penal, tienen a mi juicio un alcance teórico y filosófico general que merece ser explicado. Delinean, efectivamente, los elementos de una teoría general del garantismo: el carácter vinculado del poder público en el estado de derecho; la divergencia entre validez y vigencia producida por los desniveles de normas y un cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior; la distinción entre punto de vista externo (o ético-político) y punto de vista interno (o jurídico) y la correspondiente divergencia entre justicia y validez; la autonomía y la precedencia del primero y un cierto grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes con respecto a él. Estos elementos no valen sólo en el derecho penal, sino también en los otros sectores del ordenamiento. Por consiguiente es también posible elaborar para ellos, con referencia a otros derechos fundamentales y a otras técnicas o criterios de legitimación, modelos de justicia y modelos garantistas de legali-

---

<sup>415</sup> *Ibidem.* p. 852.

<sup>416</sup> *Ibidem.* p. 852-853.

<sup>417</sup> *Ibidem.* p. 853.

dad – de derecho civil, administrativo, constitucional, internacional, laboral – estructuralmente análogos al penal aquí elaborado. Y también para ellos las aludidas categorías, en las que se expresa el planteamiento garantista, representan instrumentos esenciales para el análisis científico y para la crítica interna y externa de las antinomias y de las lacunas – jurídicas y políticas – que permiten poner de manifiesto.<sup>418</sup>

Embora seja a conjugação das três acepções que configuram a teoria geral do garantismo, é na primeira delas que encontramos as regras práticas de sua aplicação no sistema de direitos e garantias individuais mais fundamentais das pessoas. E é nesse sentido que deve ser reconhecida a interpretação que confira sempre a maior abrangência aos direitos fundamentais, e em especial aqueles de dimensão subjetiva e de índole negativa. Em outras palavras, toda interpretação conferida à relação de direitos fundamentais deve ser caracterizada como extensiva, e jamais restritiva, de modo a realizar o texto constitucional em sua plenitude.

Nunca é demais recordar que, em passado recente, o Brasil percebeu os graves efeitos das violações de direitos humanos em razão de período histórico caracterizado pelo exercício de poder ditatorial militar.<sup>419</sup> Do mesmo modo, o garantismo penal na Itália também evoluiu a partir de um contexto de violações a direitos humanos fundamentais, pois:

---

<sup>418</sup> *Ibidem*. p. 854. No mesmo sentido, Charles Howard McIlwain relembra que “cualquier ejercicio de autoridad por parte del gobierno más allá de tales límites es un ejercicio de ‘poder ilegítimo’. En todo Estado en el que de hecho no se observe la distinción entre constitución y gobierno no existe verdadera constitución, ya que la voluntad del gobierno carece de control, de modo que en realidad estamos ante un estado despótico.” McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Traducción Juan José Solozábal Echavarría. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 25.

<sup>419</sup> De um pronunciamento do então Deputado Federal Erasmo Dias: “Tem sido a tônica de quem prega a anistia, vez por outra, que em épocas outras a Nação teve crimes de sangue, a Nação assistiu à revolução armada, em que irmão contra irmão se digladiaram e vidas foram ceifadas. Mas há um ponto que é preciso que a Nação conheça, inclusive é tese defendida por Marighela no seu livro ‘O Guerrilheiro’, que era a bíblia e a cartilha dessa meia-dúzia de comunistóides que aqui se implantaram em 1968-1971, através dos VPRs, MR-8, ALNs, e que hoje têm tantos advogados os defendendo com pedido de uma anistia ampla e irrestrita. Pois bem, eles sempre defenderam e defendem isso até hoje. E se alguém duvidar, basta apenas uma consulta ao livro ‘A Esquerda Armada no Brasil’, editado por Antonio Carlos, com introdução de José Ibrahim, onde, textualmente, Wladimir Pereira, José Ibrahim, Pedro Lobo e Carlos Lamarca atestam a doutrina que serviu de base àqueles episódios tristes de 68 a 71, de que o fim justifica os meios, tão a gosto dos comunistas. Segundo eles, o comunista-terrorista que mata apenas pratica a justiça: o comunista-terrorista que rouba, apenas expropria. Ora, Excelência, elementos deste naipe, com esta ética e com esta moral, que foge e refoge aos princípios mais comezinhos de guerra até da época troglodita tiveram como comportamento base ceifar vidas e alienar patrimônios.” DIAS, Erasmo. *Segurança e defesa social: pronunciamentos, pareceres e projetos de lei apresentados pelo Deputado Erasmo Dias*. Centro de documentação e informação da Câmara dos Deputados. Brasília : Coordenação de Publicações, 1982. p. 12-13.

El contexto en el que evolucionó el garantismo penal en Italia estuvo caracterizado, por un lado, por una fuerte tradición del derecho escrito, lo cual centró su desarrollo en la definición legal del delito, y por el otro, por una práctica estatal autoritaria, producto de una democracia débil y una amplia gama de violaciones a los derechos humanos.<sup>420</sup>

Evidenciada a importância do garantismo enquanto teoria capaz de orientar e resguardar, de modo constitucionalmente legítimo, a plena efetividade dos direitos fundamentais, é necessário também reconhecer que o garantismo penal revela estreitas relações com o materialismo histórico marxista, que destaca os efeitos negativos do Direito Penal em sociedades desiguais como é o caso da sociedade brasileira e latino-americana de um modo geral.<sup>421</sup> Nesse sentido:

El materialismo da teoría marxista también está presente en el garantismo penal, si bien su influencia es mayor en la Criminología crítica de ascendencia sociológica; su huella destaca en la constatación de una sociedad desigual que, según el garantismo, “debía desarrollarse armónicamente con la presencia del Estado y del derecho como verdaderos artifices de esa sociedad tolerante y solidaria.”<sup>422</sup>

E nessa perspectiva é preciso lembrar que, no Brasil, parte da crise do Direito no Brasil e da inefetividade dos direitos fundamentais se confunde, ainda que parcialmente, com a crise da não superação do modelo liberal, conforme denunciado pela Criminologia Crítica e Radical e pelo próprio materialismo histórico marxista.

A partir da análise das cifras negras e douradas que traduzem em estatísticas a seletividade e o etiquetamento dos autores dos mais diversos tipos de crimes praticados no Brasil, se torna fácil perceber que são os legítimos representantes dos estamentos sociais dominantes quem efetivamente controlam o poder central do Estado, o Direito Penal e o seu respectivo sistema, enquanto mecanismo ideológico destinado à consecução dos interesses da classe burguesa.

<sup>420</sup> GRANT, José Zamora. *op. cit.* p. 107.

<sup>421</sup> “La idea que subyace en la perspectiva garantista, a diferencia de otras corrientes como el abolicionismo, es que en las sociedades donde se aprecia un alto índice de conflictividad y desigualdad social, como España e Italia, pero sobre todo em Latinoamérica, el Derecho Penal aún es necesario, pero en una forma nueva basada em ciertos principios que provienen de la reformulación de los axiomas clásicos del Derecho Penal liberal.” *Ibidem.* p. 108.

<sup>422</sup> *Ibidem.* p. 107. Sobre o assunto, Nicola Framarino dei Malatesta lembra que “o espírito humano pode chegar a esta crença da posse da verdade por diversos caminhos. E nos parece que nestes diversos caminhos pelos quais o espírito humano chega à conquista da certeza, são respostos os critérios subjetivos [...]” MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Vol. I. Tradução Waleska Giroto Silverberg. Campinas : Conan Editora, 1995. p. 22



Por isso é que se faz necessário redefinir a atuação do Estado, do Direito Penal e do seu respectivo sistema no que diz respeito a uma plena e efetiva realização da democracia e dos direitos fundamentais, uma vez que tem se prestado, especialmente no Brasil, ao contrário do que preconiza o ideal constitucional, a se apresentarem como meros mecanismos de repressão e de manutenção desse poder limitado à configuração de uma sociedade de classes, voltado à reprodução de uma ideologia determinada por representantes dos estamentos sociais dominantes que almejam a evidente manutenção do atual estado das coisas.

Tratando-se de um sistema penal que atua de modo comprometido pela ideologia burguesa, portanto, também é possível buscar em Michel Foucault algumas respostas acerca da normalização dos delinquentes e de todos aqueles que se mostram “dissociados do sistema vigente”, que são excluídos do sistema social mediante a segregação em instituições punitivas, como são os casos dos hospitais, asilos, escolas, prisões. Para Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

Vimos que a enorme amplitude que tem o controle social, que pode ser difuso (meios de massa, família, rumores, preconceitos, modas etc.) ou institucionalizado (escola, universidade, psiquiátrico, polícia, tribunais etc.). Dentro do controle social institucionalizado há uma forma punitiva que não se reduz ao formalmente punitivo (sistema penal), mas que abarca qualquer outro controle social que na prática opera punitivamente, em que pese o discurso não punitivo. Tal é o que frequentemente sucede com a psiquiatria ou com a institucionalização de velhos: entre instrumentos elétricos de tortura e eletrochoques não costuma haver muita diferença; a institucionalização de velhos pode ser uma ameaça punitiva contra a sua falta de produtividade. Ainda que sejam muitas as possíveis formas de controle social punitivo (realmente punitivo) com discurso não punitivo (formalmente não punitivo), cabe ter presente que sempre que o controle social opera por meio de institucionalização de pessoas (manicômios, asilos, orfanatos), se revela uma séria possibilidade de punição real que é necessário investigar.<sup>423</sup>

<sup>423</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.* p. 67-68. No mesmo sentido, “a burguesia dominante começou também a perceber a necessidade de um mínimo de instrução para a massa trabalhadora que se aglomerava nos grandes centros industriais. Os ‘ignorantes’ deveriam socializar-se, isto é, deveriam ser ‘educados’ para tornar-se bons cidadãos e trabalhadores disciplinados.” HARPER, Babette; *et al. Cuidado, escola!* 8. ed. São Paulo : Brasiliense, 1982. p. 29. Em complemento, Claudino Pilleti e Nelson Pilleti relembram que “ao lado da escola dos ricos, foi surgindo e se desenvolvendo a escola dos pobres, reforçando a segregação social existente. Enquanto os filhos dos pobres eram obrigados a contentar-se com a escola primária, os filhos dos ricos seguiam outro caminho, que dava acesso ao ginásio e ao ensino superior, privilégio da burguesia. Desapareceram os privilégios dos nobres, adquiridos pelo nascimento, mas em seu lugar estabeleceram-se os privilégios da burguesia, resultantes da riqueza.” PILLETI, Claudino; PILLETI, Nelson. *História da educação*. São Paulo : Ática, 1990. p. 98. Por fim, “segue-se que as diferenças associadas à trajetória social e ao volume do capital cultural herdado duplicam-se de diferenças que, sobretudo, são visíveis entre os membros da pequena burguesia – por sua vez, oriundos da pequena burguesia ou das classes populares (e, particularmente, representados na pequena burguesia estabelecida) –, refletem mudanças do estado das relações entre o sistema de ensino e a estrutura

É por isso que, investigados e identificados esses mecanismos institucionais totais, se verifica que os mesmos surgem como estruturas que, na verdade, apresentam como objetivo comum – via de regra – servir como válvulas de escape do sistema ideológico vigente, de modo que a pressão social interna desse mesmo sistema não aumente a ponto de permitir a ebulição de uma revolução violenta e uma tentativa de tomada ou subversão do poder.

Daí porque esses mecanismos de controle, esparsamente colocados a serviço da classe dominante e nos mais diversos setores do controle social podem ser compreendidos, em última análise, como mecanismos indiretos de exercício e de controle de poder, destinados a manter, promover e justificar a dominação dos estamentos sociais ligados à burguesia sobre a ampla massa dominada e, ainda mais especialmente, sobre as massas dissociadas e marginalizadas selecionadas pelos eficientes rótulos aplicados pelo sistema penal como um todo.

Assim é que, para Michel Foucault, um dos principais modos de se compreender a problemática do sistema jurídico se encontra na teoria na qual o controle social é exercido, em grande parte, por essas agências sancionadoras com a função de normalização, ou seja, com o objetivo de converter o delinquente ou a pessoa dissociada ao comportamento regular, reputado como lícito ou associado, conforme o desejo manifestado pelo Estado e pela sociedade.<sup>424</sup>

E a pena, nessa perspectiva, além de agir de forma normalizadora, voltada a uma (re)condução do indivíduo (adestramento ou docilização) para um padrão comportamental desejado,<sup>425</sup> tem também um caráter seletivo para atingir de forma eficiente apenas aqueles que devem ser normalizados, em autêntica gestão diferenciada da criminalidade que, por conta dessa mesma seletividade, acaba excluindo as classes dominantes de suas consequências e incluindo as classes dominadas em efici-

---

das classes sociais: a estes diferentes *modos de geração* correspondem relações diferentes com o sistema escolar que se exprimem em diferentes estratégias de investimento cultural não garantido pela instituição escolar – ou seja, de autodidaxia.” BOURDIEU, Pierre. *A distinção: Crítica social do julgamento*. Tradução Daniela Kern e Guilherme J. F. Teixeira. São Paulo : Edusp; Porto Alegre : Zouk, 2007. p. 80.

<sup>424</sup> FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 21. ed. Organização e tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro : Graal, 2005. p. 130-133. No mesmo sentido, os textos publicados na obra FOUCAULT, Michel. *Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo : Martins Fontes, 2001.

<sup>425</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução Raquel Ramalhete. 30 ed. Petrópolis : Vozes, 2005. p. 118 e 143.

entes medidas de punição e de sujeição social.<sup>426</sup> É onde se inserem, novamente, o tema relacionado aos desvios denunciados pelas cifras negra e dourada da criminalidade pesquisada pela Criminologia.

Daí porque é necessária uma visão mais ampla do significado do poder, para que ele seja compreendido também como mecanismo de sujeição, e não apenas como um simples instrumento de regulamentação, de disciplina, de hierarquia, de ressocialização ou de adequação do indivíduo dissociado.

Por isso é que o poder também se manifesta por intermédio dos aparelhos repressores e periféricos e dos aparelhos ideológicos do Estado, que conduz todos os sujeitos a um caminho determinado, de acordo com os interesses das classes dominantes e que se traduzem, em regra, na sujeição dos indivíduos dissociados, a mecanismos de alívio das pressões sociais e, sobretudo, à manutenção do atual sistema de concentração e distribuição de poder na sociedade pós-industrial liberal e burguesa. Assim, o exercício de poder ocorre de maneira bastante sutil, quase imperceptível, com a finalidade de manter sob controle o conflito social de classes.

E é exatamente aí que o Direito Penal e o seu respectivo sistema mostra sua faceta de ilegitimidade, ao atuar de modo a determinar, de forma seletiva, o lugar próprio das classes marginais, ou seja, excluídos do sistema social, forçando esses indivíduos dissociados a assumirem sua posição de inferioridade econômica, intelectual, social e política em relação aos demais homens de bem, que apresentam conduta dócil e plenamente associada, em um autêntico paradigma de homem liberal e burguês.

Assim, o Direito convencional se mostra estruturado sobre valores modernos e sobre paradigmas das ciências exatas, demonstrando uma finalidade fortemente relacionada à manutenção de uma sociedade controlada pela burguesia emergente,

---

<sup>426</sup> “As relações entre saber e poder são, em nossa concepção, intrínsecas. Lançando mão da noção de ‘poder disciplinar’, podemos compreender os saberes enquanto partes de estratégias de poder. Neste sentido, as ciências humanas (psicologia, psiquiatria, criminologia e outras) surgem historicamente como ponto de apoio para novas técnicas de gestão das massas humanas, capazes de controlá-las, fixá-las e de produzir indivíduos úteis do ponto de vista da produção e dóceis do ponto de vista político.” RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. 2. ed. Coleção Pensamento Criminológico. Vol. 8. Rio de Janeiro : Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2003. p. 15-16. No mesmo sentido, “as políticas governamentais envolvendo os ditos sem-terra, os índios e os negros transcendem os simples conflitos de terras. No momento em que o Supremo Tribunal Federal julga ação civil pública impetrada pelo Governo de Roraima sobre a demarcação de terras – contínuas ou não – para os índios daquele Estado, envolvendo questões relativas à propriedade privada, o que está em apreço e o que se julga na verdade é o embate entre suas civilizações.” BARRETTO, Nelson Ramos; CHAVES, Paulo Henrique. *30 anos depois: ofensiva radical para levar à fragmentação social e política da nação*. São Paulo : Editora Artpress, 2008. p. 110.

em uma estrutura de dominação de classes, protegendo e resistindo essa estrutura de dominação de toda e qualquer forma de mudança. Existe punição, de forma eficiente e eficaz, contudo, quando se trata principalmente (ou quase exclusivamente) dos crimes de sangue, dos crimes patrimoniais, dos crimes individuais, enfim, convencionais, em regra praticados pelos representantes dissociados e marginalizados da sociedade.

A crise da modernidade, portanto, se confunde com a própria crise do Direito.<sup>427</sup> A dominação, exercida de forma difusa na perspectiva de Michel Foucault, reage por meio da doutrina, da jurisprudência, da formação de operadores do direito, que reproduz as condições de manutenção do atual sistema de dominação, preservando os interesses das classes dominantes, mesmo quando envolvidos na ilícita exploração de negócios ou na ilícita exploração de valores e bens jurídico-penais constitucionais, como ocorre nas atividades típicas do crime organizado e seus membros, geralmente dotados de inegável status social.

E é aqui que se aponta a necessidade de uma releitura das dinâmicas do Direito Penal, que precisa de novas dinâmicas garantistas para ver responsabilizados os detentores dos mecanismos de poder, superando o aparato ideológico do Estado e do sistema penal para ver efetivamente tutelados os bens jurídico-penais constitucionais, dentro de uma perspectiva de plena efetividade dos direitos mais fundamentais das pessoas.

Emerge evidente, assim, certo grau de resistência em admitir pesquisas sobre novas dinâmicas para o sistema penal em relação à persecução de criminosos empresários ou dotados de status social integrantes de grupos criminosos organizados, ligados a crimes altamente lucrativos. E nessa mesma esteira, é igualmente evidente o expansionismo penal voltado a um crescente grau de eficiência na persecução

---

<sup>427</sup> “O estado de direito é um produto da *modernidade*. A noção de modernidade é filosófica e não meramente política nem muito menos ainda jurídica, o que torna Hegel o inevitável referente ideológico desses posicionamentos, na condição de autor que inaugurou a problematização filosófica da *modernidade*. Trata-se de um conceito não criado por Hegel, mas por ele explicitado com problemático. Sem detrimento de advertir sobre sua excessiva simplificação, é possível esquematizar o debate posterior, até o presente momento, como confronto entre *hegelianos de esquerda, de direita e anti-hegelianos*: a) para os primeiros, a modernidade seria *um projeto ainda não realizado*; b) para os segundos, *já realizado* e c) para os últimos, *irrealizável*. Dentro desse esquema, os primeiros estariam propensos a pelo menos *duvidar* da legitimidade da coerção penal; os segundos, a *legitimá-la* no contrato ou em restrita medida; e os últimos, a *retornar* à legitimação corporativa pré-moderna.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *op. cit.* p. 601-602.

criminal dos membros dissociados e marginalizados da sociedade, ligados a atividades criminosas mais convencionais ou mais afastadas das posições de status social.

Para além dos balizamentos ideológicos que buscam a manutenção do poder junto aos representantes das classes sociais dominantes, portanto, é preciso buscar reconfigurações das dinâmicas do Direito Penal para torná-lo menos seletivo e opressor, sem configurar sacrifício da sua eficiência, para atuar mais como mecanismo de defesa de bens jurídico-penais constitucionais e menos como mecanismo de defesa dos interesses de estamentos sociais detentores do poder, de modo a alcançar um Estado que se preste a realizar na plenitude os direitos fundamentais constitucionalmente escolhidos e que devem orientar as políticas democráticas sob uma perspectiva essencialmente garantista de Estado e de Direito.

Reconhecendo, enfim, que a racionalidade e que o modelo de Estado mudaram, a Constituição também passa a ter em suas propostas uma nova maneira de ver e tratar a tutela jurídica, em especial a penal, ou pelo menos deveria, pois, ao contrário do esperado e desejado, o legislador penal não só ignora a proposta vinculante da Constituição apegando-se ao modelo sancionador fundado no liberalismo individual normativista burguês como, também e ainda, adota uma posição expansionista voltada à terceira velocidade penal, ou as propostas relacionadas ao direito penal do inimigo, deixando o conceito de bem jurídico-penal constitucional relegado a planos secundários.

O caráter patrimonialista do sistema penal brasileiro permanece inegável, a par das perspectivas garantistas que devem conformar a plena efetividade dos direitos fundamentais. É preciso, portanto, superar a forte ideologia que deturpa o sistema penal<sup>428</sup> e a plena efetividade dos direitos fundamentais na sociedade pós-industrial contemporânea e ocidental do risco, para afastar os interesses sustenta-

---

<sup>428</sup> “A cultura dos direitos e garantias fundamentais é apresentada como causa e entrave ao funcionamento eficiente do sistema. Sem embargo, a produção de normas promocionais e de forte conteúdo simbólico em relação ao sistema repressivo ainda é a tônica dominante no campo político, chocando-se com a linha ideológica denominada de garantismo.” CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de emergência*. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2002. p.49. Para Pierre Bourdieu, “as entidades metafísicas (‘classe dominante’ ou ‘aparelho de Estado’) e as teorias puramente verbais, como as que fazem do Estado um aparelho onipotente aos serviços dos desígnios dos dominantes, cedem, desta maneira, o lugar a uma ciência rigorosa da concorrência pelo poder, em particular nas empresas ou nas administrações públicas, organismos capazes de concentrar e de redistribuir uma grande parte dos recursos disponíveis, graças ao poder sobre os meios materiais (sobretudo financeiros), institucionais (regulamentação das relações sociais) e simbólicos, que são controlados pelas autoridades administrativas.” BOURDIEU, Pierre. *Sociologia*. Tradução Paula Montero e Alcía Auzmendi. São Paulo : Ática, 1983. p. 43.

dos pela matriz liberal individual normativo-burguesa que se presta, ideologicamente, à manutenção das configurações do exercício e do monopólio do poder nas mãos de legítimos representantes de classes sociais dominantes e dotadas de status social.<sup>429</sup>

E o caminho,<sup>430</sup> por óbvio, se desenha a partir de uma legítima conformação constitucional dessas novas dinâmicas, definidoras dos reais bens jurídico-penais constitucionais a serem tutelados sob uma necessária estrutura garantista,<sup>431</sup> de modo a garantir um necessário compasso de evolução em direção à plena efetividade dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente consagrados.

Esse caminho deverá se caracterizar, ainda, por uma tutela democrática dos bens jurídico-penais constitucionais que, em última análise, responsabilizará os criminosos de forma diferente da atual<sup>432</sup> e de modo amplamente democrático,<sup>433</sup> com-

---

<sup>429</sup> “O protótipo do criador de regras, mas não a única variedade [...], é o reformador cruzado. [...] É apropriado pensar em reformadores como cruzados porque eles acreditam tipicamente que sua missão é sagrada. [...] Como diz Gusfield, ‘o reformismo moral desse tipo sugere um modo de aproximação de uma classe dominante com relação aos menos favoravelmente situados na estrutura econômica e social.’ Cruzados morais querem, de modo típico, ajudar os que estão abaixo deles a alcançar um melhor status. Outra questão é saber se os que estão abaixo deles gostam sempre dos meios propostos para sua salvação. Mas esse fato – que as cruzadas morais são em geral dominadas por aqueles situados nos níveis superiores da estrutura social – significa que eles acrescentam ao poder que extraem da legitimidade de sua posição moral o poder que extraem de sua posição superior na sociedade.” BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 2008. p. 153-155.

<sup>430</sup> “O ceticismo político surge pela dificuldade de incorporação dos novos valores constitucionais, vistos com desconfiança e como uma diminuição do potencial repressivo, vez que alargado o rol de garantias. A superação desse quadro não é fácil e demanda, acima de tudo, uma nova postura diante do processo penal, que passa, entre outros pontos, por uma nova forma de interpretá-lo.” CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3. ed. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006. p. 15.

<sup>431</sup> “A reforma processual se realiza no sentido de uma limitação do poder de acusação pública e do poder de arbítrio do juiz. Como se tem reafirmado constantemente, um dos grandes méritos do direito clássico é em se constituir, por sua própria natureza, numa garantia e numa barreira contra a intervenção abusiva do poder, seja lá qual for.” ANCEL, Marc. *A nova defesa social: um movimento de política criminal humanista*. Tradução Osvaldo Melo. 2. ed. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1979. p. 52.

<sup>432</sup> No sentido de desapego a subjetivismos ou influências ideológicas voltadas a interesses particulares ou de grupos sociais em particular.

<sup>433</sup> “O mito da igualdade quebra e já não agora a partir de pressupostos marxistas ou subversivos, senão desde a mera observação empírica da aplicação da lei. A contradição entre os princípios filosófico-políticos exaltados desde a Revolução Francesa – o da Igualdade e o da Legalidade, por exemplo – e sua aplicação discriminada pela lei é tanto mais grave quanto o ordenamento jurídico não é tampouco igualitário: a classe dominante exerce uma influência decisiva sobre a configuração das estruturas das leis e em particular sobre a estrutura da lei penal.” JENÉ, Carles Viladas. A delinquência econômica. In *O pensamento criminológico II: estado e controle*. Tradução Roberta Duboc Pedrinha e Sergio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro : Editora Revan, 2015. p. 333. No mesmo sentido, “a reprodução da força de trabalho exige não só uma reprodução da qualificação desta, mas, ao mesmo tempo, uma reprodução da submissão desta às regras da ordem estabelecida, isto é, uma reprodução da submissão desta à ideologia dominante para os operários e uma

batendo tanto quanto possível os negativos efeitos utilitaristas e seletivistas do sistema penal, retribuindo o crime em razão das condutas praticadas em prejuízo dos bens jurídico-penais constitucionais, em vez de se limitar à normalização ou à condição social dos agentes envolvidos em crimes.

3.3. A necessária construção de agências adequadas à nova criminalidade: a legitimidade constitucional de novas agências especializadas no combate ao crime organizado no Brasil.

Uma nova dinâmica proposta ao sistema penal, necessariamente conformada por uma perspectiva de legitimidade constitucional balizada pelo garantismo e pela mais plena efetividade dos direitos fundamentais, tanto em sua índole ambivalente como no seu duplo caráter dimensional, passa a ser exigida do Estado em face da proibição da insuficiência no direito fundamental à segurança, em face do novo modelo de criminalidade identificado como crime organizado.

Na busca por dinâmicas voltadas a uma prevenção e a uma repressão mais eficientes em relação aos ataques a bens jurídico-penais constitucionais consumados através de atividades típicas de criminalidade organizada, admitida enquanto nova modalidade de crime que surge a partir das complexidades inerentes à sociedade pós-industrial, ocidental e contemporânea do risco,<sup>434</sup> é preciso recusar, de antemão, qualquer proposta relacionada a um puro expansionismo penal voltado à legitimação de um Estado de polícia,<sup>435</sup> em negação aos direitos humanos funda-

---

reprodução da capacidade para manejar bem a ideologia dominante para os agentes da exploração e da repressão, a fim de que possam assegurar também, 'pela palavra', a dominação da classe dominante." ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Tradução Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa : Editorial Presença, 1970. p. 21-22.

<sup>434</sup> "Não há possibilidade de incluir os tipos modernos na estrutura do Direito Penal tradicional, por entender que as transformações pelas quais passa essa área atualmente estariam levando-a ao esgotamento de suas possibilidades de atualizar-se. A perspectiva iluminista que embasa o Direito Penal clássico estaria hoje esgotada e inclusive ameaçando inverter-se, em um processo que denomina *dialética da modernidade* [...]. Isso significa que os princípios fundadores do Direito Penal liberal acabam representando barreiras para a sua modernização ou, no limite, justificam uma atuação socialmente disfuncional, como identifica no caso dos bens jurídicos: como já mencionado, o princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos deixa de ser um limite à criminalização e passa a dar impulso à criação de novos tipos delitivos." OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *op. cit.* p. 37.

<sup>435</sup> "O direito penal antropológicamente fundado deve assumir, também, os dados da realidade social, em que grupos e pessoas colidem, conforme seus interesses, ao pretenderem subjugar outros grupos e pessoas (transpersonalismo), ao atentarem contra o princípio democrático (rechaço à autodeterminação), ao violentarem a consciência alheia (coisificação) e, às vezes, a aniquilarem fisicamente, a

mentais e à própria ideia de Constituição e de Estado de Direito que dela deriva. Nesse sentido, é preciso lembrar que:

O discurso político criminal contemporâneo é outro. Deixa de ver o Direito Penal como limite à intervenção arbitrária do Estado, e passa a considerá-lo aliado de uma sociedade temerosa dos riscos e ameaças tecnológicas e humanas. O medo do delito é um novo paradigma de debate sobre a política pública criminal. Nesse sentido, Hassemer menciona que o Estado não é mais o *Leviathan*, mas um parceiro no combate à criminalidade e aos riscos da sociedade moderna; e os direitos humanos fundamentais, objeto de proteção constitucional, já não são direitos de proteção contra o Estado, mas um obstáculo à eficiência do Direito Penal. [...] Esse processo seria, em parte, reflexo da desorientação político criminal proveniente do medo diante do risco: a perda da confiança nos instrumentos estatais de controle que alimentam a demanda pelas penas e controle de riscos.<sup>436</sup>

Daí porque é necessário, a partir do reconhecimento das complexidades<sup>437</sup> e das mudanças<sup>438</sup> próprias da sociedade pós-industrial, ocidental e contemporânea do risco, que se formulem novas dinâmicas e novas respostas a partir de um sólido balizamento constitucional, necessariamente harmônicas com os preceitos do garantismo penal.

---

outrem ou seu grupo (extermínio). Embora essas tendências nem sempre sejam articuladas ideologicamente e, em que pese os grupos manterem, com frequência, relações ambivalentes, o conjunto de antagonismos encerra impulsos negativos para o estado de direito, ou seja, pulsões para o de polícia. Tendo em vista que o estado de direito não pode legitimar o estado de polícia (seria uma contradição escandalosa), o estado real deve exercer seu poder de modo a reduzi-lo e a controlá-lo; será função das agências jurídicas exigir do estado real a submissão ao princípio regulador do estado de direito, o que implica uma norma ética do exercício de poder a serviço da pessoa (autônoma e consciente).” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *op. cit.* p. 656.

<sup>436</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *op. cit.* p. 44-45.

<sup>437</sup> “Pois que ultrapassado pela alta complexidade estrutural, dimensional e intencional das sociedades actuais, a suscitar um mundo de questões novas, e atingido pela radical mutação dos referentes axiológicos e culturais que iriam nos seus pressupostos, o direito existente e o seu sistema (na sua índole normativa, nos seus modelos dogmáticos, nas suas possibilidades institucionais) revelar-se-ia *normativamente inadequado* (nas respostas ou soluções pedidas pelas novas questões, respostas ou soluções que ele verdadeiramente já não daria) e *institucionalmente ineficiente* (na sua estrutural funcionalidade e na própria capacidade institucional de resposta, na sua judicativa capacidade decisória ou sequer de absorção de conflitos), a determinar assim a carência de um outro mais adequado e apetrechado direito.” NEVES, António Castanheira. *O Direito hoje e com que sentido: o problema actual da autonomia do direito*. Coleção Pontos de Vista 1. Lisboa : Instituto Piaget, 2002. p. 10.

<sup>438</sup> “Por volta de 2025, Estados-Nações não serão mais os únicos – e quase sempre os mais importantes – atores do palco mundial, e o ‘sistema internacional’ terá mudado para acomodar a nova realidade. Mas a transformação será incompleta e desigual. Apesar de os Estados desaparecerem da cena internacional, o *poder relativo* de vários atores que não são Estados – entre os quais segmentos de negócios, tribos, organizações religiosas e até mesmo redes criminosas – irá aumentar, conforme tais grupos influenciam as decisões sobre uma gama cada vez maior de temas sociais, econômicos e políticos.” CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY OF UNITED STATES OF AMERICA. *O novo relatório da CIA: como será o mundo de amanhã*. Tradução de Claudio Blanc. 2. ed. São Paulo : Geração editorial, 2012. p. 165.



É exatamente por isso que “a eticidade do direito penal se impõe como consequência de que o instrumento jurídico de contenção do estado de polícia, e do conseqüente fortalecimento do estado de direito, não pode andar separado da ética, sob pena de perder a sua essência”,<sup>439</sup> enquanto que, “para proteger os valores elementares da vida comunitária, o direito penal deve saber que não regula o poder punitivo, mais sim pode apenas – e deve – contê-lo e reduzi-lo, para que não se amplie aniquilando tais valores.”<sup>440</sup>

Relembrando que o reconhecimento de um novo modelo de criminalidade organizada não implica a negação, superação ou substituição de um modelo convencional de crime, que efetivamente coexiste com o novo modelo que surge a partir das complexidades inerentes a uma sociedade pós-industrial, ocidental e contemporânea do risco. Nesse sentido, o constitucionalismo, o Estado, a sociedade e o Direito Penal precisam se conformar, harmonicamente, a partir da realidade histórica do seu tempo, de modo a assegurar a plena efetividade normativa dos direitos e garantias mais fundamentais que consagram o Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Ferdinand Lassale:

A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição.<sup>441</sup>

E nesse contexto é preciso advertir que toda proposta expansionista, com reflexo persecutório penal mais eficiente deve, sempre e necessariamente, considerar com seriedade os potenciais reflexos ideologicamente negativos a que poderá servir, considerando a própria manipulação do Direito Penal e seu respectivo siste-

---

<sup>439</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *op. cit.* p. 657. No mesmo sentido, “O Direito, para ser duradouro, tem que se assentar em vigas éticas firmes. O Direito é um conjunto normativo eminentemente ético e é por isso que é acatado e respeitado. Ele existe em função de alguns valores, hoje postos explicitamente no frontispício da nossa CF (dignidade do ser humano, justiça, igualdade, liberdade, segurança etc.).” GOMES, Luis Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. *Nova lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 196.

<sup>440</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *op. cit.* p. 657.

<sup>441</sup> LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Tradução Walter Stöner. 3. ed. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1988. p. 25.

ma como mecanismo de controle e de exercício poder manipulado por classes sociais dominantes em detrimento de classes sociais dominadas.

Essa consideração é tarefa difícil – senão impossível – quando consideradas as próprias peculiaridades relacionadas ao grau de alienação jurídica, política, econômica, cultural e social que definem a ideologia de dominação vigente sobre as sociedades latino-americanas e, especialmente, sobre o Brasil de um modo geral.

Mas dentre as propostas expansionistas do Direito Penal, onde se debatem a edição de novos tipos penais de punição sobre riscos (tipo penal de perigo), tipos penais desvinculados da necessária tutela de bens jurídico-penais constitucionais (punições morais ou simbólicas), mitigação de direitos e garantias fundamentais (terceira velocidade do Direito Penal), sem prejuízo de outros exemplos, é preciso buscar dinâmicas constitucionalmente legítimas, que sejam introduzidas no sistema criminal de modo harmônico com o garantismo penal e com a plena efetivação dos direitos fundamentais, sob pena de fomentar retrocesso jusfundamental.<sup>442</sup> Eficiência alcançada mediante o sacrifício de direitos fundamentais não é solução, mas sim grave problema.

E nesse contexto é que emerge, como nova dinâmica possível, a estruturação de uma nova agência de controle regulamentada voltada à prevenção e repressão de atividades criminosas organizadas, considerando a necessidade do Estado em melhor organizar agentes e recursos para combater, de forma mais eficiente, as estruturas criminosas organizadas que atuam em território nacional e, não raro, internacional.

É evidente que tal proposta deve encontrar sólido amparo constitucional, pressupondo regulamentação especial sobre a matéria que deverá reger toda e qualquer competência a ser desenvolvida pela nova agência a ser criada em território nacional.

Nesse sentido, é elucidativa a motivação da própria Emenda Constitucional de nº 19/98, que alterou o art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil,

---

<sup>442</sup> “Há [...] evidente conectividade ou conexão entre os direitos de liberdade e os direitos sociais. Os direitos de liberdade também dependem em grande parte de prestações do Estado, especialmente normativas e organizacionais (v.g. segurança pública). [...] Daí a integração entre os direitos de liberdades e os direitos sociais, sendo que a interconectividade impacta sobre o princípio da proibição de retrocesso jusfundamental, na medida em que explicita a aplicação desse princípio a todos os direitos fundamentais, indistintamente. [...]” RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *op. cit.* p. 32.

que incluiu expressamente a eficiência no rol de princípios a serem observados pela Administração Pública no Brasil. Nesse sentido:

A atividade da Administração Pública deve ter em mira a obrigação de ser eficiente. Trata-se de um alerta, de uma advertência e de uma imposição do constituinte derivado, que busca em Estado avançado, cuja atuação prime pela correção e pela competência. Não apenas a perseguição e o cumprimento dos meios legais e aptos ao sucesso são apontados como necessários ao bom desempenho das funções administrativas mas também o resultado almejado. Com o advento do princípio da eficiência, é correto dizer que a Administração Pública deixou de se legitimar apenas pelos meios empregados e passou – após a Emenda Constitucional n. 19/98 – a legitimar-se também em razão do resultado obtido. [...] Por essa razão, sem descurar do interesse público, da atuação formal e legal do legislador, o constituinte derivado pretendeu enfatizar a busca pela obtenção de resultados melhores, visando ao atendimento não apenas da necessidade de controle dos processos pelos quais atua a Administração mas também da elaboração de mecanismos de controle dos resultados obtidos.<sup>443</sup>

Assim, o que se pretende apontar como nova dinâmica possível é a cooperação<sup>444</sup> necessariamente regulamentada entre agentes e instituições constitucionalmente legitimadas a atuar em âmbitos de competência pré-definidos, em atividades previamente definidas por lei e a partir do próprio texto constitucional, de modo a

---

<sup>443</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *et al. op. cit.* p. 866-867. Em complemento, “o último princípio expresso no caput do art. 37 é o da eficiência, que também abarca dois entendimentos possíveis: tange ao agente público, que não pode atuar amadoristicamente, devendo buscar a consecução do melhor resultado possível, como também diz respeito à forma de organização da Administração Pública, que deve atentar para os padrões modernos de gestão ou administração, vencendo o peso burocrático, atualizando-se e modernizando-se.” ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2002. p. 15.

<sup>444</sup> Nesse sentido, John Rawls apresenta importante esclarecimento acerca da cooperação (social), que também pode ser melhor compreendida no sentido do *sinergismo*. Deste modo: “2. Podemos especificar melhor a ideia de cooperação social destacando três de seus elementos: a. A cooperação é distinta da mera atividade socialmente coordenada, como, por exemplo, a atividade organizada pelas ordens decretadas por uma autoridade central. A cooperação é guiada por regras e procedimentos publicamente reconhecidos, aceitos pelos indivíduos que cooperam e por eles considerados reguladores adequados de sua conduta. b. A cooperação pressupõe termos equitativos. São os termos que cada participante pode razoavelmente aceitar, desde que todos os outros aceitem. Termos equitativos de cooperação implicam uma ideia de reciprocidade: todos os que estão envolvidos na cooperação e que fazem sua parte como as regras e procedimentos exigem, devem beneficiar-se da forma apropriada, estimando-se isso por um padrão adequado de comparação. Uma concepção de justiça política caracteriza os termos equitativos de cooperação. Como o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, esses termos equitativos são expressos pelos princípios que especificam os direitos e deveres fundamentais no interior das principais instituições da sociedade e regulam os arranjos da justiça de fundo ao longo do tempo, de modo que os benefícios produzidos pelos esforços de todos são distribuídos equitativamente e compartilhados de uma geração até a seguinte. c. A ideia de cooperação social requer uma ideia de vantagem racional ou o bem de cada participante. Essa ideia de bem especifica o que aqueles envolvidos na cooperação, sejam indivíduos, famílias, associações ou até mesmo governos de diferentes povos, estão tentando conseguir, quanto o projeto é considerado de seu ponto de vista.” RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Dinah Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo : Ática, 2000. p. 58-59.

otimizar as atuações dos agentes e instituições que hoje atuam no sistema criminal de modo segmentado e dissociado em relação aos seus objetivos comuns, no que especialmente se refere à prevenção e à repressão no combate ao crime organizado.

A integração dos agentes e das instituições do Estado em agências de controle, ademais, não pode ser encarada como novidade, máxime quando considerados os próprios avanços da ciência da Administração, cujos conceitos já se prestaram neste trabalho para definir a estrutura da própria criminalidade organizada. Nesse sentido, a cooperação organizada entre agentes e instituições na forma de agência que integra a própria Administração Pública revelaria uma desejada faceta de eficiência<sup>445</sup> do Estado, expressamente determinada a partir do art. 37 do texto constitucional, sendo certo que essa eficiência criminal permaneceria guardando legitimidade com todo o arcabouço constitucional que deve necessariamente o conformar.

Ainda da ciência da Administração, é possível apontar um importante efeito que decorre da cooperação entre agentes e instituições de forma mais organizada e integrada, máxime em prol de objetivos previamente definidos e declaradamente comuns, que é o *sinergismo*,<sup>446</sup> onde:

Sinergia é o esforço simultâneo de vários órgãos em benefício de uma mesma função. Uma das fortes razões para a existência das *organizações* é o seu efeito *sinérgico* ou *sinérgico*, isto é, o resultado de uma organização pode diferir em quantidade ou em qualidade a soma dos insumos. [...] Da mesma forma, cada participante da organização espera que os benefícios pessoais de sua participação em uma organização sejam maiores do que seus custos pessoais de participação. Neste sentido, também as organizações produzem valor através do *efeito sinérgico*. De um modo global, os recursos materiais, financeiros e humanos – quando considerados como *fatores de produção* – geram riqueza através da *sinergia organizacional*. A *perspectiva sistêmica* mostra que a organização deve ser administrada como um todo complexo. O presidente de uma organização deve ser um perito em totalidade e não simplesmente um coordenador geral de diversas áreas.<sup>447</sup>

<sup>445</sup> “Estabelecido que o delito é um ato ineficiente, a questão é como fazer frente à sua realização tratando, ao menos, de reduzir sua frequência a fim de que, no conjunto, o sistema seja o mais eficiente possível.” SANCHÉZ, Jesús-María Silva. *Eficiência e direito penal. Coleção Estudos de Direito Penal. vol. 11*. Tradução Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri : Manole, 2004. p. 10.

<sup>446</sup> “O *sinergismo* significa o efeito multiplicador da combinação dos recursos, pois os recursos utilizados conjugadamente produzem um efeito maior do que simplesmente a sua soma. Daí a necessidade de um sistema de resultados globais previamente definidos por divisões, por departamentos etc. – convergindo os objetivos em uma direção única.” CHIAVENATO, Idalberto. *op. cit.* p. 370.

<sup>447</sup> *Ibidem.* p. 771-772.

Essa dinâmica também se mostra bastante utilizada em outras áreas de atuação do Estado, com destaque ao sistema de comando de incidentes relacionado a emergências, catástrofes, desastres, incêndios, terremotos e diversas outras situações que demandam a atuação integrada de diversos agentes e instituições privadas e/ou públicas.

No que se relaciona à aplicação criminal, há que se destacar a experiência do sistema de forças-tarefa utilizado pelo Estado norte-americano, exatamente no combate aos grupos criminosos organizados. Essa concreta experiência estrangeira, ademais, e em que pese as insondáveis diferenças que contextualizam a diferente realidade entre os Estados Unidos da América e o Brasil, permite que seja analisada uma proposta legal e conceitual a partir das experiências levadas a efeito naquele país, onde a dinâmica se encontra vigente e com resultados práticos passíveis de análise e crítica a partir da sua concreta utilização na prevenção e repressão às atividades criminosas organizadas. Nas palavras de Marcelo Batlouni Mendroni:

Os grupos denominados *task-force* (força-tarefa) são considerados pelos agentes norte-americanos o melhor sistema para o efetivo combate às organizações criminosas. Concebidos sob a ideologia da mútua cooperação entre os diversos órgãos de persecução detentores de atribuições variadas para a atuação na área penal, reúnem-se e passam a trabalhar em conjunto, com unidade de atuação e de esforços, com o direcionamento para a investigação, análise e iniciativa de medidas coercitivas voltadas para o dismantelamento das estruturas criminosas, utilizando-se dos mais variados instrumentos de investigação e mecanismos legais. Trata-se de esforço concentrado, harmonioso e direcionado para o objetivo comum da luta contra a criminalidade.<sup>448</sup>

A partir dessa compreensão preliminar sobre grupos de força-tarefa, é preciso destacar que os agentes e instituições que atuam nesses grupos, em regra, não deixam de exercer suas respectivas competências, considerando a indissolúvel vinculação (para efeitos de força-tarefa) à função pública na qual o respectivo agente se encontra regular e constitucionalmente instituído.

O conjunto de competências e de atribuições de todo e qualquer agente público que atue em grupo de força-tarefa, nessa hipótese, permanece essencialmente inalterada, exceto pelo novo e reconfigurado objetivo que buscará traçar a *sinérgica* atuação dos membros do grupo, tudo em prol das novas metas que lhes sejam comuns a partir desse novo e reconfigurado objetivo voltado à prevenção e repressão

---

<sup>448</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. *op. cit.* p. 98.

às atividades criminosas organizadas. Assim, “força-tarefa não é mais do que uma força conjunta, união de esforços, uma reunião de grupo de trabalho que tem as suas diretrizes preestabelecidas e organizadas.”<sup>449</sup> Nesse mesmo sentido:

É preciso que se entenda a Justiça como um todo, apenas divisível por obra de um modelo escolhido. Assim, a Polícia Militar previne e prende, a Polícia Civil investiga e apura, o Ministério Público denuncia e o Judiciário julga. São as fases do que se denomina persecução penal. Cada país elege seu modelo de persecução, a mais das vezes, observando a experiência que detém em dado momento histórico da sua evolução jurídica ou, por vezes, optando por modelos já conhecidos; de qualquer forma, não deixa de ser uma escolha política.<sup>450</sup>

Essa dinâmica forma de atuação eficiente, integrada e organizada em forma de nova agência, capaz de reunir agentes e instituições que já integram o sistema criminal brasileiro, ademais, também parte da expressa e efetiva redação conferida ao inciso VIII, do art. 3º, da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, que prevê em seu capítulo II, que trata “da investigação e dos meios de obtenção de prova”, onde:

Art. 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: [...]  
VIII – cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.<sup>451</sup>

É preciso lembrar, sempre, que toda a atuação deve ser regida pela mais estrita observância ao amplo princípio da legalidade, interpretando os direitos e garantias fundamentais na sua mais plena esfera de vigência e efetividade, não havendo que se admitir qualquer flexibilização de direito material ou formal em razão dessa atuação integrada entre os integrantes do sistema penal.

Nesse sentido, a almejada eficiência deve ser alcançada a partir do *siner-gismo* decorrente da integração das técnicas e do conhecimento agregado pelos agentes e instituições, que poderão operar melhores técnicas de investigação e de

<sup>449</sup> *Idem.*

<sup>450</sup> FREYESLEBEN, Márcio Luis Chila. *O ministério público e a polícia judiciária: controle externo da atividade policial*. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 25

<sup>451</sup> BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. *Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências*. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm)>. Acesso aos 07.01.2016.

produção de provas, observando sempre os balizamentos impostos pelos direitos e garantias fundamentais de defesa. Assim, é preciso advertir que as funções de cada agente devem conservar o respeito das suas constitucionais competências e atribuições, não havendo espaço para qualquer desvio de atuação ou de poder nesse sentido. Interpretação diversa, aliás, corroboraria situação de flagrante desrespeito à legislação e à Constituição, em situação não conformada pelo Estado de Direito. Nesse sentido:

Ainda que se tenha uma organização da esfera de combate e prevenção ao crime organizado, atualmente um dos principais focos de insegurança na sociedade tem origem neste tipo de criminalidade. Entretanto, ao analisarmos a evolução das leis e as tendências político-criminais neste campo, custa discernir que estas respondam as novas necessidades objetivas de proteção ou se são fruto de uma demanda social desmensurada e irracional de punição, gerada por um poder político que se vê apertado para gerir empiricamente o desafio de novas formas de criminalidade.<sup>452</sup>

A pretendida eficiência das dinâmicas do sistema penal, portanto, não deve ser alcançada mediante a distorção de qualquer preceito legal ou constitucional, nem tampouco mediante desvio de funções de qualquer agente ou instituição que atue no sistema criminal.

Deste modo, a proposta pela agência deve integrar metas, operações e objetivos, jamais as competências ou atribuições constitucionais. Em outras palavras, significa dizer que, não é porque a Polícia Judiciária e o Ministério Público cooperam em grupo comum que um Promotor Público poderá presidir inquéritos policiais ou que um Delegado de Polícia poderá oferecer denúncia. Os agentes e instituições, portanto, devem conservar e exercer a exata parcela de competência e atribuição que lhes são conferidas, na exata medida do amparo legal e constitucional conferidos a cada qual.

Qualquer hipótese diversa conduz a uma insanável ilegitimidade do grupo de força-tarefa, que passaria então a atuar à margem da lei e de modo extraordinário em relação ao arcabouço legal e constitucional que rege a estrita atuação do Estado em matéria criminal. Isso porque os agentes e instituições acumulariam um cabedal insondável de competências e atribuições extraordinárias, criando cargos e funções

---

<sup>452</sup> CALLEGARI, André Luís; MELIÁ, Manuel Cancio; BARBOSA, Paula Andrea Ramírez. *Crime organizado: tipicidade – política criminal – investigação e processo: Brasil, Espanha e Colômbia*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 15.

extraordinárias em relação a todas as outras existentes e regulamentadas pelo Estado Democrático e Constitucional de Direito, acumulando poderes irrefreáveis dentro de um sistema criminal que se pretende mínimo, garantista e voltado à mais plena efetivação dos direitos e garantias individuais e fundamentais.<sup>453</sup>

Daí porque é preciso afastar a atuação desses grupos de força-tarefa e regulamentar uma agência de atuação constitucionalmente legítima e adequada, de modo a estruturar, ainda que minimamente, a harmônica cooperação dos agentes e das instituições envolvidas no combate às atividades típicas de criminalidade organizada.

É preciso registrar neste ponto que o presente trabalho também parte de uma experiência que já transforma a realidade do sistema criminal brasileiro, configurando proposta de estruturação não isenta de críticas, que é aquela que compreende o projeto identificado como G.A.E.C.O. (Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado), enquanto projeto executado pelo Ministério Público no Brasil. De antemão, é preciso reconhecer que o G.A.E.C.O. é espécie do qual a força-tarefa seria gênero.

A proposta do G.A.E.C.O., portanto, parte do reconhecimento jurisprudencial<sup>454</sup> de que o Ministério Público no Brasil é instituição apta para integrar coordenação de investigações de natureza penal no Brasil,<sup>455</sup> desde que, logicamente, sejam

---

<sup>453</sup> “À política criminal assinalava ele [*Franz v. Liszt*] os métodos racionais, em sentido social global, do combate à criminalidade, o que na sua terminologia era designado como a tarefa social do direito penal, enquanto ao direito penal, no sentido jurídico do termo, competia a função liberal-garantística de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da voracidade do Estado ‘Leviatã’.” ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro : Renovar, 2000. p. 02-03.

<sup>454</sup> Frise-se a recente decisão de repercussão geral proferida pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro, no RE 593727, de 18.05.2015 que, por maioria, reconheceu o poder de investigação do Ministério Público, afirmando tese de que a Instituição dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade - sempre presente no Estado democrático de Direito - do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição. No mesmo sentido, Hugo Nigro Mazzilli afirma que, “hoje, o Ministério Público é assaz diversificado. Na esfera criminal, pode investigar diretamente as infrações penais, bem como tem o mister de promover em juízo a apuração dos delitos e a responsabilização dos seus autores, zelando pelos interesses gerais da sociedade.” MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1991. p.11.

<sup>455</sup> Não será tratado, nesse trabalho, sobre a (i) legitimidade do poder investigatório criminal do Ministério Público no Brasil, embora seja necessário registrar nosso posicionamento no sentido de que a Constituição reserva, expressamente, a competência privativa das Polícias Judiciárias para presidir



observados todos os direitos e garantias fundamentais que assistem a qualquer pessoa sob investigação e, também e ainda, as exigências relacionadas, principalmente, à ampla defesa dos investigados e ao devido processo legal, sem prejuízo de outras.

A partir desse reconhecimento jurisprudencial, o G.A.E.C.O. encontra regulamentação no âmbito interno do próprio Ministério Público, considerando o conjunto de resoluções que tratam da matéria no âmbito federal e dos Estados.<sup>456</sup>

Abstraídas e superados os questionamentos que permeiam as vaidades e as relações de poder que envolvem a política de investigação pelo Ministério Público no Brasil em torno do G.A.E.C.O.,<sup>457</sup> a proposta revela o esboço, bastante incompleto e desestruturado, de uma dinâmica viável de eficiência para o sistema criminal, desde que, nos exatos termos proferidos na decisão do RE 593727, de 18.05.2015, do STF, sejam estritamente observados todos os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos.

---

investigações penais sobre crimes comuns em território nacional. Isso porque, caso seja admitida interpretação diversa, seria também admitida uma teratológica seletividade de casos convenientes e inconvenientes passíveis (ou não) de apuração, assim definidos a partir de aleatórios critérios de escolha por parte das mais diversas instituições estatais. E sem prejuízo de tantos outros argumentos que culminam, enfim, na atual estrutura de Estado disposta no art. 144, com respectivos incisos e parágrafos, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que define expressamente as competências e atribuições afetas ao sistema de segurança pública brasileiro, na qual definitivamente não se insere o Ministério Público.

<sup>456</sup> Cada Estado da federação possui sua própria regulamentação. No Estado de Minas Gerais, por exemplo, o G.A.E.C.O. se estruturou aos 13.12.2013, através da Resolução PGJ nº 92; As respectivas Unidades Regionais do Estado, por sua vez, criadas em 05.05.2014, pela Res. PGJ nº 47; e o Regimento interno publicado, finalmente, no DOE de 28.05.2014, p. 18-22. Não existe legislação acerca da regulamentação da atuação do G.A.E.C.O. em território nacional, tratando-se de iniciativa levada a termo pelo Ministério Público no Brasil.

<sup>457</sup> “Seduzidos pelas vaidades da mídia, das manchetes fáceis, o Ministério Público arroga-se no direito de conduzir investigações criminais, função típica de polícia. É, certamente, o primeiro passo para abrir mão de garantias constitucionais sedimentadas por séculos de lutas populares, em nome do combate ao crime organizado. Será que vale a pena sacrificar a garantia do promotor natural, olvidando da vedação lógica em se limitar o poder ministerial, sujeitando e subordinando órgãos policiais e colhendo provas de forma unilateral, sem o contraditório? A voz do povo, embalada pela convicção de que o Ministério Público é incorruptível, tal como Robespierre, faz coro com os promotores da procissão por mais poder. A opinião pública, que faz parceria com o Ministério Público na divulgação de informações sigilosas, levanta uma eterna desconfiança de advogados insubmissos com a temerária usurpação de funções da polícia.” MAHON, Eduardo. *O Ministério Público de Robespierre: uma repreensão jurídico-constitucional às pretensões investigativas do Ministério Público*. Brasília : Envelopel, 2004. p. 11. Sobre o mesmo tema, “a ideia de auto-organização, essencial à existência de uma unidade componente do Estado Federal, implica necessariamente a ideia de Constituição, ou seja, de uma lei fundamental, superior às demais leis, que desdobre as competências estaduais, fixadas pela Constituição Federal, e delimite e desenvolva as competências dos poderes constituídos estaduais a partir da própria autonomia estadual.” FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder Constituinte do Estado-Membro*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 84.

Daí que não há como se admitir como legítimas, *a contrario sensu*, as práticas de eficiência amparadas em desvios da legalidade como, por exemplo, quando Promotores Públicos buscam avocar ou presidir inquéritos policiais afetos à Polícia Judiciária; ou quando Policiais Militares realizam atividades típicas de Polícia Judiciária; ou quando a Polícia Judiciária se exime de suas atribuições ou competências por conta de uma alegada falta de estrutura ou de recursos; e tudo isso sem prejuízo de insondáveis outras deturpações que os casos concretos brasileiros acabam revelando. Nesse sentido, inclusive, Fauzi Hassan Choukr assevera que:

Com isto deixa-se como está esta face da administração do poder estatal de punir. Como resultado prático, atua-se um processo penal com os mesmos valores do Código de 1942, deixando-se ao abandono a reflexão sobre o relacionamento desses órgãos estatais [*Polícia Judiciária e Ministério Público*] em campos mais delicados ainda, como na investigação da criminalidade organizada e no quase virgem tema no direito brasileiro, que é o relacionamento Ministério Público e Polícia Judiciária na proatividade investigativa.<sup>458</sup>

O que se defende como legítima e oportuna, portanto, é a concreta regulamentação voltada a uma harmônica e eficiente cooperação entre diferentes agentes e instituições do Estado, preservando todas as competências e atribuições originais, que deverão atuar em torno de objetivos comuns voltados à prevenção e à repressão, constitucionalmente legítimas, das atividades típicas de criminalidade organizada, haja vista que “o Direito é inerente à vida social, porquanto estabelece comandos e traça limites para a liberdade e convivência humana. Fixa as estruturas, as instituições e as regras sob as quais as pessoas vivem e operam conjuntamente, apresentando soluções legítimas para os conflitos ocorrentes.”<sup>459</sup>

Tal proposta, contudo, não visa autorizar composição de quaisquer grupos à margem da lei. Nem fomenta atuação de quaisquer agentes ou órgãos em parâme-

<sup>458</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *O relacionamento entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária no processo penal acusatório. Processo Penal e Estado de Direito*. Campinas : Edicamp, 2002. p. 172.

<sup>459</sup> GOMES, José Jairo. *Lei de introdução ao código civil em perspectiva*. Belo Horizonte : Editora Del Rey, 2007. p. 01-02. Em complemento, “o poder de polícia seria atribuição dos órgãos da administração pública federal, estadual ou municipal para disciplinar os serviços ou interesses públicos. Muitos tomam o poder de polícia no sentido estrito de atribuições da polícia, como instituição encarregada de manter a ordem pública e a segurança dos cidadãos. Quando se fala em poder de polícia, tem-se a impressão de que se trata de um poder somente da polícia, quando pertence a qualquer poder do Estado na sua atividade administrativa em favor do bem comum. Esse poder de polícia não pode ser ampliado em detrimento dos direitos e garantias individuais, mas deve ser limitado às exigências da comunidade.” NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Questões penais controvertidas: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. São Paulo : Editora Universitária de Direito, 1994. p. 282.

tros alheios ao princípio maior da legalidade.<sup>460</sup> Não se trata, portanto, de buscar eficiência a qualquer custo, seja na flexibilização de direitos e garantias fundamentais ou na mera somatória de pessoas e de recursos aleatórios em prol de uma caça aos inimigos do Estado, em sistema de “quanto maior a eficiência, melhor o resultado”. Se assim fosse, bastaria operar uma retórica voltada à flexibilização ou afastamento dos direitos e garantias individuais, o que traduziria cenário no qual o maior afastamento dos direitos de defesa implicaria, de modo inversamente proporcional, na maior aproximação da eficiência do poder punitivo estatal e, também, de um direito penal autoritário.<sup>461</sup>

Assim, emerge claro o objetivo de que não se trata simplesmente incrementar a eficiência da persecução penal do Estado em relação ao crime organizado, mas sim de incrementar essa eficiência a partir de um balizamento ditado pelo princípio maior da legalidade, contextualizada a partir de uma proposta constitucional-

---

<sup>460</sup> “O princípio da legalidade ou da reserva legal constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Embora seja hoje um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento envolve um longo processo, com avanços e recuos, não passando, muitas vezes, de simples ‘fachada formal’ de determinados Estados. [...] O princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, o que somente os regimes totalitários têm negado.” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. Vol. 2. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2003. p. 03.

<sup>461</sup> Um dos principais exemplos que a História revela sobre o autoritarismo pode ser identificado no pensamento penal nacional-socialista alemão, altamente eficiente. Assim, “em 1935, foi eliminado o princípio da legalidade, mediante a introdução da analogia penal, substituindo-se o art. 2 do StGB pelo seguinte: ‘É punível aquele que comete um ato que a lei declara punível ou que, conforme a ideia fundamental de uma lei penal e ao sentimento do povo, merece ser punido. Se nenhuma lei penal é diretamente aplicável ao ato, este será sancionado conforme a lei em que mais adequadamente se aplique a ideia fundamental.’ O pensamento do ‘são sentimento do povo’ garantia o caráter irracional desta legislação e a ditadura do costume.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.* p. 319-320. Ainda sobre o tema, “as ideologias autoritárias, enfim, são ideologias que negam de uma maneira mais ou menos decisiva a igualdade dos homens e colocam em destaque o princípio hierárquico, além de propugnarem formas de regimes autoritários e exaltarem amiudadas vezes como virtudes alguns dos componentes da personalidade autoritária [...] [que] exclui ou reduz ao mínimo a participação do povo no poder e comporta normalmente um notável emprego de meios coercitivos. É claro, por conseguinte, que do ponto de vista dos valores democráticos, o Autoritarismo é uma manifestação degenerativa da autoridade. Ela é uma imposição da obediência e prescinde em grande parte do consenso dos súditos, oprimindo sua liberdade.” BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. 1. Tradução Carmen C. Varriale *et al.* Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 94. Como retrato de certas realidades, o romance escrito pelo jornalista inglês Frederick Forsyth versa sobre a prática de escusos interesses e seus resultados sociais, pelo que convém registrar o trecho da fictícia obra no qual a personagem principal declara que: “Durante quase dois anos, vi entre meio milhão e um milhão de crianças morrerem de fome por culpa de gente como você e Manson. Isso aconteceu basicamente para que você e gente de sua espécie pudessem ter mais lucros por intermédio de uma ditadura cruel e totalmente corrupta, embora tudo fosse feito em nome da ordem, da legalidade e com justificação constitucional.” FORSYTH, Frederick. *Cães de guerra*. Tradução Pinheiro de Lemos. São Paulo : Círculo do Livro, 1974. p. 387.

mente legítima e adequada a uma nova dinâmica do sistema penal atualmente vigente no Brasil, o que ainda não existe no território nacional.

A própria experiência do G.A.E.C.O. retrata mero norteamento, um projeto, que demanda um necessário – e urgente – preenchimento de conteúdo,<sup>462</sup> a ser estruturado com a regulamentação decorrente de uma legislação vigente para todo o território nacional e conformada pelos balizamentos constitucionais que decorrem da própria teoria do garantismo penal.

A urgência dessa regulamentação, destarte, visa acudir a uma necessária adequação constitucional que deve reger, de um lado, (1) a prática operacional dos agentes e instituições que já atuam em precária cooperação na prevenção e na repressão à criminalidade organizada, e de outro, (2) os sintomas esparsos de teoria que ainda precisam ser depurados e consolidados a partir da realidade brasileira.

A partir dessa adequação, necessariamente fundamentada a partir de legítimos pressupostos constitucionais, é possível vislumbrar essas novas agências atuando de forma sinérgica e mais eficiente no combate ao crime organizado, sem sacrificar, por outro lado, o necessário caráter de agência estatal promotora (jamais limitadora) de direitos e garantias fundamentais.<sup>463</sup>

Assim, a experiência do G.A.E.C.O. deve ser compreendida como mero norteamento, como proposta de agência, como iniciativa pioneira em estabelecer uma dinâmica mais eficiente no sistema criminal brasileiro, de atuação limitada ao novo modelo de criminalidade organizada. E nesse estrito sentido, enquanto mera proposta, é impossível reconhecer esse projeto como constitucionalmente legítimo, exatamente porque destituído de conceito, de estrutura e de significado. Ausente qualquer legislação que regulamente sua atuação no âmbito penal, não há que falar, sequer, em inconstitucionalidade. Nesse sentido, Elival da Silva Ramos esclarece que:

---

<sup>462</sup> “Um juízo de valor significa que ‘tomo posição’ de uma maneira concreta e determinada, em relação a um objeto na sua especificidade concreta, e as fontes subjetivas desta minha tomada de posição, dos meus ‘juízos de valor’ a respeito, de modo algum são ‘conceitos’, e, menos ainda, ‘conceitos abstratos’, mas, diferentemente, um ‘sentir’ e ‘querer’ inteiramente concretos, ou, por outro lado, em certas circunstâncias, eventualmente a consciência de um ‘dever ser’ que é determinado e configurado concretamente por um ‘aqui e agora’.” WEBER, Max. *Metodologia das ciências sociais*. Parte 1. 4. ed. Tradução Augustin Wernet. São Paulo : Cortez Editora, 2001. p. 183.

<sup>463</sup> Enquanto agência promotora de direitos humanos, inclusive, há que se adiantar a necessidade de regulamentação da participação da Defensoria Pública, da Advocacia Geral da União e das Procuradorias de Estados e Municípios na estrutura dessas novas agências, considerando a própria defesa dos recursos, do patrimônio e dos interesses das pessoas físicas e jurídicas lesadas, sendo elas isolada ou coletivamente consideradas, especialmente no que refere à identificação e recuperação (ou repatriação) dos produtos dos crimes auferidos pelas atividades criminosas organizadas em desfavor desses sujeitos passivos.

Sob a vigência de uma Constituição rígida, é possível estabelecer requisitos de validade para os atos legislativos, fixando-os em normas de hierarquia superior, quais sejam as normas constitucionais, de modo que se repute inconstitucional a lei que por incompetência do agente, defeito no processo de formação, contrariedade de suas normas a princípios, normas ou fins constitucionais, viole a Lei Maior. Em suma, a inconstitucionalidade de uma lei significa que seu nascimento foi defeituoso, pouco importando se o vício atinge o ato por inteiro ou apenas em parte. Pressuposto da inconstitucionalidade, portanto, é a existência da lei: se não existem os elementos que compõem o ato legislativo, como se poderá examinar se preencheram ou não os requisitos de validade estipulados na Constituição?<sup>464</sup>

Relembrando que o presente trabalho não apresenta como objetivo traçar regulamentação, e nem tampouco a estrutura dessa nova agência, é preciso afirmar que, a partir de uma nova agência de cooperação regulamentada, capaz de integrar sinergicamente os esforços e a experiência dos agentes e das instituições já integrantes do sistema criminal brasileiro, é possível alcançar maiores índices de eficiência na prevenção e na repressão das atividades típicas de criminalidade organizada, como demonstram, aliás, os resultados alcançados pelas incipientes experiências levadas a termo no Brasil, como revela a experiência do G.A.E.C.O., e sem prejuízo de outras. Nesse sentido, o antropólogo Luiz Eduardo Soares, enquanto membro do *staff* de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, também assevera e adverte que:

Meu otimismo se fundamenta na convicção de que podemos construir uma terceira via entre a truculência seletiva da direita e o denunciamento abúlico da esquerda. Acredito na possibilidade de combinar eficiência policial com respeito aos direitos humanos, aos direitos civis e às leis. Mas para isso é preciso definir uma política para a segurança pública, focalizando a especificidade desse desafio, sem negar as suas relações com o desemprego e a crise social. Os países que têm vencido a batalha contra o crime a violência

---

<sup>464</sup> RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 62. No mesmo sentido, "La función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del *poder*. Garantía constitucional significa generar la seguridad de que esos límites jurídicos no serán transgredidos. Si algo es indudable es que ninguna otra instancia es menos idónea para tal función que aquélla, precisamente, a la que la Constitución confiere el ejercicio total ou parcial del poder y que, por ello, tiene en primer lugar la ocasión jurídica y el impulso político para violarla. Pues sobre ningún otro principio jurídico se puede estar tan de acuerdo como que: nadie puede ser *juez de su propia causa*." KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Traducción Roberto J. Brie. Madrid : Editorial Tecnos, 1995. p. 05. Para Carl Schmitt, "para resolver esa cuestión constitucional fundamentalmente teórica precisa repetir ahora que no existe Estado cívico de Derecho sin independencia del poder judicial, ni Justicia independiente sin sujeción concreta a una ley, ni sujeción concreta a la ley sin una diferenciación real entre la ley y sentencia judicial. El Estado cívico de Derecho descansa sobre la distinción real de diversos poderes." SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. Madrid : Editorial Tecnos, 1983. p. 77-78.

demonstraram que a combinação entre eficiência e respeito é não só possível como necessária, se o que se quer é construir uma ordem democrática e civilizada. Estou convencido de que o problema da segurança pública, em nosso país, em particular em algumas grandes cidades, é tão grave e urgente, que exige de nós a superação de preconceitos ideológicos, pruridos partidários e faccionalismos políticos, para que se forme uma ampla coalizção nacional pela civilização e contra a barbárie, reunindo conservadores, liberais, social-democratas, socialistas e comunistas de diferentes matizes. Todos os que se disponham a considerar que a imposição das leis por meios legais e legítimos é uma condição inescapável da vida pacífica em coletividade.<sup>465</sup>

Deste modo, as sugeridas propostas (1) pela melhor definição do conceito de crime organizado, (2) de legal regulamentação das novas agências de prevenção e repressão ao crime organizado, e (3) de legal regulamentação das formas de atuação e cooperação entre os agentes e instituições estatais na operacionalização da competência e atribuição de uma nova agência traduz um trabalho difícil. Mas também bastante necessário, especialmente diante do cenário onde uma nova dinâmica de atuação mais eficiente de combate à criminalidade organizada apresenta maior grau de exigência, especialmente para não permitir que a simples prática condicione, a partir de um utilitarismo próprio, uma teoria de mera justificação que a sustente de maneira autônoma em relação aos próprios parâmetros garantistas previstos na Constituição.

---

<sup>465</sup> SOARES, Luiz Eduardo. *Meu casaco de general: 500 dias no front da segurança pública no Rio de Janeiro*. São Paulo : Companhia das Letras, 2000. p. 48-49.

## CONCLUSÃO

I. A modernidade e o fluxo de mudanças entre o ideário iluminista e a sociedade pós-industrial do risco: a formação do Estado Constitucional, liberal, individual e burguês moderno.

As teorias e paradigmas científicos – outrora inquestionáveis – se tornam incompletos, insuficientes ou inadequados para atender ao crescente grau de complexidade que marcam os fenômenos que lhes são afetos. Daí a necessidade de proceder a uma contínua releitura das coisas em busca de respostas mais adequadas, voltadas à atualização do estado da arte, considerando as novas problemáticas impostas pela contemporaneidade.

Estão condicionadas à transformação, impulsionadas pelo advento de novas complexidades, as modalidades de execução de crimes praticados no seio da sociedade. Assim, comunidades humanas mais *complexas*, dotadas de recursos econômicos, culturais e tecnológicos mais *complexos*, conseqüentemente, apresentarão práticas criminosas compatíveis com essa mesma realidade, proporcionalmente mais *complexas* em razão – e na medida – daquelas mesmas *complexidades*.

O período histórico que abrange a revolução liberal francesa – incluídos os momentos a ele relacionados, que lhe precedem ou lhe sucedem – é, portanto, acontecimento dos mais importantes para uma real compreensão das origens das estruturas estatal e social modernas. Embora marcado por rupturas e discontinuidades, efetivamente, rompeu vários paradigmas da tradição científica vigentes à época, apresentando como principais complementos *desintegradores* a superação: (1) do absolutismo monárquico (ainda que esclarecido) como sistema de governo e de Estado, (2) do sistema feudalista de produção e (3) da metafísica religiosa como fundamento de poder, culminando no (4) declínio da nobreza e do clero como estamentos sociais dominantes. Conseqüentemente, consolidou: (1) o constitucionalismo como sistema de governo e de Estado, (2) o sistema capitalista de produção e acumulação de riquezas e (3) a razão como fundamento de poder, culminando na (4) ascensão da burguesia como estamento social dominante.

A *liberdade* pode ser compreendida como o eixo central dos direitos fundamentais de *primeira geração*, que passam a configurar o constitucionalismo enquan-

to moderno sistema de organização dos Estados e sociedades modernos ocidentais. A liberdade que fundamenta o paradigma da modernidade é, em razão da sua origem, impregnada pela ideologia burguesa, enquanto elite social (economicamente) dominante na sociedade até o período pós-industrial contemporâneo, que condiciona as relações políticas de poder em sociedade e pelo próprio Estado, em conformidade com os interesses propugnados por essa mesma ideologia.

A característica “liberal” do Estado moderno e do constitucionalismo que o conforma, assim como as demais gerações de *direitos fundamentais*, sofrem críticas por não se apresentarem suficientemente realizadas, máxime no Brasil, onde ainda se questiona até mesmo acerca da efetiva existência de um Estado de bem estar social. A efetiva implementação e realização das diferentes gerações de direitos fundamentais, aqui compreendidas como efetivas *promessas da modernidade*, apresentariam um cumprimento frustrado – ou pelo menos deficiente – nas sociedades ocidentais como um todo e, ainda mais especialmente, nas sociedades periféricas ou marginalizadas da qual a América Latina e Brasil fazem parte.

Ao tratar da importância das diferentes gerações dos direitos fundamentais neste trabalho, e a par das deficiências da sua real efetivação ao longo da história, o sentido que se pretende ver esclarecido é o mesmo descrito por Norberto Bobbio, onde, em que pese sejam considerados como “classe variável”, os direitos fundamentais não perdem sua essência ao serem transformados pela influência das complexidades próprias do seu tempo, permanecendo essencialmente “fundamentais” – enquanto sistema consolidado de direitos e garantias das pessoas contra o arbítrio das maiorias políticas e sociais e do próprio Estado – ao longo da história.

II. Os novos modelos de criminalidade e a necessidade de adequação constitucional: os parâmetros definidos na plena efetividade dos direitos fundamentais.

O paradigma da criminalidade convencional está atrelado ao racionalismo conferido à ciência jurídica – constitucional e penal – clássica, contextualizada pela modernidade inaugurada a partir da consagração revolucionária dos ideais de liberdade iluministas dos séculos XVIII e XIX. E esse paradigma penal clássico – sistematizado no passado para oferecer soluções aos problemas de uma criminalidade convencional – passa a apresentar, atualmente, pontos sensíveis de



inadequação ou insuficiência ao falhar na proteção e na garantia dos direitos fundamentais, atacados por gravíssimas transgressões penais perpetradas por grupos criminosos mais complexos e mais organizados, inclusive sobre novos paradigmas estruturais.

As construções históricas, a ideologia e a estruturação da sociedade adotadas neste trabalho indicam estrita relação com uma típica análise da ideologia do pensamento e da consciência de classes sociais economicamente diferenciadas, razão pela qual se reconhece uma orientação voltada à criminologia crítica, atrelada a uma perspectiva materialista, dialética e histórica *marxista*.

As novas e mais complexas escolhas à disposição das pessoas em um ambiente tecnológico e globalizado são, por si, novos riscos que são reiteradamente assumidos e compartilhados pela coletividade em escala mundial. E daí emerge o conceito de *sociedade do risco*, cujas implicações provocam “transformações notáveis e sistêmicas” em áreas de referência, inclusive no Direito.

Toda nova concepção de tipo penal da seara criminal do Direito precisa estar, necessariamente, atrelada a um *bem jurídico* especialmente tutelado pelo próprio Direito Penal, e a partir de valores essencialmente constitucionais. Mesmo porque, e nesse sentido, as novas pretensões e os novos interesses acabam (como qualquer outra pretensão ou interesse) se tornando objeto de disputa entre as pessoas, contextualizadas que passam a ser, agora, também pelas complexas relações da sociedade pós-industrial contemporânea do risco.

Apesar da importância em buscar novas dinâmicas para o sistema penal, e que sejam voltadas ao propósito de melhor solucionar os novos problemas que decorrem de uma criminalidade mais organizada, existe, ao contrário, uma estagnação no estado da arte jurídico-penal que se resume, apenas, a constatar um *expansionismo do Direito Penal* como um todo, mantendo o descompasso entre as novas e complexas dinâmicas perpetradas por uma criminalidade mais organizada e as dinâmicas convencionais do Direito Penal. É preciso destacar, ainda, que o crime convencional não é concorrente, não se contrapõe e não é substituído pelo surgimento de um novo modelo de criminalidade, pois ambos os tipos de criminalidade coexistem em espaços distintos, possuindo cada qual titulares, objetos e objetivos bem diferentes entre si, exigindo, exatamente por isso, tutela diferenciada que precisam ser necessariamente definidas mediante regulamentação.

O eventual esvaziamento da tutela desses bens jurídico-penais constitucionais pode configurar grave ofensa constitucional por parte do Estado, ao passo em que a *dimensão objetiva* e a *índole ambivalente* dos direitos fundamentais exigem prestações de cunho *positivo* por parte das autoridades estatais, preconizando uma autêntica vedação de uma *proteção deficiente* das pessoas que, em última análise, não devem experimentar lesão à sua *dignidade pessoal e humana*, enquanto seres dotados de direitos e garantias fundamentais de defesa e de proteção que não podem deixar de ser efetiva e eficientemente resguardados pelo Estado.

A mesma ideologia liberal, individual e burguesa que exerce influência no sentido de favorecer impunidade a criminosos situados em classes sociais mais elevadas, configurando o que aqui identificamos como *etiquetamento penal reverso* (como etiqueta que repele, que não fixa) ou *blindagem penal*, também exerce influência no sentido contrário, qual seja, a de garantir punição a criminosos situados em classes sociais menos elevadas, que também sofrem mais com a falta de tutela penal adequada em relação à sua respectiva proteção fundamental relacionada ao direito fundamental à segurança.

A partir das premissas do *labeling approach*, que também encampa influências de uma ideologia liberal, individual e burguesa, portanto, é fácil reconhecer dentre a massa de condenados a ampla desigualdade no processo de encarceramento, caracterizado por uma franca minoria de indivíduos socialmente posicionados em altas classes sociais e, via de consequência, numa maioria de indivíduos socialmente marginalizados, e especialmente daqueles apontados como inaptos à integração nos modelos de Estado, sociais e econômicos modernos, o que se traduz nos estudos criminológicos relacionados às cifras “negras” e “douradas” desse fenômeno.

III. As tendências da expansão penal em face do garantismo: o princípio da proporcionalidade e seus níveis de proibições de excesso e de proteção deficiente.

Partindo da compreensão das principais causas de expansão do Direito Penal, conforme interpretação proposta por Jesús-María Silva Sánchez, também se reconhece, por via de consequência, a relação dessas causas de expansão como identificação concreta das mudanças experimentadas na atual sociedade pós-industrial ocidental e contemporânea de risco, onde efetivamente é possível identifi-

car novos modelos de criminalidade, novos modelos de persecução e novos modelos de garantias penais.

Como consequência da expansão do Direito Penal, o tema relacionado às *velocidades do Direito Penal*, também proposta por Jesús-María Silva Sánchez, se revela em três diferentes estágios, relacionados a graus de flexibilização das regras de imputação penal. O novo conceito de terceira velocidade do Direito Penal, por sua vez, é muito importante para a compreensão das novas propostas que se formam e se conformam a partir da expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais. Os temas relacionados à nova criminalidade, macrocriminalidade e criminalidade organizada, por sua vez, estão diretamente relacionados nesse mesmo contexto, cada qual corroborando, reciprocamente, cada uma das premissas que lhes são afetas por uma clara interdependência.

A terceira velocidade do Direito Penal, contudo, também precisa encontrar sólido amparo constitucional para se apresentar legítimo, sendo impossível aceitar qualquer modelo expansionista ou de terceira velocidade que simplesmente desconsidere as mais basilares premissas constitucionais consagradas a partir dos direitos e garantias fundamentais orientados pela dignidade da pessoa humana.

Os direitos e garantias político-criminais, expressamente consagradas no corpo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, são parâmetros inafastáveis para aferição de legitimidade de quaisquer hipóteses relacionadas ao Direito e, ainda mais especialmente, em hipóteses relacionadas ao seu ramo Penal. Essa afirmativa é necessária e imprescindível quando se trata, especialmente, dos efeitos de uma concreta expansão dos postulados punitivos do sistema criminal como um todo.

As definições relacionadas à *índole ambivalente* e ao *duplo caráter* dos direitos fundamentais são de compreensão imprescindível porque, sob esse enfoque, deve ser analisada a legitimidade constitucional na configuração e na atuação das agências especiais de repressão à criminalidade organizada. Nesse sentido, é necessário exigir nova postura do Estado e dos operadores do Direito em relação a esses compromissos com a realização dos direitos fundamentais, no sentido de assumir uma postura mais eficiente e mais eficaz em relação à tutela e à efetivação das obrigações e compromissos expressos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

É evidente a estreita relação de compatibilidade e complementariedade entre os conceitos de proibições de *excesso* e de *insuficiência*, que também podem ser compreendidos como *dois diferentes níveis* de uma mesma *proporcionalidade*, conforme as lições de Joaquim José Gomes Canotilho e Paulo Bonavides, sendo o primeiro relacionado a *direitos de defesa* e, o segundo, relacionado a *direitos de proteção*, respectivamente.

IV. O crime organizado no Brasil e o problema do conceito insuficiente: as características das atividades criminosas organizadas como parâmetros necessários de compreensão para uma proposta adequada de sistematização teórica e de conteúdo.

O crime não deve ser compreendido como o mal materializado na existência humana, na forma preconizada por Henrique Ferri, mas sim como um processo de escolha de condutas socialmente relevantes, assim definidas por critérios orientados pela política criminal, merecedoras de uma especial conformação através do Direito e, quando mais especialmente ainda, pela conformação sancionatória preconizada pelo ramo penal desse Direito.

O Direito Penal, caracterizado pela legítima violência de que se utiliza o Estado no controle social institucionalizado, é reconhecidamente indesejável, aceito apenas quando inevitável, e por isso a proposta de um Direito Penal Mínimo, pautado na plenitude inafastável e inegociável dos direitos e garantias fundamentais conferidos a toda e qualquer pessoa humana. Embora indesejável, contudo, o Direito Penal ainda se apresenta como paradigma indispensável de regulamentação da vida em sociedade, sendo uma realidade que (ainda) deve operar como forma de controle social institucionalizado nas sociedades pós-industriais ocidentais contemporâneas, em face da inexistência de melhor paradigma no atual estado da arte.

Situado o crime organizado na sociedade pós-industrial ocidental contemporânea do risco, portanto, é preciso criar um novo modelo de criminalidade contextualizado pelo novos paradigmas da sociedade pós-industrial, na qual se multiplicam os riscos e onde as atividades se apresentam cada vez mais complexas e interligadas entre si, fomentadas que são pela tecnologia que amplia a velocidade e o alcance de todas essas relações, que percutem seus efeitos numa escala globalizada. Admitido o surgimento de uma nova modalidade criminosa, é preciso

então concentrar esforços para bem compreender as novas dinâmicas dessa diferente modalidade de crime, de modo a construir uma estrutura constitucionalmente legítima que servirá, então, como fundamento para o novo conceito jurídico que já apresenta nome mas, em contrapartida, carente de suficiente conteúdo para uma abrangente e definitiva forma de compreensão da sua real *definição*.

O conceito legal previsto art. 1º, §1º, da Lei nº 12.850/13, passou a definir o crime organizado no Brasil, apresentando, no preceito primário do respectivo tipo penal, as características legais dessa nova modalidade criminosa. Para alcançar uma compreensão mais abrangente do crime organizado, contudo, é preciso analisar as características essenciais e não essenciais que também o configuram, e que auxiliam na melhor interpretação das suas dinâmicas.

Arelado ao tema da *proibição da proteção insuficiente*, há que se relacionar o tema da *segurança*, para interpretá-lo também enquanto direito fundamental, e como tal devendo ser plenamente aplicado, compreendido sempre em sua *índole ambivalente* e no seu *duplo caráter*, ou seja, tanto como (1) direito do cidadão à segurança como (2) dever estatal de garantir segurança.

É preciso acolher integralmente a proposta pelo *garantismo penal*, enquanto forma de garantir plena efetividade aos direitos fundamentais em sua dimensão subjetiva, de índole negativa (de defesa), e analisar criteriosamente as propostas *expansionistas*, para as acolher apenas e tão somente na medida do imprescindível, considerando o natural surgimento de novos interesses e de novas modalidades criminosas que passam a exigir uma inegociável ampliação do Direito Penal.

Quanto às propostas de *terceira velocidade* desse mesmo Direito Penal, no sentido que lhe define Jesús-María Silva Sánchez, compartilhamos o entendimento de que tais opções não guardam a necessária legitimidade constitucional, ao passo em que preconizam flexibilização ou mitigação de direitos e garantias individuais em prol de uma eficiência que compromete as mais básicas estruturas da ciência penal e dos direitos fundamentais que lhe garantem conformidade.

Na eventual criação de novos tipos penais ou no agravamento da sanção havida em seu preceito secundário, é imprescindível verificar, preliminarmente, se a norma revela a existência de bem jurídico-penal constitucional digno de especial proteção pelo Direito Penal e, também e ainda, se foram observados todos os princípios e regras que revestem de legitimidade o devido processo legislativo, com todas as

peculiaridades que devem ser observadas em relação à legislação de índole criminal (princípio da anterioridade, princípio da reserva de lei, princípio da legalidade, princípio da taxatividade, princípio da proporcionalidade etc.).

Se defende aqui, plenamente, a legítima opção constitucional representada pelas políticas criminais harmonizadas com o *garantismo penal*, que representa escolha pela mais ampla efetividade dos direitos e garantias fundamentais individuais de toda e qualquer pessoa em conflito com a lei penal. O *garantismo* enquanto modelo normativo de direito, preconiza que o direito penal, enquanto modelo de estrita legalidade, se caracteriza como um modelo de poder mínimo; no plano político, como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade; e no plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do Estado em garantia dos direitos individuais dos cidadãos. Por via de consequência, então, será garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a esse modelo e o satisfaz de maneira efetiva.

Na advertência de Michel Foucault, é necessária uma visão mais ampla do significado do poder, para que ele seja compreendido também como mecanismo de sujeição, e não apenas como um simples instrumento de regulamentação, de disciplina, de hierarquia, de ressocialização ou de adequação do indivíduo dissociado.

Para além dos balizamentos ideológicos que buscam a manutenção do poder junto aos representantes das classes sociais dominantes, portanto, é preciso buscar reconfigurações das dinâmicas do Direito Penal para o tornar menos seletivo e opressor, sem configurar sacrifício da sua eficiência, para atuar mais como mecanismo de defesa de bens jurídico-penais constitucionais e menos como mecanismo de defesa dos interesses de estamentos sociais detentores do poder, de modo a alcançar um Estado que se preste a realizar na plenitude os direitos fundamentais constitucionalmente escolhidos e que devem orientar as políticas democráticas sob uma perspectiva essencialmente garantista de Estado e de Direito.

V. O surgimento de novas agências de controle como resposta à criminalidade organizada: a necessidade de uma regulamentação constitucionalmente legítima.

Como nova dinâmica possível ao sistema criminal brasileiro, é possível apontar a estruturação de uma nova agência de controle regulamentada voltada à prevenção e repressão de atividades criminosas organizadas, considerando a ne-

cessidade do Estado em melhor organizar agentes<sup>466</sup> e recursos para combater, de forma mais eficiente, as estruturas criminosas organizadas que atuam em território nacional e, não raro, internacional.

A cooperação organizada entre agentes e instituições na forma de agência que integra a própria Administração Pública revelaria uma desejada faceta de eficiência do Estado, expressamente determinada a partir do art. 37 do texto constitucional, sendo certo que essa eficiência criminal permaneceria guardando legitimidade com todo o arcabouço constitucional que deve necessariamente o conformar.

Da ciência da Administração, é possível apontar um importante efeito que decorre da cooperação entre agentes e instituições de forma mais organizada e integrada, máxime em prol de objetivos previamente definidos e declaradamente comuns, que é o *sinergismo*.

A proposta de cooperação organizada entre agentes e instituições na forma de agência que integra a própria Administração Pública também decorre da expressa e efetiva redação conferida ao inciso VIII, do art. 3º, da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, que prevê em seu capítulo II, que trata “da investigação e dos meios de obtenção de prova”.

É preciso afastar a atuação precária desses grupos de força-tarefa para que, de uma forma constitucionalmente legítima, seja regulamentada a atuação em sistema de cooperação a partir em uma nova estrutura de agência, de modo a estruturar, ainda que minimamente, as diretrizes de atribuição, competência e atuação operacional dos agentes e das instituições aptas a prevenir e reprimir as atividades típicas de criminalidade organizada.

A experiência do G.A.E.C.O. retrata mero norteamento, um projeto, que demanda um necessário – e urgente – preenchimento de conteúdo, a ser estruturado com a regulamentação decorrente de uma legislação vigente para todo o território nacional e conformada pelos balizamentos constitucionais que decorrem da própria teoria do garantismo penal. A urgência dessa regulamentação, destarte, visa acudir a uma necessária adequação constitucional que deve reger, de um lado, (1) a prática operacional dos agentes e instituições que já atuam em precária cooperação na

---

<sup>466</sup> “Servidores públicos são os agentes públicos profissionais que prestam serviços ao Estado ou às entidades da administração indireta, havendo uma relação de dependência, de forma a não apresentar um caráter de eventualidade [...]” LIMA, Rodrigo Perim de. *O regime jurídico-administrativo dos militares estaduais*. Curitiba : Optagraf, 2007. p. 24.

prevenção e na repressão à criminalidade organizada no Brasil, e de outro, (2) os sintomas esparsos de teoria que ainda precisam ser depurados e consolidados a partir da realidade brasileira. Sobre as diferenças entre lei e regulamento, Celso Antonio Bandeira de Mello adverte que:

Seria grave equívoco supor que o fato de o regulamento ser regra geral e normalmente abstrata, proveniente, ademais, de autoridade efetivamente investida, aproxima-o da lei quanto às garantias democráticas que proporciona, minimizando, assim, os inconvenientes de não promanar do Legislativo. Com este tipo de argumento pretende-se que não há diferença muito significativa entre estas duas espécies de atos normativos, buscando-se, destarte, justificar certa tolerância com regulamentos que vão além da simples execução da lei, como ocorre em outros países. Tais alegações não resistem ao menor exame. O fato da lei ser geral e abstrata – concorrendo, então, para prestigiar os valores de impessoalidade e da igualdade, na medida em que tal estrutura normativa embaraça naturalmente as perseguições e favoritismos – não é a única razão que confiaria justificar confiar-se ao Poder Legislativo o delicado mister de disciplinar a liberdade e a propriedade das pessoas.<sup>467</sup>

Relembrando que o presente trabalho não apresenta como objetivo traçar regulamentação, e nem tampouco a estrutura de nova agência, é preciso afirmar que, a partir de uma nova agência de cooperação regulamentada, capaz de integrar sinergicamente os esforços e a experiência dos agentes e das instituições já integrantes do sistema criminal brasileiro, é possível alcançar maiores índices de eficiência na prevenção e na repressão das atividades típicas de criminalidade organizada, como demonstram, aliás, os resultados alcançados pelas incipientes experiências levadas a termo no Brasil, como revela a experiência do G.A.E.C.O., e sem prejuízo de outras.

É preciso registrar que dentro de uma lógica de sistema, existe uma efetiva demanda por uma nova dinâmica de persecução criminal, razão pela qual é necessário compreender e construir, antes, os fundamentos teóricos daquilo que está sendo efetivamente demandado pelo sistema. A prática, quando dissociada dos fundamentos de um sólido arcabouço teórico, nos remete aos dilemas da modernidade, onde proliferaram conceitos desprovidos das coisas a serem conceituadas. A partir da filosofia da consciência, invertamos essa situação para, agora, criarmos novas coisas sem que haja reflexão sobre o seu conceito ou significado.

---

<sup>467</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2004. p. 334.



A tensão que se observa na dualidade em conflito entre o conceito e a coisa, e entre a prática e a teoria, é semelhante àquela observada na experiência do G.A.E.C.O., quando opera uma dinâmica sem a necessária legitimação constitucional ou teórica que lhe garanta referência. O modelo de agência de cooperação, contudo, parece tratar de uma política criminal viável sob o ponto de vista garantista e constitucional, desde que haja, necessariamente e ao menos, uma legítima conformação regulamentar que defina, de modo suficiente, o crime organizado enquanto definição de condutas desvaloradas, os bens jurídico-penais constitucionais tutelados pela norma penal, os sujeitos envolvidos, a atribuição e a competência dos agentes e instituições em cooperação e as dinâmicas gerais de atuação na prevenção e repressão ao crime organizado, o que efetivamente ainda não existe no Brasil, apesar da concreta atuação operacional do G.A.E.C.O. em todos os Estados do território nacional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALBUQUERQUE, André; RESENDE, José Pedro de. *O abolicionismo penal: uma reflexão crítica a partir de Louk Hulsman*. In *O direito penal e suas faces: da modernidade ao neoconstitucionalismo*. Organizador Edson Vieira da Silva Filho. Curitiba : Editora CRV, 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros Editores, 2008.

ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Tradução Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa : Editorial Presença, 1970.

ALVES, Rubem. *Filosofia da ciência: introdução ao jogo e suas regras*. 4. ed. São Paulo : Editora Loyola, 2002.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.

AMORIM, Carlos. *Assalto ao poder*. Rio de Janeiro : Record, 2010.

\_\_\_\_\_. *CV-PCC: a irmandade do crime*. 8. ed. Rio de Janeiro : Record, 2007.

ANCEL, Marc. *A nova defesa social: um movimento de política criminal humanista*. Tradução Osvaldo Melo. 2. ed. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1979.

ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra : Coimbra Editora, 1997.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2007.

BACHA E SILVA, Diogo; ROSALIN JÚNIOR, Wilson Rodrigues. *A criminologia radical: uma reflexão crítica a partir de Juarez Cirino dos Santos*. In *O direito penal e suas faces: da modernidade ao neoconstitucionalismo*. Organizador Edson Vieira da Silva Filho. Curitiba : Editora CRV, 2012.

BAKUNIN, Mikhail A. *Conceito de liberdade*. Tradução Jorge Dessa. Porto : Edições Rés Limitada, 1975.

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

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Coleção Pensamento Criminológico. Vol. 1. Rio de Janeiro : Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2014.

BARRETTO, Nelson Ramos; CHAVES, Paulo Henrique. *30 anos depois: ofensiva radical para levar à fragmentação social e política da nação*. São Paulo : Editora Artpress, 2008.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria Geral do processo e processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2000.

BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal – artigos, conferências e pareceres*. Rio de Janeiro : Editora Revan, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário e outros temas contemporâneos*. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 2010.

BAUMGARTEN, Maíra. *A prática científica na “Era do Conhecimento”: metodologia e transdisciplinaridade*. *Sociologias*. v. 08, n. 15. Porto Alegre : PPGS/UFRGS, 2006.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo : Editora Martin Claret, 2002.

BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo : Editora 34, 2011.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução Magda Lopes. 2. ed. São Paulo : Editora Unesp, 2012.

BECKER, Howard Saul. *Falando da sociedade: ensaio sobre as diferentes maneiras de representar o social*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges e Karina Kuschnir. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 2009.

\_\_\_\_\_. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 2008.

BELLI, Benoni. *Tolerância zero e democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90*. São Paulo : Editora Perspectiva, 2004.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução Luiz João Baraúna. *In Os Pensadores*. 2. ed. São Paulo : Abril Cultural, 1979.

BILL, MV; ATHAYDE, Celso. *Falcão: mulheres e o tráfico*. Rio de Janeiro : Objetiva, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. Vol. 2. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. 1. Tradução Carmen C. Varriale, et al. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução Alfredo Fait. 2. ed. São Paulo : Editora Mandarim, 2000.

\_\_\_\_\_. *Igualdade e liberdade*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro : Ediouro, 1997.

BOCK, Ana M. Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes T. *Psicologias: uma introdução ao estudo da psicologia*. 8. ed. Saraiva : 1995.

BOECHAT, Wagner S. F. Lemgruber; POSTERARO, Talita Piedade. *A criminologia crítica: uma reflexão crítica a partir de Alessandro Baratta*. In *O direito penal e suas faces: da modernidade ao neoconstitucionalismo*. Organizador Edson Vieira da Silva Filho. Curitiba : Editora CRV, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2000.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria Constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo : Malheiros Editores, 2001.

BOURDIEU, Pierre. *A distinção: Crítica social do julgamento*. Tradução Daniela Kern e Guilherme J. F. Teixeira. São Paulo : Edusp; Porto Alegre : Zouk, 2007.

\_\_\_\_\_. *Poder simbólico*. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 1989.

\_\_\_\_\_. *Razões práticas sobre a teoria da ação*. Tradução Mariza Corrêa. Campinas : Papyrus, 1996.

\_\_\_\_\_. *Sociologia*. Tradução Paula Montero e Alcía Auzmendi. São Paulo : Ática, 1983.

BRASIL; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; SECRETARIA NACIONAL DA JUSTIÇA. *Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal*. Organização: Secretaria Nacional da Justiça. Brasília : Secretaria Nacional da Justiça, 2009.

BRECHT, Bertold. *Romance dos três vinténs*. Tradução Lya Luft. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1976.

BUCKINGHAM, Will; et al. *O livro da filosofia*. Tradução Douglas Kim. São Paulo : Globo, 2011.

BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal em la sociedade del riesgo*. Madrid : Civitas Ediciones, 2001.

CALLEGARI, André Luís; MELIÁ, Manuel Cancio; BARBOSA, Paula Andrea Ramírez. *Crime organizado: tipicidade – política criminal – investigação e processo: Brasil, Espanha e Colômbia*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2008.

CALVINO, Italo. *Seis propostas para o próximo milênio: lições americanas*. Tradução Ivo Barroso. 3. ed. São Paulo : Companhia das Letras, 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1993.

CARMO, Sonia Irene do. *História: passado e presente. Moderna e Contemporânea*. 2. ed. Vol. 4. São Paulo : Atual Editora, 1994.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 3. ed. Leme : CL Edijur, 2011.

CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos: processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. São Paulo : Saraiva, 2010.

CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY OF UNITED STATES OF AMERICA. *O novo relatório da CIA: como será o mundo de amanhã*. Tradução de Claudio Blanc. 2. ed. São Paulo : Geração Editorial, 2012.

CHAVES, Geraldo José. *Segurança pública: o que pode ser feito*. Brasília : Envelop Editora, 2006.

CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*. 5. ed. Rio de Janeiro : Campus, 1999.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3. ed. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *O relacionamento entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária no processo penal acusatório. Processo Penal e Estado de Direito*. Campinas : Edicamp, 2002.

\_\_\_\_\_. *Processo Penal de emergência*. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2002.

COHN, Gabriel. *Weber: Sociologia*. São Paulo: Ática, 1997.

COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva; ALMEIDA, José Pinto de. *Lições de teoria geral do processo*. 4. ed. Curitiba : Juruá, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. *História e consciência do mundo*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2001.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução Jean Melville. São Paulo : Editora Martin Claret, 2001.

COUTINHO, Carlos Nelson. *O estruturalismo e a miséria da razão*. 2. ed. São Paulo : Editora Expressão Popular, 2010.

COUTO, Sérgio Pereira. *Segredos do nazismo*. São Paulo : Universo dos Livros, 2008.

DIAS, Erasmo. *Segurança e defesa social: pronunciamentos, pareceres e projetos de lei apresentados pelo Deputado Erasmo Dias*. Centro de documentação e informação da Câmara dos Deputados. Brasília : Coordenação de Publicações, 1982.

DINO, Alessandra; MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. *Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa*. Tradução Doris Cavallari e Letizia Zini. São Paulo : Editora UNESP, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo : Atlas, 2012.

DOWBOR, Ladislau. *A formação do capitalismo no Brasil: ensaio teórico*. 2. ed. São Paulo : Brasiliense, 2009.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução Leandro Konder. 16. ed. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2002.

FENECH, Georges. *Tolerância zero: acabar com a criminalidade e a violência urbana*. Tradução Joana Patrícia Rosa e Mário Matos e Lemos. Mem Martins : Editorial Inquérito, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Traducción Perfecto Andrés Ibáñez, et al. Madrid : Editorial Trotta, 1995.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder Constituinte do Estado-Membro*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional comparado: o poder constituinte*. Vol. I. São Paulo : Editora da Universidade de São Paulo, 1974.

FERRI, Henrique. *Discursos de defesa: defesas penais*. Tradução Fernando de Miranda. 6. ed. Coleção Stvdivm: temas filosóficos, jurídicos e sociais. Vol. 13. Coimbra : Arménio Amado Editor Sucessor, 1969.

\_\_\_\_\_. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução Paolo Capitano. Campinas : Bookseller Editora, 1996.

FORSYTH, Frederick. *Cães de guerra*. Tradução Pinheiro de Lemos. São Paulo : Círculo do Livro, 1974.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro : Nau Editora, 2002.

\_\_\_\_\_. *Microfísica do poder*. 21. ed. Organização e tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro : Graal, 2005.

\_\_\_\_\_. *Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo : Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução Raquel Ramallete. 30 ed. Petrópolis : Editora Vozes, 2005.

FRANCO, Deivison Pinheiro. *Deep Web: mergulhando no submundo da internet*. *Revista Segurança Digital*, Brasília, n. 10, abril, 2013.

FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de autoridade: notas de legislação, doutrina e jurisprudência à Lei 4.898 de 9.12.65*. 4. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. *Crimes contra a natureza*. 3. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1992.

FREYESLEBEN, Márcio Luis Chila. *O ministério público e a polícia judiciária: controle externo da atividade policial*. Belo Horizonte : Del Rey, 1993.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. Vol. I. 8. ed. São Paulo : Saraiva, 2006.

GARCIA, Adir Valdemar. *A pobreza humana: concepções, causas e soluções*. Florianópolis : Editoria em Debate, 2012.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos*. Tradução Luiz Flávio Gomes. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1992.

GASSET, José Ortega y. *Que é filosofia?* Rio de Janeiro : Livro Ibero-Americano, 1971.

GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. 5. ed. Rio de Janeiro : Editora Record, 2005.

\_\_\_\_\_. *Novas regras do método sociológico: uma crítica positiva das sociologias compreensivas*. Tradução Maria José Silveira Lindoso. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1978.

GOMES, José Jairo. *Lei de introdução ao código civil em perspectiva*. Belo Horizonte : Editora Del Rey, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. *Nova lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Pinharanda. *Filosofia grega pré-socrática*. 4. ed. Lisboa : Guimarães Editores, 1994.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo : Saraiva, 1991.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: parte geral*. 18. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

GONZAGA, João Bernardino Garcia. *A inquisição em seu mundo*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1993.

GRANT, José Zamora. *Justicia penal y derechos fundamentales*. México D.F. : Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 2. ed. Niterói : Impetus, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade : doze lições*. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

HARPER, Babette; *et al.* *Cuidado, escola!* 8. ed. São Paulo : Brasiliense, 1982.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo: Parte I*. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Rio de Janeiro : Editora Vozes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Ser e Tempo: Parte II*. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Rio de Janeiro : Editora Vozes, 2005.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo : Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo : Editora Martin Claret, 2001.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2010.

JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro : Imago Editora, 1976.



JENÉ, Carles Viladàs. *A delinquência econômica. In O pensamento criminológico II: Estado e controle*. Tradução Roberta Duboc Pedrinha e Sergio Chastinet Duarte Guimarães. 1. ed. Coleção Pensamento Criminológico. Vol. 21. Rio de Janeiro : Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2015.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 2003)*. São Paulo : Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. *Novas questões criminais*. São Paulo : Saraiva, 1993.

KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo : Editora Martin Claret, 2001.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução Alex Marins. São Paulo : Editora Martin Claret, 2001.

\_\_\_\_\_. *Para a paz perpétua*. Tradução Bárbara Kristensen. Rianxo : Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Traducción Roberto J. Brie. Madrid : Editorial Tecnos, 1995.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

KHUN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo : Editora Perspectiva, 1998.

KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e estrutura social*. Tradução Gizlene Neder. 2. ed. Coleção Pensamento Criminológico. Vol. 3. Rio de Janeiro : Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Tradução Walter Stöner. 3. ed. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1995.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução Carlos Irineu da Costa. São Paulo : Editora 34, 1999.

LIMA, Gilson. *Sociologia na complexidade. Sociologias*. v. 08, n. 15. Porto Alegre : PPGS/UFRGS, 2006.

LIMA, Rodrigo Perim de. *O regime jurídico-administrativo dos militares estaduais*. Curitiba : Optagraf, 2007.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Alfredo Gallego A-nabitarte. Barcelona : Ediciones Ariel, 1986.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2. ed. *Série princípios fundamentais do direito penal moderno*. V. 3. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 3. ed. Rio de Janeiro : José Olympio Editora, 1998.

MAHON, Eduardo. *O Ministério Público de Robespierre: uma repreensão jurídico-constitucional às pretensões investigativas do Ministério Público*. Brasília : Envelopel, 2004.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Vol. I. Tradução Waleska Giroto Silverberg. Campinas : Conan Editora, 1995.

\_\_\_\_\_. *A lógica das provas em matéria criminal*. Vol. II. Tradução Waleska Giroto Silverberg. Campinas : Conan Editora, 1995.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARX, Karl. *A miséria da filosofia*. Tradução José Paulo Netto. São Paulo : Global, 1985.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *História*. Tradução Florestan Fernandes *et al.* 3. ed. São Paulo : Ática, 2003.

\_\_\_\_\_. *Manifesto do Partido Comunista*. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo : Editora Martin Claret, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1991.

McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antigo y moderno*. Traducción Juan José Solozábal Echavarría. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2004.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Tradução Sérgio Lamarão. 2. ed. Coleção Pensamento Criminológico. Vol. 11. Rio de Janeiro : Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

MENDRONI, Marcelo Betlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5. ed. São Paulo : Atlas, 2015.

MILL, John Stuart. *Sistema de lógica dedutiva e indutiva: exposição dos princípios da prova e dos métodos de investigação científica (seleção)*. Tradução João Marcos Coelho e Pablo Rubén Mariconda. In *Os Pensadores*. 2. ed. São Paulo : Abril Cultural, 1979.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo II: constituição e inconstitucionalidade*. 3. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1996.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo : Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo : Atlas, 2000.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2005

\_\_\_\_\_. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução Eliane Lisboa. Porto Alegre : Sulina, 2006.

NAHUM, Marco Antonio Rodrigues. *Inexigibilidade de conduta diversa: causa suprallegal excludente de culpabilidade*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001.

NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 1993.

\_\_\_\_\_. *O Direito hoje e com que sentido: o problema actual da autonomia do direito*. Coleção Pontos de Vista 1. Lisboa : Instituto Piaget, 2002.

NIETZSCHE, Friedrich. *O anticristo*. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo : Editora Martin Claret, 2001.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Questões penais controvertidas: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. São Paulo : Editora Universitária de Direito, 1994.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. 1. ed. São Paulo : IBCCRIM, 2013.

OLIVEIRA, Plínio Corrêa. *Tribalismo indígena: ideal comuno-missionário para o Brasil no século XXI*. Parte I. São Paulo : Editora Artpress, 2008.

ORTIZ, Renato. *Cultura e Modernidade: a França no Século XIX*. São Paulo : Brasiliense, 1998.

PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídico-Penais*. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. (coordenador). *Direito Criminal*. Coleção Jus Aeternum. Belo Horizonte : Del Rey, 2000.

\_\_\_\_\_. (coordenador). *Direito Criminal*. Coleção Jus Aeternum. Vol. 2. Belo Horizonte : Del Rey, 2001.

- PILLETI, Claudino; PILLETI, Nelson. *História da educação*. São Paulo : Ática, 1990.
- PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição*. COIMBRA : Coimbra Editora, 1994.
- RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo : Saraiva, 1994.
- RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Princípio da Proibição do retrocesso jusfundamental: aplicabilidade*. Curitiba : Juruá, 2009.
- RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. 2. ed. Coleção Pensamento Criminológico. Vol. 8. Rio de Janeiro : Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2003.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Dinah Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo : Ática, 2000.
- REALE, Giovanni. *História da filosofia antiga*. Tradução Marcelo Perine. Série História da Filosofia. V.I. Das origens a Sócrates. São Paulo : Edições Loyola, 1993.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.
- ROCHA, Carina de Oliveira; ALVES, Daniel Limongi Alvarenga. *O garantismo penal: uma reflexão crítica a partir de Luigi Ferrajoli*. In *O direito penal e suas faces: da modernidade ao neoconstitucionalismo*. Organizador Edson Vieira da Silva Filho. Curitiba : Editora CRV, 2012.
- ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. *Curso de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1999
- ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Tradução Maria Helena Diniz. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1977.
- ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2002.
- ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 17 ed. São Paulo : Atlas, 1997.
- ROUANET, Sergio Paulo. *As razões do iluminismo*. São Paulo : Companhia das Letras, 1987.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: ou Princípios do direito político*. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo : Editora Martin Claret, 2003.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Traducción Enrique Bacigalupo. Buenos Aires : Ediciones Depalma, 1979.

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

SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1986.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte : Nova Alvorada Edições, 1995.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Eficiência e direito penal. Coleção Estudos de Direito Penal. vol. 11*. Tradução Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri : Manole, 2004.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 12. ed. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2013.

\_\_\_\_\_. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Tradução Clóvis Marques. 5. ed. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Dilemas do nosso tempo: globalização, multiculturalismo e conhecimento. In Educação & Realidade: políticas do global e singularidades*. Vol. 26. N. 1. Porto Alegre : UFRGS, 2001.

\_\_\_\_\_. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 4. ed. V 1. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo : Cortez, 2002.

SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é pós-moderno*. São Paulo : Brasiliense, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia radical*. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1981.

\_\_\_\_\_. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba : ICPC – Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Vanilda Aparecida dos. *Álcool e direção: uma análise psicopolítica*. Curitiba : Juruá, 2015.

SARAMAGO, José. *Caim: romance*. São Paulo : Companhia das Letras, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004.

SAVIANO, Roberto. *Gomorra: a história real de um jornalista infiltrado na violenta máfia napolitana*. Tradução Elaine Niccolai. 5. ed. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2009.

SCHELAVIN, José Ivan. *A teia do crime organizado*. São Paulo : Conceito Editorial, 2011.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. Madrid : Editorial Tecnos, 1983.

SÉVERIN, Carlos Versele. *A cifra dourada da delinquência*. Tradução Nilo Batista e Francisco de Assis Leite Campos. In *Revista de Direito Penal*. Vol. 1. N. 1. Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro. 19 v. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1971.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?* Tradução Norma Azeredo. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2006.

SILVA FILHO, Edson Vieira da. *Minimalismo penal: uma reflexão crítica a partir de Eugenio Raúl Zaffaroni "em busca das penas perdidas"*. In *O direito penal e suas faces: da modernidade ao neoconstitucionalismo*. Organizador Edson Vieira da Silva Filho. Curitiba : Editora CRV, 2012.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. *Repressão ao crime organizado: inovações da Lei 9.034/95*. 2. ed. Curitiba : Juruá, 2010.

SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF : Ministério da Justiça, 2006.

SOUTHWELL, David. *A história do crime organizado*. Tradução Ciro Mioranza. São Paulo : Editora Escala, 2014.

SPONCHIADO, Jéssica Raquel; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Sistema penal e capitalismo dependente: desafios político-criminais de economias dependentes diante da ordem capitalista internacional e do fenômeno da globalização*. Anais do 1º Simpósio de Iniciação Científica do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Edição 1. Ano 1. São Paulo : IBCCRIM, 2014.

SPOSITO, Marília Pontes (Coord.). *O Estado da Arte sobre juventude na pós-graduação brasileira: Educação, Ciências Sociais e Serviço Social (1999-2006)*. Vol. I. Belo Horizonte : Argumentvm, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2014.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. *El Delito de Cuello Blanco*. Traducción de Rosa Del Olmo. Caracas : Universidad Central de Venezuela, 1969.

THOREAU, Henry David. *A desobediência civil e outros escritos*. Tradução Alex Marins. São Paulo : Editora Martin Claret, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1994.

VILLAS BÔAS FILHO, Fernando Alves Martins. *Crime organizado e repressão policial no Estado do Rio de Janeiro: uma visão crítica*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007.

WEBER, Max. *Metodologia das ciências sociais*. Parte 1. 4. ed. Tradução Augustin Wernet. São Paulo : Cortez Editora, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4.ed. Rio de Janeiro : Editora Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. Coordenadores Luiz Flavio Gomes e Alice Bianchini. Coleção Saberes Críticos. São Paulo : Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *A questão criminal*. Tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro : Editora Revan, 2015.

\_\_\_\_\_. *“Crime organizado”: uma categorização frustrada*. In *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 45-67, jan./jun. 1996.

\_\_\_\_\_. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro : Editora Revan, 2014.

\_\_\_\_\_. *O inimigo no direito penal*. Tradução Sérgio Lamarão. 3. ed. Coleção Pensamento Criminológico. Vol. 14. Rio de Janeiro : Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2011.