

**Perspectivas de controle
ao crime organizado e crítica
à flexibilização das garantias**

Vencedora

do

*8.º Concurso IBCCRIM
de Monografias Jurídicas*

Francis Rafael Beck

**Perspectivas de controle
ao crime organizado e crítica
à flexibilização das garantias**



São Paulo
2004



© Desta edição – IBCCRIM

Produção Gráfica: Método Editoração e Editora Ltda.

Fone: (11) 289-1366 – Fax: (11) 289-0679

Capa: Luis Colombo e Lili Lungarezi

**CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ**

Beck, Francis Rafael

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

Bibliografia

1. Crime organizado. 2. Direitos fundamentais.

I. Título. II. Série.

04-2191.

CDU 343.91

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM)

Rua 11 de agosto, 52, 2.º andar

CEP 01018-010 – São Paulo, SP, Brasil

Tel.: (xx 55 11) 3105-4607 (tronco-chave)

<http://www.ibccrim.org.br> — e-mail: publicacoes@ibccrim.org.br

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO RESERVADOS

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

2004

Diretoria da gestão 2003/2004

Diretoria executiva

Presidente

Marco Antonio Rodrigues Nahum

1.º Vice-Presidente

Maurício Zanoide de Moraes

2.º Vice-Presidente

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

1.º Secretário

Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior

2.º Secretário

Sérgio Mazina Martins

1.º Tesoureiro

Ivan Martins Motta

2.º Tesoureiro

Benedito Roberto Garcia Pozzer

Comissões especiais – Presidentes

Convênios

Mariângela Lopes Neistein

Estudos e Debates

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

História

Tadeu Antonio Dix Silva

Monografias

Carmen Sílvia de Moraes Barros

Seminário Internacional

Theodomiro Dias Neto

Coordenadores – chefes

Biblioteca

Franciele Silva Cardoso

Boletim

Carlos Alberto Pires Mendes

Cursos

Juliana Sinhorini Nahum

Estudos e Projetos Legislativos

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Internet

Heloisa Estellita

Relações Internacionais

Tatiana Viggiani Bicudo

Revista Brasileira de Ciências Criminais

Theodomiro Dias Neto

Iniciação Científica

Marta Cristina Cury Saad Gimenes

Pós-Graduação

Alvino Augusto de Sá

Redes Internacionais

Flavia D'Urso

Núcleo de Pesquisas

Alessandra Teixeira

Coordenadores Estaduais

Ana Beatriz Baraúna Lopes (AM); Carmen da Costa Barros (DF); Edmundo Oliveira (PA); Elmir Duclerc (BA); Fabio Roberto D'Ávila (RS); Fabio Trad (MS); Fabiola Monteconrado Ghidalevich (AM); Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato (PB); Felipe Cardoso Moreira de Oliveira (SC); Fernando Luiz Ximenes Rocha (CE); Guilherme Costa Câmara – (PB); Heloisa Estellita (DF); João Guilherme Lages Mendes (AP); Lena Rocha (RN); Liliane Cristina de Oliveira (MG); Marcelo Leonardo (MG); Maria Lúcia Karam (RJ); Maurício Kuehne (PR); Nilzardo Carneiro Leão (PE); Oswaldo Trigueiro Filho (PB); Paulo Vinicius Sporleder de Souza (RS); Selma P. de Santana (BA)

Comissão de Monografia

publicacoes@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

Presidente da Comissão de Monografia

Carmen Sílvia de Moraes Barros

Membros

Ana Lúcia Menezes Vieira, Angélica de Maria Mello de Almeida, Inês Thomaz, Rafael Ramia Muneratti e Vinicius de Toledo Piza Peluso

Integrantes da Comissão Julgadora do 8.º Concurso de Monografias Jurídicas:

Alvino Augusto de Sá, André de Almeida Panzeri, Andrei Koemer, Elia Wiecko Volkmer de Castilho, Inês Thomaz, Karyna Batista Sposato e Sergio de Oliveira Médiçi

Suplentes:

Benedito Roberto Garcia Pozzer
Eduardo Reale Ferrari

Dedico esta conquista a minha mãe,
MARIA INÊS CASSOL BECK, pelo amor,
pelo cuidado, pelo colo, pela lição de vida,
de moral, de responsabilidade, bem como
pelo apoio ilimitado e incondicional
em todos os momentos da minha vida
(exceto nos primeiros dias em que tornei
público o meu desejo de seguir a carreira
jurídica...).

Agradecimentos

Agradeço a Deus e a sua legião de seres iluminados, que cada vez passam mais trabalho no trato das questões da vida terrestre.

Aos meus pais ASTOR ALFREDO e MARIA INÊS, por sempre terem me apoiado e incentivado.

Às minhas irmãs CARMEM CRISTINA, ISAURA LUZIA e LARISSA KARINA que, mesmo longe, sempre estão muito próximas.

A minha avó JULIETA, pelos beijos, pelo amor, pelas orações e, é claro, pelo chimarrão.

A toda a minha família, em especial à “turma” da Rua Padre Cacique, em Três de Maio (RS).

À JULIANA, por tudo o que significa na minha vida.

Aos meus colegas de escritório – que também fazem parte da minha família por afinidade –, em especial ao Prof. ANTONIO MARCELO CALEFFI, pelo que representa em minha carreira acadêmica e profissional.

Aos meus amigos, dentre eles o meu mentor nesta obra, Prof. SALO DE CARVALHO.

Aos colegas, professores e funcionários dos cursos de graduação e mestrado em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Aos colegas, funcionários e amigos do curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA.

À CAPES.

Por fim (mas não menos), aos diretores, funcionários e sócios do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, entidade com que cada vez mais estreito minhas relações e afinidades.

PREFÁCIO ■

§ 1.º O fenômeno “crime organizado”, na atualidade, ocupa local de destaque naquilo que poderíamos denominar *mass media* penal, redimensionando as práticas repressivas, os estudos acadêmicos e o labor cotidiano do profissional do direito (penal).

No que tange aos modelos de política criminal, a categoria “crime organizado” tem sustentado os discursos de emergência que, desde a década de oitenta, lograram impor profundas alterações nas legislações penais e processuais penais dos países ocidentais. A criação de novos tipos penais, o aumento das penas aos crimes tradicionais agora associados à criminalidade organizada, mas principalmente à ruptura com as formas (garantias) processuais, asseguraram a maximização do sistema policialesco, retomando a estrutura inquisitiva dos modelos penais antiliberais.

Não obstante as alterações no plano político-criminal que determinaram a reconfiguração da estrutura normativa, as mudanças atingem diretamente os profissionais que operam diariamente no foro criminal. Neste aspecto, a nota mais característica é a gradual desjudicialização dos atos decisórios, transformando o juiz na figura de um agente da repressão. Assim, gesta-se um modelo integrado de “combate à criminalidade organizada”, no qual os profissionais encarregados da prevenção/repressão, da acusação e das decisões, confundem-se, deixando reféns os direitos e garantias individuais dos acusados. No Brasil, esta realidade é perceptível com as mudanças ocorridas na década de noventa, de um lado com o processo de reforma parcial do Código de Processo Penal e, de outro, com a edição de leis especiais (descodificação).

Ao provocar verdadeira inversão ideológica em suas funções de garantia, o discurso de “combate à criminalidade (organizada)”

vem impregnado de confusão conceitual que entende o processo como ferramenta das políticas de “segurança pública”. Se se avaliar as principais modificações da legislação processual na década de noventa, sobretudo a Lei 9.034/1995, verificar-se-á claramente a afirmação. Todo aparato reformista, distanciando-se dos mecanismos de averiguação do desvio punível de feição acusatória insinuados pela Constituição da República, solidifica a desjudicialização do sistema jurídico-penal, que é uma das marcas do inquisitorialismo.

A característica do sistema inquisitivo é a possibilidade de o julgador atuar como parte (persecutória, sobretudo). Diferentemente do modelo acusatório regido pelo *princípio do juiz espectador*, na estrutura inquisitiva ao magistrado é facultada uma série de ações que acabam comprometendo sua imparcialidade, visto a determinação de juízos apriorísticos. Logicamente que tal possibilidade é legitimada pelo messiânico escopo da busca da “verdade real”, símbolo maior do narcisismo dos atores do processo.¹ Todavia, este sistema não apenas desnaturaliza o papel do juiz, como provoca confusão no que tange ao papel das partes e dos demais sujeitos. Natural, portanto, que se perca a real dimensão e a extensão de suas atividades. Não por outro motivo se assiste no cotidiano forense nacional verdadeira anomalia representada pela possibilidade de atuação de ofício do julgador e da investigação direta do acusador. Resta, neste lamentável quadro, indagar: *se o sistema permite ao juiz produzir prova e ao acusador investigar diretamente, como restam os direitos de ampla defesa do acusado?*²

§ 2.º Da verificada crise no sistema de garantias, impõe-se a tarefa crítica. E, inevitavelmente, o primeiro local de crítica, antes de sua incorporação no “fórum”, é a academia.

¹ Sobre o narcisismo no direito penal, conferir: CARVALHO, Salo. A ferida narcísica do direito penal. GAUER. *A qualidade do tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 179-212.

² Neste sentido: CARVALHO, Salo. Cinco teses sobre a desjudicialização material do processo penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais* (14), Sapucaia do Sul: Notadez/ITEC, 2004, p. 122-130.

O livro que o leitor tem em mãos, trabalho premiado no concurso de monografias do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, é fruto de pesquisa que Francis Rafael Beck desenvolveu no Mestrado em Direito da UNISINOS/RS, e que tive o prazer de orientar.

No ambiente acadêmico, ao longo do processo de orientação e redação da dissertação, procuramos (orientando e orientador) sempre estar cientes de que a cisão entre teoria e prática é irreal, servindo apenas para justificar aos “teóricos” seu distanciamento da vida forense e aos “práticos” a omissão do desenvolvimento científico e intelectual. Assim, transitando entre fórum e academia este rico material foi construído.

Francis Rafael Beck, sempre desconfiado dos discursos emergenciais, procurou, desde o primeiro momento, inserir as alterações da estrutura repressiva no contexto das mudanças econômicas advindas da globalização, bem como de seus efeitos sobre o Estado contemporâneo. Após localizar no redimensionamento das funções estatais o incremento da punibilidade, caracteriza o “crime organizado” como fenômeno complexo e atual, de difícil conceituação teórica e identificação empírica.

No entanto, embora revestido de notória complexidade, a “criminalidade organizada” tem constituído justificativa para edição de normas emergenciais cuja redação potencializa, no âmbito das práticas punitivas, o desmonte da estrutura de garantias arduamente conquistada. Todavia, segundo o autor, a ignorância e o medo exagerado da criminalidade organizada, associada à dificuldade de controle, “não podem servir de subterfúgio para uma reforma mais ampla do sistema penal, sobretudo se contaminada pelos ideais emergenciais (irracionais) tendentes a uma antecipação da tutela penal e flexibilização das garantias dos cidadãos”.

Não esquecendo, porém, que o fenômeno existe e que os novos modos de operacionalização do delito produzem custos sociais elevados, Francis Rafael Beck propõe a releitura do direito e do processo penal a partir do sistema de garantias. Projeta, assim, estrutura normativa de respeito aos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos que tutele o cidadão imputado.

Em termos repressivos, percebe claramente que o direito e o processo penal pouco podem ajudar se “a estratégia penal não for complementada por outras formas de controle que passem, por exemplo, por uma maior transparência do setor financeiro e por uma ampliação da normatização administrativa dos ‘comportamentos-meio’ para a atividade da criminalidade organizada, especialmente mediante o corte dos canais de comunicação com a legalidade econômica”.

Nota-se, portanto, que o autor tem ciência dos limites de sua ciência, fato que revela inegável maturidade intelectual.

Em realidade, o prêmio auferido pelo IBCCRIM não é apenas de Francis Rafael Beck. A publicação é um prêmio a todos aqueles que acreditam na defesa da Constituição contra todas as formas de obscurantismo, inclusive os que vêm travestidos em garantismos de ocasião.

À leitura, pois.

Porto Alegre, agosto de 2004.

SALO DE CARVALHO

SUMÁRIO ■

INTRODUÇÃO	15
1. A GLOBALIZAÇÃO E SEUS INFLUXOS SOBRE O ESTADO E O DIREITO (PENAL) CONTEMPORÂNEOS	21
1.1 Pequeno esboço do fenômeno da globalização	21
1.1.1 Traços de caracterização	24
1.1.2 “Globalização” ou “globalizações”?	26
1.2 Os impactos do modelo globalizador sobre o Estado con- temporâneo	28
1.2.1 Notas iniciais	28
1.2.2 A superação das fronteiras nacionais e o declínio da concepção tradicional de soberania estatal	29
1.2.3 O aumento da complexidade estatal e a sua (suposta) incapacidade estrutural	33
1.3 A sociedade globalizada e o direito	35
1.3.1 A limitação do direito estatal como consequência do modelo globalizador	35
1.3.2 Tendências e desafios do direito na era da globaliza- ção	38
1.4 O direito penal da globalização	41
1.4.1 A influência das globalizações no direito penal	41
1.4.2 O paradoxo entre a flexibilização do direito e a exasperação da tutela penal	45
1.4.3 Prognóstico do direito penal (globalizado)	50
2. O CRIME ORGANIZADO COMO FENÔMENO CONTEM- PORÂNEO	55
2.1 Em busca de um conceito de crime organizado	63

2.2 Características do fenômeno	74
2.2.1 Estrutura plúrima hierarquizada e permanente	80
2.2.2 Finalidade de lucro ou poder	81
2.2.3 Utilização de meios tecnológicos	82
2.2.4 Conexão com o poder público	83
2.2.5 Internacionalização	85
2.2.6 Uso da violência ou intimidação	87
2.2.7 Cometimento de delitos com graves consequências sociais	88
2.2.8 Emprego de lavagem de dinheiro	91
3. O CAMINHO FÁCIL DO DIREITO EMERGENCIAL	93
3.1 O socorro à antecipação (e facilitação) da punibilidade	101
3.2 A (in)justificada flexibilização das garantias do acusado ...	104
3.3 A situação brasileira	113
3.3.1 Os limites constitucionais à intervenção penal	113
3.3.2 A expansão constitucional do direito penal	116
3.3.3 A Lei do Crime Organizado	120
3.3.3.1 Fundamentos da lei	120
3.3.3.2 Conteúdo normativo e principais institutos	122
4. OS RUMOS VIÁVEIS DO DIREITO PENAL CONTEMPO- RÂNEO EM RELAÇÃO AO CRIME ORGANIZADO	129
4.1 Considerações introdutórias	129
4.2 O direito de intervenção de Winfried Hassemer	132
4.3 O direito penal de duas velocidades de Silva Sánchez ..	137
4.4 O garantismo de Luigi Ferrajoli	142
4.5 A manutenção das garantias básicas do indivíduo como pressuposto de qualquer (novo) modelo (que venha a ser) adotado	148
4.5.1 A impossibilidade de uma “solução policial” para o crime organizado	149
4.5.2 O papel fundamental do Estado nacional	151
4.5.3 A exigência de uma harmonização e uniformização legislativa	152
4.5.4 Os pontos de consenso	154
CONSIDERAÇÕES FINAIS	161
BIBLIOGRAFIA	169
RELAÇÃO DAS MONOGRAFIAS PUBLICADAS	179

INTRODUÇÃO ■

A presente dissertação, intitulada Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias, busca empreender uma análise introdutória de alguns dos fatores – principalmente jurídicos – que demarcam o impacto do modelo globalizador sobre o Estado e o direito (penal) contemporâneos, especialmente no que tange às perspectivas de controle da criminalidade organizada.

De fato, os últimos anos do século que se passou e os primeiros deste que se inicia foram caracterizados pela produção de mudanças profundas nas características da maior parte dos setores sociais, fruto, especialmente, da expansão desenfreada das revoluções tecnológicas (especialmente no ramo das comunicações) e da transnacionalização dos mercados financeiros.

Este processo complexo, indeterminado e indisciplinado de crescente interação econômica, política e cultural, em escala mundial, passou a ser genericamente chamado de “globalização”.

Dentre outras conseqüências, esse fenômeno desencadeou um controle cada vez maior do político pelo econômico, a redução substancial da soberania dos Estados nacionais, o surgimento de novos atores internacionais e a exclusão da parcela mais pobre da população.

O conceito clássico de constituição do Estado com amparo na idéia de povo, território e governo parece restar superado, eis que esses elementos se tornam cada vez mais porosos, indefinidos, imprecisos.

Carentes de recursos financeiros e pressionados pelas regras de mercado, impostas em âmbito supranacional, os Estados sofrem

severas restrições quanto à sua atuação e realização de seus objetivos.

Os reflexos desse fenômeno e das conseqüentes limitações – como não poderia ser diferente – são sentidos também no âmbito do direito positivo e das instituições jurídicas, especialmente mediante o desencadeamento de um processo de desformalização, desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, com progressiva redução do grau de coercibilidade jurídico-estatal.

Na seara penal, a globalização gerou a aparição de uma nova concepção do delito, centrada particularmente nos elementos organização, transnacionalidade e poder econômico, praticamente imunes ao modelo clássico de repressão penal estatal, amparado na idéia de criminalidade de massa e territorialidade.

No entanto – e paradoxalmente – enquanto nos demais ramos do direito se verifica a flexibilização da regulação normativa, no direito penal o caminho adotado é o inverso, mediante a criminalização de novas condutas, a exacerbação das penas, a relativização de princípios e o crescente aumento de questionáveis métodos de investigação.

Em termos de criminalidade contemporânea, a maior preocupação está centrada na figura do crime organizado, bem como nos respectivos mecanismos estatais de controle desta forma de crime.

Muito se tem discutido sobre a origem da criminalidade organizada, especialmente em torno de ser ela o resultado da evolução de atividades criminosas já existentes no passado ou, então, um fenômeno recente, típico da sociedade atual.

Não menos polêmica é a questão em torno da possibilidade de se conferir um conceito unívoco a essa modalidade criminosa, tendo por base, de maneira destacada, o discurso do *organized crime* norte-americano e do *crimine organizzato* italiano.

Todavia, independentemente do encontro de uma definição satisfatória para essa forma de delinquência, existem determinadas características que dela merecem ser levantadas e analisadas, a fim de que reste melhor esclarecido e individualizado o objeto de estudo do presente trabalho.

Por outro lado, é sabido que o direito penal assentou-se em um paradigma essencialmente dogmático e fixou módulos de prevenção e repressão à criminalidade com os quais pretendeu controlar as práticas ilícitas em todas as latitudes do mundo.

Por isso o choque atual: descobriu-se que a criminalidade organizada mostra-se imune aos atuais métodos (arcaicos) de persecução penal utilizados pelos Estados.

De uma forma quase automática, surgem textos legais e um sem-número de discursos calorosos tendentes a expandir o potencial de fogo do direito penal às custas de uma redução drástica da tutela estatal individual, em prol de uma suposta proteção aos interesses da coletividade.

Assim, no afã de buscar e encontrar soluções para o “problema” do crime organizado, esqueceu-se do principal, qual seja o respeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo contra a intervenção do Estado.

A observância da crise dogmática que assola o direito penal leva a que se busquem novos caminhos, novas orientações. As opções que mais comumente são postas à discussão polarizam a matéria em duas grandes posições: uma, de reservar ao direito penal o seu âmbito clássico de tutela, conferindo o controle da criminalidade contemporânea (organizada) a outros ramos do direito; outra, de estabelecer um direito penal funcionalista, alterando a dogmática com o propósito de permitir a antecipação da tutela penal para um momento anterior a eventual lesão de um interesse socialmente significativo, flexibilizando-se as garantias penais e processuais do acusado. Entre ambas pode ser ainda encontrada uma posição intermediária, com vistas a desenvolver um direito penal de dupla velocidade, com um cerne garantista e uma periferia amplamente flexibilizada.

Desde já, deixamos clara nossa posição de que o modelo de controle do crime organizado não pode se desvincular das garantias individuais arduamente conquistadas ao longo dos séculos.

Dessa forma, afastadas de pronto as concepções tendentes a uma flexibilização desarrazoada e inconsequente dos pressupostos de punição penal, elencamos como modelos paradigmáticos a

serem analisados nesta dissertação – tendo em vista a importância que asseguraram junto ao pensamento penal dos últimos anos – o direito de intervenção de Winfried Hassemer, o direito penal de duas velocidades de Silva Sánchez e o garantismo de Luigi Ferrajoli.

Dividido em quatro capítulos, este trabalho se inicia realizando uma breve análise do que se entende por “fenômeno da globalização” (ou “das globalizações”), destacando os impactos desse modelo sobre o Estado contemporâneo – especialmente quanto à idéia de soberania estatal – e perquirindo as consequências desencadeadas por esse processo no âmbito do direito, com atenção especial ao paradoxo produzido em relação ao campo do direito penal.

No segundo capítulo é abordado o tema referente aos aspectos que tornam o crime organizado uma forma de criminalidade contemporânea, bem como a busca de seu conceito e a enunciação das características que fazem parte dessa modalidade de delinquência.

O terceiro capítulo é reservado para o estudo da utilização do “caminho fácil” do direito emergencial como forma de “combate” ao crime organizado, tendo como enfoque principal a tendência de antecipação e facilitação da punibilidade e a ligação desta com a redução – ou mesmo supressão – das garantias do acusado.

Ao longo do quarto e derradeiro capítulo são trazidos a lume os principais caminhos (opções) vislumbrados pelo direito penal para o controle da criminalidade contemporânea organizada. Neste ponto é que serão analisadas as teorias e propostas de Winfried Hassemer, Jesús-María Silva Sánchez e Luigi Ferrajoli, encerrando o desenvolvimento do trabalho com a indicação de quatro (im)possibilidades de atuação com as quais se pode fazer frente (de forma razoável) ao crime organizado.

Por fim, algumas indicações de natureza metodológica, doravante traçadas.

O problema do presente trabalho está justamente nas seguintes perguntas: até que ponto – e de que forma – a globalização interfere no desenvolvimento do crime organizado? O que é, de fato, o crime

organizado, e como ele se caracteriza? O modelo penal clássico-liberal oferece reais condições de controle da criminalidade organizada?

As suposições que podem ser feitas em relação aos problemas acima formulados implicam na hipótese central do trabalho: o fenômeno da globalização apresenta conseqüências em praticamente todas as áreas sociais, o que não poderia ser diferente em relação ao direito penal e, mais especificamente, ao crime organizado, que justamente se utilizaria das "novas possibilidades" geradas pelo modelo globalizador para tomar cada vez maior força e expandir-se. Por ser um fenômeno multifacetado, torna-se difícil a elaboração de um conceito dessa manifestação criminosa, fato que não impede a enunciação de suas principais características. De forma derradeira, o modelo clássico-liberal, da forma como está posto, não parece se mostrar apto ao controle dessa nova forma de delinquência, altamente organizada, especializada e internacionalizada.

O tema do trabalho se justifica na medida em que a sociedade como um todo e o próprio direito penal ainda se debatem na busca de uma maior e melhor compreensão acerca do que efetivamente significa o crime organizado, bem como de um modelo jurídico que possibilite, ao mesmo tempo, o controle dessa modalidade criminosa e a manutenção das garantias materiais e processuais do cidadão.

Dessa forma, o objetivo desta dissertação resta circunscrito à realização de uma leitura crítica dos fatores propulsores do desenvolvimento do crime organizado na sociedade contemporânea e das perspectivas de seu controle diante do modelo penal tradicional.

É a partir dessas idéias que o trabalho se desenvolve.

A GLOBALIZAÇÃO E SEUS INFLUXOS SOBRE O ESTADO E O DIREITO (PENAL) CONTEMPORÂNEOS

SUMÁRIO: 1.1 Pequeno esboço do fenômeno da globalização: 1.1.1 Traços de caracterização; 1.1.2 “Globalização” ou “globalizações”? – 1.2 Os impactos do modelo globalizador sobre o Estado contemporâneo: 1.2.1 Notas iniciais; 1.2.2 A superação das fronteiras nacionais e o declínio da concepção tradicional de soberania estatal; 1.2.3 O aumento da complexidade estatal e a sua (suposta) incapacidade estrutural – 1.3 A sociedade globalizada e o direito; 1.3.1 A limitação do direito estatal como consequência do modelo globalizador; 1.3.2 Tendências e desafios do direito na era da globalização – 1.4 O direito penal da globalização: 1.4.1 A influência das globalizações no direito penal; 1.4.2 O paradoxo entre a flexibilização do direito e a exasperação da tutela penal; 1.4.3 Prognóstico do direito penal (globalizado).

1.1 PEQUENO ESCORÇO DO FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO

Especialmente nos anos finais do século XX e nos primeiros deste século XXI, o mundo passou a assistir a mudanças de tamanha amplitude e profundidade que acabaram por alterar os

padrões até então vigentes, que vão desde o incremento tecnológico até as rupturas epistemológicas e paradigmáticas em praticamente todos os campos do conhecimento humano.

Esse fenômeno ficou conhecido pelo nome genérico de “globalização”. Para Sousa Santos,¹ a globalização consiste em um processo complexo que atravessa as mais diversas áreas da vida social: da globalização dos sistemas produtivos e financeiros à revolução nas tecnologias e práticas de informação e de comunicação; da erosão do Estado nacional e redescoberta da sociedade civil ao aumento exponencial das desigualdades sociais; das grandes movimentações transfronteiriças de pessoas (como emigrantes, turistas ou refugiados) ao protagonismo das empresas multinacionais e das instituições financeiras multilaterais; das novas práticas culturais e identitárias aos estilos de consumo globalizado.

Em uma tentativa de definição do fenômeno, sugere Albrow² que “globalização” é o processo pelo qual a população do mundo se torna cada vez mais unida em uma única sociedade, indicando que a criação de uma sociedade mundial já não é o projeto de um Estado-nação hegemônico, mas o resultado não-direcionado da interação social em escala global.

Nos termos do preconizado por Bauman,³ em poucas palavras, ninguém parece estar agora no controle. Pior ainda: não está claro o que seria, nas circunstâncias atuais, ter o controle.

Por outro lado, a utilização constante da palavra em nossos dias – empregada, na maioria das vezes, de forma indistinta – resultou, como destaca Dix Silva,⁴ na aceitação pelas pessoas dos

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: ———. (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2002. p. 11.

² ALBROW, Martin. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996. p. 340.

³ BAUMANN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 66.

⁴ SILVA, Tadeu A. Dix. Globalização e direito penal brasileiro: acomodação ou indiferença? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 6, n. 23, jul.-set. 1998. p. 81.

mais diversos fenômenos – desde que etiquetados como “produtos da globalização” – de uma forma não questionadora, desprovida de uma análise mais detalhada.

Fala-se comumente (e de forma até mesmo trivial) da globalização como se ela consistisse em um fato inelutável, uma ocorrência irresistível, um evento implacável. Por vezes, ela chega até mesmo a ser personificada e transformada – como aliás se faz também com o “mercado” – em um sujeito de ação cujas intervenções seriam aterradoras. De uma forma até mesmo contraditória, tanto as vantagens quanto os malefícios a ela atribuídos estão à altura das esperanças que faz surgir em um contexto de crise, bem como dos receios que faz pairar.⁵

Como prefacia Ianni⁶ em sua obra acerca das teorias da globalização, está ela presente “na realidade e no pensamento”, desafiando grande número de pessoas em todo o mundo. Apesar das distintas vivências e opiniões, a maioria reconhece que esse problema está presente na forma pela qual se desenha o novo mapa do mundo.

Assim, neste início do século XXI, as ciências sociais se defrontam com o novo desafio epistemológico de pensar o mundo como uma sociedade global. As relações, os processos e as estruturas econômicas, políticas, demográficas, geográficas, históricas, culturais e sociais que se desenvolvem em “escala mundial” adquirem preeminência sobre as relações, processos e estruturas que se desenvolvem em “escala nacional”. O pensamento científico elaborado com base na reflexão sobre a sociedade nacional não é suficiente para apreender a constituição e os movimentos de uma sociedade global que apresenta desafios empíricos e metodológicos, históricos e teóricos, que exigem novos conceitos, outras categorias, diferentes interpretações.⁷

⁵ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Tradução Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Introdução, s/p.

⁶ IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p. 9.

⁷ IANNI, 1999, p. 237.

1.1.1 Traços de caracterização

Como visto, a globalização remete a uma idéia de indeterminação, indisciplina, descentralização.

Para Raúl Zaffaroni, a globalização deve ser entendida sob duas perspectivas: como uma ideologia e como uma realidade de poder.

Como “ideologia”, globalização é o sistema de idéias que nos quer explicar algo da realidade. Neste caso, a ideologia do mercado mundial, marcado por uma irrestrita eliminação de barreiras e protecionismos, que geraria um mercado mundial em equilíbrio por si próprio e produtor de um efeito de crescimento planetário. Já como “realidade”, globalização é um programa de exercício do poder mundial: do colonialismo da revolução mercantil seguiu-se o neocolonialismo da revolução industrial e, deste, a globalização da revolução tecnológica. A globalização como realidade teria, assim, ao menos as seguintes características: a) domínio por meio de medidas e imposições econômicas; b) redução da violência bélica entre as potências líderes e fomento de conflitos entre Estados subalternos; c) perda de poder por parte dos Estados nacionais; d) concentração do poder em poucas corporações transnacionais; e) produção de abandono estrutural; f) população marginalizada; g) produção de sérios riscos de catástrofes ecológicas, revoltas sociais violentas e crises financeiras.⁸

Entende Arnaud que é possível falar-se especificamente de globalização quando um certo número de condições é preenchido. Em síntese, são elas: 1) mudança nos modelos de produção; 2) desenvolvimento de mercados de capitais com fluxo livre de investimentos sem que as fronteiras dos Estados sejam levadas em conta; 3) expansão crescente das multinacionais; 4) importância

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. A legislação brasileira em face do crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 13, jan.-mar. 1997a. p. 17-18.

crescente dos acordos comerciais entre nações que formam blocos econômicos regionais de primeira importância; 5) ajuste estrutural passando pela privatização e pela redução do papel do Estado; 6) hegemonia dos conceitos neoliberais em matéria de relações econômicas; 7) uma tendência generalizada em todo o mundo à democratização, à proteção dos direitos humanos, a um renovado interesse pelo Estado de direito; e 8) o aparecimento de atores supranacionais e transnacionais promovendo essa democracia e essa proteção aos direitos humanos.⁹

Ao mesmo passo, o modelo globalizador acaba por preservar, recriar ou mesmo aprofundar as desigualdades sociais, sobretudo nos países periféricos. As relações entre “explorador-explorado” foram substituídas pelas relações entre “incluídos-excluídos”, com a grande diferença que o explorado, embora nessa condição, pertencia ao sistema, enquanto o excluído, atualmente, não dispõe de qualquer espaço (político, social, ou mesmo territorial).

Esse é, para González Vidaurri,¹⁰ o paradoxo do sistema econômico globalizador, que acaba por beneficiar “os mesmos de sempre”, “os poucos que decidem por todos”.

Todavia, muito embora se possam apontar alguns aspectos identificáveis deste fenômeno, adverte Sousa Santos¹¹ que falar de “características da globalização” pode transmitir a idéia de que esta é não só um processo linear, mas também um processo consensual. Embora dominante, a idéia é falsa, eis que a globalização, longe de ser consensual, é um vasto e intenso campo de conflitos entre grupos sociais, Estados e interesses hegemônicos, por um lado, e grupos sociais, Estados e interesses subalternos, por outro. Por esse motivo, parece inadequada a utilização do termo “globalização”, eis que traduz a noção de um processo uniforme e homogêneo, como será trabalhado no item que segue.

⁹ ARNAUD, 1999, p. 12-14.

¹⁰ VIDAURRI, Alicia González. Globalización, post-modernidad y política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 9, n. 36, out.-dez. 2001. p. 10.

¹¹ SANTOS, 2002, p. 27.

1.1.2 “Globalização” ou “globalizações”?

A globalização é vista como um processo uniforme no qual os Estados-nações, as culturas nacionais, a sociedade, o direito, dentre outros tantos campos, são transformados pela integração econômica. Essa afirmação é aceita acriticamente, como se este fenômeno fosse inexorável e atingisse a todos (cidadãos, empresas, países) de modo tão incontestável que nada mais restaria senão esperar pelos acontecimentos vindouros e seus reflexos na vida de cada um. Outra não é a imagem que nos é apresentada pela mídia e pelas publicações técnicas das diversas áreas do conhecimento humano, que divulgam rotineiramente “sentenças terminativas” de economistas, políticos e até mesmo de operadores jurídicos, que asseveram ser ela um “imperativo categórico” inafastável.¹²

Entretanto, qualquer visão da globalização que a interprete como um fato incontestável e consensual, ou mesmo como uma panacéia analítica e compreensiva para tudo – ou quase tudo – que se passa no mundo atual, merece restrições.

Ao contrário do que o termo globalização superficialmente conota, está-se perante processos de mudança altamente contraditórios, variáveis e desiguais.

Destaca Sousa Santos que os estudos desenvolvidos sobre o processo de globalização mostram um fenômeno multifacetado e com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo. Desta forma, qualquer explicação monocausal ou interpretação monolítica deste fenômeno parece ser pouco adequada. Ademais, em vez de se encaixar no padrão de homogeneização e uniformização, a globalização parece combinar a universalização e a eliminação das fronteiras nacionais, por um lado, e o particularismo, a diversidade local, a identidade étnica e o regresso ao comunitarismo, por outro. Por fim, interage de modo muito diversificado com outras transforma-

¹² SILVA, 1998, p. 81.

ções no sistema mundial que lhe são concomitantes, como o aumento das desigualdades entre países ricos e pobres (e, no interior de cada país, entre ricos e pobres), a superpopulação, a catástrofe ambiental, os conflitos étnicos, a migração internacional massiva, a emergência de novos Estados (e a falência ou implosão de outros), a proliferação de guerras civis, o crime globalmente organizado, a democracia formal como uma condição política para a assistência internacional, entre outros.¹³

Esse caráter contraditório da globalização dá ensejo a diversas teorias que oferecem subsídios para a compreensão de seus distintos aspectos. Ainda que acentuem uma ou outra faceta (como a social, econômica, política, cultural, geoeconômica, geopolítica...), todas oferecem alguma contribuição para a inteligência das condições sob as quais se forma a sociedade global.

Assim, torna-se mais adequada a utilização do termo “globalizações” em vez de “globalização”, para que reste evidente o caráter heterogêneo e multifacetado do fenômeno. Ao mesmo passo, cumpre seja deixado claro, desde já, que o fenômeno das globalizações não pode ser analisado com base em uma dicotomia do “bem” *versus* “mal”, como fazem muitos de seus teorizadores. Se problemas e paradoxos das mais diferentes intensidades são gerados, por outro lado, não há como se negar que a globalização de muitos setores – especialmente na área da tecnologia e comunicações – também trouxe inúmeros benefícios à humanidade (ou, pelo menos, a considerável parte dela). Nada há no mundo de tão “maléfico” que não disponha de uma face “benéfica”. A recíproca é igualmente verificável.

Por fim, como destaca Ianni,¹⁴ a reflexão sobre a sociedade global, em suas configurações e movimentos, ultrapassa os limites convencionais desta ou daquela ciência. Ainda que haja ênfases e prioridades quanto a determinados aspectos da globalização, logo fica evidente que qualquer análise envolve necessariamente vários campos do conhecimento.

¹³ SANTOS, 2002, p. 26.

¹⁴ IANNI, 1999, p. 248.

1.2 OS IMPACTOS DO MODELO GLOBALIZADOR SOBRE O ESTADO CONTEMPORÂNEO

1.2.1 Notas iniciais

Não obstante as várias concepções e teorias acerca da constituição do Estado, tradicionalmente são apontados como seus elementos constitutivos o “povo”, o “território” e o “governo”. Tais elementos, como destacam Lenio Streck e Bolzan de Moraes,¹⁵ não são capazes de explicar por si só esse organismo complexo que se convencionou chamar de “Estado”, especialmente nas suas versões “Estado Contemporâneo” (ou “Estado de Bem-Estar”, marcado pelo intervencionismo) e “Estado Democrático de Direito” (também intervencionista, mas com agregação da questão social e da busca da igualdade). Com o advento da globalização, o problema da soberania, do poder e dos vínculos jurídicos que unem os diversos elementos aponta para um necessário redimensionamento das teorias tradicionais acerca dos elementos constitutivos do Estado.

No plano internacional, a interdependência atual que se estabelece entre os Estados desperta para um atrelamento cada vez maior entre as idéias de soberania e de cooperação jurídica, econômica e social, afetando drasticamente a pretensão à autonomia. As chamadas “comunidades supranacionais” (União Européia, Nafta, Mercosul, dentre outras) atingiram profundamente as ambições de uma soberania descolada de qualquer vínculo ou limitação. As “empresas transnacionais”, por sua vez, com base em um capitalismo financeiro que não dispõe de qualquer vínculo com Estados em particular (dotadas ainda de um poder de decisão que é capaz de afetar profundamente a situação de muitos países,

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 139.

especialmente aqueles débeis financeiramente), superposto a um modelo produtivo em que a produção dá lugar à própria auto-reprodução do capital, adquirem um papel fundamental na ordem internacional e, em especial, impõem atitudes que não podem ser contrastadas sob o argumento da soberania estatal.¹⁶

Com efeito, as redes de interação social e fluxos materiais e imateriais de toda índole (tais como crime organizado, volume e volatilidade sem precedentes do movimento de capitais, redes terroristas, fluxos permanentes e descentralizados de informação, constituição de inúmeras comunidades virtuais, degradação do ecossistema, epidemias, fluxos migratórios etc.) tornam as fronteiras dos Estados mais “porosas e incontrolláveis” e suas prerrogativas de potência pública mais contestáveis.¹⁷

Enquanto isso, nas faculdades de direito, continua-se a “ensinar” aos estudantes que o direito é a emanção de um poder único, absoluto, inteiro, exclusivo: o Estado.

1.2.2 A superação das fronteiras nacionais e o declínio da concepção tradicional de soberania estatal

Com a(s) globalização(ões), os espaços econômicos, culturais e informativos, que antes se estruturavam quase que exclusivamente em nível nacional – e, mesmo quando transnacionais, ficavam restritos ao âmbito das relações entre nações –, se tornam globais. De fato, as novas relações que afloram passam por cima dos países e parecem não ter lugar nem tempo, deixando em um plano secundário o papel do Estado nacional.

¹⁶ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Revisitando o Estado! Da crise conceitual à crise institucional (constitucional). In: UNISINOS. *Anuário do programa de pós-graduação em direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 74-75.

¹⁷ GÓMEZ, José María. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO; Rio de Janeiro: LPP, 2000. p. 109.

Em outras palavras, para García-Pelayo,¹⁸ a sociedade transnacional de hoje tem como pressuposto a distinção entre Estado e sociedade, e pode definir-se como “el conjunto social resultante de las interacciones directas entre actores pertenecientes a sociedades de distintos Estados”. E embora se possa dizer que sempre existiram relações entre atores pertencentes a sociedade de Estados distintos, o que caracteriza a época atual é a amplitude, diversidade e mobilidade do fenômeno.

Para Ianni, o neoliberalismo dos tempos da globalização retoma e desenvolve os princípios formulados e postos em prática com o liberalismo a partir do século XVIII. Mas o que distingue o neoliberalismo pode ser o fato de que ele diz respeito à vigência e generalização das forças do mercado capitalista em âmbito global. Embora seja verdade que alguns de seus pólos dominantes e centros decisórios localizam-se nos Estados nacionais mais fortes, em escala crescente formam-se pólos dominantes e centros decisórios localizados em empresas, corporações e conglomerados transnacionais. Deles nascem diretrizes relativas à desestatização, desregulação, privatização, liberalização e regionalização, que instituições como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial (BIRD) encarregam-se de codificar, divulgar, implementar e administrar. Dessa forma, enquanto o liberalismo baseava-se no princípio da soberania nacional, ou ao menos o tomava como parâmetro, o neoliberalismo passa por cima dele, deslocando as possibilidades de soberania para as organizações, corporações e outras entidades de âmbito global.¹⁹

Assim, a crise dos Estados nacionais, a mudança da concepção de soberania, a alteração do sistema das fontes e instâncias de negociação (regionais e locais) tomam cada vez maior destaque nos debates acerca da matéria.

No que tange à redefinição da idéia de soberania do Estado-nação, assevera Eduardo Faria que uma das facetas mais reconhecidas desse processo é a fragilização da sua autoridade, o exau-

¹⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad, 1996. p. 151.

¹⁹ IANNI, 1999, p. 100-101.

rimento do equilíbrio dos poderes e a perda de autonomia de seu aparato burocrático, o que é relevado pelo modo como se posiciona no confronto entre os distintos setores econômicos (sejam eles públicos ou privados) atingidos pelo fenômeno da globalização. Utilizando os meios de persuasão, barganha, confronto e veto de que dispõem e situados em posições-chave no sistema produtivo, tendo, por isso mesmo, poder substantivo de influência na formulação, implementação e execução de políticas públicas, os setores vinculados ao sistema capitalista transnacional pressionam o Estado a melhorar e ampliar as condições de competitividade. Entre outras pretensões, reivindicam a eliminação dos entraves que bloqueiam a abertura comercial, a desregulamentação dos mercados, a adoção de programas de desestatização, a “flexibilização” da legislação trabalhista e a implementação de outros projetos de “deslegalização” e “desconstitucionalização”. Do outro lado, os setores defasados tecnologicamente, sem poder de competitividade em nível mundial e, por isso mesmo, dependentes de algum grau de proteção da parte do Estado para sobreviver ou se modernizar, lutam para retardá-los o máximo possível, pressionando pela execução de políticas setoriais e pela manutenção de um mercado local “reservado”, mediante obstáculos jurídicos, administrativos, tarifários e alfandegários à entrada de bens e serviços estrangeiros. A principal característica desse tipo de confronto é se desenvolver independentemente da intermediação do Legislativo ou do Judiciário, circunscrevendo-se ao âmbito do Executivo. Isso faz com que esses confrontos passem a ser equacionados por processos informais de negociação, pouco transparentes ao grande público e fora do alcance dos mecanismos de controle via representação partidária, o que leva as formas universalistas de agregação de interesses, típicas da democracia, a serem atravessadas e esvaziadas por práticas e arranjos de caráter neocorporativo.²⁰

O Estado continua a legislar em todas as matérias, mas o faz, em algumas áreas (especialmente as vinculadas à economia), com menor poder de intervenção e iniciativa legislativa.

²⁰ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 25-27.

Dessa forma, Bolzan de Moraes²¹ alerta para a necessidade de se repensar o Estado, tendo por amparo as “crises” por ele apontadas: *conceitual* (suas características fundamentais, particularmente a idéia de soberania), *estrutural* (quanto ao Estado de bem-estar, especialmente em seus aspectos financeiros – problemas de caixa; ideológico – embate entre democratização do acesso e burocratização do atendimento; e filosófico – que atinge a solidariedade, base do Estado social), *institucional* (ou constitucional, mediante a fragilização da Constituição, que passa a ser vista como um entrave ao funcionamento do mercado) e *funcional* (perda da exclusividade do Estado no desempenho das suas funções).

Muito embora o conceito clássico de soberania remeta à idéia de um poder que é juridicamente incontestável (uno, indivisível, inalienável e imprescritível), capaz de definir e decidir acerca do conteúdo e aplicação das normas (impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico), falar em soberania, nos dias que correm, como um poder irrestrito, muito embora os seus limites jurídicos, parece mais um saudosismo do que uma avaliação lúcida dos vínculos que a circunscrevem. Poder-se-ia inclusive falar em um novo conceito de soberania (uma “soberania pós-moderna”), alicerçada, como querem alguns, no poderio econômico, no monopólio da arma final e na ampliação da velocidade e quantidade da troca de informações em nível global, cujas fronteiras seriam flexíveis (nunca se sabendo, ao certo, aonde iniciam e aonde terminam).²²

Cumpra-se seja deixado claro que a idéia de “crise” do Estado não significa o seu fim. Como destaca Bobbio,²³ é bem conhecida a tese de Engels segundo o qual o Estado, assim como teve uma origem, terá um fim, e acabará quando desaparecerem as causas que o produziram. Porém, por crise do Estado deve ser entendida a crise de um determinado tipo de Estado (capitalista, socialista,

²¹ MORAIS, 2000, p. 69-104.

²² MORAIS, 2000, p. 71-74.

²³ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*: para uma teoria geral da política. 8. ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 126.

autoritário, democrático...) que não mais consegue atender às demandas a que se encontra comprometido, e não o seu fim.

Ademais, acrescenta María Gómez²⁴ que o próprio modelo econômico neoliberal, não obstante estar fundado em normas individualistas, privatistas e anti-Estado, requer um Estado forte para introduzir “pelo alto” as reformas pró-mercado na sociedade, para evitar a mobilidade das pessoas por intermédio das fronteiras e, antes de mais nada, assegurar a ordem interna (potencialmente ameaçada de instabilidade pelos elevados custos sociais do novo jogo econômico e pelo grande número de “perdedores”). Assim, a questão se direciona para uma readequação das funções estatais, e não para o fim do Estado, hipótese que não agrada tanto aos “incluídos” quanto aos “excluídos”.

1.2.3 O aumento da complexidade estatal e a sua (suposta) incapacidade estrutural

A sociedade transnacional apresenta um duplo resultado sobre a capacidade de autodeterminação e sobre as possibilidades de ação do Estado. Por um lado, abre possibilidades para o desenvolvimento de políticas que em outros contextos seriam extremamente difíceis. Por outro, pode desencadear a perda do controle sobre componentes da sua própria sociedade nacional. Em outras palavras, paralelamente ao crescimento da complexidade da sociedade nacional pela interpenetração extensa, intensa e cotidiana de fatores extranacionais, se desenvolve um aumento da complexidade da política estatal.²⁵

A disseminação das regras de livre mercado e, especialmente, do livre movimento do capital e das finanças faz com que a economia seja progressivamente afastada do controle político. Em verdade, a única tarefa econômica que parece ser permitida ao Estado é a manutenção de um orçamento equilibrado, a fim de

²⁴ GÓMEZ, 2000, p. 107.

²⁵ GARCÍA-PELAYO, 1996, p. 157.

controlar (policar) as pressões locais por intervenções econômicas estatais mais vigorosas em defesa da população frente às consequências mais sinistras do modelo econômico imposto.

Não bastassem as pressões oriundas do “mercado”, a reduzir a sua liberdade de atuação, o Estado contemporâneo, de uma forma geral, enfrenta ainda uma séria crise de recursos.

De fato, a crise financeira do Estado contemporâneo é aquela que parece estar por detrás de todas (ou da maioria) das suas críticas e propostas de revisão. Nas últimas décadas, ao lado da deflagrada crise econômica mundial, o aumento da atividade estatal (seja pelo crescimento das demandas, surgimento de novas, ou mesmo pela permanência de outras que antes eram transitórias) implicou num acréscimo ainda maior de gastos, gerando um crescimento do déficit público.²⁶

Nos termos de parte de artigo assinado pelo “Subcomandante Marcos” (um dos líderes da rebelião rural de Chiapas, México):

“No cabaré da globalização, o Estado passa por um *striptease* e no final do espetáculo é deixado apenas com as necessidades básicas: seu poder de repressão. Com sua base material destruída, sua soberania e independência anuladas, sua classe política apagada, a nação-estado torna-se um mero serviço de segurança para as megaempresas... Os novos senhores do mundo não têm necessidade de governar diretamente. Os governos nacionais são encarregados da tarefa de administrar os negócios em nome deles”.²⁷

A consciência de que o Estado encontra-se diante de um impasse (eis que já não consegue regular a sociedade e a economia exclusivamente por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais e de suas soluções homogêneas, atingindo os limites da sua

²⁶ MORAIS, 2000, p. 83.

²⁷ Cf. Sept pièces du puzzle néolibéral: la quatrième guerre mondiale a commencé. *Le Monde Diplomatique*, p. 4-5, ago. 1997. Apud BAUMANN, 1999, p. 74.

soberania político-jurídica) o tem levado a rever sua política legislativa, procurando desvincular cada vez mais o Estado de suas funções reguladoras da economia. Para reformular a estrutura do direito positivo e redimensionar o campo de ação de suas instituições judiciais, governantes e legisladores vêm recorrendo a amplas e ambiciosas estratégias de descentralização, desformalização, deslegalização e desconstitucionalização, implementadas paralelamente à promoção da ruptura dos monopólios estatais, alienação de empresas públicas, privatização de serviços essenciais, abdicação do poder de interferência (especialmente na fixação de preços, salários e limites nas contratações trabalhistas e nas condições de trabalho) e cortes nos gastos sociais. Entretanto, as consequências desse processo têm sido contraditórias, eis que à desregulamentação de alguns setores (socioeconômico, por exemplo) vem sendo promovido paralelamente um aumento da regulamentação de outros.²⁸

Parece restar clara, dessa forma, a incapacidade estrutural do Estado contemporâneo, da forma como está posto, em regular adequadamente as novas demandas oriundas do aumento da sua complexidade. Sem recursos e sem poder, torna-se presa fácil dos setores que justamente detêm o poderio econômico e decisório.

1.3 A SOCIEDADE GLOBALIZADA E O DIREITO

1.3.1 A limitação do direito estatal como consequência do modelo globalizador

O policentrismo que caracteriza a economia globalizada resulta no enfrentamento de enormes limitações estruturais por parte do direito positivo e de suas instituições.

²⁸ FARIA, José Eduardo. As transformações do Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 6, n. 22, abr.-jun. 1998. p. 234-235.

A primeira dessas limitações, indicada por Eduardo Faria, é a redução de uma parte significativa da sua jurisdição. Concebida para atuar dentro de limites territoriais definidos (com base nos instrumentos de violência monopolizados pelo Estado), o seu alcance tende a diminuir na mesma proporção em que as barreiras geográficas vão sendo superadas tanto pela expansão das tecnologias de informação e produção e pelas redes de comunicação e sistemas de transportes quanto pela justaposição e intercruzamento de novos centros de poder. Aliás, quanto maior é a velocidade desse processo, mais o direito positivo e os tribunais são afetados por justiça e normatividades paralelas, sejam elas infra-estatais (surgidas das necessidades reais de diferentes setores sociais cujos interesses não encontram a acolhida necessária nas instituições jurídico-judiciais formais) ou supra-estatais, fortemente condicionadas pelos processos de harmonização legislativa, unificação normativa e disciplinamento organizacional inerentes ao fenômeno da globalização econômica e às experiências de integração regional.²⁹

Outra limitação estrutural do direito positivo e suas instituições diz respeito à incompatibilidade entre o seu “perfil arquitetônico” e a crescente complexidade do mundo contemporâneo. As normas tradicionalmente padronizadoras, amparadas nos princípios da impessoalidade, da generalidade, da abstração e do rigor semântico, bem como organizadas sob a forma de um sistema lógico fechado, hierarquizado, coerente e postulado como isento de lacunas e antinomias, são singelas demais para dar conta de uma pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais cada vez mais diferenciadas. O formalismo excessivo impede a visão da complexidade socioeconômica e da crescente singularidade dos conflitos. Seus princípios gerais, suas regras e seus procedimentos já não conseguem regular e disciplinar, guardando a devida coerência sistêmica, fatos multifacetados e heterogêneos. No entanto, como o Estado não pode deixá-los sem algum tipo de controle, ele se vê obrigado a editar normas para

²⁹ FARIA, 1998, p. 232-233.

casos altamente específicos e singulares, expandindo o direito positivo de maneira confusa e desordenada.³⁰

É por todos (ou quase todos) percebido que as sociedades contemporâneas têm sofrido uma série de transformações nos seus aspectos econômicos e no seu próprio modelo de Estado. Como decorrência – e não poderia ser diferente – o direito finda por suportar uma sucessão de mutações em suas características, vítima de uma neofeudalização da regulação social.

Esses microssistemas legais, pela multiplicidade, heterogeneidade, provisoriedade e mutabilidade de suas regras e mecanismos processuais – que por não raras vezes acolhem pretensões contraditórias ou mesmo excludentes –, geram crescentes discussões em matéria de hermenêutica, exigindo dos intérpretes conhecimentos técnicos não só no âmbito do direito, mas igualmente no de diversas outras áreas.

O atual sistema jurídico, que se desenha de forma cada vez mais definida, não se assemelha ao “antigo” ordenamento jurídico, pleno de conquistas oriundas da luta de nossos antepassados (como o movimento em prol dos direitos humanos, do Estado de direito, da democracia, dos direitos operários e trabalhistas, entre tantos outros). Como afirma Müller,³¹ ele agora é informal e pode funcionar sem legislação, sem o Judiciário e sem o próprio Estado, como a “justiça privada transnacional” ou o “direito transnacional do mais forte”.

Diante de um ordenamento jurídico com tais características, os tradicionais conceitos de “bem comum”, de “interesses gerais e universais” e de “fim social” das leis já não conseguem mais exercer o papel de princípios destinados a compor, integrar e harmonizar interesses específicos. Tais conceitos podem até continuar preservados simbolicamente e retoricamente nos textos legais, sobrevivendo aos processos de desregulamentação, deslegalização e desconstituição.

³⁰ FARIA, 1998, p. 233.

³¹ MÜLLER, Friedrich. O futuro do Estado-nação e a nossa luta contra a turboglobalização. In: SOUZA, Nikolai Petersen e Draiton Gonzaga de (Orgs.). *Globalização e justiça*. Porto Alegre: Edipucrs, 2002a. p. 28.

nalização. Contudo, não têm mais o mesmo peso ideológico e funcional da época do advento do Estado constitucional, da democracia representativa e das modernas declarações de direitos.³²

1.3.2 Tendências e desafios do direito na era da globalização

Destaca Dix Silva³³ as seguintes tendências do direito inserido no contexto globalizador: a) uma preferência pelos padrões legais anglo-saxônicos, pela rapidez, pragmatismo e flexibilidade que o padrão da *common law* representa em face dos modelos franco-romanos (considerados pouco objetivos, lentos e incompatíveis com os seus imperativos da globalização); b) “reprivatização” do direito, em vista da crescente substituição da tutela governamental pela livre negociação, bem como dos processos de descentralização, desformalização, desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização; e c) propensão ao enfraquecimento progressivo do direito do trabalho.

Diante destas constatações, resta a seguinte pergunta: que futuro poderá ter esse tipo de ordenamento jurídico? Para Eduardo Faria,³⁴ seria uma irresponsabilidade tentar oferecer uma resposta objetiva, firme e precisa para essa indagação. O máximo que se pode fazer, com prudência, e ainda com o risco evidente de avaliações precipitadas, é identificar oito importantes tendências (e levantar um problema): 1) ampliação da incompatibilidade entre o tempo da legislação processual civil e penal e o tempo do processo decisório no âmbito dos mercados transnacionalizados; 2) expansão hegemônica dos padrões legais anglo-saxônicos, em vista da sua rapidez, pragmatismo e flexibilidade; 3) progressiva redução do grau de coercibilidade do direito positivo; 4) “reprivatização” do direito, após a extraordinária expansão do direito público e de suas normas controladoras, reguladoras e diretivas

³² FARIA, 1998, p. 235-236.

³³ SILVA, 1998, p. 84-85.

³⁴ FARIA, 1998, p. 236-239.

(que culminaram com as “Constituições-dirigentes”, tão em voga nas décadas de 60 e 70); 5) enfraquecimento progressivo do direito do trabalho, em vista das exigências de formas mais maleáveis de contratação e formalização das relações trabalhistas; 6) transformação paradigmática no conteúdo programático do direito internacional, seja pela progressiva relativização – ou mesmo desfiguração – do seu “caráter público”, seja pelo surgimento de um “direito comunitário”, que tende a ser muito mais complexo, flexível, maleável e aberto do que o direito interno e o direito internacional; 7) aumento do ritmo de regressão dos direitos humanos e sociais, que restam enfraquecidos na colisão frontal com os imperativos categóricos da economia globalizada, como a produtividade e a competitividade levadas ao extremo; 8) transformação paradigmática do direito penal, tornando-o mais severo e abrangente para – quase sempre sob o pretexto de ampliar a eficiência no combate ao crime organizado, ao narcotráfico, às fraudes financeiras, ao terrorismo e às operações de lavagem de dinheiro obtido ilicitamente – disseminar o medo e o conformismo no seu público-alvo, os excluídos.

Pode-se perceber, assim, que os conflitos que são originados da sociedade contemporânea provocam a capacidade do direito, que não se mostra apto a superá-los. Muito provavelmente, o início do caminho para o enfrentamento desse desafio passa, como entende Alberto Warat,³⁵ pela necessidade de que se compreenda que o “tempo” é o problema crucial. O jurista, assim, deve aprender a rechaçar a noção de “eterno”. O “tempo do direito” parece estar parado (como se fosse possível impedir o tempo), e passa a ser, assim, uma negação da realidade, com vistas a uma ilusão de segurança. Os que estudam o cosmos e a natureza confiam no futuro da ciência, mas admitem que se está apenas na sua pré-história. Mal se começou a ver a complexidade do mundo e ainda faltam provavelmente milhares de anos para que se aceite que exista uma ciência que entenda o universo. Entretanto, pensam os juristas que há tempos já a encontraram.

³⁵ WARAT, Luis Alberto. *Por quien cantan las sirenas*. Florianópolis: UNOESC/UFSC, 1996. p. 70-71.

Assim, elencadas as oito tendências referidas, o problema é saber se é possível continuar-se agindo e pensando com base nos paradigmas prevalentes nos cursos jurídicos. As crescentes dificuldades para acompanhar a evolução da complexidade social, econômica, política e cultural e as próprias mudanças dos sistemas legais induzem a uma resposta negativa.

Para Eduardo Faria,

“a tensão inexorável entre a multiplicação dessas normas de natureza técnica e dos organismos responsáveis por sua formulação, positivação, interpretação e aplicação, a proliferação das regras de funcionamento, padrões organizacionais e códigos de condutas impostos pelos grandes conglomerados empresariais e financeiros transnacionais às suas unidades produtivas no plano infranacional, a subsequente fragmentação da adjudicação no plano mundial e esse processo de ‘internacionalização’ harmonizadora e padronizadora de importantes áreas, ramos e setores do direito positivo nacional é que vão forjar o caráter da racionalidade jurídica inerente ao fenômeno da globalização econômica. Racionalidade essa cuja ‘norma fundamental’, enquanto condição de possibilidade de um sistema normativo em sentido kantiano, definindo o perfil da própria experiência objetiva da ordem jurídica emergente, reside num juízo de fato: a consciência dos novos sujeitos políticos e dos agentes econômicos de que as formas de relações sociais condicionadas pelas interconexões entre as instituições financeiras internacionais e as corporações empresariais transnacionais exigem do Estado-nação diferentes papéis de intermediação que só podem ser efetivamente exercidos com a colaboração deles – e, o que é ainda mais importante, sem o seu poder de veto”.³⁶

De qualquer forma, parece restar claro que as instituições jurídicas surgidas no âmbito da globalização econômica serão

³⁶ FARIA, 1998, p. 148-149.

profundamente afetadas por todas essas mudanças e rumos, bem como que esse fenômeno traz consigo aspectos originais e complexos que dificultam sobremaneira (ou mesmo impedem) uma avaliação precisa dessas mesmas mudanças e rumos. No entanto, qualquer que venha a ser o desdobramento do cenário internacional – na linha do multilateralismo, das “polaridades indefinidas” ou da regionalização –, uma coisa parece certa: dificilmente essas instituições jurídicas guardarão muita semelhança com o modelo de direito hoje imperante.

1.4 O DIREITO PENAL DA GLOBALIZAÇÃO

1.4.1 A influência das globalizações no direito penal

Como não se esperaria que fosse diferente, o processo globalizador exerce influência sobre o sistema de controle penal. Por um lado, toma destaque central o surgimento de um crime organizado transnacional, decorrente do modelo imposto pela globalização e para o qual a resposta penal se mostra quase que totalmente inócua. Se a noção de Estado nacional entrou em crise, é forçoso que essa mesma crise repercuta sobre o próprio direito penal. Por outro, e diante de um prisma distinto, torna-se necessário que o Estado tenha condições de controlar as reações dos excluídos que são geradas em progressão geométrica pelo mesmo processo (capazes de ameaçar o equilíbrio do próprio “mercado”).³⁷

De fato, as mudanças ocorridas desde o final do século passado colocam em destaque o papel do direito penal em relação aos comportamentos humanos inéditos que passam a ser verificados. A especialização cada vez maior do delito é um fenômeno hodierno e mundial.

Na medida em que as relações econômicas foram-se tornando mais complexas, conquistando o âmbito internacional e explorando

³⁷ SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*: anotações à Lei 8.072/90. 4. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 487.

tecnologia avançada, maior oportunidade surgiu para o recrudescimento das práticas ilícitas nesse campo de atuação. Como demonstra a vasta experiência criminológica obtida ao longo das últimas décadas, sempre que o sistema deixa de ocupar determinado espaço onde de uma atividade se possa obter lucro, tal espaço logo passa a ser ocupado pela delinquência.

Assim, os fenômenos econômicos da globalização e da integração econômica geraram a aparição de uma nova concepção do delito, centrada particularmente nos elementos “organização”, “transnacionalidade” e “poder econômico” (completamente distintos da idéia de delinquência como fenômeno marginal). Com efeito, para Silva Sánchez,³⁸ do ponto de vista estrutural, as características mais significativas da criminalidade da globalização são duas: por um lado, se trata de uma criminalidade, em sentido amplo, organizada (a produzir resultados lesivos capazes de aparecer em separado, tanto no espaço como no tempo, da ação dos sujeitos mais relevantes do plano delitivo); de outro, a criminalidade da globalização é uma criminalidade de sujeitos poderosos, caracterizada pela magnitude dos seus efeitos – normalmente econômicos, mas também políticos e sociais – com capacidade de desestabilização geral dos mercados e corrupção de funcionários e governantes.

Outras constatações podem ainda ser apontadas. Por primeiro, a globalização dirige ao direito penal demandas fundamentalmente “práticas”, em um sentido de abordagem mais “eficaz” da criminalidade. Por segundo, a delinquência da globalização é econômica (em sentido amplo), apresentando delitos qualificados criminologicamente como *crimes of the powerful*, que dispõem de uma regulação legal insuficientemente assentada e de uma dogmática parcialmente pendente de elaboração. Por terceiro, a exigência de oferecer respostas à delinquência da globalização se concebe, em geral, mediante termos punitivistas, assim como de rearme jurídico-penal diante de modelos de delinquência que criam uma forte

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999. p. 69-71.

sensação de insegurança (não só aos indivíduos, mas também, e especialmente, aos Estados).³⁹

Utilizando-se do que tem sido estabelecido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck acerca do modelo teórico da “sociedade de risco”, Mendoza Buergo⁴⁰ focaliza a atenção – quanto às influências dessa concepção no terreno penal – na ampliação das fronteiras do punível, no aprofundamento da orientação à prevenção e na mudança do papel que se atribui ao controle penal de conflitos. Como extensão, a observância do aumento da intervenção penal para a prevenção de riscos, às custas de mudanças importantes na estrutura e nas garantias do direito penal.

O aumento esquizofrênico do número de leis punitivas – que tem mais um sentido simbólico do que um propósito instrumental de tutela dos bens jurídicos mais importantes para o ser humano e a coletividade – é um ótimo indício para dimensionar a influência do processo globalizador no campo penal, mas é insuficiente para a valoração crítica dessas leis.

Como aduzem Flávio Gomes e Bianchini, muito embora a tutela desses novos valores seja de suma importância para o indivíduo e para a sociedade, tem havido um exagero na utilização do direito penal, a comprometer o seu funcionamento e, com isso, provocar um déficit de operacionalidade marcante, oriundo da incapacidade de o sistema recolher e dar solução a todos os problemas que se lhe apresentam. Inúmeras consequências nefastas podem ser apontadas diante desta constatação: morosidade, descrédito, sensação de impunidade e de ineficácia da ameaça penal, bem como, no campo econômico, um custo exorbitante para o sistema penal (gastos com o aparato judiciário e com a execução). A tutela penal, por conseguinte, é muito mais simbólica que real.⁴¹

Para os referidos autores, são sete os “pecados capitais” do direito penal da era da globalização: 1) hipertrofia irracional; 2)

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, 1999, p. 64-66.

⁴⁰ BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001. p. 23-24.

⁴¹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. Série as ciências criminais no século XXI. São Paulo: RT, 2002. v. 10. p. 160-161.

instrumentalização; 3) inoperatividade, seletividade e simbolismo; 4) excessiva antecipação da tutela penal; 5) descodificação; 6) flexibilização das garantias penais, processuais e executacionais; e 7) explosão carcerária.⁴²

No sistema penal brasileiro, não obstante a carência de dados estatísticos confiáveis, o aquilatamento do nível de influência da globalização pode ser analisado com amparo nos elementos pontuados por Dix Silva:⁴³ a) a tradição brasileira à codificação continua a existir, todavia, o descompasso dos códigos com a realidade social e a ciência penal contemporânea implicam em uma “descodificação tácita”, amparada na promulgação exacerbada de leis especiais que modificam substancialmente parte dos diplomas penal e processual penal; b) as sentenças penais se fundamentam em uma jurisprudência fechada, tratada como ciência, o que impede a visão da realidade como um todo, degrada o direito e preserva e reproduz a atitude dogmática; c) nossa literatura penal se caracteriza pela edição de manuais fiéis ao positivismo jurídico, carentes de quaisquer inovações substanciais; d) a “privatização” do direito penal já acontece em determinado contexto, seja pela adoção de princípios processualísticos civis, pelo equivocado uso do princípio da oportunidade (como no caso da Lei 9.099/1995) ou pelo incremento da “segurança privada”; e) a flexibilização ou relativização de garantias no campo penal, mediante a edição de diversas leis que não atentam para os preceitos constitucionais; f) a edição de leis cada vez mais gravosas, criando novos tipos penais ou assoberbando as penas já estabelecidas (sobretudo em decorrência do *Law and Order Movement*); e g) a reforma judicial propalada pela globalização encontra campo propício no ensino jurídico brasileiro, calcado no dogmatismo acrítico do aprendizado sedimentado em uma doutrina descompassada com o conhecimento científico atual e apego excessivo à jurisprudência, o que impede a visão da realidade por parte do estudante, que ressenete a falta de disciplinas reflexivas em sua formação.

⁴² Ibidem, p. 5.

⁴³ SILVA, 1998, p. 90-93.

1.4.2 O paradoxo entre a flexibilização do direito e a exasperação da tutela penal

A tendência a um movimento de flexibilização nas demais áreas do direito (como visto em itens anteriores) e a exacerbação do papel do direito penal conduzem a um paradoxo: se a globalização propõe a minimização da intervenção do Estado na solução dos conflitos, o que leva esse mesmo Estado a intervir com maior rigor nos conflitos pertencentes ao campo penal?

Como já referido, a globalização impõe a primazia do econômico sobre o político, fazendo com que os imperativos do mercado tornem obrigatória a mudança do direito – que deve atender às suas necessidades – valendo-se, inclusive, da forma mais violenta de controle social, o direito penal. Tal ideologia entra em choque com o sistema de direito penal mínimo, formalizado e amparado por princípios garantistas que impedem seja ele utilizado como forma de manipulação, abuso ou arbitrariedade. Por essa razão é que o direito penal mínimo e garantista é o que menos se amolda à espécie de controle social que requer a globalização.

Na lição de Faria Costa,⁴⁴ é sabido, mesmo para o mais incipiente dos juristas, que o direito (independentemente da concepção que dele tenhamos) atua sempre como resposta a solicitações problemáticas que o contexto social lhe impõe. Age, dessa forma, sempre em um momento posterior ao problema. Ao mesmo passo, existe todo um processo de ponderação e de reflexão que, pela própria natureza das coisas, se postula lento, ainda mais quando se está a tratar de uma norma penal incriminadora. Ninguém desconhece que também o processo legiferante é lento, às vezes penosamente lento. A legitimidade ordinária do *ius puniendi* está nos parlamentos democraticamente eleitos e as instituições parlamentares têm um nível de produção legislativa que se apresenta demorado, devido aos diferentes momentos por que tem de passar a atividade de elaboração das leis. E se isto

⁴⁴ COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 9, n. 34, abr.-jun. 2001. p. 14-15.

já era incompreendido pela comunidade em geral, em face de uma sociedade que cada vez mais valoriza o fazer, o movimento, a constante informação em tempo real, a lentidão das instituições democráticas entra em manifesta ruptura com a vertigem da exigência de respostas rápidas e eficientes – e, portanto, também respostas rápidas e eficientes contra a criminalidade – que a mundividência atual erigiu como modelo de atuação.

Ao mesmo tempo, mal definidos, os crimes “do topo da escala” são extremamente difíceis de serem detectados, eis que são perpetrados em um círculo íntimo de pessoas unidas pela cumplicidade mútua, pela lealdade à organização, pelo *esprit de corps*. Pessoas que geralmente tomam medidas eficazes para detectar, silenciar ou eliminar os que dão com a “língua nos dentes”, ao mesmo passo em que exigem um nível de sofisticação legal e financeiro praticamente impossível de ser penetrado por quem está de fora. Por fim, existe uma imensa vantagem de que desfruta a nova elite global ao enfrentar os que tentam controlar os crimes por ela cometidos: as ordens são locais, ao passo que a elite e as leis do livre mercado a que obedecem são translocais. Dessa forma, se os guardiões de uma ordem local tornam-se “intrusos e infames demais”, há sempre a possibilidade de que se apele às leis globais para mudar as “regras do jogo” local. Além disso, existe ainda a possibilidade de fuga caso as coisas se tornem “quentes demais e incômodas”. Afinal de contas, há sempre lugares onde os guardiões locais da ordem ficam felizes em olhar para o outro lado no caso de haver algum conflito.⁴⁵

Como aduz Raúl Zaffaroni,

“las leyes penales son uno de los medios preferidos del estado espectáculo y de sus operadores ‘showmen’, en razón de que son baratas, de propaganda fácil y la opinión se engaña con suficiente frecuencia sobre su eficacia. Se trata de un recurso que otorga alto rédito político con bajo costo. De allí la reproducción de leyes penales, la descodificación,

⁴⁵ BAUMANN, 1999, p. 132-134.

la irracionalidad legislativa y, sobre todo, la condena a todo el que dude de su eficacia".⁴⁶

De fato, a globalização provocou o surgimento de novas formas de criminalidade, sem fronteiras geográficas, que fugiram do âmbito de controle estatal. Diante da inexistência de um "Estado mundial", de organismos internacionais suficientemente fortes ou de tribunais supranacionais que exercitem o direito de punir em relação aos crimes transnacionais, os controles penais dos Estados-nações mostram-se impotentes para fazerem face a essa nova criminalidade que se espalha pelas mais diversas áreas.

De outra banda, na perspectiva do controle penal interno, a redução do poder estatal, de uma forma até mesmo paradoxal, não produziu maiores efeitos em relação ao direito penal. Enquanto nos demais ramos do direito se observa com clareza o desencadeamento da desregulamentação, da deslegalização e da desconstitucionalização, no direito penal o rumo adotado é inverso. Assim, criminalizam-se cada vez mais condutas, aumentam-se as penas já abstratamente previstas, relativizam-se princípios e garantias constitucionais, ampliam-se o poder de polícia e as medidas de cautela e facilita-se sobremaneira a condenação dos acusados.

Qual seria a razão para tornar o direito penal mais abrangente e severo e o direito processual penal mais flexível e menos garantista? Por que um Estado tão fragilizado em sua atuação nos mais diversos setores deve ser um Estado que valoriza tão excessivamente a repressão penal? Para Silva Franco, a explicação é uma só:

"buscam-se, ao mesmo tempo, a eficácia preventiva do poder punitivo e a preservação do processo de globalização. As normas penais mais extensas e as penas mais exasperantes têm, por um lado, o objetivo de difundir o medo e o conformismo em relação aos descartáveis do processo globalizador, aos excluídos, aos ninguéns e, por outro, o

⁴⁶ ZAFFARONI, 1997a, p. 19-20.

significado simbólico de punir expansivamente a falta de lealdade ao sistema de mercado e, desse modo, buscar sua preservação, antepondo-o aos valores, direitos e garantias do indivíduo. O sensível aumento da taxa de exclusão social, produzido pela globalização, recomenda, portanto, o emprego indiscriminado do direito penal (...). Trata-se, portanto, de um recurso que produz excelentes benefícios políticos a um custo extremamente baixo. Cuida-se, em verdade, de um direito penal puramente simbólico, ameaçador e sem eficácia, para inglês ver, mas suficiente para inerciar os excluídos”.⁴⁷

A tendência de adoção de uma política repressiva estatal com o objetivo de demonstrar a sua capacidade de governar por meio do seu poder de punir já pôde ser detectada no decorrer dos anos 80. Por meio de respostas penais crescentemente severas, rígidos regimes prisionais e alargamento dos poderes da polícia, o Estado procurou demonstrar publicamente que dispunha de um poder idôneo a reafirmar a força da lei e, portanto, de revigorar o mito de sua soberania. Todavia, essa exibição de força punitiva não passa, na realidade, de uma confissão de sua incapacidade de controlar o crime em níveis toleráveis e de seu fracasso no sentido de dar segurança à população. Esta cultura punitiva do tipo de lei e ordem acarretou, como consequência direta e imediata, o incremento das taxas de aprisionamento que atingiram, nos países democráticos, percentuais que foram raramente detectados na maior parte dos Estados totalitários.⁴⁸

O Brasil da década de 90 e dos primeiros anos deste novo século não é o mesmo do fim dos anos 80 e início dos 90. Existe nele uma diferença substancial, produzida num curto espaço de tempo, que é o seu ingresso no processo globalizador. Embora a globalização represente um desmonte sistemático do Estado-nação – na sua soberania, no seu poder de regulação, na sua capacidade de formulação de políticas estatais –, o perfil penal desse Estado

⁴⁷ SILVA FRANCO, 2000, p. 489-491.

⁴⁸ Ibidem, p. 491-492.

minimizado não sofreu, paradoxalmente, uma transformação de monta, antes reforço significativo. Se, de um lado, o controle repressivo estatal mostra-se de total inocuidade em relação ao crime transnacional, de outro apresenta uma acrescida força preventiva nos limites do território nacional. Ao Movimento da Lei e da Ordem sucedeu uma produção incessante de normas penais, o que permite dizer que o país está vivendo uma década perversa do direito penal. Não há mês no qual não se formulem novas leis penais, criminalizando ou agravando condutas. Com essa atitude, busca-se promover penalmente valores ético-sociais ainda não sedimentados no espírito da população, transmitir ao cidadão uma ilusória sensação de segurança, ou mesmo atender explícitos propósitos políticos ou mediáticos, para quem o crime se torna um espetáculo rentável.⁴⁹

Escrevendo acerca dos caracteres do poder punitivo na globalização latino-americana, afirma Raúl Zaffaroni⁵⁰ que a debilitação, descapitalização e perda de poder dos Estados deixam os seus operadores com poucas possibilidades de oferecer “algo diferente”, como lhes exige o clientelismo político. Assim, devem apresentar um produto com elementos atrativos, sem que importe sejam eles verdadeiros:

“Los políticos actúan y deciden en función de la comunicación masiva. Se convierten en un espectáculo; los actores definen cuidadosamente sus roles y estudian sus papeles. El estado deviene un espectáculo ante el escaso ejercicio de poder efectivo de sus operadores: no importa que se haga, sino dar la impresión de que se hace. No se actúa sabiendo que alguien observa, sino que se actúa para ser observado: se trata de un cuadro de dramaturgia estatal.

(...)

El Estado – espectáculo (con su justicia – espectáculo) es una empresa condenada al fracaso desde el comienzo:

⁴⁹ SILVA FRANCO, 2000, p. 492-493.

⁵⁰ ZAFFARONI, 1997a, p. 19.

no hay actor capaz de mantener su papel durante todo el día y todos los días de su vida. Se hace obvia su artificialidad, su amaneramiento o manierismo, su falta de *grâce du naturel*. El público lo nota y se desacreditan el estado, la política y la justicia: se reclama por la autenticidad perdida”.⁵¹

Em matéria de garantias penais e processuais, ou seja, no que diz respeito aos direitos de primeira geração, a exemplo do constatado quando da análise da amplitude exacerbada das fontes do direito como um todo, anota Salo de Carvalho⁵² que, também na esfera penal, o processo de avalanche legislativa (instrumentalizado pelo *mass media* em seu papel de formador do consenso de defesa social) cria uma desregulamentação comparável somente ao pluralismo das fontes presentes no medievo, caracterizado, na órbita penal, por um conglomerado de possibilidades de construção de condutas delituosas.⁵³

1.4.3 Prognóstico do direito penal (globalizado)

Para Silva Sánchez,⁵⁴ o direito penal da globalização e da integração supranacional será um direito desde logo crescentemente unificado, mas também menos garantista, em que se flexibilizarão as regras de imputação e se relativizarão as garantias político-criminais, substantivas e processuais. Nesse aspecto, o direito penal nada mais fará do que acentuar a tendência que já se verifica em diversas legislações nacionais no tocante ao “combate” à criminalidade organizada.

⁵¹ Ibidem, p. 19-20.

⁵² CARVALHO, Salo de. Garantismo penal e conjuntura político-econômica contemporânea: resistência à globalização neoliberal: breve crítica. *Estudos jurídicos*, São Leopoldo: Unisinos, v. 33, n. 89, 2000. p. 56.

⁵³ Eis que Estado, Igreja e direito consuetudinário eram idôneos à seleção das condutas consideradas nocivas (e, portanto, criminosas) à sociedade.

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, 1999, p. 64.

Assim, a configuração de um direito penal da globalização, quanto a sua estruturação legislativa, possivelmente terá amparo na adoção de tratados de harmonização e uniformização, acompanhada de esforços para garantir a sua aplicação da forma mais homogênea possível.

Preconiza Figueiredo Dias⁵⁵ que o direito penal que se cultiva, de vertente liberal, não está suficientemente preparado para a tutela dos “novos” ou “grandes” riscos. Não o está, desde logo, porque o seu modo de produção legislativa não pode mais ser o tradicional, conducente a alterações na legislação politicamente difíceis, raras, e quase sempre atrasadas em relação às transformações sociais que agora se processam à velocidade de uma comunicação global e instantânea e de um progresso científico e tecnológico acelerado, radical e imprevisível. Por outro lado, não estaria o direito penal preparado se insistisse na utilização de princípios político-criminais até hoje consagrados, como os da função exclusivamente protetora dos bens jurídicos, da secularização, da intervenção mínima e da *ultima ratio*.

Por outro lado, a criminalidade organizada tem cada vez menos um espaço, um território nacional, onde se desenvolve e se perpetra. Por outras palavras, tem a qualidade de não ter *locus delicti*, pelo menos na interpretação clássica que a dogmática oferece de “local do crime”. Em vista disto, os efeitos da conduta criminosa são sentidos, na maioria das vezes, em vários territórios nacionais, tornando labiríntica a tarefa da Polícia, do Ministério Público e dos juízes em destrinçar a cadeia de autoria, que tem muito de síndrome de Sísifo.⁵⁶

⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 9, n. 33, jan.-mar. 2001. p. 45-46.

⁵⁶ Sísifo foi um herói grego punido por seu excesso de engenhosidade. Seu castigo foi transportar por toda a eternidade uma rocha até o topo de um monte, deixá-la cair até a base, e tornar a levá-la até o alto, sucessivamente. Sendo ele um homem dotado de profunda inteligência e esperteza (a ponto de ter aprisionado a própria morte), seu verdadeiro sofrimento não se consumava na subida, quando sua

Diante deste contexto, se as coisas se mostram lentas mesmo dentro dos Estados nacionais, a situação é ainda mais complicada quando se envolve a chamada comunidade internacional, cujos mecanismos, via de regra, são ainda mais demorados. Aliás, a celeridade com que se buscam as alternativas de controle da criminalidade organizada não pode fazer menor caso de um aspecto crucial de todo um sistema repressivo: a sua legitimidade.

Assim, esse problema, em relação à criminalidade internacional, se estrutura em dois momentos essenciais. O primeiro reside em saber a quem pertence a legitimidade para desencadear e conduzir todo o procedimento de “luta” contra a criminalidade. O segundo, em encontrar a legitimidade que se centra na determinação e construção de todo o ordenamento penal.

Como questiona Faria Costa,

“qual o órgão internacional – e com que legitimidade – que pode criar normas incriminadoras (internacionais)? Continuarão a ser princípios fundamentais e inarredáveis do direito penal os axiomas axiológicos da legalidade, da irretroatividade da lei penal e da ofensividade a bens jurídicos, só para enunciarmos alguns dos mais emblemáticos? De que maneira e segundo que critérios se podem organizar legitimamente os tribunais aplicadores de tais leis? Que polícias é que perseguem os crimes? Que Ministério Público ou órgão equivalente deduz acusação? Em suma: qual o fundamento e qual a legitimidade de um direito e de um processo internacionais penais? Este é o núcleo essencial do problema. Dele não se pode fugir se se quiser, com honestidade e clareza intelectuais, tentar solucionar muitas das actuais efêmeras efervescências doutrinárias. Esse nódulo problemático é, por conseguinte,

mente estava totalmente ocupada pelo esforço de transportar a rocha até o topo. Seu verdadeiro sofrimento era quando, com a pedra mais uma vez no alto do monte, tinha que dele novamente descer e, sem nenhum esforço, “ter a trágica consciência da condenação a um trabalho inútil e sem esperança”.

um ponto inarredável, não só para a correta compreensão do problema, mas também para uma sua eventual superação”.⁵⁷

A resposta adequada a essas perguntas se mostra pouco provável em um horizonte temporal de médio prazo, muito menos de uma forma imediata (como alguns querem e esperam). Percebe Faria Costa⁵⁸ que, diante deste contexto, outras maneiras, outras atitudes, outros fundamentos serão cogitados e não faltarão argumentos para os legitimarem mesmo quando eles se afastarem daquilo que é tido pelo comum das pessoas como razoável. Esse outro modo de fazer e pensar o direito penal surgirá com a maior das facilidades se contra ele nada for feito.

Diante deste quadro, o acréscimo de alguns poucos questionamentos (ainda sem respostas consolidadas), como os elencados por Faria Costa, seriam suficientes para justificar a necessidade de uma nova dogmática jurídica penal:

“como poderão os ‘novos’ ou ‘grandes’ riscos (...) ser contidos ou obviados por um direito penal que continue a ter na individualização da responsabilidade o seu princípio precípua e cujo objecto de tutela seja constituído por bens jurídicos individuais reais e tangíveis (e portanto ‘actuais’), quando o problema posto por aqueles riscos é por essência indeterminado no seu agente e na sua vítima? Como poderão manter-se exigências (...) como a dos critérios de aferição da causalidade, da imputação objetiva, do dolo e da negligência, do erro e da consciência do ilícito? Como pode continuar a manter-se a ideia (...) de que o delito doloso de acção constitui a forma ‘normal’ e paradigmática de aparecimento do crime, quando a contenção dos grandes riscos exige, pelo contrário, uma criminalização expansiva dos delitos de negligência e de omissão? Como poderão finalmente – para não alargar em demasia o rol das

⁵⁷ COSTA, 2001, p. 15-16.

⁵⁸ Ibidem, p. 18.

difficultades – manter-se os princípios que presidem à definição da autoria singular, quando (...) existirá as mais das vezes uma radical distância temporal e espacial entre a ação e o resultado (trate-se de resultado de dano ou de resultado de perigo) em que se consubstanciam e se exprimem os grandes riscos?”⁵⁹

Os questionamentos, no mínimo, merecem um aprofundamento crítico. Porém, o ponto crucial parece residir na necessidade ou não de se abrir mão das garantias em prol de uma maior “eficiência” no controle da criminalidade organizada transnacional, bem como na eventual avaliação das garantias a serem restritas ou flexibilizadas.

A explosão de leis e reformas (muitas vezes de outras reformas) para legitimar e dar causa jurídica às novas necessidades de controle social, com a renúncia de princípios da razão ilustrada, decorrem do fato de estes terem supostamente se tornado “inadequados” por não mais assegurarem um “adequado” controle social. Referindo-se à situação mexicana (que, com pouca diferenciação, poderia ser estendida à situação da maioria dos países latino-americanos), afirma Vidaurre⁶⁰ que os princípios jurídicos da modernidade nunca chegaram a se estabelecer de fato, e agora ainda se verifica a paulatina supressão dos mesmos sem que sequer tenham logrado sua plena vigência.

Como adverte Raúl Zaffaroni,⁶¹ o conflito que tem lugar entre as garantias e as suas oposições com o pretendido pragmatismo pós-moderno é, no fundo e na superfície, uma discussão sobre modelos de Estado. As alternativas passam (com muitas variantes) desde modelos de Estados penais autoritários e repressores até modelos democráticos e garantistas.

⁵⁹ DIAS, 2001, p. 45-46.

⁶⁰ VIDAURRE, 2001, p. 11.

⁶¹ ZAFFARONI, 1997a, p. 20.

O CRIME ORGANIZADO COMO FENÔMENO CONTEMPORÂNEO

SUMÁRIO: 2.1 Em busca de um conceito de crime organizado – 2.2 Características do fenômeno: 2.2.1 Estrutura plúrima hierarquizada e permanente; 2.2.2 Finalidade de lucro ou poder; 2.2.3 Utilização de meios tecnológicos; 2.2.4 Conexão com o poder público; 2.2.5 Internacionalização; 2.2.6 Uso da violência ou intimidação; 2.2.7 Cometimento de delitos com graves consequências sociais; 2.2.8 Emprego de lavagem de dinheiro.

Diante de uma perspectiva temporal, se discute acerca de ser o crime organizado o resultado de uma evolução de atividades criminosas verificadas desde os primórdios da humanidade ou, ao revés, um fenômeno recente, típico da sociedade contemporânea.

A história do direito penal (como a história em geral) caracteriza-se por uma modificação constante (por vezes evolutiva, por vezes involutiva). Nas palavras quase poéticas de Araujo Junior,¹ “cada época possui sua marca, porém, por mais completa que

¹ ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo: aspectos. In: ———. (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio*. Atos do Colóquio Marc Ancel. 2. ed. Rio de Janeiro: Revam, 1991. p. 65.

pareça estar a construção doutrinária de um tempo, sempre algo novo surge, para agitar, ainda mais, as águas revoltas do oceano criminal”.

Em verdade, como lembra Mannheim,² a participação de duas ou mais pessoas na prática do crime é tão antiga quanto o próprio crime. Acrescenta Herrero Herrero³ que a delinquência organizada existiu sempre, da mesma forma que sempre existiu a atividade lícita organizada. Ambas em função da tendência do homem em planejar suas tarefas, sobretudo quando trabalha em grupo. O que ocorre é que, nas sociedades contemporâneas, a delinquência organizada em sentido específico, ou qualitativamente organizada (em oposição à delinquência de baixo grau de organização, inerente, de alguma forma, a qualquer classe de delinquência coletiva ou associação delitiva), alcançou dimensões extremamente vastas.

Ademais, o crime em larga escala também não é um fenômeno recente. Em uma perspectiva histórica, o contrabando, por exemplo, teve momentos de alta dose de sofisticação, como no caso das grandes quadrilhas que atuavam na França durante o antigo regime. Os piratas dos séculos XVI e XVII, por sua vez, tinham uma organização ainda mais estável, contando com o apoio de algumas nações e uma estrutura de trabalho que contava com receptadores para as mercadorias roubadas e portos seguros.⁴

Entretanto, a diferença entre estes tipos de associações criminosas e o atual crime organizado, para Mingardi, é que em ambos os casos o lucro é o objetivo final, porém, no primeiro, o empreendedor se arrisca mais, enquanto no segundo existe uma previsibilidade muito grande visando diminuir o risco ao máximo.⁵

Por vezes, a busca da origem dessa modalidade criminosa é direcionada para o século XVII, momento em que se aponta o

² MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. Tradução J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s. d.]. v. II, p. 953.

³ HERRERO, César Herrero. *Criminologia*. Parte general y especial. Madrid: Dykinson, 1997. p. 475.

⁴ MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCrim, 1998. p. 47.

⁵ Ibidem, p. 48-49.

surgimento das estruturas mafiosas e a alteração da forma da atuação da organização criminosa, que passa a agir com amparo nas idéias de hierarquia, organização, violência, fidelidade e corrupção.

Nesta análise prefacial, tem-se ainda com Mapelli Caffarena o estabelecimento da diferenciação entre a criminalidade organizada e o que o autor denomina “fenômenos associativos” na esfera criminal, cujos vestígios se perdem na história. Distinguindo as duas categorias, infere que, sem dúvida, todas as investigações criminológicas coincidem em considerar a criminalidade organizada como um fenômeno característico da época atual.⁶

De fato, existe um grupo de atividades criminosas que não pode ser considerado “novo”, fruto da sociedade contemporânea. Todavia, agora se utilizam da globalização e da evolução tecnológica para assumir uma nova feição.

A imediata criminalização dessas novas possibilidades de conduta nada mais faz do que corroborar a afirmação da Figueiredo Dias e Costa Andrade de que a história do direito penal é também a história de constantes e sucessivos movimentos de neocriminalização. Como complementam os autores, mesmo durante a fase em que imperou o racionalismo-iluminismo, com o seu empenho em torno da descriminalização, não deixou de ser vislumbrado um movimento neocriminalizador, sobretudo em relação aos crimes contra o patrimônio, a resguardar os interesses das novas classes abastadas em vias de afirmação. O período seguinte, por sua vez, sob a influência cultural do romantismo e dos ensinamentos da escola histórica do direito, se caracterizou por elevar os valores religiosos e morais à categoria de bens jurídico-penais, em reação ao direito penal iluminista que pouca (ou nenhuma) importância conferia à violação de tais valores.⁷

⁶ CAFFARENA, Borja Mapelli. Problemas de la ejecución penal frente a la criminalidad organizada. In: CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz (Org.). *La criminalidad organizada ante la justicia*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1996. p. 53-55.

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia. O homem delinqüente e a sociedade criminógena*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 434-435.

Fenômenos semelhantes de descriminalização/neocriminalização não deixaram de ser verificados em todos os períodos da história do direito penal. Não seria diferente desta feita, em face das profundas transformações tecnológicas, econômicas, políticas, sociais e culturais do mundo em que se vive.

Neste ponto, uma distinção se torna necessária. É comum a utilização indistinta dos termos “nova criminalidade”, “criminalidade moderna”, “criminalidade contemporânea” e “criminalidade organizada”. Os três primeiros tentam distinguir a criminalidade que ora se analisa daquela denominada “clássica”, “tradicional” ou “massificada”. O último se refere a uma categoria ainda mais específica do crime.

Desde já cumpre ser destacada a eleição neste trabalho pela utilização da denominação “criminalidade contemporânea”. Isto porque parece pouco adequado que se fale sobre uma “velha” criminalidade (termo deveras subjetivo e de obscuros contornos para delimitar o termo inicial do surgimento de uma “nova” criminalidade). Por outro lado, o termo “moderna” pode causar confusão com a categoria modernidade.

Assim, ultrapassada esta questão terminológica, tem-se que dentro da “criminalidade contemporânea” podem ser incluídos os crimes econômicos, ecológicos, de tráfico de drogas,⁸ e vários outros cuja principal característica é a ausência de vítimas individuais, a pouca visibilidade dos danos causados e a imposição de novo *modus operandi* (internacionalização, profissionalização e divisão do trabalho). Obviamente, nem todo tipo de criminalidade contemporânea é organizada, mas o raciocínio *a contrario sensu*

⁸ Essas espécies de crimes somente começaram a ter destaque a partir do século passado. Até então, não existia a noção de crime econômico com as dimensões que o mercado capitalista hoje oferece. O movimento de conscientização e defesa da ecologia era incipiente. Apesar da organização e importância contemporaneamente verificada, o tráfico de drogas também é uma das modalidades mais recentes do crime organizado, eis que até o início do século passado a importação e o consumo da maioria das drogas era legal em quase todo o mundo.

é verdadeiro, eis que a criminalidade organizada vincula-se à contemporânea.⁹

Raúl Zaffaroni é enfático em afirmar que

“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 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”.¹⁰

As organizações criminais de hoje se ajustaram ao processo de globalização da economia, o que implica um fluxo relativamente livre de capitais por meio de sistemas informatizados. Em outras palavras, as dimensões e as formas de organização do crime no mundo contemporâneo em nada se assemelham com aquilo que existia há duas ou três décadas.

Mesmo diante do pouco visto até aqui, resta claro que não se está a fazer referência a qualquer pluralidade de agentes nem a qualquer associação ilícita, mas sim a um fenômeno diferenciado que é inconcebível no mundo pré-capitalista, no qual não havia empresa ou mercado da forma como se conhece hoje.¹¹

O exagerado crescimento da criminalidade organizada nas últimas décadas torna interessante o perspicaz cotejo de Choclán Montalvo:

⁹ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização*. 2. ed. Niterói: Luam, 1997. p. 127.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Crime organizado”: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro: Relume/Dumará, ano 1, v. 1, 1996a. p. 46.

¹¹ ZAFFARONI, loc. cit.

“(...) la delincuencia organizada se ha convertido en una cuestión transnacional muy compleja. Como se señala en el Informe Mundial sobre la Delincuencia y la Justicia, desde la perspectiva de la delincuencia organizada en el decenio de 1990, Al Capone era un matón con horizontes estrechos, ambiciones limitadas y un feudo meramente local”.¹²

Passa-se a trabalhar, assim, também com o caráter internacional da criminalidade contemporânea. Grupos mafiosos que tinham uma tradição de atividades limitadas às suas próprias regiões começaram a se associar, com a finalidade de se expandirem para outros espaços geográficos de atuação. Incluem-se nestes grupos as antigas máfias italianas e americanas, a Yakuza japonesa, as Tríades baseadas em Hong Kong e Sudeste asiático, assim como os novos grupos mafiosos em rápida expansão na África ocidental e as novíssimas máfias russas (surgidas com o desmantelamento do Estado soviético), todas amparadas pela produção dos cartéis colombianos do narcotráfico e, em menor escala, por outros centros de produção, como o Sudeste asiático.

Assim, nem mesmo as máfias, tidas como a origem do que hoje se entende (ou se tenta entender) por crime organizado, se assemelham ao que foram há algumas décadas. Ao passo em que deixaram de lado campos e áreas restritas de atuação com ou sem retórica política, vinculadas ou não a grupos nacionalistas ou de alguma orientação ideológica, as máfias passam a ser uma realidade ainda mais abrangente e marcante no mundo contemporâneo, introduzindo questões complexas sobre democracia e controle do Estado muito típicas deste final de século, em que

¹² MONTALVO, José Antonio Choclán. Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación. In: PÉREZ, Carlos Granados et al. *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2001. (*Cuadernos de Derecho Judicial* II-2001). p. 232.

as regras do mercado e as tecnologias eletrônicas prefiguram, virtualmente, a “aldeia global” anunciada por Marshall McLuhan nos anos 60.¹³

Conforme Herrero Herrero,¹⁴ o desenvolvimento das comunicações e do transporte internacional possibilitou a ação conjunta de pessoas com os mesmos interesses ilícitos, pertencentes a vários e diversos Estados. Além disso, esse mesmo desenvolvimento permitiu a multiplicação de clientes, o fortalecimento da eficácia das ações e a intensificação das possibilidades de não serem alcançados pelos ordinários instrumentos de controle de suas atividades.

Sob o aspecto criminológico, o destaque da criminalidade contemporânea – em especial a organizada – chama a atenção para as teorias das subculturas delinquentes (ou criminais). Como lecionam Figueiredo Dias e Costa Andrade,¹⁵ “a idéia de subcultura implica a existência de padrões normativos opostos ou, pelo menos, divergentes dos que presidem à cultura dominante. Nestes termos, pode-se falar de subculturas regionais, de comunidades de imigrantes, de grupos etários ou ocupacionais, étnicos etc.”.

Em enfoque concentrado à subcultura criminal, afirmam os referidos autores que:

“As teorias da subcultura caracterizam-se, por um lado, por perspectivarem a explicação do crime no quadro mais amplo das estruturas sociais gerais. Parte-se da existência de um sistema de classes; mas acredita-se que a desigualdade entre elas não exclui a participação universal num conjunto maior ou menor de valores comuns. Valores que serão, por exemplo, os critérios de sucesso definidos pela classe média (Cohen), ou a procura do sucesso monetário (Cloward e Ohlin).

¹³ ARBEX JUNIOR, José; TOGNOLLI, Claudio Julio. *O século do crime*. São Paulo: Boitempo, 1996. p. 40.

¹⁴ HERRERO, 1997, p. 499.

¹⁵ DIAS; ANDRADE, 1997, p. 291.

A explicação do crime atinge, assim, um nível tendencialmente coincidente com o próprio sistema. Em vez da idéia de 'desorganização social', parte-se da idéia aparentemente paradoxal da integração nos valores últimos do sistema cultural dominante, ou seja, na procura de sucesso e 'status'. Só que – acentua-se – este é um caminho que inevitavelmente condena muitos à frustração, provoca atitudes colectivas de ambivalência em relação à cultura dominante e induz à procura de alternativas subculturais".¹⁶

Diante deste espectro, a criminalidade contemporânea enseja múltiplas possibilidades de que o indivíduo, agindo no corpo desta modalidade criminosa, atinja os objetivos do sistema cultural dominante: sucesso, *status*, dinheiro, reconhecimento, respeito, dentre outros. O trabalho no tráfico de drogas, ao possibilitar que pessoas completamente excluídas do sistema social e econômico adquiram importância e destaque, mesmo que territorialmente delimitados, pode ser considerado um exemplo muito próximo da aplicação destas teorias.

A preocupação quanto ao tema fez com que, pela primeira vez em sua história, a Organização das Nações Unidas tenha realizado duas conferências de cúpula, num prazo de seis meses, para tratar do mesmo assunto. Tanto em Nápoles (novembro de 1994) quanto no Cairo (maio de 1995), representantes de 180 países discutiram sobre os novos problemas gerados pelo crime organizado.

O desassossego da ONU com a criminalidade não é, em si, algo novo. Já em 1950 a Assembléia-Geral da organização determinou a necessidade de realização, a cada cinco anos, de um Congresso Internacional para a Prevenção do Crime e Punição dos Criminosos. O problema é que, quatro décadas depois, a ONU constatou que o crime organizado atingiu dimensões que desafiam a própria noção de uma ordem jurídica internacional reguladora da relação entre os Estados. Gerando cifras que superam os PIBs da grande maioria dos países, essa forma contemporânea de crime

¹⁶ DIAS; ANDRADE, 1997, p. 292.

deixou de ser um assunto de polícia para se tornar uma questão geopolítica e financeira de primeira grandeza.¹⁷

Como constatarem Arbex Junior e Julio Tognolli,

“mais do que nunca, a sombra do crime organizado está presente em todas as atividades do homem comum, mesmo quando ele parece uma realidade longínqua, apenas perceptível no noticiário da televisão. Longe vai o tempo em que o ‘chefão’ assumia ares de Al Capone, cercado de capangas e fumando longos charutos cuja fumaça escrevia no ar as palavras ‘eu sou mau’. Ainda há gente assim, é claro, mas o mais provável é que os capos das máfias atuais estejam nos escritórios dos grandes bancos e corporações, em cargos importantes dos governos, nas instituições acima de qualquer suspeita”.¹⁸

2.1 EM BUSCA DE UM CONCEITO DE CRIME ORGANIZADO

A criminalidade organizada vem sendo indistintamente utilizada como gênero do qual são espécies os mais diversos crimes, tais como os monetários – especialmente falsificação de moedas e títulos públicos – lavagem de dinheiro, fraude nos sistemas financeiros, crimes de extorsão, corrupção, concussão, prevaricação, contrabando de mercadorias, de materiais radioativos, de tecidos humanos, comércio de armas (eventualmente até nucleares), drogas, tecnologias sofisticadas mediante espionagem industrial ou compra de segredo, prostituição, tráfico de mulheres e crianças, crimes ecológicos, roubo de cargas, terrorismo, pirataria, falsificação de remédios, dentre vários outros. Não raro, os exemplos são sobremaneira ampliados sem qualquer preocupação técnica (cite-se, apenas como um exemplo, a adjetivação do “Movimento Nacional Sem-Terra” como modalidade de crime orga-

¹⁷ ARBEX JUNIOR; TOGNOLLI, 1996, p. 32.

¹⁸ ARBEX JUNIOR; TOGNOLLI, 1996, p. 40-41.

nizado). Basta que se assista a um noticiário, se tenha acesso a jornal, revista, internet, ao discurso de um político, de um policial, e até mesmo de advogados, promotores de justiça e magistrados.

A descarga de informações é tão densa que muitas pessoas, por maior que seja a laicidade, se sentem autorizadas a discorrer sobre o fenômeno. A enunciação atingiu o domínio popular. Passou a significar todo aquele delito que é realizado por um grupo de pessoas dotado de um mínimo de organização.

Aprofundando ainda mais essa análise preliminar, de cunho muito mais sociológico do que jurídico, pode-se afirmar que a temática referente ao crime organizado desperta um interesse cada vez maior da população. A constatação abre oportunidade para inúmeras impropriedades e sensacionalismos, especialmente por parte da mídia, que passa a dispor um espaço cada vez maior para divulgação de notícias e documentários referentes a essa modalidade criminosa (ou então ao que “entende” ou “quer que se faça entender” por crime organizado).

Existem basicamente dois discursos sobre crime organizado, estruturados nos pólos americano e europeu do sistema capitalista globalizado: o discurso americano sobre o *organized crime* – definido como “conspiração nacional de etnias estrangeiras”, que parece ter sido absorvido pelo paradigma da “conspiração contra o povo e o governo americano” por organizações secretas nacionais, centralizadas e hierarquizadas, de grupos étnicos estrangeiros – e o discurso italiano sobre *crimine organizzato*, cujo objeto original não é o chamado crime organizado, mas a atividade da máfia, uma realidade sociológica, política e cultural secular da Itália meridional.¹⁹

O discurso americano, não obstante a ausência de conteúdo científico e a inutilidade jurídico-penal, realiza funções políticas específicas, como a legitimação da repressão interna de minorias étnicas nos Estados Unidos e, eventualmente, das restrições ex-

¹⁹ SANTOS, Juares Cirino dos. Crime organizado. In: BONATO, Gilson (Org.). *Direito penal e processual penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 139-145.

ternas à soberania de nações independentes. Já o discurso italiano – apesar da utilização da expressão *crimine organizzato* como sinônimo de máfia – como acima delineado, pretende esclarecer a realidade doméstica do fenômeno mafioso, no contexto de suas contradições históricas, econômicas, políticas e culturais. Dessa forma, o discurso italiano sobre máfia não pode ser simplesmente transferido para outros contextos nacionais sem grave distorção conceitual ou deformação do objeto de estudo.²⁰

Imposta à criminologia a missão de conceituar essa manifestação criminosa contemporânea, penam os criminólogos em tentar encontrar uma definição que satisfaça os políticos, a polícia, os membros do Judiciário e, acima de qualquer outro, a mídia – e, em decorrência, a população em geral.

Como não bastasse, adverte ainda Mingardi que:

“O estudo das organizações criminosas, que por definição trabalham na semiclandestinidade, tem vários complicadores. O principal é a existência de poucas fontes, quase nenhuma delas muito confiável. Entre as mais importantes estão os relatos dos participantes, normalmente ‘aposentados’, e que estão presos ou então se transformaram em testemunhas da justiça, como os ‘arrepentidos’ na Itália. Os testemunhos de pessoas que têm algum contato com o meio, embora não participem diretamente, são importante fonte subsidiária. Por último estão os documentos oficiais, normalmente produzidos pelo Aparelho Repressivo do Estado, principalmente a Polícia Judiciária. Entre estes se destacam os inquéritos policiais e as estatísticas de incidência criminal”.²¹

À primeira vista, ao tentar se formular – ou ao menos delimitar – o conceito de crime organizado, é preciso ter cuidado para que não se parta do pressuposto de que é possível encontrar-se uma definição única para o fenômeno.

²⁰ Ibidem, p. 141-145.

²¹ MINGARDI, 1998, p. 25-26.

Isto porque, de acordo com o ângulo com que esta modalidade criminosa é analisada, as formas conceituais podem assumir diversos contornos, eis que a definição nem sempre se refere ao mesmo acontecimento.

Assim, ao mesmo passo em que destaca a ocupação crescente do crime organizado nos campos da persecução penal, da ciência e da opinião pública, Kaiser adverte que “sin embargo, el intento de abodar conceptual, por no hablar de empíricamente, el fenómeno del crimen organizado tropieza con dificultades debidas a la variedad y a las especialidades de sus formas de aparición”.²²

Uma leitura atenta da bibliografia e da própria realidade leva a crer que não existe apenas um modelo de crime organizado. Assim, infere Mingardi²³ que existem pelo menos duas espécies distintas, embora aparentadas, de organização criminosa: a “tradicional” ou “territorial” e a “empresarial”.

A primeira delas consistiria no grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. As suas atividades têm por base o uso da violência e da intimidação e os lucros se originam da venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegida por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas e o controle pela força de determinada porção de território. A segunda espécie, por sua vez, é menos definida, mais difícil de diferenciar das simples quadrilhas ou de uma empresa legal. Sua característica mais marcante é transpor para o crime métodos empresariais, ao mesmo tempo em que deixa de lado qualquer resquício de conceitos como a honra, a lealdade ou a obrigação.²⁴

Em verdade, a aplicação da denominação “crime organizado” atende aos objetivos próprios das mais diversas esferas sociais, tais

²² KAISER, Günter. *Introducción a la criminología*. 7. ed. Madrid: Dykinson, 1988. p. 225.

²³ MINGARDI, ob. cit., p. 81.

²⁴ MINGARDI, 1998, p. 87-88.

como a dos juristas, dos meios de comunicação de massa, e até mesmo dos autores de ficção. Comumente, muitas divergências quanto à análise do fenômeno ocorrem inclusive dentro dessas mesmas esferas.

Para Raúl Zaffaroni, o crime organizado é um fenômeno de mercado desorganizado ou não disciplinado, que se abre à disciplina produzida pela atividade empresarial lícita ou menos lícita. Sem dúvida existem máfias e bandos, há atividades lícitas e ilícitas, mas não há um conceito que possa abranger todo o conjunto de atividades ilícitas que podem aproveitar a indisciplina do mercado e que, no geral, aparecem mescladas ou confundidas de forma indissolúvel com atividades lícitas. Disto conclui o penalista argentino que a conceituação da categoria do crime organizado é impossível e as tentativas são frustradas, pois constituem a pretensão (inalcançável) de prender em um conceito criminológico a dinâmica do mercado.²⁵

Muito bem traduzindo o que até aqui foi constatado, Hassemer²⁶ aduz que o que “criminalidade organizada” realmente é, como ela se desenvolve, quais suas estruturas e perspectivas futuras, não se sabe precisar. A definição atualmente em circulação é por demais abrangente e vaga, sugere uma direção em vez de definir um objeto, não deixa muita coisa de fora. Pesquisas empíricas encontram-se ainda nos seus primeiros passos rumo a um esclarecimento confiável do que seja o fenômeno, o que torna imperativo reconhecer que ainda nos encontramos em um estágio bastante primitivo do nosso conhecimento criminológico e de pré-cogitações terminológicas do fenômeno.

Lamenta Raúl Zaffaroni que, embora pela lógica científica o fracasso da categorização devesse determinar que ela não passasse de uma tentativa criminológica, “a lógica política opera de outra maneira e, por fim, o crime organizado fez sua entrada na legislação penal, com a previsível consequência de introdução de elementos de direito penal autoritários”.²⁷

²⁵ ZAFFARONI, 1996a, p. 54.

²⁶ HASSEMER, Winfried. *Três temas de Direito Penal*. Porto Alegre: FESMP, 1993. p. 66-67.

²⁷ ZAFFARONI, ob. cit., p. 58.

Disso se deduz que é consenso na doutrina (e nem poderia ser diferente) a idéia de que, pelo menos até o presente momento, não é possível o estabelecimento de um conceito definitivo (ou mesmo de "algum" conceito, como mostra Raúl Zaffaroni) de crime organizado. Somente (e no máximo) aproximarmos o seu conteúdo.

Desta forma, pode parecer muito mais cômodo e prático abandonar a busca deste conceito, cruzando-se os braços e esperando que o tempo se encarregue de definir os limites do fenômeno e, assim, facilitar sobremaneira a tarefa, diminuindo, inclusive, a margem para equívocos.

Todavia, na medida em que determinadas especialidades substantivas e processuais dependem de uma definição precisa do crime organizado, não se pode prescindir de abordar o fenômeno, ao menos em seus aspectos essenciais.

Conformados com a necessidade de retorno ao desafio, a primeira compreensão necessária, de acordo com Choclán Montalvo,²⁸ é que quando se está a tratar da criminalidade organizada como um conceito único, se está a referir, ao mesmo tempo: a) às organizações cuja atividade criminal persegue fundamentalmente um lucro econômico, utilizando o delito como mero instrumento de consecução do objetivo financeiro; b) às que têm por objetivo infiltrar-se no poder estatuído e intentar a sua dominação, sem substituí-lo, por meio da corrupção política e da influência no funcionamento dos órgãos públicos; c) às associações com finalidade política subversiva, contrária ao sistema constitucional estabelecido, desenvolvendo sua atividade delitiva com o fim último de produzir não a mera dominação, mas a modificação do sistema político; d) à criminalidade estatal organizada, como atividade desenvolvida desde o poder político para a consecução de determinados objetivos por meios ilícitos; dentre outros.

²⁸ MONTALVO, 2001, p. 232-236. O autor denomina as citadas acepções do crime organizado, respectivamente, como delinquência organizada comum ou industrial, associação de tipo mafioso, terrorismo contestatório e terrorismo paraestatal.

De fato, as linhas gerais dessas modalidades de comissão de delitos podem ser comuns. Entretanto, as especificidades de cada organização podem ser percebidas sem maiores dificuldades. A máfia possui caracteres que a diferenciam do terrorismo, do narcotráfico, do contrabando de armas, das redes de prostituição, da corrupção, e assim por diante.

Além do mais, o fenômeno é mutante. A cada dia existe a possibilidade de surgimento de novas formas de criminalidade organizada, potencializadas pela constante evolução tecnológica. Quase como um grave vírus, que cada vez aparece em uma nova roupagem, pouco se sabe sobre “como”, “onde” e “quando” age e, principalmente, quais as “formas para isolá-lo e controlá-lo”. Por outro lado, são sabidas as devastadoras conseqüências que ocasiona ou pode ocasionar.

Mesmo o atuar dos grupos criminosos já formados, como expõe Cervini, demonstra que alguns são mais ativos, mais inclinados a renovar suas operações. Outros se mostram mais conservadores, procurando evitar mudanças e introduzirem-se em novas formas de delinquência. Não obstante, mesmo os organismos mais recalcitrantes em inovar suas atividades não dispõem de rigidez – mas sim de grande flexibilidade – dentro de seu ramo prevalente de atuação, o que se torna um requisito inexorável para a sobrevivência da organização.²⁹

Ao esboçar uma aproximação conceitual do crime organizado, destaca o penalista uruguaio a necessidade de: a) avaliar quanto suas atividades custam à coletividade; b) identificar suas operações; c) avaliar seu espírito inovador e suas tendências expansionistas; d) descobrir seu emaranhado de ligações, associações e conexões, principalmente com o poder público; e e) descobrir os pontos débeis e vulneráveis desses grupos.³⁰

²⁹ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 254.

³⁰ CERVINI, Raúl. *Análise criminológica do fenômeno do delito organizado*. In: ARAÚJO JÚNIOR, J. M. de (Org.). *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 51 et seq.

Diante deste quadro de desafios, poucos são os que se arriscam a formular um conceito sério e coerente de crime organizado, restringindo-se apenas a elencar as características dessa forma de criminalidade contemporânea.

No campo legislativo, o legislador mexicano, com a promulgação da Lei Federal contra Delinquência Organizada, de 7 de novembro de 1996 – que estabelece regras para a investigação, persecução, processamento, sanção e execução das penas aplicadas em virtude de delitos praticados por algum membro da delinquência organizada –, assentou o seu conceito legal de crime organizado.

Assim, a título de exemplificação, institui o art. 2.º da referida Lei Federal que existe delinquência organizada quando três ou mais pessoas se organizam de forma permanente, sob regras de disciplina ou controle, para cometer, com o emprego da violência física ou moral, ou aproveitando estruturas comerciais ou de negócios, algum dos seguintes delitos: terrorismo, narcotráfico, falsificação ou alteração de moeda, seqüestro, roubo de veículos, armazenamento e tráfico de armas, lavagem de dinheiro ou tráfico de indocumentados.

A definição observa os traços mais característicos da delinquência organizada – consoante a experiência que internacionalmente se tem obtido nos últimos anos –, adaptando-os à realidade mexicana.

No Brasil, a Lei 9.034/1995, embora disponha sobre “a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”, não definiu o que representa o termo “organizações criminosas”.

Flávio Gomes chegou a sustentar que, nos termos da redação original do art. 1.º da Lei 9.034/1995, e com base numa interpretação construtiva (embora bastante questionável), a lei em destaque seria aplicável em relação às “organizações criminosas”, compostas pelos dados típicos do delito previsto no art. 288 do CP (quadrilha ou bando, que era mencionado na primitiva redação do art. 1.º), mais alguns requisitos extras (organização, planejamento, hierarquia do grupo etc.). Todavia, com a edição da Lei 10.217/

2001 (que altera a redação dos arts. 1.º e 2.º da Lei 9.034/1995), o cenário é completamente diverso. A interpretação que acaba de ser referida perde toda a sua sustentação normativa, porque agora a lei distingue com clareza a quadrilha ou bando das associações criminosas, referindo-se, com evidência, a três temas distintos.³¹

O ordenamento penal define quadrilha ou bando no art. 288 do CP. Pode-se igualmente ter acesso à noção de associação criminosa, por exemplo, nos arts. 14 e 18, inc. III, da Lei de Tóxicos e no art. 2.º da Lei do Genocídio). Todavia, não existe em nenhuma parte do nosso ordenamento jurídico a definição de “organização criminosa”:

“Cuida-se, portanto, de um conceito vago, totalmente aberto, absolutamente poroso. Considerando-se que (diferentemente do que ocorria antes) o legislador não ofereceu nem sequer a descrição típica mínima do fenômeno, só nos resta concluir que, nesse ponto, a Lei (9.034/1995) passou a ser letra morta. Organização criminosa, portanto, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, é uma alma (uma enunciação abstrata) em busca de um corpo (de um conteúdo normativo, que atenda o princípio da legalidade)”.³²

O anteprojeto de reforma da Parte Especial do Código Penal (no seu Título VIII – “Dos crimes contra a paz pública”) inova com redação mais apropriada do que a atual. Diferenciando a quadrilha ou bando da organização criminosa, destaca o art. 278 os contornos deste novo tipo penal: “Constituírem, duas ou mais pessoas, organização, comprometendo ou tentando comprometer, mediante ameaça, corrupção, fraude ou violência, a eficácia da atuação de agentes públicos, com o fim de cometer crimes”.

³¹ GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado: o que se entende por isso depois da Lei 10.217, de 11.04.2001? Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 795, jan. 2002. p. 488.

³² GOMES, 2002, p. 489.

Assim, conforme preceituam Ferreira e Bicudo:

“É evidente que o ‘crime organizado’ está a demandar um estudo sério e aprofundado e que o direito penal deve, nesse caso, posicionar-se de maneira nítida, preenchendo, sem recorrer a argumentos emocionais ou políticos, o conteúdo do conceito. Mas daí a aceitar, pura e simplesmente, pelo prazer de atender aos reclames de determinados segmentos sociais, uma definição vesga e coxa da criminalidade organizada e a referendar meios investigatórios e de prova que lesionam as garantias processuais de conotação constitucional, há uma distância muito grande que ninguém, de visão democrática, estará disposto a trilhar”.³³

De fato, a tarefa não é fácil. A existência de grupos mais ou menos organizados, mesmo que de forma estável, profissional, habitual, não é suficiente para a discussão que é buscada. Na verdade, e como já visto, esses grupos de razoável organização sempre existiram e, no entanto, nunca lhes foi dispensada muita atenção. O fenômeno organizacional que agora gera preocupação é muito mais complexo, muito mais gravoso.

Como aduz Raúl Zaffaroni, o simples transporte de uma categoria frustrada ao campo da lei penal não é mais que “uma criminalização que apela a uma idéia difusa, indefinida, carente de limites certos e, por fim, uma lesão ao princípio da legalidade – isto é, à primeira e fundamental característica do direito penal liberal ou de garantias”.³⁴

As conseqüências a serem extraídas da constatação desse conhecimento deficiente do objeto de intervenção passam, para Hassemer,³⁵ necessariamente pelo emprego massivo de pesquisa e conhecimento voltado à delimitação criminológica da crimina-

³³ PINTO, Luciana Ferreira L.; BICUDO, Tatiana V. A lei contra o crime organizado exige debate mais sério, por toda a sociedade. *Boletim IBCCrim*, [s. l.], n. 12, p. 1, jan. 1994.

³⁴ ZAFFARONI, 1996a, p. 58.

³⁵ HASSEMER, 1993, p. 68.

lidade organizada (se a situação se apresenta ameaçadora, deve-se envidar todos os esforços para vê-la com clareza o mais breve possível), utilização mais cuidadosa e prudente de meios mais energéticos de combate e elucidação (quem não conhece vê seu alvo com menos precisão e, por isso, necessita atirar com chumbo miúdo: assim, deve pelo menos dominar a trajetória do tiro para que vá o mais longe possível) e permanente verificação, com o auxílio das ciências empíricas, quanto a “se” e “onde” os meios de combate alcançam ou não resultado (quem anda no escuro deve firmar cada passo).

Todavia, previne o autor que disto não se deve extrair a conclusão de que medidas de prevenção e combate devam aguardar a aquisição de um conhecimento mais preciso sobre o objeto de atuação, para que possam ser implementadas. Esta seria, de fato, uma posição ingênua. Uma política criminal de Estado de direito deve, necessariamente, extrair conseqüências da circunstância de que o objeto contra o qual deve atuar ainda é inacessível ou precariamente conhecido. Não se lhe pode permitir uma prática atualmente em voga: compensar ignorância criminológica com intensidade da ameaça e, em situações que considere particularmente ameaçadoras, desferir golpes a esmo desesperadamente.³⁶

Ademais, qualquer conceituação finda por enrijecer, congelar historicamente o seu objeto. Faz com que determinadas situações até então desconhecidas necessariamente tenham que se enquadrar ou não na definição que foi previamente estabelecida.

No que tange ao crime organizado, esta conceituação – ao menos no estágio atual dos estudos criminológicos – não parece razoável ou, pelo menos, segura. Enquanto ainda se discute o que é o crime organizado, as diversas formas como ele se manifesta e mesmo se “existe” essa categoria de crime, qualquer tentativa de representação deste objeto correria sério risco de pecar pela restrição ou amplitude exagerada.

Mais: a própria mutabilidade do fenômeno impede esta restrição. Qualquer conceito que poderia ser utilizado há duas ou três

³⁶ HASSEMER, 1993, p. 68.

décadas certamente não se adequaria à maior parte dos casos atuais de suposta existência de criminalidade organizada. Com a globalização da economia e a revolução das formas de comunicação e transferência de dados e informações, mesmo um conceito formulado há poucos anos já poderia restar completamente desatualizado, obsoleto. Eis a (simples) razão pela qual se abdica de formular um conceito de crime organizado no presente trabalho.

2.2 CARACTERÍSTICAS DO FENÔMENO

Diferentemente do tocante à elaboração de um conceito de crime organizado, a enunciação de suas características se apresenta deveras mais fácil. Aqui, não existe o rigor da almejada univocidade de um conceito. Ao revés, os elementos que compõem uma modalidade delitual podem ser utilizados em diferentes conjuntos, diferenciados por inclusões, exclusões e adaptações. Existe a maleabilidade necessária para se moldar um determinado número de características para a análise de uma determinada modalidade de organização criminosas.

Tratar-se-á, a partir deste ponto, de colacionar estudos acerca das características atribuíveis ao crime organizado, a fim de que, globalmente consideradas, possam melhor indicar os caminhos à delimitação do objeto da presente pesquisa.

Iniciando a matéria tem-se, com Gómes Mont,³⁷ que a definição legal de criminalidade organizada deve orientar-se, dentre outros, pelos seguintes critérios: o caráter permanente de suas atividades delitivas, seu caráter lucrativo, o grau de complexidade de sua organização e a finalidade associativa de cometer delitos que afetem bens jurídicos fundamentais dos indivíduos e da coletividade, e que, a sua vez, alterem seriamente a saúde e a segurança pública.

³⁷ GÓMES MONT, Fernando. *La procuración de justicia: problemas, retos y perspectivas. Legislación vigente y poder de la delincuencia organizada: necesidad de reformas*. México: Editorial Amanuense, 1994. p. 405.

Para Reale Júnior,³⁸ é possível estabelecer os dados elementares caracterizadores da delinquência organizada tradicional³⁹ mediante a atinência ao aspecto institucional da associação, com planejamento estratégico e hierarquia, que se organiza sob uma férrea disciplina de comando, valendo-se da violência para impor obediência e servilismo, sempre sob a exigência da lei do silêncio (a *omertà*) e fazendo da corrupção de agentes oficiais o instrumento garantidor de impunidade e facilitador de suas ações delituosas.

Acrescentando ao tema uma visão sociológica, Mingardi⁴⁰ pronuncia que as características encontradas no crime organizado são as de que o êxito, nessa espécie de crime, depende menos da força e mais da capacidade organizacional; possui um aspecto semi-empresarial, com previsão de lucro; subsiste mediante a simbiose com o Estado; é difuso, podendo se verificar em qualquer

³⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. Crime organizado e crime econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 4, n. 13, jan.-mar. 1996. p. 184-185.

³⁹ O autor chama a atenção para o desenvolvimento hodierno de uma nova espécie de criminalidade organizada que, diferentemente da "delinquência organizada tradicional", se caracteriza pelo desenvolvimento de entidades de âmbito nacional ou internacional que não se organizam para cometer crimes, mas que usam sua elevada capacidade organizacional para abusar do poder econômico ou político que detêm, vindo a afrontar a ordem econômica e a administração pública, visando a obtenção de vultosos benefícios. Ao inverso das associações criminosas tradicionais, que vivem para a prática de delitos para depois buscar fontes de legitimação de seus rendimentos, os grandes conglomerados têm finalidade lícita ou aparentemente lícita, e transbordam para atividades ilícitas no afã de maiores lucros, sempre estimulados ou acobertados pelo poder econômico ou político que possuem. Não se submetem à necessidade de legitimar ganhos, porquanto, apesar de oriundos de atividades delituosas, vêm revestidos de aparente legalidade. Como exemplos mais característicos, merecem destaque os grandes conglomerados econômicos e empreiteiras que, movidos pela tentação de obtenção de lucros extraordinários, ofendem ao princípio básico de uma economia social de mercado: a livre concorrência (*Crime organizado e crime econômico*, p. 186).

⁴⁰ Cf. MINGARDI, 1998, p. 81-90.

lugar; atende a demandas do mercado, especialmente em relação ao que é proibido ou almejado pelas pessoas, como o jogo, sexo e drogas; e não se trata de um Estado paralelo,⁴¹ mas de um ramo a mais do Estado, o seu lado oculto.

Kaiser, embora ressalte a dificuldade da abordagem conceitual do crime organizado – como já visto no item anterior – destaca que, mesmo assim, podem ser constatadas as seguintes características: 1) associação duradoura de uma pluralidade de pessoas; 2) estrutura de organização hierárquica; 3) atuação planejada e com divisão do trabalho; 4) realização de negócios ilegais, adaptados a cada momento ante as necessidades da população; 5) tecnologia flexível do delito e variedade de meios para delinquir, desde a exploração, ameaça, extorsão, violência, proteção obrigada e terror, até o suborno; 6) aspiração a posições de poder econômico ou político; e 7) internacionalização e mobilidade.⁴²

Em trabalho apresentado pela Colômbia no IX Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, ressaltou-se como notas configuradoras da delinquência

⁴¹ Para o sociólogo, “por causa destas regiões onde o Crime Organizado é mais visível do que o aparelho de estado, as chamadas zonas liberadas, criou-se uma teoria errônea, que dá ao crime organizado o *status* de um Estado Paralelo. Linhas paralelas, segundo qualquer dicionário, são aquelas que nunca se encontram. Caso o conceito fosse aplicável ao nosso objeto, significaria que o Estado e o Crime Organizado caminhariam lado a lado sem nunca mais verem seus caminhos se cruzarem. Para refutar isto basta notar o grande número de funcionários públicos de todos os escalões que são acusados de manterem relações com organizações criminosas. Em nenhum momento estas organizações puderam prescindir de um apoio de setores do Estado” (MINGARDI, 1998, p. 64-65). Prossegue que “nada permite supor que a idéia de para-estado tenha qualquer sustentação na realidade, pelo menos no que se refere ao Crime Organizado. As chamadas ‘zonas liberadas’, aquelas onde a polícia não entra, ou então onde a população tem obrigações para com o chefe local, não são mini-estados, muito menos Estados Paralelos. São locais onde, através de delegação implícita, organizações criminosas exercem o papel que deveria ser das instituições estatais” (Ibidem, p. 69).

⁴² KAISER, 1988, p. 225.

organizada: a estrutura hierárquica com linha de comando centralizada; a capacidade de incorporação e de substituição imediata de seus integrantes; a atividade comprometida com a prática simultânea de diversos e graves delitos; o investimento em alta tecnologia para consumir delitos; pessoal qualificado; conexão com altas esferas financeiras, políticas e sociais; sistemas coercitivos, com rígidos códigos de conduta e de lealdade; alta capacidade de corrupção; utilização de meios lícitos para encobrir suas ações e legitimar sua receita; grandes capitais e capacidade de celebrar alianças em nível internacional com outras organizações criminosas.⁴³

Dentre as diversas conclusões aprovadas durante o XVI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) – realizado em setembro de 1999, na cidade de Budapeste –, destaca-se a que se refere à caracterização do fenômeno: divisão de trabalho e dispersão da responsabilidade individual no seio da organização; alternatividade de agentes; o segredo; a confusão entre as atividades lícitas e as ilícitas; a capacidade de neutralizar os esforços de aplicação da lei por meio da intimidação e da corrupção; e mecanismos especiais para transferência de lucros.

O texto da iniciativa da já referida lei federal mexicana contra o crime organizado sintetiza que, no âmbito internacional, é destacado que essa delinquência se identifica pelos seguintes atributos: a) não tem metas ideológicas: suas metas são o dinheiro e o poder sem conotações políticas (salvo no caso do terrorismo); b) estrutura hierárquica vertical e rígida, com posições máximas e permanentes de autoridade; c) limitação ou exclusividade de membros com diferentes critérios de aptidão e processo de seleção rigoroso; d) permanência no tempo, além da vida de seus membros; e) uso de violência e corrupção como instrumentos reconhecidos e aceitados para o cumprimento dos objetivos; f) operam sob um princípio desenvolvido de divisão do trabalho mediante células que somente se relacionam entre si por meio dos mandos superiores (conta com posições perfeitamente perfiladas em relação às qualidades de seus membros e, em caso de necessidade, subcontratam

⁴³ REALE JÚNIOR, 1996, p. 184.

serviços externos); g) pretendem exercer hegemonia sobre determinada área geográfica ou sobre determinada “indústria” (legítima ou ilegítima); h) regulamentação interna oral ou escrita que os membros estão obrigados a seguir, “entre outros”.

Como se percebe, o termo “entre outros” (ou assemelhados) é quase uma constante no elenco das características da categoria criminosa. Nenhum estudo assume a prepotência de estabelecer *numerus clausus* ao rol.

Interessante é a verificação prática dessas características mediante o preenchimento do “Questionário sobre Delinquência Organizada” do Corpo Nacional de Polícia espanhol. O questionário – fundamentado na pesquisa estabelecida pelo Grupo de Trabalho de Drogas e Delinquência Organizada da União Européia – dissecou a definição de crime organizado em onze indicadores que permitem estabelecer diferentes graus de organização criminal. Os indicadores são: 1) participação de mais de duas pessoas; 2) divisão de tarefas; 3) atuação por um período de tempo prolongado ou indefinido; 4) utilização de alguma forma de disciplina ou controle; 5) suspeita racional de comissão de delitos que, por si mesmos ou de forma global, sejam de importância considerável; 6) operação interprovincial ou internacional; 7) emprego de violência ou intimidação; 8) uso de estruturas comerciais ou de negócios; 9) atividade de lavagem de dinheiro; 10) uso da influência na política, nos meios de comunicação, nas administrações públicas, nas estruturas judiciais e policiais e na economia; 11) busca de benefícios ou de poder.

Se todos esses indicadores forem encontrados em uma organização criminosa, pode-se afirmar que se está diante de um grau máximo de organização delitiva. Na medida em que alguns ou vários desses indicadores se ausentem, encontrar-se-ão estruturas organizadas de menor intensidade, até chegar-se à delinquência pura e simples.⁴⁴

⁴⁴ Cf. BARTOLOMÉ, Ángel de Miguel. Actuaciones policíales en la lucha contra la criminalidad organizada In: CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz (Org.). *La criminalidad organizada ante la justicia*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1996. p. 137-139.

Porém, o problema começa a crescer em complexidade quando se trata de estabelecer os elementos “fundamentais” para se verificar a existência de uma organização criminal.

No âmbito da União Européia, diversos grupos de trabalho vêm reconhecendo seis elementos que permitem identificar a existência de uma organização criminosa: 1) concorrência de duas ou mais pessoas; 2) comissão de delitos graves; 3) ânimo de lucro; 4) distribuição de tarefas; 5) permanência; e 6) atividade internacional. As três primeiras características seriam consideradas essenciais. As três últimas, por sua vez, poderiam concorrer com as primeiras.⁴⁵

Muito lembrada é a leitura realizada por Silva Franco,⁴⁶ para quem o crime organizado é aquele que tem caráter transnacional, na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto, tem grande força de expansão, compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinqüenciais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exhibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os poderes do próprio Estado. É internacionalizado, institucionalizado, altamente hierarquizado e visa o lucro. Não raro, explora tanto o que é lícito (mas escasso) quanto o que é ilícito ou moralmente reprovável por parcela da sociedade.

O elenco de caracteres é rico, mas também bastante amplo. As características dessas “assombrações modernas”, como refere

⁴⁵ MONTALVO, 2001, p. 242-243.

⁴⁶ SILVA FRANCO, Alberto. Um difícil processo de tipificação. *Boletim IBCCrim*, n. 21, p. 5 [s. d.].

Hassan Choukr,⁴⁷ aumentam o potencial assustador de suas conseqüências, legitimando o aumento da sensação de que “algo precisa ser feito”, tema que será melhor abordado nos capítulos que seguem.

Sem afastar a possibilidade de incidência de novas características ao fenômeno (mutante) do crime organizado, elencar-se-ão aquelas que mais se destacam em importância, a fim de possam ser atentamente observadas de forma isolada.

2.2.1 Estrutura plúrima hierarquizada e permanente

A consideração preliminar a ser realizada acerca desta característica é a de que deve restar bem claro que, ao falar-se em “crime organizado”, a referência se faz a uma associação numérica de – no mínimo – duas pessoas. Em realidade, esta hipótese de um mínimo tão insignificante de membros é meramente teórica, eis que se torna quase impossível identificar-se concretamente uma atividade de crime organizado com um número tão restrito de componentes.

O que isto significa, embora pareça o óbvio, é que não existe “crime organizado” de autoria única, mesmo que, por hipótese, pudessem ser verificadas todas as demais características atribuídas a esta modalidade de crime. Estar-se-ia, neste caso, diante de um crime fabulosamente complexo e elaborado, mas não diante de uma manifestação do crime organizado.

O “pressuposto”, portanto, de toda e qualquer modalidade de crime organizado é a pluralidade de componentes.

Superada esta primeira consideração, tem-se que a organização criminosa costuma agir com amparo em um rígido esquema de distintos níveis hierárquicos. O centro da empresa, que toma as decisões, via de regra é distinto das pessoas que executam o fato.

⁴⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 35.

Muitas vezes, os indivíduos hierarquicamente inferiores sequer têm conhecimento de onde (e de quem) partem as decisões. Em algumas oportunidades, desconhecem mesmo qual é o plano global da atividade criminosa, se restringindo ao desempenho de microfunções específicas. Leis internas de silêncio e punição pela própria empresa podem assegurar a coesão interna e a fidelidade ao grupo.

Por derradeiro, o grupo praticante do crime organizado deve ter um objetivo de continuidade, de perdurabilidade. Deve ser capaz de restar mantido e atuante mesmo sem a figura do “chefe” (esteja ele preso, morto, ou de qualquer forma desligado da atividade criminosa). Em outras palavras, a delinquência organizada não pode ser vislumbrada em um grupo de pessoas que se associam, única e exclusivamente, para o cometimento de determinadas infrações – dissolvendo-se após suas realizações – mesmo que esta atividade tenha exigido a prévia elaboração de um plano de ação e a atribuição de funções específicas aos seus componentes.⁴⁸

2.2.2 Finalidade de lucro ou poder

A prática do crime organizado tem por objetivo, na quase totalidade das vezes, o lucro econômico.

No entanto, a exigência do ânimo de lucro como elemento essencial afastaria determinadas modalidades de crime organizado, tal como o terrorismo.

Assim, a regra admite exceção. Neste caso particular da atividade terrorista, o objetivo principal deixa de lado o matiz econômico e assume o sociopolítico⁴⁹ ou até mesmo religioso –

⁴⁸ Cf. HERRERO, 1997, p. 478.

⁴⁹ Conforme Herrero Herrero, o terrorismo possui duas classes de objetivos. O objetivo “último” ou “autojustificante” é aquele que se oferece como a base da sua estratégia política: apoderar-se do poder para impor a sua “filosofia” sociopolítica ou socioeconômica, defender sua autocracia, fazer frente e derrotar forças qualificadas de invasoras, usurpadoras, colonializantes e, em geral, opressoras,

como no recente atentado de 11 de setembro de 2001, supostamente causado por fundamentalistas islâmicos, e que desencadeou uma verdadeira “guerra mundial” (leia-se “americana”) contra o terrorismo – muito embora também se utilize de atividades ilícitas que angariam recursos financeiros para as suas atividades.

Afinal de contas, a atividade terrorista também exige disponibilidade de capital para a adequada preparação e execução dos seus atos.

2.2.3 Utilização de meios tecnológicos

Diferentemente da regra geral que atua sobre a criminalidade convencional, o crime organizado é amparado por um vasto arcabouço de recursos tecnológicos de ponta. Ao mesmo passo que facilitam a conduta criminoso, a utilização de instrumentos de alta tecnologia assegura outro elemento essencial para o sucesso da empresa criminoso: a eliminação do maior número possível de vestígios do delito. Não raro se encontram ao emprego de organizações delituosas tecnologias sequer empregadas pelos próprios Estados nos quais as organizações se infiltram. A situação é ainda mais drástica nos países que poderiam ser qualificados como de médio e baixo desenvolvimento tecnológico. Nesses casos, o poder repressivo estatal se torna presa fácil do crime, a estabelecer um sucesso quase que total do empreendimento e um potencial de controle praticamente inexistente. Mesmo nos países em que, a princípio, não existe um desnível tecnológico entre as autoridades encarregadas da preservação da lei e o delito organizado, como destaca Cervini,⁵⁰ os técnicos a serviço deste último se esforçam

dentre outros que podem variar entre os distintos grupos terroristas. O objetivo “instrumental” é aquele que serve de meio para o alcance objetivo anterior, como a desconexão da população com a autoridade constituída, a neutralização ou debilitação da reação dos opositores, a mobilização dos indiferentes, a submissão das massas ao medo mediante utilização de violência, além de outros (HERRERO, 1997, p. 633-634).

⁵⁰ GOMES; CERVINI, 1997, p. 257.

para desenvolver, dia após dia, novos instrumentos aptos para seus fins.

De outra banda (e como não poderia ser diferente quando o objeto de estudo é complexo e desconhecido), Mingardi questiona o uso de tecnologia sofisticada como característica do crime organizado. Para o sociólogo, cada época e local tem uma tecnologia diferenciada, de forma que o uso de um computador para falsificação pode ser um fator de crime organizado em “Muribeca (PE)”, mas não em “São Paulo”.⁵¹

Embora possa ser atribuída parcial procedência aos argumentos do autor, especialmente diante das várias possibilidades de interpretação do que sejam “meios tecnológicos”, ainda mais quando “sofisticados”, tem-se que a característica possui destacada importância na composição do crime organizado.

Por derradeiro, embora seja uma característica típica da delinquência organizada, a utilização de meios tecnológicos não é *conditio sine qua non* dessa forma de crime. Isso porque essa modalidade criminosa pode se utilizar de toda classe de meios (desde os mais sofisticados até os mais violentos) para alcançar os seus objetivos. Como explica Herrero Herrero, “ello dependerá, además, de la distinta clase de delitos de que se trate. No pueden aplicarse las mismas estrategias y medios, por ejemplo, en los delitos de terrorismo que en los delitos informáticos”.⁵²

2.2.4 Conexão com o poder público

Hassemer utiliza como núcleo preciso de diferenciação entre o crime organizado e as outras manifestações delituosas o potencial de abalar as estruturas do Estado por meio da corrupção. Sustenta que a criminalidade organizada “não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção da legislatura, da magistratura, do

⁵¹ MINGARDI, 1998, p. 41.

⁵² HERRERO, 1997, p. 496.

Ministério Público, da política, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade".⁵³

Em outras palavras, este critério está constituído pela possibilidade de que esta criminalidade recorra justamente às instituições que têm sido encarregadas do seu combate. Inclui não só o Ministério Público e a polícia, mas todos os órgãos de controle e de tomada de decisões. Em última análise, o crime organizado somente restaria caracterizado pela "paralisação do braço" que haveria de combatê-lo, mediante a corrupção do aparato estatal.

Igualmente destacando a corrupção como característica marcante e diferenciadora entre a criminalidade organizada e as outras formas de conduta delituosa, aduz Ariel Dotti⁵⁴ que ela não é somente o resultado de uma associação bem estruturada, com distribuição definida das tarefas e hierarquia entre os vários cargos e funções, mas também implica, em última análise, na cooptação de agentes públicos que, omitindo os seus deveres, contribuem decisivamente para o sucesso das empreitadas delituosas. Quando não participam diretamente do grupo, são corrompidos para tornar possível ou facilitar a execução dos crimes.

Como constata Mingardi,⁵⁵ as organizações necessitam dessa proximidade com o aparelho estatal para garantir sua sobrevivência, eis que, a partir de um certo nível de grandeza, as atividades criminosas não podem ser ignoradas pelos órgãos repressivos dos Estados, tornando necessária a aproximação com setores estatais que garantam proteção à organização.

⁵³ HASSEMER, 1993, p. 85. Para o autor, a participação de bandos bem organizados ou a atividade criminosa em base habitual e profissional não parecem critérios suficientemente claros para definir a criminalidade organizada, pois presentes em praticamente todas as formas de criminalidade. Assim, o penalista alemão utiliza a expressão "criminalidade organizada" somente quando o braço com o qual se pretende combater toda e qualquer forma de criminalidade seja tolhido ou paralisado: quando Legislativo, Executivo ou Judiciário se tornem extorquíveis ou venais (Ibidem, p. 66).

⁵⁴ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 169.

⁵⁵ MINGARDI, 1998, p. 66.

Paul Castellano, sucessor de Carlo Gambino na chefia de uma das cinco famílias da Máfia de Nova Iorque, teria afirmado certa vez que: "Não preciso mais de pistoleiros. Agora quero deputados e senadores".⁵⁶

Como não bastasse, a presença ou participação de agentes estatais na criminalidade organizada, além de dificultar o processo de investigação, é ainda um dos principais responsáveis pela quebra de confiança nos poderes executivo, legislativo e judiciário.

2.2.5 Internacionalização

Um dos maiores destaques na caracterização da criminalidade organizada é reservado ao seu "caráter transnacional".

Muitas vezes considerada uma característica "essencial" dessa modalidade de crime, restariam excluídas do gênero todas as organizações que desempenhassem suas atividades única e exclusivamente em território nacional.

Tal entendimento pode ser drástico demais. Como expõe Ariel Dotti, esse aspecto da transnacionalidade "não é definitivo para identificá-las sob o ponto de vista criminológico ou penal, posto que muitas organizações atuam somente nos limites do território doméstico, como a formação de grupos para a prática de seqüestros ou a exploração da prostituição".⁵⁷

Embora não se desconsidere que a internacionalização do crime seja um dos elementos mais característicos dessa espécie contemporânea de delinquência, bem como o que oferece os maiores obstáculos para um controle eficaz pelos mecanismos nacionais de persecução penal, infere-se que, para a configuração dessa categoria criminosa, deve ser relevado o "conjunto" dos traços da organização. Em outras palavras, embora a restrição das fronteiras torne o desempenho da atividade delituosa mais pálida e (supostamente) enfraquecida, não exclui a possibilidade do reconhecimento de uma organização criminosa.

⁵⁶ Ibidem, p. 66.

⁵⁷ DOTTI, 2002, p. 169.

Gize-se que Blanco Cordero⁵⁸ distingue entre a “atuação” e a “conexão” internacional da organização criminosa. Segundo o autor, somente alguns grupos criminais operam em nível internacional, embora seja evidente que existam conexões entre os grupos que operam nacionalmente com aqueles que operam internacionalmente. Com efeito, as possibilidades que oferece a atuação transnacional têm atuado como um imã que atrai um número importante de grupos criminais que tradicionalmente operavam somente dentro de determinados países.

Independentemente da consideração referente à possibilidade teórica da existência de crime organizado com atuação restrita ao âmbito interno de determinado território, o ponto principal, como afirma Cervini, é o de que “esta transnacionalización es sin duda – en la faz operativa – la nota más saliente de la criminalidad organizada contemporánea, ante la cual los Estados aislados pueden verse reducidos a una virtual impotencia”.⁵⁹

Isto porque a internacionalização da atuação das organizações criminosas enfraquece as concepções de validade e eficácia das normas, usualmente restritas ao princípio da territorialidade. Superadas as fronteiras nacionais, as ações estatais de controle ao crime organizado se deparam com inúmeras dificuldades jurídicas (além das fáticas), especialmente em virtude da divergência entre as legislações que regem a matéria.

Mas como amenizar estas dificuldades? Responde (ou ao menos tenta responder) Cervini que:

⁵⁸ CORDERO, Isidoro Blanco. Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la Ley Penal en el espacio. In: CRIMINALIDAD ORGANIZADA. Reunión de la Sección Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP em Budapest. *Anais...* Almagro: Universidad de Castilla – La Mancha, 1999. p. 21.

⁵⁹ CERVINI, Raúl. Criminalidad organizada y lavado de dinero. In: COPETTI, André (Org.). *Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 67.

“a nivel académico y político, frecuentemente se señala como remedio a esta situación la armonización legal y la colaboración judicial entre los diferentes Estados. Em todo caso, atendiendo a la experiencia reciente, al menos en Latinoamérica, pensamos que toda alternativa de cooperación jurisdiccional, cualquiera sea la modalidad delictiva involucrada, se debe estructurar em base a tres planos fundamentales que deben mantenerse en un constante balance dinámico. Esto se debe reflejar en la necesaria tensión entre los intereses de una eficaz cooperación jurídica internacional en equilibrio con el reconocimiento jurídico-formal y sustancial de la diversidad de los sistemas normativos nacionales involucrados con los derechos de aquellos individuos concretos eventualmente y afectados en el decurso de las instancias cooperacionales”.⁶⁰

2.2.6 Uso da violência ou intimidação

Essa característica guarda maior relação com as organizações criminosas de natureza mafiosa (especialmente durante a fase “clássica” da máfia), ou então com as que se utilizam da violência como meio de manifestação primordial, como é o caso dos grupos terroristas. Porém, não pode ser olvidada a relação dessa característica também com outras modalidades criminosas, em especial o tráfico de drogas.

Em regra, como afirma Herrero Herrero, a utilização da coação, das ameaças e da violência é realizada de forma dosada e sem ritualismos ou exhibições, salvo quando se tratar, por lógico, da ação de grupos terroristas. Para o autor, “la intimidación y la violencia han de ser, sin más, medios prácticos de acción”.⁶¹

Ao que se pode perceber hodiernamente, a tendência de diminuição da utilização da violência é diretamente proporcional ao desenvolvimento do caráter empresarial e tecnológico da organização. Assim, quanto mais o crime organizado visar apenas

⁶⁰ CERVINI, 2001, p. 67-68.

⁶¹ HERRERO, 1997, p. 497.

o lucro e puder garantir a sua atuação e impunidade mediante a utilização dos meios e recursos oferecidos pela tecnologia e pela estrutura do sistema capitalista, associado à conexão com o poder público, menos precisará se utilizar da violência ou intimidação.

Esta violência ou intimidação também pode ser enquadrada na utilização da chamada "lei do silêncio", ou *omertà*, que guarda algumas semelhanças com o tradicional método criminoso de ameaçar com morte os possíveis delatores. Esta obrigação de manter o sigilo acerca das atividades da organização tanto pode se dirigir aos seus membros (como é mais comum) quanto a terceiros sem nenhum vínculo aparente com a organização. Este último é o caso, por exemplo, dos moradores dos morros cariocas "controlados" pelo tráfico de drogas.

Na análise de Mingardi,⁶² o silêncio sobre um crime específico praticado por membros da organização é necessário, mas silenciar sobre a organização também é. Para o crime organizado, um dos ingredientes essenciais para manter as boas relações com o Estado é o segredo, não tanto sobre a existência da organização, pois muitas delas são por demais conhecidas, mas sim de seu tamanho, poder, atividades e relacionamentos.

Destaque-se que a mesma análise já realizada acerca dos distintos meios passíveis de serem utilizados pelo crime organizado, de acordo com as suas finalidades, se aplica integralmente ao uso da violência ou intimidação. Assim, não é necessário que ele ocorra para que reste identificada uma modalidade de delinquência organizada.

2.2.7 Cometimento de delitos com graves consequências sociais

Costuma-se dizer que o crime organizado, em suas diversas manifestações, afeta a vida de um número elevado de indivíduos, mas, por conservar escrupulosamente a sua invisibilidade, afasta a consciência dos danos causados ou mesmo a sua afetação maligna. O problema é ainda mais evidente quando a delinquência

⁶² MINGARDI, 1998, p. 44.

organizada deixa de se valer de meios violentos e passa a utilizar o elemento fraude ou corrupção como instrumento da sua atuação.

A noção de vítimas individualizadas cede lugar à idéia de que os danos causados pela atividade criminosa se estendem – em maior ou menor grau – a toda coletividade. Isto não significa que não existam mais vítimas individuais (os membros de organizações internacionais de tráfico de drogas, por exemplo, na realização das atividades do grupo, não deixaram de cometer homicídios, lesões corporais, ameaças e outros delitos clássicos com vítimas determinadas). Na verdade, elas continuam existindo como em toda a história do crime, mas as conseqüências da atividade como um todo transcendem para o coletivo.

Ademais, os danos a que se refere podem ser os mais diversos, dependendo da atividade desenvolvida pela organização criminosa. Todavia, embora seja a danosidade proporcionada pelo delito organizado uma característica praticamente de consenso entre os estudiosos, a ausência de dados empíricos permite que, por vezes, até mesmo essa marca seja questionada. Como mostra Rizzo Castanheira:

“nas últimas décadas o temor às organizações criminosas vem sendo alardeado e difundido através dos meios de comunicação de massa e discursos políticos. A esta altura o imaginário coletivo está impregnado da idéia de exposição a uma categoria de pessoas reunidas, cuja periculosidade diz-se altíssima. O sentimento de temor, tido como uma certeza de vulnerabilidade à ameaça extrema, é paradoxal, porquanto os próprios estudiosos do tema até o momento não conseguem conhecê-lo a ponto de concluir o quanto ele corrompe o sistema. Vale dizer, a dimensão do perigo é desconhecida cientificamente, apesar de ser apresentada como enorme e certa”.⁶³

⁶³ CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. Organizações criminosas no Direito Penal brasileiro: o Estado de prevenção e o princípio da legalidade estrita. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 6, n. 24, p. 99-124, out.-dez. 1998. p. 119-120.

Para Cervini, não devemos cair na simplificação de crer que existe uma identificação ou uma espécie de paralelismo necessário entre o produto destas atividades ilícitas e o custo social direto que representam, “ya que hay ciertas instancias vinculadas a estas manifestaciones delictivas de aparente intranscendencia social, y otras que valoradas como simple actividad económica, incluso pueden verse como generadoras de empleo o beneficianas para la renta nacional”.⁶⁴

De fato, a outra face do crime organizado mostra, por exemplo, a criação de novos postos de trabalho a pessoas não envolvidas – ao menos diretamente – com a atividade criminosa. Como resultado, a melhora das condições econômicas e sociais destes indivíduos e o próprio aquecimento das economias locais, especialmente pela circulação do capital entre consumidores que, na maior parcela das vezes, eram excluídos do sistema econômico.

Embora com objetivos que não sejam necessariamente “benévolos” (eis que visam a obtenção da “simpatia” da população dos locais em que atuam), o crime organizado, não raro, organiza até mesmo serviços públicos (postos de saúde, escolas, segurança, lazer, dentre outros) que o próprio Estado jamais foi capaz de garantir. É o caso típico do tráfico de drogas em relação aos favelados.

Por vezes, até mesmo os próprios Estados em que age o crime organizado acabam se beneficiando desta forma de delinquência. Operando a partir de “paraísos financeiros”, onde ninguém indaga a origem do dinheiro, o crime organizado injeta seus recursos no mercado de capitais, criando e sustentando corporações internacionais e respeitáveis organizações de fachada limpa. O “dinheiro sujo” é, assim, transformado em capital especulativo, ansiosamente esperado e, em geral, muito bem recebido, em especial pelos países emergentes como a Rússia, Brasil, México e Argentina. O resultado óbvio disso é que passa a existir uma interpenetração crescente entre o dinheiro do crime organizado e o mercado financeiro institucional, a ponto de permitir que se afirme, com tranquilidade,

⁶⁴ GOMES; CERVINI, 1997, p. 247.

que se alguns setores do crime organizado fossem subitamente destruídos, esse fato causaria uma catástrofe no mercado mundial de valores.⁶⁵

2.2.8 Emprego de lavagem de dinheiro

Após o cometimento do crime, a organização deve se utilizar de procedimentos que sirvam para revestir de legalidade e inserir no sistema econômico ou financeiro as altas somas oriundas da prática delituosa, via lavagem de dinheiro.

Daí surgem os métodos cada vez mais criativos de transferências de numerários para paraísos fiscais, utilização de empresas fantasmas ou negócios simulados, e mesmo a atuação em negócios lícitos.

Em suma, o objetivo da lavagem de dinheiro é transferir e distanciar da sua origem o dinheiro obtido de forma ilegal sem despertar suspeitas dos órgãos de investigação fiscal e criminal do Estado. Quanto mais distantes se encontrarem os recursos da sua fonte maculada pela ilegalidade, melhor será o resultado da aparência de legalidade.

Por essa razão, a utilização da lavagem de dinheiro se torna um procedimento umbilicalmente ligado ao crime organizado.

De outro lado, expõe Mingardi⁶⁶ que o lavador não deixa de ser um “contribuinte atípico”. Enquanto inúmeras pessoas tentam se furtar ao fisco, declarando menos do que recebem para pagar um imposto menor, ele procura pagar o máximo possível. É o contribuinte ideal do ponto de vista das necessidades tributárias do país.

⁶⁵ ARBEX JUNIOR; TOGNOLLI, 1996, p. 33.

⁶⁶ MINGARDI, 1998, p. 181.

O CAMINHO FÁCIL DO DIREITO EMERGENCIAL

SUMÁRIO: 3.1 O socorro à antecipação (e facilitação) da punibilidade – 3.2 A (in)justificada flexibilização das garantias do acusado – 3.3 A situação brasileira: 3.3.1 Os limites constitucionais à intervenção penal; 3.3.2 A expansão constitucional do direito penal; 3.3.3 A Lei do Crime Organizado: 3.3.3.1 Fundamentos da lei; 3.3.3.2 Conteúdo normativo e principais institutos.

Nos últimos anos, o mundo vem sendo colocado em contato diário com a idéia de aumento progressivo da criminalidade, apresentada pelos meios de comunicação (em rede nacional) e por membros da sociedade (entre eles políticos e até mesmo juristas) como um fenômeno terrificante, gerador de insegurança.

Como refere Sica,¹ diante da escalada do crime, todos se sentem vulneráveis, vítimas em potencial e colocados em estado de beligerância contra o “inimigo”. De fato, a manipulação do medo – que, embora sendo um sentimento natural do homem, o afasta da realidade e do discernimento e, vivido coletivamente, gera a angústia, diante da qual o perigo se torna tanto mais temível

¹ SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: RT, 2002. p. 78-80.

quanto menos claramente identificado – e das angústias populares não é novidade na história, muito embora tenha ela abstraído a relação e a distinção entre a “necessidade de segurança” e o “sentimento de medo”, que visivelmente se embaralham no sentimento coletivo.

O pânico que se instaura na população é aproveitado por movimentos políticos que apresentam um “remédio milagroso” – amparado na ideologia da repressão – que nada mais é do que o velho regime punitivo-retributivo, que agora recebe o nome de “Movimento de Lei e Ordem”. Alegam seus defensores que a violência somente poderá ser controlada por intermédio de leis severas, que imponham, por exemplo, a pena de morte e longas penas privativas de liberdade (eis que a violência também seria decorrente do tratamento benigno dispensado pela lei aos criminosos que, em virtude disto, não lhe teriam respeito). Estes seriam os únicos meios eficazes para intimidar e neutralizar os criminosos, bem como de “fazer justiça às vítimas” e aos “homens de bem”, ou seja, aos que não delinqüem. Essas idéias, que são rechaçadas pelos intelectuais, liberais, são tentadoras para o povo, que exige uma solução imediata para o problema da segurança pública.²

Diante deste contexto de ansiedade punitiva, é fato que os Estados contemporâneos não encontraram até o presente momento formas de controle do crime organizado que apresentassem um resultado satisfatório.

Para Flávio Gomes,³ dentre outras dificuldades enfrentadas na busca do controle desta espécie de delinquência podem ser destacadas as seguintes: a) enquanto o crime organizado transnacionalizou-se, usufruindo de toda tecnologia de ponta, o direito penal e

² ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcello de (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio*. Atos do Colóquio Marc Ancel. 2. ed. Rio de Janeiro: Revam, 1991. p. 70-71.

³ GOMES, Luiz Flávio. A lavagem de capitais como expressão do “direito penal globalizado”: enfoque crítico. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos em homenagem a Evandro Lins e Silva: criminalista do século*. São Paulo: Método, 2001. p. 229.

a polícia continuam regidos pelo princípio da territorialidade (o Judiciário, por exemplo, para ouvir uma testemunha que mora no exterior, demora muito mais que um ano, período suficiente para que uma organização criminoso já tenha concretizado milhões de outras operações ilícitas); b) não há ainda uma cooperação internacional eficaz e rápida, não existe harmonização legislativa; c) não existem grupos especiais preparados para esse tipo de investigação e os órgãos públicos são morosos e impotentes; d) nota-se claramente uma baixa qualificação profissional para esse tipo de atividade persecutória e, quando o profissional se especializa, tem que deixar o poder público, porque é mal remunerado; e) cuida-se de uma criminalidade muito peculiar, profissional, com aparência de lícita; conta com pouca visibilidade (*crime appeal*), nenhuma reação social e alta mutabilidade do *modus operandi*; e f) as vítimas são difusas e a conduta praticada no anonimato. Diante dessa criminalidade organizada e requintadamente sofisticada o “velho” Estado não reage, está desatualizado, é impotente (ou conivente).

Ao mesmo tempo em que esses (e outros tantos) obstáculos são vislumbrados, existe a concepção disseminada em todos os meios sociais de que “uma resposta precisa ser dada”. Diante disto, resta preparado o palco para a utilização (e fantasiosa “legitimação”) do caminho fácil do direito emergencial.

Mas o que é o direito penal de emergência? Quais são as decorrências da adoção desse modelo e por que tamanhos discursos (velados ou não) acerca da necessidade da sua utilização no “combate” ao crime organizado?

Introduzindo a tarefa de responder a estas e outras perguntas, tem-se, com Hassan Choukr,⁴ que a idéia de emergência está atrelada à idéia de urgência (e, num certo sentido, à de crise), a algo que, de forma repentina, surge de modo a desestabilizar o *status quo ante* e os padrões normais de comportamento e possibilidade de manutenção das estruturas. Ademais, a expressão se atrela à necessidade de uma resposta pronta e imediata, que deve durar enquanto o estado emergencial perdura.

⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 1-2.

A emergência significa, portanto, um desvio aos padrões tradicionais do sistema repressivo, estabelecendo um subsistema que se afasta das normas e princípios válidos para a normalidade.

Diante de uma suposta inadequação do direito tradicional, complementa Flávio Gomes⁵ que caberia recorrer-se a um direito intervencionista e pouco garantista, que contaria obviamente com o apoio do já referido movimento *law and order*.

Prossegue o autor que

“a característica marcante do direito de exceção (já enfatizado, de resto, por Ferrajoli) reside na formação de um direito ‘paralelo’, pouco ajustado aos direitos e garantias fundamentais e aos princípios básicos do Estado Constitucional de Direito. É guiado, de outro lado, pela política criminal apenas preocupada com a eficiência do sistema, com o êxito funcional, enfim, com ter respostas (‘imediatas’, ainda que muitas vezes ‘simbólicas’) para a criminalidade, dentro de uma concepção criminológica ‘neoclássica’”.⁶

Ao se tratar da repressão ao delito organizado, cada dia mais se avança em direção a esse direito especial ou de exceção. Para Adriasola,⁷ esta postura não importa em aceitar a renúncia às garantias do direito clássico, mas apenas reconhecer a sua “insuficiência” diante desta nova realidade criminal. Trata-se, em última análise, de uma decisão de política criminal que os legisladores e operadores de direito deverão adotar ou rechaçar, não deixando de reconhecer o autor que o direito emergencial quebra todo o paradigma do direito penal e processual penal liberal, destinado a garantir a esfera de liberdade do indivíduo diante do Estado.

⁵ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 67.

⁶ GOMES; CERVINI, loc. cit.

⁷ ADRIASOLA, Gabriel. *El nuevo derecho sobre toxicos y el lavado de dinero de la droga*. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria, 1994. p. 97.

Como afirma Ferrajoli,⁸ a “razão de Estado” passa a prevalecer sobre a “razão jurídica”. Todavia, prossegue o autor que a razão de Estado é incompatível com a jurisdição penal do moderno Estado de direito, de forma que quando ela intervém – como no direito penal de emergência – para condicionar as formas de justiça, ou pior, para orientar um processo penal em concreto, já não existiria mais jurisdição, mas sim outra coisa: arbítrio policial, repressão política e regressão neo-absolutista do Estado a formas pré-modernas.

Essa alteração da fonte de legitimação externa proporcionada pela razão de Estado vem produzindo, em muitos casos, uma “justiça política” profundamente alterada em sua lógica interna:

“no ya actividad cognoscitiva basada en la imparcialidad del juicio, sino procedimiento decisionista e inquisitivo fundado en el principio del amigo/enemigo y apoyado, más que en la estricta legalidad, en el consenso mayoritario de los partidos y de la opinión pública. Esta lógica há penetrado en todos los momentos del mecanismo punitivo: desde la legislación hasta la jurisdicción y la ejecución penal. Y permite hablar de un derecho penal especial – especial en cuanto a las formas de los procesos y especial en cuanto al tratamiento carcelario – y caracterizado bajo estos tres aspectos por una aplastante distorsión sustancialista y subjetivista”.⁹

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. 3. ed. Madrid: Trotta, 1998. p. 814. A contradição fundamental entre a razão de Estado e o Estado de direito, para Ferrajoli, reside no fato de que, enquanto no primeiro o critério utilizado é o da subordinação dos meios (indeterminados e não regulados) à consecução dos fins políticos cuja formulação se confia – realística ou historicamente – à pessoa do soberano (titular do poder estatal); no segundo, ao contrário, existe a subordinação dos fins políticos ao emprego dos meios juridicamente preestabelecidos (fechados e determinados, eis que vinculados à lei).

⁹ Ibidem, p. 815-816.

Assim, a cultura dessa idéia de emergência e a conseqüente prática da exceção, para Ferrajoli,¹⁰ mesmo antes das transformações legislativas, são responsáveis por uma involução do ordenamento punitivo que se tem expressado pela reedição – com nova roupagem – de velhos esquemas substancialistas próprios da tradição penal pré-moderna, além da recepção pela atividade judicial de técnicas inquisitivas e de métodos de intervenção típicos da atividade policial.

Exemplo clássico de utilização do direito penal emergencial foi o combate italiano à máfia existente neste país. Como recorda Rinaldi,¹¹ as mais importantes disposições legislativas relacionadas à máfia, entre os anos 80 e princípio dos anos 90, não se originaram de uma estratégia mediata e consciente de intervenção, mas foram promulgadas em reação a ataques violentos a representantes do Estado ou da sociedade civil (especialmente homicídios de políticos, magistrados e policiais). A cada ruptura do modelo de normalidade, introduzem-se novas disposições normativas.

Esta reação afoita, prossegue o autor, acabou por ensejar outros acontecimentos: inadequada técnica legislativa (fruto de uma certa improvisação); sistema de referência recíproca entre normas (tornando o corpo legislativo ininteligível e dificultando a ação dos próprios operadores jurídicos); e impressão generalizada de caos e desorganização (elementos que contribuíram para o enfraquecimento de princípios fundamentais em matéria penal, como o princípio da taxatividade).¹²

A propósito da tarefa de elaboração das leis penais, especialmente diante da criminalidade contemporânea, aduz Cervini que ela

“puede compararse a una operación de microcirugía, donde se impone un mínimo de actividad con el instrumento más preciso. Ocurre que, lamentablemente, la misión de

¹⁰ FERRAJOLI, 1998, p. 807.

¹¹ RINALDI, Stanislao. Criminalidade organizada de tipo mafioso e poder político na Itália. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 6, n. 22, abr.-jun. 1998. p. 21-22.

¹² Ibidem, p. 22.

legislar en estas ramas tan delicadas se emprende siempre en forma apresurada respondiendo a presiones internacionales. Lo más grave es que ese cometido se suele dejar en manos de personas sin la suficiente especialización, que se atienen exclusivamente a los síntomas del fenómeno, sin comprender el funcionamiento de los mecanismos cuya desviación se pretende controlar”.¹³

O critério decisivo para a análise da legitimidade de um processo de neocriminalização, sob o aspecto político-criminal, para Figueiredo Dias e Costa Andrade,¹⁴ é o de saber se se trata de fenômenos sociais novos, ou então anteriormente raros, que desencadeiam consequências insuportáveis contra as quais só o direito penal é capaz de proporcionar proteção suficiente. Deve ser evitada a intervenção prematura da tutela penal, em detrimento de um paulatino desenvolvimento de estratégias não criminais de controle social, sobretudo perante fenômenos sociais ainda mal conhecidos na sua estrutura e nas suas consequências.

No entanto, distante de qualquer racionalidade e da necessidade de interação com outros sistemas de controle social, o direito penal emergencial busca legitimar-se nas idéias de medo e eficiência.

Aliás, eficiência e garantia, diante do quadro atual, parecem ser temas antagônicos do sistema penal.

No Brasil, a inflacionada produção legislativa penal dos governos Fernando Collor de Melo e Fernando Henrique Cardoso – justamente durante um período recente de redemocratização e início da construção de um Estado democrático de direito – apelidada por Reale Júnior de “direito penal fernandino”, bem representa o modelo de emergência. Como afirma o jurista:

¹³ CERVINI, Raúl. Criminalidad organizada y lavado de dinero In: COPETTI, André (Org.). *Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 77.

¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. O homem delinquente e a sociedade criminógena. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 441.

“O vício que caracteriza a produção da legislação penal dos últimos anos, mormente nos governos Fernando Collor e Fernando Henrique Cardoso, de início restringido à legislação extravagante, atinge, agora, a Parte Geral do Código Penal. O Direito Penal ‘fernandino’ fez da década de 90 um dos momentos mais dramáticos para o Direito Brasileiro, pois era imprevisível que se produzissem em matéria repressiva tantas soluções normativas ao sabor dos fatos, sob o encanto de premissas falsas e longe de qualquer técnica legislativa. O elenco de leis penais esdrúxulas, eivadas de inconstitucionalidade e que beiram o ridículo, é longo e não caberia aqui ser lembrado”.¹⁵

Todavia, uma das finalidades desta dissertação é justamente “lembrar” – e desmascarar – os fatídicos textos legais propulsores do modelo emergencial. Assim, os exemplos pátrios mais clássicos e imediatos nos remetem à Lei dos Crimes Hediondos e à Lei do Crime Organizado, onde ocorrem uma série de violações à principiologia constitucional (penas desproporcionais, prisões cautelares que ferem a presunção de inocência, regime prisional fechado, entre outros).

A Lei 9.034/1995, que disciplina a “utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”, diante do tema principal a que se dispõe este trabalho, será objeto de maior destaque.

A descoberta da ânsia de utilização do direito penal de emergência no “combate” ao crime organizado parece não oferecer maiores dificuldades. De fato, o direito de exceção é o caminho mais fácil a possibilitar uma (falsa) idéia de resposta pronta e imediata ao “mal” do crime organizado, mesmo que isso signifique o desmantelamento de direitos e garantias fundamentais e de princípios do Estado Democrático de Direito.

¹⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. *Mens legis insana, corpo estranho*. In: DOTTI, René Ariel et al. *Penas restritivas de direitos, críticas e comentários às penas alternativas – Lei 9.714, de 25.11.1998*. São Paulo: RT, 1999. p. 23.

Todavia, a preocupação de controlar a criminalidade organizada não é menos relevante do que a necessidade de controlá-la não só conforme às regras do ordenamento jurídico (eis que mutável e corrompível), mas também a toda tradição normativa e principiológica.

3.1 O SOCORRO À ANTECIPAÇÃO (E FACILITAÇÃO) DA PUNIBILIDADE

A potencialidade dos danos e perigos do crime organizado, a busca da segurança individual e coletiva e as dificuldades cada vez maiores de obtenção de provas e de estabelecimento da culpabilidade dos fatos delituosos fazem com que o direito penal passe a antecipar drasticamente a sua função repressiva.

Em uma primeira aproximação doutrinária do tema, Mendoza Buergo¹⁶ estabelece que a tendência da política criminal é se voltar a um direito penal “preventivo” (e não mais apenas repressivo) com acentuado adiantamento da proteção penal, frequentemente utilizando o recurso da formulação de delitos de perigo – inclusive de perigo abstrato –, bem como a configuração de novos bens jurídicos universais de vago conteúdo. Em outras palavras, é propensa a proteger mais e distintos bens. Mais: os protege antes, em um estado anterior a sua lesão, flexibilizando os pressupostos clássicos de imputação objetivos e subjetivos, assim como princípios garantistas próprios do direito penal de um Estado de direito.

Como entende Cervini,¹⁷ existem duas formas de ampliar o marco de proteção dos bens jurídicos afetados pelas formas mais gravosas de criminalidade socioeconômica. Uma consiste em antecipar a tipificação de ações que em si mesmas não são danosas para o bem jurídico (via tradicional). Outra, de recente aparição, usa o recurso de deslocar o bem jurídico para a ação. Isto se consegue ao custo de apagar a nitidez, e mesmo colocar em jogo

¹⁶ BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 44-45.

¹⁷ CERVINI, 2001, p. 78-79.

os princípios da lesividade e legalidade que devem presidir um direito penal garantidor.

Deixada cada vez mais de lado a função repressiva do direito penal, passa-se a atribuí-lo um aspecto “funcional”, sustentado por uma política criminal de utilização das categorias de “perigo” em vez de dano, “risco” em vez de ofensa efetiva a um bem jurídico, “abstrato” em vez de concreto, “tipo aberto” em vez de fechado, “bem jurídico coletivo” em vez de individual, dentre outras alterações semântico-dogmáticas.¹⁸

Para os adeptos dessa posição, o direito penal clássico, estabelecido em função de uma sociedade que faz parte do passado, e limitado à repressão das formas de delinquência a ela reservadas, não oferece mais instrumentos de controle do crime organizado.

Tendo em vista os desafios propostos pelo novo paradigma da criminalidade contemporânea, várias sortes de respostas estatais vêm sendo testadas, ainda que em caráter experimental.

Como afirma Flávio Gomes,¹⁹ o crime organizado “vem servindo de extraordinário laboratório para que distintos Estados coloquem em funcionamento tudo o que a engenharia ou reengenharia humana é capaz de produzir para ‘combater’ esse ‘inimigo’”.

Em virtude disto, nos últimos anos, os problemas que surgem quanto à reação do ordenamento jurídico-penal a essa nova criminalidade têm se convertido em crescente objeto de estudo e análise, com especial preocupação sobre as consequências derivadas da dificuldade de conciliação do modelo que se quer impor com os princípios básicos de responsabilização penal – especialmente os atinentes à relação de causalidade, dolo e culpa, autoria e participação, assim como a delimitação das formas consumadas – lentamente e a muito custo conquistados ao longo dos últimos séculos, e que hoje fazem parte da essência do sistema jurídico-penal.²⁰

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 3, n. 11, jul.-set. 1995. p. 123.

¹⁹ GOMES; CERVINI, 1997, p. 47.

²⁰ Cf. BUERGO, 2001, p. 48.

Sem ânimo algum de exaurir o tema, Silva Sánchez²¹ aponta como características da dogmática da globalização a imputação objetiva, a inversão do ônus da prova, a expansão da autoria de comissão por omissão (especialmente aplicada no âmbito das estruturas organizadas como infração do dever de vigilância) e das fórmulas de ausência de distinção entre autoria e participação.

Outras questionáveis técnicas de investigação como a entrega vigiada (especialmente em relação ao tráfico de drogas, a fim de possibilitar a indicação do maior número de participantes da atividade criminosa), o delito provocado, a infiltração de agentes e a delação premiada podem facilitar – e muito – a colheita de provas acerca da autoria e materialidade dos delitos.

O Estado passa a intervir na esfera do indivíduo, portanto, de uma forma assustadoramente mais flexível.

Assim, ao mesmo tempo em que facilita sobremaneira a possibilidade de penalização do indivíduo, a previsão destes dispositivos dificulta ou quase impossibilita a defesa do acusado.

Como não poderia ser diferente, tornam-se objeto de desejo de várias estratégias de repressão ao crime organizado, eis que exigem um menor esforço da estrutura do Estado na busca deste objetivo.

Ademais, as técnicas que visam o controle do fenômeno, ao mesmo passo em que são desenvolvidas, são também “exportadas” para os outros países. Disso decorre que diversas nações que têm se voltado ao combate desse tipo de delinquência acabam caindo em uma vala comum de opções derivadas de outros países, de outros sistemas jurídicos. Muito se copia, pouco se refuta e quase nada se cria. O discurso da necessidade de uma “harmonização legislativa”, embora de reconhecida importância técnica e prática, acaba por aprofundar ainda mais a dependência dos instrumentos de controle que vêm sendo exportados. Uma vez absorvidas pelos políticos, traduzidas em leis penais e difundidas pelos meios de massa, essas tendências passam a fazer parte do senso comum de todas as esferas da sociedade.

²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999. p. 83-85.

3.2 A (IN)JUSTIFICADA FLEXIBILIZAÇÃO DAS GARANTIAS DO ACUSADO

Do que se pôde observar até este momento, é possível extrair a conclusão de que a sociedade contemporânea vive um verdadeiro paradoxo na proteção de seus bens jurídicos fundamentais, o que é chamado por Oliveira Terra²² de “dilema instrumental”.

Com efeito, o direito penal liberal não existe apenas para proteger a sociedade, mediante o sancionamento daqueles que ousem infringir uma norma jurídico-penal. As idéias de igualdade e liberdade, estampadas especialmente durante o Iluminismo, conferiram ao direito penal um caráter formal menos cruel do que aquele observado durante o período absolutista, mediante a imposição de limites à intervenção estatal na esfera do particular. Em outras palavras, o direito penal passou a ter a característica, concomitante, de “combater” o delito e limitar o poder interventivo do Estado.²³

Na lição de Geraldo Prado,²⁴ a consolidação da modernidade proporcionou a formação de uma estrutura de direitos e garantias de natureza penal que, ao lado de controlar a resposta estatal aos atos criminosos, atenuando-lhe a brutalidade, buscou definir o Estado como entidade cujos atos de seus agentes deveriam situar-se nos marcos de uma legalidade preequilibrada de legitimidade e conformada eticamente. Dessa forma, prossegue o autor, os atos de repressão, apuração e punição das infrações penais e de seus autores não poderiam ser, de forma alguma, equiparáveis aos atos dos próprios agentes de delito.

²² TERRA, Willian de Oliveira. Inovação legislativa em matéria penal: uma delicada solução no combate ao delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 3, n. 12, out.-dez. 1995. p. 202.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1. p. 9.

²⁴ PRADO, Geraldo. Da lei de controle do crime organizado: crítica às técnicas de infiltração e escuta ambiental. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 125.

Em atenção específica ao princípio da legalidade, refere Brandão²⁵ que, com efeito, ele é um “princípio de princípios”, constituindo, a um só tempo, a missão e o objetivo do sistema de justiça penal. É na legalidade que o direito penal encontra a sua legitimidade, diferenciando-o de um instrumento de terror estatal.

A maioria desses princípios limitadores se consolidou ao longo dos séculos que se passaram, fazendo hoje parte dos textos penais e das próprias constituições de países democráticos, como forma de garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Assim, no que tange ao direito penal material, a tendência certamente seria a da atenção total aos direitos e garantias individuais. Entretanto, como mostra Salo de Carvalho,²⁶ o “combate” à criminalidade contemporânea se dirige ao caminho inverso, mediante graduais e sucessivas lesões ao princípio da legalidade em sentido amplo (exaustiva utilização de normas penais em branco), ao princípio da legalidade em sentido estrito (prevalência de tipos penais abertos), ao princípio da lesividade (criminalização de autolesões e de delitos sem vítima) e ao princípio da culpabilidade (criação de normas de perigo abstrato), determinando a objetivização da responsabilidade penal.

Na esfera processual, os danos são igualmente perversos:

“Confirma-se, cada vez mais, a tendência de fomentar (manter) sistemas inquisitoriais, suprimindo os direitos de ampla defesa. Há, em nome da eficácia e luta contra a impunidade, substancial diminuição das garantias processuais como os princípios da presunção de inocência e do contraditório (gradual inversão do ônus da prova e inserção

²⁵ BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal*: uma análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002a. p. 2.

²⁶ CARVALHO, Salo de. As reformas parciais no processo penal brasileiro. In: UNISINOS. *Anuário do programa de pós-graduação em direito*. Mestrado e doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2001a. p. 321.

de juízos de periculosidade), da individualização (taxação cada vez maior das penas), da oralidade (ampliação das formas escritas), da imparcialidade do juiz (gestão da prova pelo órgão julgador) e da idoneidade da prova (admissibilidade de provas tradicionalmente consideradas ilícitas e/ou provas ilícitas por derivação)".²⁷

Muito embora o reconhecimento da inevitável tensão dos interesses do Estado – na apuração e repressão dos crimes – com os das pessoas investigadas – que não são necessariamente culpadas e não podem ser tratadas como tal até decisão condenatória transitada em julgado²⁸ –, para Lenio Streck²⁹ não é segredo que, “historicamente, o direito tem servido, preponderantemente, muito mais para sonegar direitos do cidadão do que para salvaguardar o cidadão”.

Diante destas constatações, a questão que se estabelece é a de valorar até que ponto o sistema penal se encontra em condições de fazer frente à criminalidade organizada com amparo em um instrumental penal garantista.

As opções de respostas elaboradas pela doutrina podem esquematizar-se em três grandes linhas. Para a primeira delas, os enfoques do direito penal garantista devem ser igualmente observados em relação às novas formas de delinquência, aplicando-se os instrumentos de dogmática e princípios de atribuição já conhecidos, mesmo que se cogite que esse modelo não possibilite um resultado eficaz. A segunda, em contrapartida, sustenta uma flexibilização de tais instrumentos, regras e princípios já assentados, com intenção de controlar mais eficazmente as formas de criminalidade hoje verificadas, adaptando o direito penal aos novos tempos. A linha derradeira sustenta a renúncia da expansão dos preceitos penais a estes novos âmbitos de atuação, por considerar

²⁷ CARVALHO, 2001a, p. 321.

²⁸ PRADO, 2002, p. 127-128.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001b. p. 58.

que não correspondem eles à tarefa própria do direito penal, que com isso perderia a sua identidade e justificação.³⁰

Da forma como a questão vem sendo trabalhada – em clara política de adoção da segunda linha de resposta – os direitos e garantias fundamentais muito mais parece terem se tornado um “entrave” ao sistema penal do que, propriamente, a “base” de um sistema pertencente a um Estado Democrático de Direito. As tentativas de controle do crime organizado, da forma como vêm sendo articuladas nos últimos anos – tanto doutrinária quanto legislativamente – desencadeiam alterações expressivas na teoria do delito (como demonstrado no item anterior) e no conjunto de garantias materiais e formais do direito penal e do direito processual penal.

Nas palavras de Raúl Zaffaroni:

“Se destruye el concepto mismo de lo jurídico apelando a un llamado pragmatismo (renuncia a la racionalidad, incorporación de componentes antiliberales, reducción de garantías, omisión de toda ética republicana) que, a contrario sensu, da a entender que las garantías no son ‘prácticas’. El poder punitivo se potencia y elimina sus limitaciones más formales y elementales. La justicia se degrada a función policial y la policía a órgano sin límite ético ni jurídico. Algunas cooperaciones internacionales difunden instituciones inquisitoriales como novedades, cuando son elementos erradicados del poder punitivo por el penalismo del Iluminismo y del racionalismo”.³¹

No conturbado convívio entre as culturas da normalidade e da emergência, a técnica inquisitiva vai representar um significativo aumento do papel policial na construção do sistema repressivo, não

³⁰ Cf. BUERGO, 2001, p. 60-61.

³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 13, jan.-mar. 1996b. p. 20.

raras vezes com supremacia perante a própria atividade jurisdicional, que acaba por ser vista como mais débil em relação àquela, quando não uma inútil repetição.³²

Na opinião de Hassemer,³³ o medo da criminalidade organizada é o principal responsável pelas mais radicais alterações e exacerbações do poder de polícia e do direito penal dos últimos tempos. Princípios fundamentais como o *in dubio pro reo*, a separação entre poder de polícia e persecução penal (ou seja, entre prevenção e repressão), a limitação do emprego de medidas restritivas de direitos à pessoa e a regra básica da transparência das investigações ou não valem mais ou valem apenas limitadamente.

Prossegue o autor que os instrumentos legais coercitivos que passam a ser utilizados provocaram fundamentais mudanças na tradição de Estado de direito referente aos campos policial, penal e processual penal. O “combate preventivo ao crime” como objetivo da atividade policial acaba por aplainar os limites entre prevenção e repressão, entre prevenção de perigos e combate ao crime que, até então, separaram nitidamente os domínios policial e processual penal. Métodos de investigação, tais como a escuta telefônica, observação policial, apurações secretas e captação de dados estendem-se, em regra, a terceiros não partícipes, até então uma nítida exceção. A freqüente inclusão nas investigações dos chamados “elementos de contato” visa essa intromissão. Todos esses meios são utilizados nas costas do atingido, sub-repticiamente: até o presente as investigações eram por princípio abertas, a fim de que o atingido pudesse, desde logo, cuidar da sua defesa. As chamadas “pré-investigações” removem os limites de intervenção delineados pela noção de indício, que tradicionalmente serviu para legitimar transtornos na vida de pessoas inocentes, somente aceitáveis mediante pressupostos e balizas claros. A pena patrimonial transfere doravante para o atingido o encargo de provar a decência de seus ganhos.³⁴

³² CHOUKR, 2001, p. 60-61.

³³ HASSEMER, Winfried. *Três temas de Direito Penal*. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 68.

³⁴ HASSEMER, 1993, p. 69.

Para Silva Franco,³⁵ os instrumentos legais colocados fartamente à disposição da autoridade policial, mesmo que não demonstrem qualquer aptidão para os fins pretendidos, geram na população intranquilizada a expectativa de que os problemas da criminalidade (de massa e não a organizada) e da violência possam ser submetidos ao necessário controle estatal. Porém, a política de segurança própria de um Estado Democrático de Direito não pode se fundar apenas na efetividade da ação policial, mas também no respeito às garantias penais e constitucionais.

Ao lado disso, como reconhecem Figueiredo Dias e Costa Andrade,³⁶ nos dias de hoje já se aceita pacificamente que a aplicação da lei criminal e o processamento formal da delinquência não são mais do que uma das múltiplas alternativas reais ao dispor da polícia (símbolo mais visível do sistema formal de controle, *first-line enforcer* da lei criminal). Aliás, uma alternativa que está longe de ser a mais significativa, pelo menos em termos quantitativos.

Isso significa que o leque de possibilidades legais de atuação da polícia, além de expandido (por muitas vezes de forma abusiva), por não raras vezes desliza (para não dizer trafega com constância) pelos caminhos da ilicitude, da obscuridade. Esta realidade, além de geralmente incentivada e aplaudida pela população, por vezes (ou em regra) é ainda velada pelos órgãos de controle do aparato policial.

Hassemer³⁷ realça que criminalidade organizada apresenta-se hoje como o abre-te-sésamo para desencadear um arsenal de

³⁵ SILVA FRANCO, Alberto; NINNO, Jefferson; SILVA JÚNIOR, José et al. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 1. p. 578.

³⁶ DIAS; ANDRADE, 1997, p. 443-445.

³⁷ HASSEMER, 1993, p. 64. Acrescenta o autor que o atual debate público sobre política criminal veicula a impressão de que a solução do problema consiste em conferir às autoridades da segurança pública, de uma vez por todas, todos os meios e instrumentos necessários que sempre reivindicaram, a fim de que possam assenhorar-se da criminalidade organizada. Nada mais falso e enganoso (Ibidem, p. 68).

instrumentos de intervenção da autoridade em nome da prevenção de perigos e da elucidação de crimes. As profundas incisões nas garantias tradicionais do poder de polícia e do processo penal estão sendo operadas ou estão por acontecer sempre e invariavelmente em nome desta forma de criminalidade.

Como reação a esta constatação, Flávio Gomes³⁸ lembra que toda e qualquer política criminal deve ter como limite o Estado Constitucional de Direito. Por mais que se acredite na bondade de uma determinada medida de “combate” ao crime, se a mesma violar a Constituição deve ser prontamente rechaçada, haja vista que o sistema de garantias de modo algum pode ser quebrado.

Prossegue o penalista que desse sistema garantista de direito deriva uma série de consequências que ainda estão por ser devidamente estudadas, como a remodelação dos conceitos de vigência e validade da norma jurídica, o respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a impossibilidade de o legislador ordinário restringir direitos e garantias fundamentais quando não há expressa previsão constitucional.³⁹

Lamenta Lenio Streck⁴⁰ que os tribunais tenham permanecido reticentes e refratários ao controle da constitucionalidade das leis. A crise que atravessa a dogmática jurídica tem obstaculizado a devida filtragem hermenêutico-constitucional do direito penal, fazendo com que se mantenha o “caráter fetichista da lei”, dentro do qual confunde-se vigência com validade. O desafio e o dilema é sair dos livros e das teses da academia para o mundo vivido, trazendo esse tencionamento para o âmbito do Judiciário.

Entretanto, como salienta Hassemer,⁴¹ já se está habituado a uma técnica enganosa de avaliação: quando uma ameaça nos

³⁸ GOMES; CERVINI, 1997, p. 47.

³⁹ Ibidem, p. 49.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. As (novas) penas alternativas à luz da principiologia do Estado Democrático de Direito e do controle da constitucionalidade. In: FAYET JÚNIOR, Ney; CORRÊA, Simone Prates Miranda (Orgs.). *A sociedade, a violência e o direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 141-142.

⁴¹ HASSEMER, 1993, p. 71.

parece particularmente intensa, nada mais é sagrado, nem mesmo os direitos fundamentais ou tradições outrora intocáveis. No entanto, uma cultura jurídica não se constrói mediante tais técnicas de avaliação, e sim na estabilidade daqueles princípios que se reputam indiscutíveis e indisponíveis, como patrimônio da civilização, também em momentos de crise. Já não sobram muitos destes princípios hoje em dia.

A pergunta crucial que nos resta é: que modelo de direito penal se quer ou se está disposto a aceitar e qual será o custo da adoção de um direito penal com flexibilização – em maior ou menor grau – de garantias? Existe a possibilidade de criação ou adaptação de um outro modelo que melhor equacione o problema (como proposto pela terceira grande linha de resposta anteriormente enunciada)?

Qualquer que seja a resposta que se deseje e defenda, apropriadamente expõe Hassemer que:

“a política criminal e o direito penal têm um aspecto normativo, o aspecto da Justiça, o equilíbrio da proteção jurídica dos atingidos pelo processo penal. E no momento encontramos-nos exatamente nessa situação, queremos lutar, queremos ter êxito, queremos ter resultado. E acredito que no Brasil a situação também não é diferente, em que esquecemos a tradição normativa – exagerando um pouco – e estamos pensando militarmente; estamos pensando apenas em termos de luta, de combate, de vitória, e o direito penal está sendo armado como um instrumento de luta, de combate à criminalidade.

Eu advirto: o direito penal também tem uma tradição normativa, uma tradição de proteção jurídica e não apenas tradição de eficiência e de luta. A tradição do direito penal está nessa tensão entre o normativo e o empírico, e essa tensão nós temos que conservá-la”.⁴²

⁴² HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 2, n. 8, out.-dez. 1994. p. 43.

Referindo-se à suposta “praticidade” da redução das garantias, Cervini⁴³ destaca que não é admissível que, para contemplar o adjetivo (dificuldades probatórias), se termine por desprezar o substantivo (princípios dogmáticos). O direito penal não deve e nem pode ser responsabilizado por essas dificuldades probatórias, principalmente tendo em conta que elas podem ser normalmente superadas mediante uma identificação adequada dos mecanismos envolvidos na atuação do crime organizado.

Desta forma, é alentadora a conclusão dos participantes do XVI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) que, no que tange às garantias do acusado no crime organizado, estabeleceu que há necessidade de assegurar o Estado de direito com os princípios e garantias que lhe são inerentes.

Por derradeiro, outra questão ainda deve ser semeada: existe uma legitimação racional para a supressão das garantias?

Hassan Choukr responde que

“se o sistema repressivo oferece algo de positivo, na relação custo-benefício com a ruptura do processo cultural da normalidade, sua desvantagem é notória. Seu emprego não compensa o desfazimento do sistema jurídico garantidor porque, na essência de sua correta aplicação, ele traduz o caminho adequado para a composição legítima do convívio social.(...)”

Rigorosamente falando, o crime organizado, suas variantes e alarmantes conseqüências não foram causados por qualquer dos direitos fundamentais. Suas soluções não passam, por certo, pela violação destes. E mesmo no processo, para fechar o foco no tema mais direto da obra, nenhuma das garantias do chamado ‘due process of law’ é responsável pelo suposto fracasso no combate a essa forma de criminalidade. Obedecer aos princípios fundamentais (...) não significa compactuar com o caos propagandeado. Ao contrário, violá-los fecha a última porta de racionalidade que resta ao sistema.

⁴³ CERVINI, 2001, p. 77.

Por outro lado, incrementar tribunais com poderes secretos (vide lei brasileira de combate ao crime organizado), com juízes e promotores ocultos, admitindo indevidas inversões de ônus da prova, tolerar provas ilícitas para encobrir a ineficiência estatal de equipar material e profissionalmente os quadros de segurança pública não tem qualquer relação direta com a diminuição da criminalidade que, na sua constituição, é mais lógica e funcional que o Estado".⁴⁴

Nunca é demais lembrar que os laços de direitos e garantias referentes ao direito penal não são movidos, simplesmente, por sentimentos "caridosos", destinados a dar um tratamento humanitário aos "azarados" que caíram na malha do aparato criminal. Na verdade, ao defender-se um sistema controlado por princípios e normas preestabelecidas, está-se objetivando a defesa de todos os cidadãos. Principalmente a grande maioria, que são os que estão em liberdade e não fazem parte da clientela do direito penal.

3.3 A SITUAÇÃO BRASILEIRA

3.3.1 Os limites constitucionais à intervenção penal

Uma rápida leitura do atual texto constitucional já permite a conclusão de que o legislador constituinte estabeleceu um expressivo número de dispositivos garantidores na atuação do aparelho repressivo, buscando com isso a adequação do direito processual penal aos valores democráticos buscados no novo diploma.

Assim, a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a República Federativa do Brasil no formato de um Estado Democrático de Direito, e procurando a ele coadunar o sistema legislativo ordinário, foi pródiga na previsão de princípios, direitos e garantias penais e processuais.

⁴⁴ CHOUKR, 2001, p. 68-69.

Como não bastasse, e ainda por precaução, no § 2.º do seu art. 5.º – inserido no título dos direitos e garantias fundamentais e no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos – adotou a fórmula da observância dos “direitos e garantias implícitas”, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Isso significa que a Constituição brasileira não pretende ser exaustiva no seu elenco expresso. Incluem-se no rol todos aqueles direitos que, mesmo de forma implícita, derivem dos preceitos que a Constituição encerra. Mais: todos aqueles decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil for parte, independentemente da intermediação interna de um ato de força legislativa.

Como demonstração do rol de princípios explicitamente resguardados pela Constituição Federal, no que tange ao direito penal, cumpre ser destacado, *ab initio*, o mais relevante de todos: o princípio da legalidade, insculpido no inc. XXXIX do diploma constitucional. Seguem a ele o princípio da irretroatividade da lei penal (inc. XL do art. 5.º), o princípio da responsabilidade pessoal (inc. XLV do art. 5.º) e o da individualização da pena (inc. XLVI do art. 5.º). Não pode deixar de ser referido (muito antes epigrafado) o princípio da culpabilidade que, embora para Dometila de Carvalho⁴⁵ não esteja previsto expressamente pela Constituição Federal, encaixa-se nela, certamente, como um princípio implícito.

⁴⁵ Cf. CARVALHO, Márcia Dometila de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 64. Para a autora, a Constituição Federal de 1988, fundamentando o Estado Democrático de Direito na dignidade da pessoa humana, teria que contemplar, como corolário dessa dignidade, o princípio da culpabilidade, ao qual se connexionam princípios outros, como o da presunção de inocência, o da individualização da pena, enfim, todo aquele feixe de princípios que materializam o devido processo legal; e PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 53, que, no mesmo sentido, assevera que o princípio da culpabilidade faz penetrar suas raízes no superordenado princípio da intangibilidade da dignidade humana: o seu fundamento constitucional pode dizer-se, então, substancial-personalístico.

Entendimento diverso adota Silva Franco,⁴⁶ para quem a Constituição de 1988 “formalizou”, sob a ótica penal, quatro princípios fundamentais: a) legalidade (art. 5.º, XXXIX); b) igualdade (art. 5.º, *caput*); c) humanidade da pena (expresso em normas proibitivas tendentes a obstar a formação de um direito penal de terror e em normas asseguradoras de direitos de presos ou de condenados, objetivando tornar as penas compatíveis com a condição humana); e d) culpabilidade (derivado das diversas ilações que podem ser extraídas do caráter “pessoal” da responsabilidade penal, prevista no art. 5.º, XLV).

Como princípios penais fundamentais “não formalizados” na Constituição – decorrentes dos princípios formalizados e amparados no Estado Democrático de Direito – o mesmo autor cita: a) princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos (também denominado princípio da ofensividade ou da lesividade); b) princípios da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade; c) princípio da efetividade, eficácia ou idoneidade; d) princípio da proporcionalidade.⁴⁷

Na esfera dos princípios processuais constitucionais, o debate deve ser iniciado, necessariamente, pelo princípio do devido processo legal, expressamente previsto no art. 5.º, inc. LIV, do texto constitucional.

Este “superprincípio”, na visão de Dometila de Carvalho,⁴⁸ possui uma compreensão bastante ampla, dele se deduzindo vários outros princípios de caráter processual, como o do juiz natural (inc. LIII do art. 5.º), o da publicidade dos atos processuais (inc. LX), o da presunção de inocência (inc. LVII) – do qual decorrem outros princípios processuais como o *in dubio pro reo* –, o do contraditório, o da ampla defesa, o da obrigatoriedade de motivação de qualquer decisão judiciária, o direito ao silêncio, o duplo grau de jurisdição, entre outros.

⁴⁶ SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90. 4. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 51-61.

⁴⁷ SILVA FRANCO, 2000, p. 61-69.

⁴⁸ CARVALHO, 1992, p. 78.

Some-se a estes, pela importância no tema que é objeto deste trabalho, a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas, prevista implicitamente no inc. XII do art. 5.º.

São essas regras, princípios e garantias que freiam a atividade repressiva do Estado, assegurando ao acusado de qualquer delito a proteção contra eventuais lesões ou ameaças de lesões à sua defesa ou julgamento. Tudo com o objetivo de resguardar um dos mais valiosos bens jurídicos do indivíduo: a sua liberdade.

3.3.2 A expansão constitucional do direito penal

Ao mesmo passo em que o processo de elaboração constitucional de 1988 fixou limites ao poder repressivo, também inseriu normas que criam, direta e expressamente, a obrigação de o legislador infraconstitucional incriminar lesões a determinados bens jurídicos. Nas palavras de Silva Franco,⁴⁹ “saber os motivos que levaram o legislador constituinte a adotar esse procedimento importa em conhecer os fatos sociais, políticos, econômicos e as valorações político-criminais que cercaram à elaboração da própria Constituição”.

Com apoio nos partidos políticos de esquerda e nos movimentos sociais, a Carta Magna fixou as bases de um sistema criminalizador inédito no constitucionalismo brasileiro, estabelecendo uma verdadeira “Constituição penal dirigente”.⁵⁰

Assim, se a Constituição Federal recepcionou os anseios punitivos dos movimentos sociais quanto à tutela de direitos individuais e transindividuais – como a minimização de garantias em relação aos delitos de discriminação racial (art. 5.º, XLII); a tutela penal do consumidor (art. 5.º, XXXII); a responsabilidade penal dos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a ordem popular (art. 173, § 5.º); a tutela penal do meio ambiente (art. 225); e a punição de atos contra a criança e o adolescente (art. 227, § 4.º) –, não deixou, igualmente, de captar

⁴⁹ SILVA FRANCO, 2000, p. 73.

⁵⁰ CARVALHO, 2001a, p. 315.

os projetos de recrudescimento penal operado pelos movimentos de lei e ordem – como o projeto de elaboração da Lei dos Crimes Hediondos (art. 5.º, XLIII) e a constrição de direitos nos casos de tráfico de entorpecentes (art. 5.º, XLIII e LI).⁵¹

O fato de o país ter acabado de sair de um regime ditatorial fez com que o Constituinte, da mesma forma, impedisse qualquer violação da nova ordem democrática. Nesse viés foi a determinação constitucional de que o legislador penal ordinário punisse qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5.º, XLI), a prática da tortura e do terrorismo (art. 5.º, XLIII) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5.º, XLIV).⁵²

Não causa estranheza o fato de a Constituição abrigar posições antagônicas. Ela está longe de ser uma ordenação fechada em si mesma e, por tal motivo, guardar uma harmonia perfeita. Como justifica Silva Franco,⁵³ “toda Constituição tem necessariamente áreas de tensão na medida em que tais áreas representam o pluralismo e o confronto de idéias subjacentes ao pacto fundador”.

Conclui Salo de Carvalho que:

“Tem-se, desta forma, na história recente do constitucionalismo nacional, a formação de um núcleo constitucional-penal dirigente que alia os mais diferenciados projetos políticos, o qual, sob o manto retórico da construção/solidificação do Estado Democrático de Direito (*plus* normativo do Estado Social de Direito), opta pela edificação de um Estado Penal. No entanto, tais perspectivas, fundamentalmente no que diz respeito aos ‘discursos de esquerda’, acabaram por distanciar a política criminal das tendências garantistas de intervenção mínima, resultado das sérias reflexões, nos anos sessenta e setenta, da crítica criminológica e da crítica dogmática (movimento do direito alternativo)”.⁵⁴

⁵¹ Idem, As reformas parciais no processo penal brasileiro, p. 316.

⁵² SILVA FRANCO, 2000, p. 73.

⁵³ Idem, 2000, p. 74.

⁵⁴ CARVALHO, Salo de. As reformas parciais no processo penal brasileiro, p. 316.

Possivelmente, e como já alhures referido, o exemplo mais clássico e latente desta tendência de recrudescimento das penas e maximização dos tipos (na seara penal), bem como de flexibilização de procedimentos e minimização de garantias (na seara processual penal) é a Lei 8.072/1990 ou Lei dos Crimes Hediondos.

Gestada a partir do depósito de “ovos de serpente” do Movimento da Lei e da Ordem no texto constitucional – que equiparou a categoria do crime hediondo a outras espécies criminosas (tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins), eliminou a garantia processual da fiança, vedou causas extintivas de punibilidade (anistia e graça), e atribuiu ao legislador ordinário a incumbência de formular tipos e penas de caráter hediondo –, a Lei 8.072/1990 nasceu sob o impacto dos meios de comunicação de massa, mobilizados em face de extorsões mediante seqüestro que tinham vitimizado figuras importantes da elite econômica e social do país.⁵⁵

Na mesma linha de raciocínio, complementa Pellegrini Grinover⁵⁶ que, no conflito entre a posição dos especialistas e a pressão popular (alimentada por uma imprensa alarmista e sensacionalista), o legislador brasileiro preferiu dar satisfação à sociedade civil, produzindo leis penais e processuais penais extremamente rigorosas e desarmônicas (eis que fruto de circunstâncias contingenciais), numa linha páleo-repressiva de políticas criminais duras, com base no mito da eficiência da repressão da lei penal por meio da criação de tipos penais novos, intensificação das penas e redução das garantias processuais.

Ademais, como enfatiza Hassan Choukr,⁵⁷ a cultura emergencial brasileira apresenta uma característica comum aos países em processo de (re)democratização: os valores supremos selecionados

⁵⁵ SILVA FRANCO, 2000, p. 90.

⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A legislação brasileira em face do crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 5, n. 20, out.-dez. 1997. p. 61.

⁵⁷ CHOUKR, 2001, p. 132.

pelo Estado mal chegam a ser formalizados em seus diplomas legais e já acabam por ser desmoralizados na prática jurídica e mesmo social, conferindo uma vivência apenas formal aos cânones culturais da normalidade.

A situação é ainda mais grave na medida em que assiste razão a Coutinho⁵⁸ na constatação de que o Brasil, marcado pela concepção pré-constitucional fascista do processo penal, formou uma geração de processualistas que, não se dando conta das raízes espúrias do ramo, não poucas vezes pregam uma democracia processual com um discurso fundamentalmente antidemocrático. Dessa forma não é fácil evoluir, avançar na direção da democracia processual e proceder ao necessário corte epistemológico. E as mudanças tendem a manter tudo como sempre esteve.

Nos termos do que aduz Lenio Streck,⁵⁹ a Constituição é o fundamento de validade do sistema jurídico. Em outras palavras, “a Constituição constitui”, e um texto jurídico somente será válido se estiver em conformidade com a Constituição, que deve ser entendida em seu conjunto de valores principiológicos. Porém, o exame da tradição jurídica brasileira permite que se observe um certo fascínio em torno do direito infraconstitucional, a ponto de se adaptar a Constituição às leis ordinárias (e não o contrário). Insiste-se em olhar o novo com os olhos do velho, de forma que a Constituição ainda não atingiu o seu devido lugar no campo jurídico brasileiro.

⁵⁸ COUTINHO, Jacinto. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 140-141.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. A aplicação dos princípios constitucionais: a função corretiva da hermenêutica – o “crime de porte de arma” à luz do controle da constitucionalidade. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 220.

3.3.3 A Lei do Crime Organizado

3.3.3.1 *Fundamentos da lei*

A justificativa do Projeto de Lei 3.516/1989 – que, com algumas modificações, originou a Lei 9.034/1995 – de autoria do então Deputado Michel Temer, foi a de que:

“os órgãos encarregados do combate ao crime organizado que, de acordo com o art. 144 da Constituição Federal, são a Polícia Federal e as Polícias Cíveis dos Estados-membros, têm empreendido esforços no sentido de debelar a saga criminosa dos grupos delinquentes que atuam no tráfico ilícito de drogas, exploração de lenocínio, tráfico de crianças, furto de veículos, contrabando e descaminho, terrorismo e os chamados crimes de colarinho branco, exemplos de organizações criminosas, sem a obtenção de significativo êxito da ação combativa. Pelas projeções assumidas e os imensuráveis danos causados à sociedade internacional e à ordem econômica financeira e instituições públicas e privadas, necessária se faz a utilização diferenciada dos meios de prevenção e repressão das atividades desses grupos que se assemelham, sem exageros, a ‘empresas multimilionárias’ a serviço do crime e da corrupção generalizada. É óbvio que o remédio combativo há de ser diverso daquele empregado na prevenção e repressão às ações individuais, isoladas, tal qual se verifica quando de um atropelamento ou furto de um botijão de gás, ainda que dolosos. O projeto de lei que ora se defende, e que tem por objeto jurídico a proteção da sociedade organizada, visa a proporcionar meios operacionais mais eficientes às instituições envolvidas no combate ao crime organizado – (Polícia, Ministério Público e Justiça) –, dotando-as de permissivos legais controlados, como ocorre nos mais civilizados e democráticos países do mundo, onde os resultados obtidos no combate à ação delituosa são bem melhores que no Brasil”.

Pellegrini Grinover⁶⁰ corrobora a gravidade da situação do crime organizado no Brasil – principalmente quanto ao narcotráfico, indústria dos seqüestros, exploração de menores e aos denominados crimes de colarinho branco, com evidentes conexões internacionais e envolvimento da lavagem de dinheiro – ainda mais pelo fato de a polícia estar “completamente desarmada em face do poderio das organizações criminosas e de o Ministério Público não dispor de meios operacionais suficientes para fazer face ao fenômeno. Problemas de corrupção tornam o quadro ainda mais dramático”.

Como início de provocação ao debate, cumpre ser gizada a referência de Cervini⁶¹ acerca da lei: um texto de “flagrante inconstitucionalidad, discutible utilidad práctica, impertinencia procesal y ética de estos instrumentos”.

Definindo e regulando os meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de “ações de quadrilha ou bando” (art. 1.º), a Lei 9.034⁶² acabou por autorizar providências de intensa restrição de direitos fundamentais (algu-mas inconstitucionais) que, em tese, poderiam ser aplicadas a

⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. A legislação brasileira em face do crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 5, n. 20, out.-dez. 1997. p. 61. Todavia, a fim de que se advirta acerca de ilações sem suporte empírico, nunca é demais gizar que os estudos sobre a existência e real dimensão das organizações criminosas no Brasil ainda são muito incipientes e carentes de dados.

⁶¹ GOMES; CERVINI, 1997, p. 327.

⁶² Cumpre ser ressaltado que, embora a Lei 9.034 seja a que disponha de forma mais expressa acerca da utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, outros diplomas legais (tanto de origem nacional quanto internacional) também regem, mesmo que indiretamente, o crime organizado, tais como a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes (1988), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), a Lei dos Crimes Hediondos (1990), a alteração da Lei sobre Crimes contra o Sistema Financeiro (1995), Lei que disciplina as Interceptações Telefônicas (1996), Lei sobre Tortura (1997), Lei de Lavagem de Dinheiro (1998) e Lei de Proteção a Testemunhas (1999).

autores de infrações penais que, embora cometidas por quadrilha ou bando, trouxessem em seu bojo escassa gravidade,⁶³ fato que violaria sobremaneira o princípio da proporcionalidade e seus decorrentes atributos da adequação, necessidade e proporcionalidade entre meios e fins (em seu sentido estrito).⁶⁴

3.3.3.2 Conteúdo normativo e principais institutos

Tecendo considerações específicas acerca do teor da lei, Salo de Carvalho⁶⁵ aduz que, como era de se esperar, trata-se de uma legislação totalmente falha em matéria conceitual e extremamente retrógrada em seu aspecto processual:

“Processualmente, a lei cria uma série de contra-sensos. Além de criar a figura do juiz inquisidor (art. 3), quebrando a metodologia do processo acusatório e remetendo o processo penal brasileiro ao período da Alta Idade Média pré-secularização, instaura a modalidade da ação controlada (art. 2, II), isto é, o retardamento do flagrante com finalidade de que ocorra em momento mais propício.

Não obstante determina a identificação criminal compulsória (art. 5), a delação premiada baseada na traição (art. 6), a proibição de liberdade provisória com ou sem fiança (art. 7), a proibição de apelar em liberdade (art. 9) e o estabelecimento do regime inicial fechado (art. 10), o que logicamente possibilitaria a progressão do cumprimento da pena.

Além das flagrantes inconstitucionalidades dos arts. 3 (lesando o princípio do devido processo legal), 7 e 9 (ambos

⁶³ PRADO, 2002, p. 130.

⁶⁴ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 261-275.

⁶⁵ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização*. 2. ed. Niterói: Luam, 1997. p. 121.

os artigos ferindo o princípio da presunção de inocência), a nova lei cria contrariedade com os textos das Leis 6.368/1976 e 8.072/1990".⁶⁶

Afirma Silva Franco, "sem medo de errar", que:

"a Lei do Crime Organizado foi o diploma que os senhores do crime rogaram a Deus que fosse produzido: um esforço puramente político ou meramente simbólico, com o qual se pretende controlar a criminalidade dos poderosos, o que, no fundo, não se deseja. Tanto isso é exato que o número de processos iniciados, com base na Lei 9.034/1995, é absolutamente ridículo em relação aos fatos altamente lesivos provocados pela economia de mercado, atingindo apenas alguns bodes expiatórios. Se fosse permitida uma imagem menos formal, a Lei 9.034/1995 não passa, na realidade, de estouros de 'biribas' para infundir medo em uma manada de elefantes".⁶⁷

Em abril de 2001, foi sancionada a Lei 10.217, que modificou os arts. 1.º e 2.º da Lei 9.034/1995, bem como conferiu previsão legal à interceptação ambiental e à infiltração policial.

Tecendo comentários acerca da nova lei, Flávio Gomes⁶⁸ explana que o legislador, "sem ter a mínima idéia dos (geralmente nefastos) efeitos colaterais de toda sua (intensa e confusa) produção legislativa, talvez jamais tenha imaginado que, com o novo texto legal (...) estaria eliminando a eficácia de inúmeros dispositivos legais contidos na Lei 9.034/1995".

⁶⁶ Ibidem, p. 123.

⁶⁷ SILVA FRANCO, Alberto; NINNO, Jefferson; SILVA JÚNIOR, José et al. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. v. I. p. 578.

⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado: o que se entende por isso depois da Lei 10.217, de 11.04.2001? Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 795, jan. 2002. p. 486.

Mais precisamente, na opinião do penalista, perderam eficácia todos os dispositivos legais que têm como base comum a “organização criminosa” (flagrante prorrogado – art. 2.º, II; organização da polícia judiciária – art. 4.º; identificação criminal – art. 5.º; delação premiada – art. 6.º; proibição de liberdade provisória – art. 7.º; e progressão de regime – art. 10), eis que não se sabe (e tampouco agora se descobriu) qual é, afinal, a definição dessa forma de organização.⁶⁹

De fato, o art. 1.º da Lei 10.217/2001 estabelece que a lei “define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”.

Como já trabalhado no capítulo em que se discutiu a(s) possibilidade(s) (ou não) de definição do crime organizado, continua-se sem saber o que “o legislador” entende por organização criminosa (relembre-se que o conceito de quadrilha ou bando já está delimitado no art. 288 do CP e o de associação criminosa, por exemplo, nos arts. 14 e 18, III, da Lei de Tóxicos e no art. 2.º da Lei do Genocídio).

Atentando para a necessária (fundamental) observância do princípio da legalidade, conclui Flávio Gomes que:

“Dir-se-ia que ficou por conta do intérprete e do juiz a tarefa de descobrir o real âmbito de incidência da lei. Ocorre que definições como as que estão em destaque (crime organizado, organização criminosa) constituem tarefa exclusiva do legislador, por força do princípio da legalidade (ou da reserva legal). E nada mais inseguro que deixar sob a responsabilidade de cada juiz a incumbência de dar a moldura do tipo penal. O princípio da anterioridade da lei criminal (não há crime sem lei anterior que o defina) obriga que a lei (clara e inequívoca) delimite o âmbito do proibido previamente (leia-se: antes do cometimento do fato). Sem

⁶⁹ Ibidem, p. 488-489.

lei prévia é impossível a incidência de qualquer medida restritiva dos direitos e liberdades fundamentais”.⁷⁰

Embora cediço, nunca é demais lembrar que o tipo penal possui uma função de garantia, de modo a permitir que os indivíduos em geral conheçam com antecedência os comportamentos penalmente proibidos, para que possam evitá-los.

Não obstante a razão de Lenio Streck⁷¹ em afirmar que as palavras da lei não são unívocas, mas plurívocas (em outras palavras, o significado da lei não é autônomo, mas heterônomo: ele vem de fora e é atribuído pelo intérprete), a questão merece ser tratada com maior rigor quando na esfera do direito penal, seja pelo império do princípio da legalidade, seja pela natureza dos interesses da lide.

Assim, devem-se evitar ao máximo tipos penais que contenham palavras de sentido variado, duvidoso, impreciso ou contraditório. No caso da organização criminosa, entretanto, sequer pôde ser dada a chance de interpretação ao hermeneuta, eis que o tipo penal sequer foi “criado” pelo legislador, a quem compete, com exclusividade, essa produção normativa (ao teor do art. 5.º, XXXIX, da CF).

A inclusão do inc. IV no art. 2.º da Lei 9.034/1995 estabeleceu a possibilidade da “captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial”.

Captação é o emprego de meios ardilosos ou capciosos para a apreensão de determinados sinais. Interceptação, por sua vez, diz respeito ao ato de imiscuir-se no curso de um sinal. Ambas as formas de investigação devem ser devidamente registradas e analisadas.⁷²

O problema é que o emprego de aparelhos de captação e interceptação pode trazer sérios prejuízos à intimidade e à vida

⁷⁰ GOMES, 2002, p. 488.

⁷¹ STRECK, 2001b, p. 90.

⁷² SILVA FRANCO; NINNO; SILVA JÚNIOR, 2001, p. 582.

privada de pessoas que não são suspeitas e de forma alguma participaram do empreendimento criminoso. Daí a necessidade de existir um eficiente mecanismo de controle capaz de vincular a aprovação do uso dessas tecnologias à presença de indícios veementes, procurando-se, ao mesmo tempo, evitar que sejam envolvidas pessoas que casualmente se encontrem no ambiente no qual a captação ou a interceptação teve lugar.⁷³

A infiltração, por sua vez – que já havia sido objeto de veto presidencial quando da promulgação da Lei 9.034 –, agora também passa a ter amparo, com a marcante diferença de que, na redação da Lei 10.217, exige-se a autorização judicial para o processamento da infiltração, o que antes era dispensável. Aliás, foi este um dos fundamentos do veto.

Para a realização efetiva dessa investigação, o agente infiltrado – cujo perfil é montado a partir de um “agente de polícia ou de inteligência” que, falseando a sua identidade, penetra no âmago da organização criminosa para obter informações e, desta forma, desmantelá-la – se vê, não raro, na contingência de praticar fatos também criminosos e quase sempre atividades de duvidosa eticidade. É de indagar-se, então, como o faz Silva Franco,⁷⁴ se em nome da “eficiência” do sistema punitivo, guarda legitimidade o juízo criminal que se apóia na atuação de agente infiltrado, ou melhor, se em nome dessa mesma eficiência, deva reconhecer-se como racional e justo que o próprio Estado se iguale ao criminoso.

Suplantadas as questões de ordem ética desse procedimento investigativo, diante de um aspecto prático, parece evidente que o alvo são as quadrilhas formadas por sujeitos recrutados nas periferias, distinguindo-se os modelos de criminalidade conforme o grupo social a que pertencem os agentes do delito. Não sendo assim, de onde virão (e como agirão) os agentes policiais a serem infiltrados, por exemplo, nos órgãos dirigentes dos grandes grupos econômicos multinacionais suspeitos da prática de crime? É a constatação do “caráter discriminatório” da infiltração.⁷⁵

⁷³ Idem, 2001, p. 582.

⁷⁴ Idem, 2001, p. 583.

⁷⁵ PRADO, 2002, p. 135.

Confirma-se, assim, a advertência de Salo de Carvalho⁷⁶ – realizada antes mesmo do surgimento da Lei 10.217 – de que não se deve ser ingênuo a ponto de afirmar que o público-alvo desta lei são os grandes delinquentes: os grandes delitos, a partir da experiência empírica e do saber funcional, estão organicamente embutidos nas chamadas “cifras ocultas da criminalidade”.

Como já afirmou Lenio Streck,⁷⁷ está na hora de o legislador – que historicamente tem feito leis para proteger os interesses das camadas que dominam as relações sociais – “retirar a máscara”. Quando a violência começa a colocar em xeque mais diretamente a segurança das elites, passa-se a editar leis mediante a técnica de “políticas administrativas *ad hoc*”, fruto do já referido Movimento da Lei e da Ordem. E não é preciso lembrar que tais leis sempre foram dirigidas contra as camadas excluídas da sociedade.

Ademais – e por fim –, a infiltração abre a possibilidade de ser transformada em verdadeira “autorização em branco”, conferida pelo juiz, fazendo com que o agente infiltrado tenha acesso aos mais variados domicílios, suspeitos ou não de abrigar provas de infrações penais, sem que exista o exame prévio da estrita necessidade, adequação e proporcionalidade de cada nova investida.⁷⁸

Em realidade, é conhecida a precariedade do funcionamento de muitas das instituições, bem como que a crise do direito é decorrência da crise estrutural da sociedade e do próprio Estado. Diante desta constatação, tanto a Lei 9.034 quanto a Lei 10.217 não devem ser vistas como um alívio para o pânico que é gerado pelo crime organizado.

Não obstante os mais de sete anos de vigência da Lei 9.034,

“e rasgada a Constituição para o combate à criminalidade organizada, o que a mídia mostra é a continuidade do discurso do pânico, uma vez que o crime organizado não

⁷⁶ CARVALHO, 1997, p. 120.

⁷⁷ STRECK, 2000, p. 131.

⁷⁸ PRADO, 2002, p. 136.

acabou (por óbvio) e nem mesmo diminuiu (ao contrário, recrudescceu, segundo certa parcela da imprensa) mesmo com todo o arsenal anticonstitucional colocado à disposição para seu combate. Assim, mais medidas são exigidas ante a fragilidade das anteriormente tomadas, e a retórica da intransigência aparece ainda aqui sob o manto do 'algo precisa ser feito'. No entanto, raras vezes é exercitada a reflexão sobre o caminho correto, buscando responder à pergunta de ser a deturpação dos postulados do estado de direito legitimamente sacrificáveis em nome dessa luta".⁷⁹

⁷⁹ CHOUKR, 2001, p. 179.

OS RUMOS VIÁVEIS DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO EM RELAÇÃO AO CRIME ORGANIZADO

SUMÁRIO: 4.1 Considerações introdutórias – 4.2 O direito de intervenção de Winfried Hassemer – 4.3 O direito penal de duas velocidades de Silva Sánchez – 4.4 O garantismo de Luigi Ferrajoli – 4.5 A manutenção das garantias básicas do indivíduo como pressuposto de qualquer (novo) modelo (que venha a ser) adotado: 4.5.1 A impossibilidade de uma “solução policial” para o crime organizado; 4.5.2 O papel fundamental do Estado nacional; 4.5.3 A exigência de uma harmonização e uniformização legislativa; 4.5.4 Os pontos de consenso.

4.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Toda a matéria trabalhada até o presente momento permite que seja extraída a constatação – sem que se corra o risco do exagero – de que a dogmática penal atravessa uma situação de crise.

Especialmente nas últimas duas décadas, em decorrência dos “novos riscos” e da expansão das consequências geradas pelo crime organizado, o direito penal acabou sendo invadido por uma série de novos bens jurídicos, cada vez mais imprecisos e indefinidos.

Assim, como refere Silva Franco,¹ o princípio da legalidade passou a ter contínuos agravos, os preceitos penais passaram a empregar cláusulas gerais e imprecisas para a descrição da conduta proibida ou ordenada, as garantias formais e materiais do direito penal foram atingidas, o intervencionismo penal foi cada vez mais intenso e abrangente: criaram-se novos delitos, em especial na área socioeconômica e ambiental (quase sempre de perigo abstrato); ampliou-se o conteúdo dos tipos já existentes; alargou-se, sem nenhum critério idôneo e com total desrespeito ao princípio da proporcionalidade, as margens punitivas; dissolveram-se diferenças conceituais já consagradas entre autoria e participação e mesmo entre atos de execução e atos preparatórios. Como se tudo isto já não bastasse, a função instrumental do direito penal cedeu passo a uma função puramente simbólica.

A tensão entre as duas demandas, freqüentemente contrapostas, de utilizar o direito penal para evitar o maior número de comportamentos graves e, por outro lado, atribuir-lhe um caráter de intervenção subsidiária, em face das atuais tendências legislativas e político-criminais, não apenas deixa de encontrar um ponto de equilíbrio como também se intensifica drasticamente.²

A situação se torna ainda mais problemática pela constante e crescente destinação de todas as exigências de segurança – por parte da opinião pública, dos meios de comunicação e das próprias autoridades – ao direito penal (e processual penal), que se vê forçado, assim, a um contínuo processo de expansão direcionado a um ilusório controle dos novos perigos, da criminalidade contemporânea e organizada.

É essa mesma falta de um “ponto de equilíbrio”, como anteriormente referido, que abre novas e diversas perspectivas para a interpretação do presente, a releitura do passado e a imaginação do futuro do direito penal em relação às novas demandas que lhe são imputadas.

¹ SILVA FRANCO, Alberto. Prefácio. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: Parte geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 8-10.

² BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001. p. 21.

Assim, Figueiredo Dias³ questiona se a “superação” da razão técnico-instrumental associada à emergência da “sociedade de risco” implicarão no abandono do paradigma penal atual e a sua substituição (superação) por outro (e qual).

Com uma postura conservadora, há os que defendem a necessidade de continuar a reservar para o direito penal o seu âmbito clássico de tutela e os seus critérios experimentados de aplicação:

“Não que sejam surdos ao ruído trazido pela emergência dos mega-riscos a que conduziu – e conduzirá potencialmente no futuro – o modelo de desenvolvimento prosseguido pela sociedade industrial avançada. O que afirmam é que não pode – nem deve – pedir-se ao direito penal que se arvore em instrumento de tutela perante aqueles riscos, sob pena de nada se ganhar em mais efectiva protecção pessoal e social e de muito (ou tudo...) se perder na prossecução de uma defesa efectiva e consistente dos direitos, liberdades e garantias das pessoas que constitui o património ideológico inalienável do Iluminismo penal”.⁴

Essa tutela, para os que aderem ao posicionamento tradicional, deveria ser realizada por outros ramos do direito, especialmente o direito administrativo, bem como outros meios de controle social.

No extremo oposto se colocam aqueles que defendem a necessidade do desenvolvimento de um direito penal funcionalista, manifestado especialmente na alteração do modo de produção legislativa em matéria penal (retirando competência do Legislativo e a atribuindo ao Executivo); pela antecipação da tutela penal para momentos anteriores a eventual lesão de um interesse socialmente significativo (até o ponto em que se perde toda a ligação entre a conduta individual e o bem jurídico que em definitivo se intenta

³ DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 9, n. 33, jan.-mar. 2001. p. 48.

⁴ DIAS, 2001, p. 48.

proteger); nas alterações dogmáticas básicas (no sentido do “enfraquecimento” ou “atenuação” de princípios como os da individualização da responsabilidade, imputação objetiva, culpa, autoria etc.); e a conseqüente extensão do âmbito da tutela penal, em assumida contradição com o princípio político-crimal da intervenção mínima.

Para Vidaurri,⁵ o que se percebe é o (re)surgimento do fantasma da “segurança nacional global” para a defesa do novo sistema de produção, baseado na economia neoliberal, com a decorrente propagação de correntes que colocam em prática a negação das liberdades e garantias modernas.

Entre a expansão irrestrita da intervenção penal (de um direito penal máximo antigarantista) e a preservação do núcleo do direito penal, amparado na função exclusiva de proteger subsidiariamente os bens jurídicos fundamentais e de defender direitos, liberdades e garantias dos indivíduos, como propõem, dentre outros autores, Winfried Hassemer e Luigi Ferrajoli, existe uma posição intermediária defendida por Silva Sánchez, tida como de “expansão moderada”, e chamada de “direito penal de duas velocidades”.

4.2 O DIREITO DE INTERVENÇÃO DE WINFRIED HASSEMER

Em sua base teórica, Hassemer⁶ aduz que o direito penal por ele chamado de “moderno” é acompanhado por outras três características principais: a proteção dos bens jurídicos, a prevenção e a orientação pelas conseqüências.

A proteção dos bens jurídicos deixa de ser um critério negativo, limitador da punição, e se torna um critério positivo de crimina-

⁵ VIDAURRI, Alicia González. Globalización, post-modernidad y política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 9, n. 36, out.-dez. 2001. p. 30-31.

⁶ Cf. HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 8, 2003, p. 56.

lização. A prevenção, que no direito penal clássico era (no máximo) um fim paralelo da justiça penal, torna-se o paradigma penal dominante, modificando gradativamente os princípios da uniformidade e da igualdade de tratamento. A orientação pelas consequências, por sua vez, passa de um dado complementar para um fim preponderante, deslocando a igualdade e a retribuição do injusto para a margem da política criminal.

Em resumo, a “dialética da modernidade” faz com que o direito penal acabe se desenvolvendo como um “instrumento na solução de conflitos sociais” que, diante da percepção pública, não se distingue mais – seja pela utilidade, seja pela gravidade – dos outros instrumentos de solução dos conflitos. As expectativas de solução de todos os problemas pelo direito penal (que se torna uma “nova esperança”) aumentam substancialmente. Apesar de seus instrumentos rigorosos, ele se torna um *soft law*, um meio de manobra social.⁷

Dentre as inovações deste mesmo “moderno” direito penal, Hassemer⁸ destaca: a) a setorialização das reformas penais (baseadas na ampliação ou criação de novos tipos penais) nos âmbitos do meio ambiente, economia, processamento de dados, drogas, tributos e comércio: em geral, à criminalidade organizada; b) instrumentalização da sua atuação mediante a utilização de bens jurídicos universais (visando a proteção não mais dos indivíduos, mas das instituições e da política interna, de forma vaga e mesmo trivial) e crimes de perigo abstrato (que facilitam a punição e reduzem as possibilidades de defesa: não sendo necessário o dano – e, conseqüentemente, despidendo a averiguação do nexo de causalidade –, basta a prova da conduta incriminada, reduzindo sobremaneira o âmbito de apreciação do juiz quanto à gravidade da conduta e aos pressupostos de punição); c) alteração da sua função, diante da qual deixa de buscar a resposta apropriada a um injusto passado e passa a almejar a prevenção de injustos futuros; d) surgimento de novos problemas, consubstanciados no perigo de que o “moderno” direito penal possa realizar a sua execução real de modo deficiente (os

⁷ HASSEMER, 2003, p. 57.

⁸ HASSEMER, 2002.

déficits de execução,⁹ que significam não somente que a lei não funciona como deveria, mas também que a sua aplicação leva a consequências injustas e desiguais) e a expectativa de que se recolha em funções simbólicas (o que pode ser um paliativo a curto prazo, mas se torna destrutivo com o passar do tempo); e e) os custos do direito penal passam a incidir sobre as tradições liberais, especialmente diante da já referida redução dos pressupostos de punição, das possibilidades de defesa e da orientação do juiz pelo legislador (ampliando a margem de decisão do magistrado – que passa a ter seu controle reduzido – e tornando menos acessível a sua revisão com amparo em critérios dogmáticos).

Assim, o crime organizado concentra cada vez mais a atenção pública, que se ampara no já desgastado (mas constantemente revitalizado) discurso da “necessidade de providências”. Espera-se que a intervenção do direito penal seja imediata e não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais (direito penal *prima ratio* ou *sola ratio*).

O aumento dos índices de atuação da criminalidade organizada e a porcentagem cada vez menor de elucidação dos delitos dela decorrentes (e que chegam ao conhecimento e investigação das autoridades competentes) parecem tornar mais teimosa e inaudível a defesa dos direitos e liberdades individuais, das garantias materiais e formais do direito e do processo penal.

A população e boa parte dos formadores de opinião (especialmente presentes no poder mediático) exigem do direito penal essa resposta prática e instantânea. E não existe a menor preocupação (até mesmo por parte de muitos juristas) quanto à delimitação dos elementos que darão a sua sustentação “teórica” desta desejada “prática”.

⁹ Os déficits de execução podem ser interpretados como o resultado de uma aplicação deficiente dos instrumentos jurídico-penais, o que exigiria a acentuação e mesmo radicalização dos seus empregos (*more of the same*); ou então como a consequência de um problema estrutural, que não pode ser solucionado por meio do aumento da atuação dos mecanismos jurídico-penais, mas antes agravado ainda mais. A segunda interpretação é a que manifesta a posição defendida neste trabalho.

Não importa que o Estado investigador e repressor sequer se mostre capaz de controlar os ilícitos penais característicos da criminalidade de massa. A paixão do discurso obscurece completamente a razão tanto de quem o profere quanto dos que o escutam.

Ademais, como visto, já não se trata mais de proteção de “ultrapassados” bens jurídicos individuais – como a vida e a liberdade –, mas dos contemporâneos bens jurídicos supraindividuais, por mais vaga que seja a sua definição.

Para Hassemer,¹⁰ impressiona o arsenal dos métodos de investigação com os quais a *praxis* do direito penal pretende enfrentar essa nova criminalidade (como investigadores camuflados e agentes de ligação, sondagens e observações prolongadas, operações arrastão em bancos de dados e buscas por meios eletrônicos, emprego clandestino de aparelhos visuais e auditivos até mesmo no recesso do lar, tecnologia, processamento de dados ostensivo e “preventivo”, dentre outros). Cada vez mais pessoas não envolvidas na criminalidade caem nas “redes de investigação”: os limites que a noção de suspeito ou indiciado de um crime estabelecem para a restrição de direitos no interesse da investigação são constantemente ultrapassados ou simplesmente desaparecem. Em face do crescente medo da criminalidade e das agressivas exigências de prevenção, tais métodos distinguem cada vez menos medidas coercitivas policiais e processuais penais, fazendo com que estas últimas passem a ser cada vez menos jurisdicionalizadas e mais administrativizadas.

A saída mais adequada, para o autor, passa por uma política de segurança pública pragmática, diferenciada e voltada para o futuro. Pragmática porque deve considerar não apenas os êxitos e fracassos, mas também os efeitos colaterais não desejados, mas causados a fim de poder optar não somente por arrochos, mas também por recuos, correções e amenizações. Diferenciada, porque deve distinguir a criminalidade organizada da criminalidade de massas. Voltada para o futuro porque as medidas de curto prazo

¹⁰ HASSEMER, Winfried. *Três temas de Direito Penal*. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 50-51.

somente podem ser avaliadas e discutidas após um certo tempo de utilização.¹¹

Porém, mesmo que de acordo com o princípio da *ultima ratio* da intervenção penal se torne mister a tentativa inicial de socorro a meios não penais, e mesmo não jurídicos para o controle dos riscos que pairam sobre a humanidade, há de se convir que em determinados casos (os mais graves), não existe como se evitar o recurso à utilização de sanções criminais.

Na tentativa de restringir o âmbito da atuação penal e, mesmo assim, tutelar a ampla gama dos bens jurídicos que surgem de forma crescente, um dos caminhos que se apresenta razoável é o da transferência de determinada parcela da função de tutela jurídico-penal para o âmbito do direito penal administrativo, liberando o direito penal apenas para as condutas de maior gravidade.

Deve ficar fora de dúvida que o direito penal necessita manter seus laços com as mudanças sociais, desenvolvendo-se em contato com a sua realidade. A “questão decisiva” será saber o quanto da sua tradição ele deverá abrir mão para manter esse “contato”. E essa resposta será obtida politicamente, sem influência significativa das ciências penais. Ainda assim, as ciências penais têm a chance (e a tarefa) de produzir ou desenvolver bases mínimas a serem observadas, a fim de tornar legítima a decisão política.¹²

Se fosse possível resumir em uma só frase toda a exposição de Hassemer,¹³ dir-se-ia que a atual política criminal é totalmente diferente do que era há vinte anos. A incapacidade do direito penal em solucionar os problemas contemporâneos da criminalidade exige a reflexão acerca de algo que seja melhor, mais eficaz, capaz de solucionar. Para o autor, esse “algo” é chamado de “direito de intervenção”.

Assim, o direito de intervenção consistiria em um novo campo do direito que não aplicaria as pesadas sanções do direito penal, mas, ao mesmo tempo, poderia ter garantias menores.

¹¹ HASSEMER, 1993, p. 73-75.

¹² Ibidem, p. 58.

¹³ Ibidem, p. 84.

Além do mais, esse novo campo do direito (que restaria localizado entre o direito penal, administrativo, civil e fiscal) seria orientado pelo perigo, e não pelo dano, eis que a criminalidade atual normalmente nem chega a produzir um dano ou, quando produz, já é tarde demais, razão pela qual deve ser evitado ao máximo.

A concepção de Hassemer, assim, transfere para uma esfera basicamente administrativa todas aquelas hipóteses a que o direito penal clássico não parece apto a responder. A facilitação da punição mediante a restrição de garantias formais e substanciais seria “compensada” pela imposição de penas mais brandas.

Como entende Figueiredo Dias,¹⁴ o direito penal sempre se orientou pela repressão, pelo que já é passado (e, por bons motivos, teima-se em continuar assim). Mas o que hoje se necessita é da prevenção, porque a repressão vem tarde demais. A ação, assim, se torna importante desde o início, desde o nascedouro. Por isso se fala em “direito de intervenção”.

Todavia, o mesmo autor critica a teorização de Hassemer, com amparo no argumento de que o direito de intervenção não parece reconhecer a indispensabilidade da superação de dogmas e da razão técnico-instrumental. Assim, não valeria a pena – e sequer seria socialmente aceitável – o cultivo de um direito penal que, seja em nome de que princípio for, se desinteressasse da sorte das gerações futuras e nada tivesse para lhes oferecer perante o risco existencial que sobre elas pesa.¹⁵

4.3 O DIREITO PENAL DE DUAS VELOCIDADES DE SILVA SÁNCHEZ

A hipótese com que trabalha Silva Sánchez¹⁶ é a de que o direito penal da globalização e da integração supranacional

¹⁴ HASSEMER, 1993, p. 96.

¹⁵ DIAS, 2001, p. 49.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 6, n. 24, out.-dez. 1998. p. 66-67.

será crescentemente unificado, porém menos garantista, com flexibilização das regras de imputação e relativização das garantias político-criminais substantivas e processuais. Essa suposição se baseia em algumas constatações básicas. Em primeiro lugar, o já conhecido aspecto de que a globalização dirige ao direito penal demandas fundamentalmente práticas, a fim de permitir uma abordagem mais "eficaz" da criminalidade. Em segundo, a delinquência da globalização é econômica, em sentido amplo (visa o lucro), embora coloque em perigo outros bens jurídicos. Por terceiro, a exigência de dar respostas à delinquência da globalização se concebe, via de regra, em termos punitivistas, bem como de rearme jurídico-penal diante de modelos de delinquência que criam uma forte sensação de insegurança não só aos cidadãos, mas também (e especialmente) aos Estados.

Ao desenvolver o problema relativo ao descrédito de outras instâncias de proteção, o autor expõe que as opções que são colocadas à disposição da sociedade são "inexistentes, insuficientes, ou desprestigiadas". Em primeiro lugar, a sociedade não parece funcionar como uma instância autônoma de moralização (formadora de uma ética social) que redunde na proteção dos bens jurídicos. Em segundo, é mais do que discutível que a evolução de outros ramos do direito, como o civil ou administrativo, esteja em condições de desempenhar esse papel de prevenção. Por terceiro, a burocratização e, sobretudo, a corrupção vêm desencadeando um crescente descrédito dos instrumentos de proteção administrativa.¹⁷

O resultado é desalentador. Por um lado, porque a visão do direito penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*.¹⁸ Tal expansão confere ao direito penal cargas que ele não é capaz de suportar. O próprio debate acerca da atribuição ao direito penal da respon-

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999. p. 44-45.

¹⁸ *Ibidem*, p. 45.

sabilidade de proteger os interesses fundamentais das gerações futuras (o que é defendido por outros autores, como já visto em relação a Figueiredo Dias, no item anterior) é um exemplo suficientemente ilustrativo.

Conclui Silva Sánchez que o conflito entre um direito penal “amplo e flexível” e um direito penal “mínimo e rígido” deve alcançar um “ponto médio”. A função racionalizadora do Estado sobre a demanda social de punição pode dar lugar a um produto que resulte, por um lado, “funcional” e, por outro, suficientemente “garantista”. Assim, se trataria de resguardar o modelo clássico de imputação e princípios para aqueles delitos aos quais fosse atribuída pena privativa de liberdade. Nos demais casos, restaria admitida uma “flexibilização controlada” das regras de imputação e dos princípios político-criminais.¹⁹

Este sistema seria dotado de um “cerne”, ao qual restariam mantidos os princípios do direito penal clássico, e de uma “periferia”, especialmente dirigida à proteção contra os grandes e novos riscos, e onde aqueles princípios se encontrariam limitados ou transformados, dando lugar a outros com menor intensidade de garantias (princípios estes ainda pertencentes ao direito penal, embora substancialmente aparentados com os princípios do direito sancionatório de caráter administrativo). Para esta (dupla) via, todos os comportamentos ameaçados com pena privativa de liberdade deveriam ser imputados junto ao “cerne” do sistema, por razões de defesa dos direitos, liberdades e garantias.

O direito penal de duas velocidades, dessa forma, significa a renúncia à teoria do direito penal como teoria geral e uniforme. Embora essa medida possa aparentemente significar um retrocesso histórico, o modelo e os princípios clássicos de imputação restariam mantidos e reservados para o “núcleo” do direito penal, ou seja, àqueles delitos clássicos punidos com pena privativa de liberdade.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, 1999, p. 124-125.

Com efeito, consoante esse modelo, a diminuição das garantias e do rigor dogmático poderia ser justificada no direito penal contemporâneo se tivesse como decorrência a aproximação das penas às sanções administrativas, com a generalização das sanções pecuniárias e restritivas de direitos (ou da própria “reparação penal”, quando fosse possível) em detrimento das privativas de liberdade.

E a característica essencial deste setor “periférico” seguiria sendo a judicialização (e imparcialidade), bem como a manutenção do significado “penal” dos tipos e das sanções, sem que essas, contudo, tenham a repercussão pessoal da pena privativa de liberdade.²⁰

Em resumo, para Silva Sánchez:

“En la medida en que la sanción sea privativa de libertad, una pura consideración de proporcionalidad requeriría que la conducta así sancionada tuviera una significativa repercusión en términos de afectación o lesividad individual; a la vez, procedería – precisamente por lo dicho – mantener un claro sistema de imputación individual (personal). Ahora bien, en la medida en que la sanción no sea privativa de libertad, sino privativa de derechos o pecuniaria, parece que no habría que exigir tan estricta afectación personal; y la imputación tampoco tendría que ser tan abiertamente personal. La ausencia de penas “corporales” permitiría flexibilizar el modelo de imputación. Con todo, para dotar de sentido a este nivel sí sería importante que la sanción se impusiera por una instancia judicial penal, de modo que retuviera (en la medida de lo posible) los elementos de estigmatización social y de capacidad simbólico-comunicativa propios del Derecho penal”.²¹

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, 1999, p. 124.

²¹ Ibidem, 1999, p. 126-127.

Alcançar-se-ia, assim, um ponto-médio entre um direito penal amplo e flexível e um direito penal mínimo e rígido.

É possível perceber que a idéia do direito penal de duas velocidades tem muitos pontos de contato com a proposta de um direito de intervenção. A grande diferença é que a graduação das regras de imputação e dos princípios de garantias (sempre que a pena prevista ao delito não seja privativa de liberdade), para Silva Sánchez, se dá no próprio campo do direito penal.

A opção político-jurídica pelo direito penal traria vantagens relevantes em relação a outros ramos do direito, como o civil ou administrativo, especialmente quanto ao poder sancionatório e ao mecanismo público de persecução criminal (no que tange à comparação com o direito civil), assim como à maior imparcialidade política da função jurisdicional (em cotejo ao direito administrativo).

As grandes críticas que podem ser feitas ao posicionamento de Silva Sánchez são a de que o modelo poderia, em última análise, distinguir as penas de acordo com as classes sociais (o ladrão comum suportaria uma pena privativa de liberdade, enquanto os grandes delinquentes econômicos não), bem como a de que o sistema dualístico poderia resultar, com o passar do tempo, na criação de dois paradigmas diferentes e incompatíveis, que a curto prazo poderiam resultar em um acoplamento cada vez maior do “centro” pela “periferia”, reduzindo-se as garantias mesmo dos delitos apenados com a privação da liberdade.

De outra banda, a utilização do modelo da dupla velocidade implicaria na criação de conceitos e adaptação de outros já existentes. Ao mesmo passo, as dificuldades seriam imensas para estabelecer quais garantias restariam restringidas, quais regras de imputação jurídico-penal seriam alteradas e quais os conceitos necessitariam ser ajustados.

Por derradeiro, ao utilizar a concepção da “dupla velocidade”, Silva Sánchez incorre ainda em um equívoco: o direito penal é estático (o processo penal é que é dinâmico). Logo, não pode ser a ele acoplada qualquer idéia de “velocidade”, o que seria, inclusive, um contra-senso.

4.4 O GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI

Como lembra Ferrajoli,²² a situação do direito no *Ancien Régime* era muito mais complexa, irracional e desregulada do que a de hoje. Os clássicos do jusnaturalismo e do iluminismo – de Hobbes a Montesquieu e a Beccaria – enfrentaram um quadro de confusão de fontes, pluralismo e superposição de ordenamentos, inflação normativa e anomia jurídica dos poderes seguramente mais grave do que a verificada contemporaneamente. Ademais, já naquela época foram muitas as autorizadas personalidades que se opuseram à pretensão da razão jurídica em reordenar e reconstruir o próprio objeto em função dos valores da certeza e da garantia dos direitos: bastaria pensar na oposição de Savigny e da Escola Histórica aos projetos de codificação ou na incompreensão e desvalorização da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 por Jeremy Bentham.

A principal obra de Ferrajoli – *Direito e razão* –, como prefacia Bobbio, toma como inspiração a idéia ilustrada (de matriz iluminista) e liberal segundo a qual, diante da grande antítese entre liberdade e poder que domina toda a história humana, é boa, defensável e desejável a solução que amplia a esfera da liberdade e restringe a do poder, ou, com outras palavras, aquela para a qual o poder deve ser limitado a fim de permitir a cada um gozar da máxima liberdade compatível com a igual liberdade de todos os demais.

O principal legado do movimento penal ilustrado corresponde à imposição de vínculos externos de legitimidade à lei penal. Como critério externo ao direito, o princípio da secularização restringe e desqualifica qualquer tipo de criminalização de condutas refuladas apenas na seara moral, estabelecendo, político-criminalmente, um programa de intervenção mínima. Assim, está-se diante de questões de “como”, “quando” e “o quê” proibir, possibilitando a criação de mecanismos e pressupostos constitucionais para o

²² FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades de. *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 92-93.

ingresso ou retirada de determinadas condutas da esfera da ilicitude penal.²³

Como aduz Salo de Carvalho,²⁴ a teoria do garantismo penal se propõe, antes de mais nada, a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloque a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais, fazendo com que os direitos fundamentais atinjam o *status* de intangibilidade.

Dessa forma, o autor caracteriza o garantismo como uma tecnologia dirigida à satisfação de valores substanciais, “selecionando-os, explicitando-os e incorporando-os normativamente como condições de legitimação jurídica das proibições e das penas, objetivando a minimização do poder punitivo ilegítimo”.²⁵

Ferrajoli denomina “garantista”, “cognitivo” ou de “legalidade estrita” o modelo-limite (apenas tendencialmente e jamais perfeitamente capaz de ser satisfeito) consubstanciado em dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, expressados nas máximas latinas: 1) *Nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade ou da sucessividade da pena ao delito); 2) *Nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade no sentido lato ou estrito); 3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade ou da economia do direito penal); 4) *Nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade ou da ofensividade do evento); 5) *Nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade ou da exterioridade da ação); 6) *Nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal); 7) *Nulla culpa sine iudicio* (princípio da jurisdicionalidade); 8) *Nullum iudicium sine accusatione* (princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação); 9) *Nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova ou da verificação); 10) *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório, da defesa, ou da refutação).

²³ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001b. p. 89-91.

²⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 17.

²⁵ CARVALHO, 2001b, p. 95.

O conjunto formado pelos dez princípios define o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, elaborados, sobretudo, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII – que os concebera como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal “absoluto” – e posteriormente incorporados em constituições e codificações, transformando-se em princípios jurídicos do Estado de direito.²⁶

Existem três possibilidades de entendimento do termo garantismo: uma “processual ou instrumental” (como se expressam ou como funcionam as garantias); outra “final” (será garantista o sistema que maximize o grau de tutela dos direitos fundamentais); e ainda outra “gradual” (pois nunca serão realizadas todas as garantias e muito menos existirão sistemas perfeitos, mas apenas modelos mais ou menos garantistas). A satisfação das garantias individuais e sociais expressas nas constituições democráticas é que indicaria a maior ou menor adesão de determinado Estado a esse sistema normativo.²⁷

O direito penal mínimo, isto é, condicionado e limitado ao máximo pelo sistema garantista, corresponderia não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e certeza quanto aos pressupostos da responsabilidade penal.

Tratando-se, como visto, de um “tipo ideal”, o paradigma garantista nunca foi (e nunca será) realizado em sua plenitude. Para Salo de Carvalho,²⁸ o seu objetivo é demonstrar a constante tensão entre dois modelos diversos e assimétricos de percepção da realidade jurídica e política (garantista e inquisitorial), procurando otimizar ao máximo a estrutura tutelar dos direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, impõe limites à lei e ao próprio juízo, restringindo o poder punitivo e garantindo os indivíduos contra qualquer tipo de violência, pública ou privada.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoria del garantismo penal. 3. ed. Madrid: Trotta, 1998. p. 93.

²⁷ CARVALHO, 2001b, p. 119.

²⁸ *Ibidem*, p. 69.

Assim, o garantismo penal é um instrumento de salvaguarda de todas as pessoas, desviantes ou não, haja vista que, como um estereótipo de racionalidade, tem a finalidade de minimizar a violência social e garantir a paz. Esta tese se choca com os contemporâneos modelos repressivo-defensivistas, que entendem o direito penal sob uma ótica belicista na qual o desviante/delinquente passa a ser considerado inimigo, e como tal deve ser eliminado ou neutralizado.²⁹

Ferrajoli também elabora uma concepção diferenciada acerca da validade das normas. Para ele, o “sistema das normas sobre a produção das normas”, geralmente fixado pela Constituição, não é composto apenas por normas formais sobre a competência ou procedimento de criação das leis. Esse sistema inclui também normas substanciais (como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais) que de diversas formas limitam e vinculam o Poder Legislativo, vedando-lhe ou impondo-lhe determinados conteúdos.³⁰

Na concepção garantista, a existência de normas inválidas só pode ser explicada se forem distinguidas duas dimensões de regularidade ou legitimidade das normas: a sua “vigência” ou “existência”, que se refere à “forma” dos atos normativos, ou seja, à sua conformidade ou correspondência com as normas formais para sua formação; e a “validade” propriamente dita, ou “constitucionalidade”, no caso de leis, que se refere ao seu “significado ou conteúdo”, dependente da sua coerência com as normas substanciais que amparam a sua produção. Em suma, trata-se de dois conceitos assimétricos e independentes: a vigência, que se ocupa da forma, dos requisitos formais dos atos normativos; e a validade, que se refere à coerência/compatibilidade com as normas substanciais (constitucionais) que vinculam a sua produção.³¹

Ademais, a dissociação entre validade e vigência deve levar em consideração que o controle sobre a legitimidade constitucional das leis é posterior e eventual. Assim, uma norma inválida pode

²⁹ CARVALHO, 2001b, p. 99-100.

³⁰ FERRAJOLI, 1997, p. 94-96.

³¹ Ibidem, p. 96.

entrar em vigor e manter-se em vigência indefinidamente, enquanto não declarada como tal pela afronta à Constituição.

O “modelo paleopositivista” consideraria válida a norma que desrespeitasse o conteúdo material, mas fosse produzida segundo os critérios formais, até a declaração de invalidade pelo órgão competente. A teoria garantista, pelo contrário, classificaria tal norma apenas como formalmente válida (vigente), mas inválida substancialmente.

A assunção desse modelo, para Salo de Carvalho,

“levou os ordenamentos atuais a alcançarem níveis patológicos de rompimento com os direitos fundamentais. O mito e a submissão do jurista ao sistema de legalidade (formal) acabou por determinar sua incursão em absolutas ilegitimidades quanto ao seu objeto. Temerário com a ruptura na legalidade, o pensamento positivista tradicional acabou gerando um campo de ilegalidades no saber”.³²

Enquanto isso, no garantismo, o direito somente estará sujeito à lei quando ela for válida, ou seja, coerente com a Constituição (o que vai depender, necessariamente, de um juízo de interpretação e valoração do texto legal).

A regra de validade garantista entra em conflito com a mutação produzida pela emergência na fonte de legitimação do direito penal, que deixa de ser a legitimação jurídica das regras do Estado de direito e passa a ser a política e pragmática da razão de Estado e da “luta” contra o crime organizado. Questiona Ferrajoli³³ quando, e em que circunstâncias, o Estado de necessidade ou de emergência justificaria a ruptura das regras do Estado de direito, tratando, por muitas vezes, um cidadão como inimigo? A pergunta é de importância central para a doutrina garantista do direito penal. Isso porque a razão jurídica do Estado de direito não conhece amigos ou inimigos, mas apenas culpados e inocentes. Por outro lado, as regras não podem ser deixadas de lado apenas quando for

³² CARVALHO, 2001b, p. 108.

³³ FERRAJOLI, 1998, p. 834.

cômodo. Nesse caso, ao contrário do que pensava Maquiavel, o fim (que deve ser a verdade processual e não a “vitória” sobre o “inimigo”) não justifica os meios (que devem ser as garantias e formas a serem utilizadas não apenas nos momentos fáceis, mas também nos momentos difíceis).

Logo, uma reformulação garantista do direito penal contemporâneo pressupõe, antes de mais nada, o fim da emergência.

Sendo o direito penal um “remédio extremo”, devem ser deixados para a esfera do ilícito civil (quando os prejuízos forem reparáveis) ou do ilícito administrativo os delitos de mera desobediência, os fatos que lesionam bens não essenciais ou os que são, só em abstrato, presumidamente perigosos. No mesmo sentido, é totalmente descabida a utilização do direito penal para “reforçar” a obediência de obrigações civis ou administrativas, sem qualquer menção à idéia de bem jurídico ou lesividade da conduta.

Atentando para as perspectivas de reforma da legislação, entende Ferrajoli³⁴ ser necessária uma nova codificação dirigida a restaurar (com as garantias para os cidadãos), a legitimação formal e substancial da jurisdição. Quanto à forma, cumpre ser reabilitada a lei penal dos maciços processos de descodificação, da linguagem obscura e plurívoca, que a torna incapaz de oferecer a certeza ao cidadão ou de impor limites ao arbítrio judicial (quanto aos delitos), bem como da sua excessiva severidade (quanto às penas). Quanto aos conteúdos, impõe-se a recuperação de uma dimensão axiológica à altura dos valores da Constituição, mediante a seleção de todos (e apenas) os bens jurídicos merecedores da tutela penal.

Isso significa, para o autor, além da indicação dos já referidos bens jurídicos, despenalizar todos os crimes menores, das contravenções aos crimes punidos com simples penas pecuniárias; ampliar a esfera da tutela civil e administrativa; suprimir as figuras penais elásticas e indeterminadas; expulsar do sistema toda forma (manifesta ou oculta) de responsabilidade objetiva ou coletiva; reduzir as penas pela metade (como já ocorre hoje de fato) e

³⁴ Ibidem, p. 834-835.

estabelecer um limite máximo para qualquer delito de não mais de dez anos.³⁵

Por fim, pensa Ferrajoli³⁶ que, independentemente do otimismo ou pessimismo, para a crise do direito “não há outra resposta senão o próprio direito; e que não existem, para a razão jurídica, alternativas possíveis. Ela é a única via para responder à complexidade social e para salvar, com o futuro do direito, também o futuro da democracia”.

4.5 A MANUTENÇÃO DAS GARANTIAS BÁSICAS DO INDIVÍDUO COMO PRESSUPOSTO DE QUALQUER (NOVO) MODELO (QUE VENHA A SER) ADOTADO

O direito penal da globalização, em uma suma do que já foi até aqui tratado, ao combinar o adiantamento da tutela penal com a configuração de novos bens jurídicos e a flexibilização das estruturas e princípios do direito penal consubstanciados pelo Estado de direito, acabou por ampliar demasiadamente a estrutura de imputação amparada na idéia de dano ou lesão, criando assim um direito preventivo simbólico ineficaz e contraproducente por falta de autoridade e legitimidade.

Como expõe Salo de Carvalho,³⁷ a banalização desse processo é absolutamente contrária à concepção garantista. Os direitos fundamentais, centro agregador das conquistas históricas da humanidade e elevados a critérios de legitimação do Estado e do direito, desmoronam para dar lugar a uma nova *Grundnorm* (o “mercado”). Dessa forma, enquanto o garantismo demonstra a necessidade de minimização do poder policaiesco penal e a

³⁵ FERRAJOLI, 1998, p. 834-835.

³⁶ Idem, 1997, p. 109.

³⁷ CARVALHO, Salo de. Garantismo penal e conjuntura político-econômica contemporânea: resistência à globalização neoliberal: breve crítica. *Estudos jurídicos*, São Leopoldo: Unisinos, v. 33, n. 89, 2000. p. 59.

otimização do aparato administrativo nas esferas sociais (direito penal mínimo, direito social máximo), a máxima é invertida, estabelecendo a restrição dos direitos sociais e a ampliação penal/carcerária (pois “algum” lugar dentro dessa sociedade deve ser reservado aos “inconvenientes”, que foram destituídos da cidadania ou mesmo nunca chegaram a tê-la).

Prossegue o autor que, ao contrário do que afirmam alguns afoitos, a proposta garantista da redução dos serviços do Estado em matéria penal em nada corresponde ao projeto autoritário exposto acima. Pelo contrário, o minimalismo penal é o contraponto ótimo do modelo jurídico-político que concebe o Estado em função exclusivamente repressiva.³⁸

Na linha do que se propõe no presente trabalho, torna-se necessário que sejam trazidas à discussão algumas das possibilidades (absolutamente não excludentes entre si) com as quais se possa fazer frente (de forma razoável) à criminalidade transnacional contemporânea, especificamente a organizada.

4.5.1 A impossibilidade de uma “solução policial” para o crime organizado

A primeira dessas possibilidades tem um sentido negativo, ou de uma “não-possibilidade”. E ela se refere – no objetivo de se deixar a questão bem clara desde o início – à total ilegitimidade e incapacidade de se atribuir à polícia a tarefa de controlar (e muito menos reprimir) o crime organizado

A realidade constatada por Nilo Batista (que, embora referente ao Brasil, é extensiva a muitos outros países) justifica o argumento:

“Entre as instituições da área de justiça e segurança pública, a polícia é uma espécie de ‘gata borralheira’, jamais convidada para os bailes dos teóricos, mas sempre muito comentada neles. Sobre ela incide uma empobrecedora

³⁸ CARVALHO, 2000, p. 60.

redução dual: violência e corrupção. Não se trata, por certo, de negar o binômio violência e corrupção (episódicas ou sistemáticas, conforme a partitura e o maestro). Porém, se estamos interessados em conceber uma polícia para o Estado de direito democrático, convém superar esse reductionismo cego. Convém, por exemplo, perguntar se uma sociedade que não exerce, a partir de sua própria forma de organização, a solidariedade e a fraternidade, ou cujas práticas políticas não conheçam a experiência da tolerância e da participação – em suma, uma sociedade organicamente violenta e produtora de violência –, pode ter uma polícia em que o respeito ao outro prevaleça sobre a truculência. Convém igualmente perguntar se num país cuja administração pública tem uma história que é um hino à esperteza, uma sucessão de negociatas, ‘comissões’, ganhos ilícitos, tudo tradicionalmente impune, poderíamos encontrar na administração policial um oásis de austeridade e zelo. Como comparar os mais escabrosos casos de corrupção policial aos mais discretos episódios de corrupção na área monetária e financeira, senão como um modestíssimo varejo diante um jamais punido atacado?”³⁹

Assim, conclui o autor que a verdade dura é que, se a polícia pode e deve proteger a vida, a liberdade e os bens das pessoas, e se essa importante tarefa pode e deve ser cumprida com o mais alto nível de eficiência possível, não existe uma “solução policial” para a questão da criminalidade.⁴⁰

Com isso, não se quer desconsiderar, em absoluto, a importância e mesmo fundamentalidade do papel da polícia (especialmente quando ela puder ser dotada de recursos técnicos e materiais em nível global e homogêneo) no controle do crime organizado. Mas sim que são equivocados os discursos que depositam no

³⁹ BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 170.

⁴⁰ Ibidem, p. 173.

recrudescimento e liberalidade da sua atividade (típicos de um Estado de repressão) o principal caminho para o alcance da finalidade colimada. A polícia, assim, deve continuar como órgão auxiliar do Judiciário, aperfeiçoada ao máximo, mas dentro de todos os limites impostos pelo Estado Democrático de Direito.

4.5.2 O papel fundamental do Estado nacional

Como segunda possibilidade (ou mesmo “condição de possibilidade”), deve-se ter a consciência de que o Estado nacional, ao menos por enquanto, ainda é uma instituição fundamental para o controle do crime organizado. Tentar esvaziar as funções do Estado sem que exista uma alternativa válida é criar condições propícias para o agravamento da situação, eis que, como se sabe, a criminalidade organizada é particularmente sensível e aproveitadora de vazios normativos, inibições ou incertezas no que toca à aplicação da lei penal.⁴¹

Porém, a aceitação e a defesa de que é ainda a partir do Estado nacional que devem ser fundadas as formas de controle da criminalidade de entorno global não implica que se deixem de lado os projetos de uma efetiva e real cooperação entre os Estados.

Tais formas de cooperação partem da troca de informações no que se refere à atividade de controle, investigação e prossecução da ação penal, passam por uma maior elasticidade dos mecanismos legais no que toca à transferência dos argüidos de um Estado para outro e à cessão do material probatório, e terminam na possibilidade do reconhecimento, quase que de plano, das sentenças estrangeiras, bem como na mobilidade dos condenados entre os diferentes Estados. Assim, essa cooperação tem que se dar no próprio fenômeno criminal (com a atuação das polícias, no seu sentido mais lato, norteadas e estribadas por uma clara política criminal), no campo das magistraturas e no acompanhamento da

⁴¹ COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 9, n. 34, abr.-jun. 2001. p. 19.

situação, a proporcionar o retorno das informações ao primeiro momento e o fechamento do círculo. É isso que faz desta estratégia um modo de perceber as coisas também em nível global.⁴²

4.5.3 A exigência de uma harmonização e uniformização legislativa

Como terceira possibilidade, e na mesma direção dos itens anteriores, o caráter transnacional (global) dos problemas exige que também sejam globais as suas soluções, o que pressupõe uma tendência de harmonização e uniformização legislativa. A inexistência de organismos internacionais que disponham do *jus perse-quendi* e do *jus puniendi*, que possam promulgar normas penais e processuais de caráter supranacional dificulta sobremaneira o controle da criminalidade organizada. Todavia, para Silva Sánchez,⁴³ embora necessária e importante, essa tendência não resta suficiente se se deixar de trabalhar simultaneamente com uma construção supranacional relativamente homogênea do sistema do direito penal e dos conceitos e categorias da teoria jurídica do delito.

A abordagem do problema da globalização encontra dificuldades adicionais nas divergências existentes entre os direitos nacionais, que não raro demonstram uma série de dissensões culturais e mesmo de tradições jurídicas. A “praticidade” esperada do direito penal da globalização objetiva respostas à delinquência organizada que sejam uniformes ou, ao menos, harmônicas (o que não se mostra fácil). Por outro lado, a uniformização/harmonização legislativa é necessária e importante, mas não é suficiente. É preciso também homogeneizar as regras gerais de aplicação dos preceitos especiais, ao mesmo passo em que se trabalha com uma construção supranacional relativamente homogênea do sistema de

⁴² Ibidem, p. 19-20.

⁴³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Bases de una dogmática jurídico-penal supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo: RT, v. 3, n. 12, out.-dez. 1995. p. 34.

direito penal, dos conceitos e categorias da teoria jurídica do delito, assim como dos princípios e garantias político-criminais fundamentais.⁴⁴

Nem mesmo os tratados de unificação setorial do direito penal garantem a homogeneidade das respostas, que podem se dar diferentemente no âmbito jurisdicional. Ademais, a atribuição da jurisdição e da própria produção legislativa a instâncias supranacionais implica, ao menos por enquanto, em um sério problema de legitimação democrática (como verificado nos processos de integração e, com muito maior seriedade, nos outros tipos de instâncias supranacionais).⁴⁵

Portanto, o mais provável será a adoção de tratados de uniformização (tanto na parte geral quanto especial do direito penal), acompanhados de esforços para garantir “de fato” (mediante encontros, seminários etc.) suas aplicações da forma mais homogênea possível.

Ademais, é relevante distinguir-se que uma ciência penal com traços teleológico-valorativos, embora possa ser supranacional (independentemente dos ordenamentos jurídicos nacionais), não pode deixar de ser condicionada pelas variações espaço-temporais. As finalidades político-criminais do direito penal, as suas categorias e conceitos dogmáticos não são os mesmos, por exemplo, no mundo ocidental, no mundo islâmico e no extremo oriente. Esses próprios mundos não são estáticos, mas se modificam com o passar do tempo.⁴⁶

Assim, embora se possa falar de uma criminalidade organizada transnacional e globalizada, e de uma tendência à harmonização e homogeneização legislativa, cumpre seja determinado o espaço a ser resguardado (ou não) para as especificidades penais dos diferentes pontos do globo.

Possivelmente ainda demore bastante tempo para que um direito penal internacional surja (e se mantenha) com poderio e legitimidade suficientes para atuar no controle do crime organi-

⁴⁴ Idem, 1998, p. 70.

⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, 1998, p. 71.

⁴⁶ Idem, 1998, p. 73-75.

zado. A questão, para muitos, pode até parecer utópica. “Mas o que é a utopia senão algo que tem visibilidade à distância?”⁴⁷

4.5.4 Os pontos de consenso

Para Salo de Carvalho,⁴⁸ o principal ponto de consenso que os pensadores críticos do direito penal devem absorver é o de que este sistema de economia global é um sistema de violência internacional organizada, sendo que a única saída para tal é o direito, sobretudo o constitucional, percebido como racionalidade dirigida à minimização do estado de guerra e à preservação do homem.

A resistência ao quadro da globalização hegemônica, por parte daqueles que não querem acatar o processo por ela instituído, não impõe necessariamente uma oposição irrestrita a qualquer reforma dos sistemas jurídico e judicial. Para Dix Silva,⁴⁹ o sistema jurídico em sentido amplo, a fim de que não seja vitimizado por uma reforma tecnocrática voltada ao proveito da nova ordem econômica global, tem de voltar-se para reformas urgentes e essenciais. Todavia, o direito penal, especificamente, deve evoluir para um direito penal mínimo e garantista, que atenda às aspirações dos cidadãos (cada vez mais sujeitos a abusos por parte do Estado e de agentes econômicos poderosos), voltando-se à democracia e contra os interesses do fundamentalismo de mercado.

Apesar da importância de alguns dos argumentos que sustentam uma intervenção mais ampla, flexível e contundente do direito penal (de forma até mesmo temerária), a via mais correta para enfocar a solução das questões que centram essa polêmica, para

⁴⁷ SILVA FRANCO, Alberto. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 8, n. 31, jul.-set. 2000. p. 136.

⁴⁸ CARVALHO, 2000, p. 60.

⁴⁹ SILVA, Tadeu A. Dix. Globalização e direito penal brasileiro: acomodação ou indiferença? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 6, n. 23, jul.-set. 1998. p. 95.

Mendoza Buergo,⁵⁰ consiste em não se negar de plano a adaptação do direito penal às novas necessidades de proteção que surgem, mas exigir (de forma irrenunciável), a manutenção das suas bases garantistas.

Assim, a finalidade de proteção diante da criminalidade organizada e aos novos riscos pode ser mantida desde que compatível e coerente com os princípios básicos e com as categorias dogmáticas de atribuição de responsabilidade do direito penal de um Estado de Direito.

Na mesma linha se encontra a concepção de Figueiredo Dias,⁵¹ para quem a tutela dos novos ou grandes riscos deve continuar a ser feita (subsidiariamente) pelo direito penal, não se tornando necessária uma mudança radical no paradigma penal (nova política criminal e nova dogmática jurídico-penal).

O direito penal clássico não limita a sua tutela, necessariamente, a bens jurídicos individuais (vida, integridade física, patrimônio, honra). Pode abranger também, sem maiores problemas, bens jurídicos transindividuais, não sendo poucos os exemplos contidos na legislação extravagante e mesmo no Código Penal (os crimes contra as relações de consumo e a “apropriação indébita” previdenciária são apenas dois deles).

Dessa forma, o novo século e o novo milênio:

“devem assistir à persistência da função do direito penal de exclusiva tutela subsidiária de bens jurídico-penais tanto individuais e pessoais como sociais e trans-pessoais; porque essa função é exigida pela persistência do ideário personalista, pelo património irrenunciável dos direitos humanos, numa palavra, pelo quadro axiológico de valores que nos acompanha desde o século XVIII e deve ser aperfeiçoado no futuro – mesmo num futuro onde tenha mudado radicalmente a relação entre o Homem e a Natureza. O direito penal deve continuar a resguardar-se de tentativas

⁵⁰ BUERGO, 2001, p. 189.

⁵¹ DIAS, 2001, p. 55.

de instrumentalização como forma de governo, de propulsão e promoção de finalidades da política estadual, ou de tutela de ordenamentos morais —, porque aí mesmo abica o movimento de secularização que se apresenta como um dos factores mais importantes da superação da razão instrumental. A dogmática penal deve evoluir, fornecendo ao aplicador critérios e instrumentos que não podem ser decerto os dos séculos passados como formas adequadas de resolver os problemas do século XXI; mas sem por isso ceder à tentação de ‘dogmáticas alternativas’ que podem, a todo momento, volver-se em ‘alternativas à dogmática’ incompatíveis com a regra do Estado de Direito e, como tal, democraticamente ilegítimas”.⁵²

A adoção exclusiva de uma política penal de carácter nitidamente repressivo é totalmente imprópria para o equacionamento dos problemas da violência e da criminalidade. No caso brasileiro, em especial quanto ao tráfico de drogas e ao lenocínio, por exemplo, não há como se alcançar o controle desses problemas sem uma efetiva intervenção estatal mediante políticas públicas de conotação social. É fato que o enfraquecimento do Estado-nação em virtude do processo de globalização dificulta os investimentos em áreas sociais. Porém, se os “restos da soberania” do Estado-nação não servirem para reinventá-lo com poder suficiente para intervir na realidade social, pouco ou nada poderá ser feito, haja vista que não há lei penal com suficiente capacidade transformadora dessa situação.⁵³

Por mais que se recalcitre na disseminação das idéias de maior rigor repressivo e dramatização da violência, não existe qualquer comprovação de que leis dessa natureza tenham a capacidade de sobrestar o crescimento ou de reduzir o ritmo das taxas de criminalidade. Ao revés, os índices crescem, se tornam estáveis ou mesmo se reduzem sem qualquer relação com a exacerbação

⁵² Idem, 2001, p. 65.

⁵³ SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*: anotações à Lei 8.072/90. 4. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 501-502.

do poder punitivo inculcado à legislação penal que, na maior parte das vezes, apenas demonstra o seu (por diversas vezes referido) caráter simbólico.

A estratégia penal pode ser complementada por outras formas de controle que passem, por exemplo, por uma maior transparência do setor financeiro e por uma ampliação da normatização administrativa dos “comportamentos-meio” para a atividade da criminalidade organizada, especialmente mediante o corte dos canais de comunicação com a legalidade econômica. O que não se deve fomentar é a crença de que somente por meio da destruição das bases de legitimação da intervenção penal é que se obteria algum êxito no controle dessa forma de criminalidade. Este “êxito”, como expõe Silva Franco,⁵⁴ passa também pelo envolvimento de outras instâncias, como as sociais, culturais, econômicas e estaduais.

A missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, por intermédio da cominação, aplicação e execução da pena. Assim, pode-se dizer que quando o objeto da tutela penal não está suficientemente definido, não se pode acreditar que os meios a serem utilizados possam ser dotados desta definição. Da mesma forma, quanto mais obscuro (ou ambíguo) o bem jurídico (supostamente) protegido, maior será a possibilidade de que uma determinada conduta possa, de uma forma mais ou menos precisa, atingir ou colocar em perigo esse bem.⁵⁵

Ademais, como destaca Brandão,⁵⁶ para que o papel do bem jurídico cumpra a sua função de legitimar a intervenção penal, é imprescindível interpretá-lo à luz da sociedade. A idéia de bem jurídico não é desvinculada da idéia de valor – eis que o bem jurídico é precisamente o valor protegido pela norma penal –, mas este deve cumprir a função de resguardar as condições de convivência em sociedade.

⁵⁴ COSTA, 2001, p. 25.

⁵⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 116.

⁵⁶ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002b. p. 9.

É dever das ciências penais observar e apontar “se” e “onde” a moderna política criminal ainda é praticada para tutelar “sólidos bens jurídicos”,⁵⁷ em vez de apenas difundir simbolicamente a promessa de eficácia, assim como refletir sobre alternativas ao direito penal.⁵⁸

Já é passado o tempo em que o direito penal pôde ser considerado como a “salvação” para todos os problemas sociais. Se no passado esse discurso chegou a ser sustentado e difundido (e ainda hoje, por vezes, se renova por meio de alguns autores perdidos no tempo), contemporaneamente não significa muito mais do que uma visão completamente distorcida da realidade. Ou então

⁵⁷ Como refere Baratta, até algum tempo parecia haver-se alcançado marcos definitivos sobre a questão do bem jurídico no direito penal. Não parecia problemática a distinção tradicional entre as duas funções atribuídas ao conceito de bem jurídico: uma função intra-sistemática, cuja consequência dogmática principal é a duplicação da antijuridicidade: antijuridicidade formal é a violação da norma social ou jurídica correspondente ao tipo delitivo e antijuridicidade material é a lesão ou a ameaça do interesse protegido pela norma, sendo que somente haverá responsabilização penal quando se verificarem ambas as formas de antijuridicidade; e outra extra-sistemática, como critério de apreciação do sistema positivo e da política criminal. Embora as funções intra-sistemática e extra-sistemática do bem jurídico sejam pretensamente independentes, na realidade, as definições extra-sistemáticas dos bens dignos de tutela têm sido obtidas utilizando-se o sistema dos bens protegidos pelas normas penais existentes. De forma inversa, nas definições intra-sistemáticas os modelos ideais e as valorações político-criminais dos autores em particular sobrepõem-se amplamente às operações analíticas sobre as normas penais existentes. Essa constatação faz com que Baratta entenda como oportuna a realização de uma modificação terminológica, reservando-se o termo “bem jurídico” aos resultados das construções intra-sistemáticas e utilizando-se outro termo para o referente material construído no âmbito das operações extra-sistemáticas (BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 2, n. 5, jan.-mar. 1994. p. 5-11).

⁵⁸ HASSEMER, 1993, p. 58-59.

uma negação, uma fuga do presente, certamente melhor compreensível no âmbito das ciências psicológicas.

A própria população já desvelou essa falácia. A sucessiva edição de leis penais “heróicas” e “solucionadoras dos problemas” passou não só a deixar de servir para acalmar a população (é tradição no Brasil dizer-se que “as leis são boas”, no entanto “não são cumpridas”), como semeou uma crise de confiança no próprio Estado, cada vez mais evidente e propagada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS ■

As primeiras linhas dessas considerações finais devem se amparar na constatação de que, embora se possam identificar algumas características do modelo globalizador e, até mesmo, apontarem-se conceitos, não há como se crer que esse processo seja linear ou consensual. Os vários aspectos sob os quais a globalização pode ser enfocada justificam o relevante número de teorias a seu respeito, cada uma a contribuir – em maior ou menor proporção – para a compreensão do fenômeno como um todo.

A análise do fenômeno globalizador, portanto, deve ser feita com cautela – especialmente diante da fácil possibilidade de que seja ele utilizado para justificar, acriticamente, todos os grandes males da atualidade – e com amparo em todos os campos do conhecimento por ele afetados.

Alçando as rupturas epistemológicas e paradigmáticas verificadas na sociedade contemporânea para o âmbito da teoria geral do Estado (se é que se entenda possível fala-se de uma “teoria geral do Estado” nos dias atuais), não há como se continuar a crer na existência de um ente (o Estado) do qual emana um poder único, absoluto, exclusivo.

A crise dos Estados nacionais, a alteração da noção clássica de soberania e a transformação das fontes e instâncias formais (estatais) de resolução de conflitos fazem com que o poder outrora tido como soberano passe a ser compartilhado com (se não “apoderado” por) novos atores de destaque no cenário internacional.

O aumento da complexidade social, portanto, é acompanhado palmo a palmo pelo aumento da complexidade econômica e política.

A observação de que o Estado já não mais consegue regular a sociedade e a economia com base em seus instrumentos tradicionais faz com que ele caminhe na direção (entendida como inevitável) da desregulamentação – acompanhada, no campo jurídico, de uma tendência explícita à descentralização, desformalização, deslegalização e desconstitucionalização.

Os novos conflitos surgidos na sociedade atual – associados a uma intervenção reguladora cada vez mais pálida dos órgãos estatais – desafiam a capacidade do sistema jurídico posto, que se mostra inapto a superá-los. De fato, o direito da globalização dificilmente guardará grande semelhança com o modelo consubstanciado nas décadas passadas.

Por outro lado, o crescente emaranhado das relações econômicas fez com que aflorasse um campo praticamente não explorado para a prática de ilícitos, sem fronteiras geográficas, e distante do âmbito do controle estatal.

A tendência de flexibilização da intervenção do Estado para a solução de conflitos na quase totalidade das áreas do direito, por sua vez, não foi acompanhada em relação ao direito penal. Os novos crimes, as penas majoradas, a flexibilização de garantias e princípios, os novos métodos de investigação (não raramente de questionável constitucionalidade) possuem muito mais um caráter simbólico (dentro do discurso de que “algo precisa ser feito”) do que, efetivamente, um caráter “prático”, como desejado por não poucos políticos, juristas e formadores de opinião (independentemente do preço a ser pago).

A grande questão é que o direito penal clássico-liberal, da forma como hoje está posto, não demonstra estar preparado para o controle da criminalidade globalizada, fazendo com que os princípios da razão ilustrada aparentemente tenham se tornado verdadeiros obstáculos para o aparelho repressor.

A resposta à pergunta de como será o direito da globalização – mais especificamente o direito penal da globalização – ainda é uma incógnita, e pouco provavelmente se alcançará alguma resposta definitiva a curto ou médio prazo. No entanto, isso não impede (muito antes incentiva) a busca de soluções viáveis.

Adentrando de forma mais incisiva ao tema do crime organizado, a reunião de um grupo de pessoas para a prática criminosa, de forma mais ou menos organizada, ou mesmo a atividade criminosa em larga escala não podem ser consideradas fenômenos recentes, eis que verificadas inúmeras vezes ao longo da história.

Todavia, o crime organizado de que agora se trata é uma categoria recente, típica da sociedade atual, que se utiliza da globalização e da evolução tecnológica para assumir uma feição diferenciada, muito mais complexa e gravosa do que qualquer outro possível precedente.

No que tange às tentativas de sua conceituação, qualquer dos ensaios verificados até o presente momento pecam pela restrição ou pela amplitude demasiada na delimitação dessa forma de crime.

Isso porque o crime organizado é um gênero do qual são espécie diversos crimes, dotados das mais distintas variedades e formas de aparição, não raro semelhantes em apenas alguns poucos aspectos. As pesquisas empíricas encontram-se ainda em um estágio inicial, buscando resultados e respostas mais objetivas e esclarecedoras.

Portanto, é falacioso o pressuposto de que pode ser encontrada uma definição única – que não seja por demais vaga e imprecisa – para essa forma de delinquência. O que se torna possível é a aproximação do seu conteúdo. Assim, não é por outra razão que poucos são os que se arriscam a formular um conceito sério e coerente de crime organizado, limitando-se a elencar algumas de suas características.

Ademais, o fenômeno sofre mutações em uma velocidade surpreendente, pelo que qualquer conceituação, por mais razoável e segura que pudesse ser, acabaria por enrijecer historicamente o seu objeto, tornando-o ultrapassado desde a sua elaboração.

Dessa forma, a tarefa resta facilitada quando se trata de enumerar as características dessa modalidade de crime. Mesmo assim, nenhum estudo assume a finalidade de esgotar o rol dos pontos identificadores atribuíveis ao modelo criminoso. Todavia, um apanhado das mais diversas pesquisas realizadas até o presente momento permite que se extraiam oito características do crime organizado, passíveis

de serem reunidas em maior ou menor número, de acordo com a modalidade de organização que se está a referir. São elas: 1) estrutura plúrima hierarquizada e permanente; 2) finalidade de lucro ou poder; 3) utilização de meios tecnológicos; 4) conexão com o poder público; 5) internacionalização; 6) uso da violência ou intimidação; 7) cometimento de delitos com graves consequências sociais; e 8) emprego de lavagem de dinheiro.

As duas primeiras características podem ser tidas como básicas, fundamentais para a configuração de uma organização criminosa. As seis restantes seriam características complementares, restando tanto mais caracterizada a atividade criminosa organizada quanto mais fossem encontradas na conduta em análise.

De outra banda, o desenvolvimento cada vez mais complexo do crime organizado associado às raras notícias de investigação eficiente, colheita de provas suficientemente incriminadoras e punição de indivíduos envolvidos nos entes criminosos – especialmente em relação àqueles que ocupam o topo da pirâmide estrutural – denunciam que as formas jurídicas oficialmente utilizadas para o controle da criminalidade de massa, da maneira como se encontram estruturadas, não se mostram adequadas para aplicação no âmbito da criminalidade contemporânea.

O medo da criminalidade organizada é um dos responsáveis pelas mais radicais alterações e exacerbações do poder de polícia e do próprio direito penal nos últimos tempos. Princípios de garantia material e processual são limitados ou mesmo afastados. O atual debate sobre política criminal veicula a impressão de que a solução do problema consiste em conferir às autoridades da segurança pública, de uma vez por todas, todos os meios e instrumentos necessários que sempre reivindicaram.

O direito penal contemporâneo, inserido em uma sociedade pós-industrial, dita “de risco”, se destaca pela tendência político-criminal de antecipar a intervenção penal para um momento anterior ao que o bem jurídico possa ser lesado ou exposto a um perigo concreto.

Considerando que o crime organizado continua sendo uma categoria ainda desconhecida, em vias de construção, todo tipo de

testes e de experiências (quanto às respostas estatais para o problema) vem sendo adotado. Na falta de recursos e mecanismos mais sofisticados, a tendência tem sido a simplificação (do problema e da solução), o engano (que se dá pelo direito penal simbólico), a improvisação (mediante intervenções militares), a reação violenta (esquadrões da morte, chacinas, linchamentos) ou a sugestão de medidas flagrantemente inconstitucionais (como pena de morte, prisão perpétua, punição penal do menor de dezoito anos, inversão do ônus da prova, eliminação da publicidade, do devido processo penal, fim do sistema acusatório etc.).

Todavia, as características desta forma de delinquência, associadas às dificuldades de seu controle não justificam a adoção de legislações substantivas ou adjetivas de emergência e, muito menos, o obscurecimento de garantias individuais há séculos consagradas.

Toda a análise até aqui traçada permite a inferência de que o modelo clássico-liberal de direito penal, invadido por uma série de novos bens jurídicos – cada vez mais imprecisos e indefinidos – e por alterações profundas na sua estrutura dogmática – especialmente no que tange à flexibilização das regras de imputação da responsabilidade penal –, atravessa um período de crise.

Diante da tensão entre o princípio da intervenção subsidiária e a demanda que lhe é cada vez mais atribuída de evitar o maior número de comportamentos graves, o direito penal se expande em direção a um controle ilusório.

Entre os modelos de expansão irrestrita da intervenção penal (direito penal máximo e antigarantista) e de preservação do núcleo tradicional do direito penal, amparado na função exclusiva de proteger subsidiariamente os bens jurídicos fundamentais e de defender direitos, liberdades e garantias individuais – como propõem Winfried Hassemer e Luigi Ferrajoli – existe uma posição intermediária defendida por Jesús-María Silva Sánchez, tida como de “expansão moderada”, ou de “dupla velocidade”.

Hassemer sustenta que o direito penal por ele chamado de “moderno”, além de demonstrar traços empíricos, é acompanhado por outras três características principais: a proteção dos bens jurídicos (que deixa de ser um critério negativo para se tornar um

critério positivo de incriminação), a prevenção (modificando os princípios da igualdade e da uniformidade de tratamento) e a orientação pelas consequências (deslocando a igualdade e a retribuição do injusto para a margem da política criminal).

Para o autor, o caminho viável para restringir o âmbito da atuação penal – e, ao mesmo tempo, tutelar os bens jurídicos que surgem de forma crescente – seria transferir determinada parcela da tutela jurídico-penal – aquela a que o direito penal clássico não parece apto a controlar – para o âmbito do direito penal administrativo. Esse novo campo do direito, chamado por Hassemer de “direito de intervenção”, ao mesmo tempo em que não aplicaria as sanções mais gravosas do direito penal, seria embasado em garantias reduzidas e orientado pelo perigo. Tornar-se-ia, assim, na opinião do penalista da escola de Frankfurt, um modelo “mais eficaz”.

Para Silva Sánchez, a abusiva expansão do direito penal conferiu-lhe cargas que ele não é capaz de suportar. O conflito entre um direito penal “amplo e flexível” e um direito penal “mínimo e rígido” deve alcançar um ponto médio “funcional e suficientemente garantista”.

Assim o modelo do “direito penal de duas velocidades” resguarda para o sistema clássico de imputação os delitos aos quais são atribuídas penas privativas de liberdade. Para os demais, seria admitida uma “flexibilização controlada” dos mesmos critérios de responsabilização.

Ao manter as duas velocidades de atuação penal dentro de um mesmo sistema, o modelo de Silva Sánchez renuncia à teoria do direito penal como uma teoria geral e uniforme, com a suposta vantagem – em relação à concepção de Hassemer – da manutenção da judicialização (imparcialidade) das decisões e do significado penal dos tipos e das sanções.

A proposta garantista de Ferrajoli, por sua vez, ao estabelecer critérios máximos de racionalidade e civilidade à intervenção penal e fazer com que os direitos fundamentais se tornem intangíveis, impõe limites à lei e ao próprio juízo, restringindo o poder punitivo e garantindo os indivíduos contra qualquer tipo de violência.

Dentro da idéia de um direito penal mínimo – sustentado pelos dez princípios que definem o modelo garantista de direito ou de

responsabilidade penal – devem ser deixados para a esfera dos ilícitos civis ou administrativos todos os delitos de mera desobediência, os que lesionam bens não-essenciais ou mesmo os presumidamente perigosos.

Os três modelos apresentados, embora não se encontrem imunes a discussões, apresentam possíveis e razoáveis caminhos a serem adotados no controle da criminalidade contemporânea (organizada).

Diante de uma perspectiva crítica, no pensamento de Hassemer o direito penal administrativo herda toda a problemática derivada da delinquência atual. Embora facilitada a punição administrativa pela simplificação dos pressupostos de responsabilização e redução das garantias, ainda parece distante da realidade a forma como o Estado será capaz de instrumentalizar esse modelo. Isso porque, além de permanecerem presentes os problemas estruturais já identificados quanto ao controle dessa forma de criminalidade mutante e ainda por demais desconhecida (especialmente a falta de recursos financeiros e tecnológicos e a baixa especialização técnica dos agentes persecutórios), outros ainda seriam criados, principalmente quanto à decisão de quais garantias seriam flexibilizadas e quais seriam os novos conceitos, princípios e regras de imputação deste novo ramo do direito a ser constituído.

Não muito diferentes são os comentários que podem ser direcionados ao direito de dupla velocidade de Silva Sánchez, todavia, com o agravante de que esse modelo cindiria o próprio direito penal em dois hemisférios diferenciados (trabalhando de forma dinamicamente distinta), tornando problemáticas as confusões que seriam criadas na distinção de cada um dos pólos, principalmente nas já imagináveis zonas limítrofes.

Assim, das três concepções viáveis selecionadas e destacadas nesta dissertação, o garantismo é o que melhor parece responder racionalmente ao norte a ser perseguido no controle do crime organizado.

Embora se trate de um tipo ideal, que nunca será realizado em sua plenitude, a formulação garantista do direito penal pressupõe, antes de mais nada, o fim da emergência, expurgando do sistema o seu caráter ingênuo, irracional, político e simbólico.

Dessa forma, a manutenção das garantias básicas do indivíduo é o pressuposto de qualquer (novo) modelo (que venha a ser) adotado.

Na linha do que se propõe o presente trabalho, outras (im)possibilidades com as quais se poderia fazer frente à criminalidade transnacional contemporânea, especialmente a organizada, são destacadas e trazidas à tona: a) em um sentido negativo, a impossibilidade de uma solução policial para essa forma de delinquência – ante a sua total ilegitimidade e incapacidade para a tarefa –, o que não a exclui de um papel auxiliar fundamental no sistema de persecução penal; b) como uma verdadeira “condição de possibilidade”, deve ser mantido o papel fundamental do Estado nacional como instituição imprescindível para o controle dessa forma de crime, o que não implica que se deixem de lado os projetos de cooperação entre os Estados; c) a exigência de uma harmonização e uniformização legislativa que, entretanto, não pode passar por cima das especificidades regionais de cada país; e, por derradeiro, d) a utilização do próprio direito (reformulado em maior ou menor grau) como suporte para a realização da tarefa.

A crítica do direito penal e das estruturas à sua disposição – provavelmente atualizando seus conceitos e paradigmas, bem como ampliando seus tentáculos em direção a outras ciências – se torna definitiva para a obtenção do modelo a ser utilizado.

Já é passado o tempo em que se pôde admitir ou consentir que os problemas sociais mais graves e complexos poderiam ser resolvidos pelo direito penal, como num passe de mágica, independentemente do custo dessa “solução”.

Por fim, a ignorância e o medo exagerado do crime organizado, associados às já por demais conhecidas dificuldades no seu controle – dificuldades essas que, em última análise, são eminentemente estruturais – não podem servir de subterfúgio para uma reforma mais ampla do sistema penal, sobretudo se contaminada pelos ideais emergenciais (irracionais) tendentes a uma antecipação da tutela penal e flexibilização das garantias dos cidadãos.

BIBLIOGRAFIA ■

- ADRIASOLA, Gabriel. *El nuevo derecho sobre toxicos y el lavado de dinero de la droga*. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria, 1994.
- ALBROW, Martin. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.
- ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo: aspectos. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcello de (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio*. Atos do Colóquio Marc Ancel. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ARBEX JUNIOR, José; TOGNOLLI, Claudio Julio. *O século do crime*. São Paulo: Boitempo, 1996.
- ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Tradução Patrice Charles Wui-llaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. Introdução à sociologia do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- . Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 2, n. 5, p. 5-24, jan.-mar. 1994.
- BARTOLOMÉ, Ángel de Miguel. Actuaciones policiales en la lucha contra la criminalidad organizada. In: CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz (Org.). *La criminalidad organizada ante la justicia*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. 2. v.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- . *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

- BAUMANN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.
- . Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 3, n. 11, p. 118-127, jul.-set. 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 8. ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: uma análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002a.
- . *Teoria jurídica do crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002b.
- BRAZ, Graziela Palhares Torreão. *Crime organizado x direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal em la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.
- CACIAGLI, Mario. *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada: evidencias empíricas y propuestas teóricas a partir de los casos italianos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996. (*Cuadernos y debates* n. 60.)
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CAFFARENA, Borja Mapelli. Problemas de la ejecución penal frente a la criminalidad organizada. In: CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz (Org.). *La criminalidad organizada ante la justicia*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1996.
- CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CARVALHO, Márcia Dometila de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- CARVALHO, Salo de. Garantismo penal e conjuntura político-econômica contemporânea: resistência à globalização neoliberal: breve crítica. *Estudos jurídicos*, São Leopoldo: Unisinos, v. 33, n. 89, p. 55-64, 2000.

- . As reformas parciais no processo penal brasileiro. UNISINOS. *Anuário do programa de pós-graduação em direito*. Mestrado e doutorado, São Leopoldo: Unisinos, 2001a. p. 303-344.
- . *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001b.
- . *A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização*. 2. ed. Niterói: Luam, 1997.
- CASTALDO, Andrea R. La criminalidad organizada en Italia: la respuesta normativa y los problemas de la praxis. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 7, n. 27, p. 11-19, jul.-set. 1999.
- CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. Organizações criminosas no Direito Penal brasileiro: o Estado de prevenção e o princípio da legalidade estrita. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 6, n. 24, p. 99-124, out.-dez. 1998.
- CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio*. 2. ed. Tradução Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- CERVINI, Raúl. Análise criminológica do fenômeno do delito organizado. In: ARAÚJO JÚNIOR, J. M. de (Org.). *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- . Criminalidad organizada y lavado de dinero. In: COPETTI, André (Org.). *Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- . Macrocriminalidad económica: apuntes para una aproximación metodológica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 3, n. 11, p. 50-79, jul.-set. 1995.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: RT, 1995.
- . A ordem constitucional e o processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 2, n. 8, p. 57-68, out.-dez. 1994.
- . *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL, 15. Mesa redonda sobre crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 2, n. 8, p. 143-158, out.-dez. 1994.
- CORDERO, Isidoro Blanco. Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación em una organización criminal y los problemas de aplicación de la Ley Penal en el espacio. In: CRIMINALIDAD ORGANIZADA. Reunión de la Sección Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP em Budapest. Almagro: Universidad de Castilla – La Mancha, 1999.

- COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 9, n. 34, p. 9-25, abr.-jun. 2001.
- COUTINHO, Jacinto. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade de risco". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 9, n. 33, p. 39-65, jan.-mar. 2001.
- ; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. O homem delinqüente e a sociedade criminógena. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- . As transformações do Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 6, n. 22, p. 231-240. abr.-jun. 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoria del garantismo penal. 3. ed. Madrid: Trotta, 1998.
- . O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades de. *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad, 1996.
- GOMES, José Carlos. Estrutura das organizações criminosas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 6, n. 22, p. 125-129, abr.-jun. 1998.
- GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado: o que se entende por isso depois da Lei 10.217, de 11.04.2001? Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 795, p. 486-492, jan. 2002.
- . A lavagem de capitais como expressão do "direito penal globalizado": enfoque crítico. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos em homenagem a Evandro Lins e Silva: criminalista do século*. São Paulo: Método, 2001.
- ; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. Série as ciências criminais no século XXI. São Paulo: RT, 2002. v. 10.
- ; CERVINI Raúl. *Crime organizado: enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

- GÓMES MONT, Fernando. *La procuración de justicia: problemas, retos y perspectivas*. Legislación vigente y poder de la delincuencia organizada: necesidad de reformas. México: Editorial Amanuense, 1994.
- GOMEZ, Diego J. Duquelsky. *Entre a lei e o direito: uma contribuição à teoria do direito alternativo*. Tradução Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- GÓMEZ, José María. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO; Rio de Janeiro: LPP, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 76-86, out.-dez. 1995.
- . A legislação brasileira em face do crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 5, n. 20, p. 59-69, out.-dez. 1997.
- . A reforma do processo penal. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 8, p. 54-60, 2003.
- . Límites del Estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada: tesis y razones. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 6, n. 23, p. 25-30, jul.-set. 1998.
- . Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 2, n. 8, p. 41-51, out.-dez. 1994.
- . *Três temas de Direito Penal*. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.
- HERRERO HERRERO, César. *Criminologia*. Parte general y especial. Madrid: Dykinson, 1997.
- IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.
- KAISER, Günter. *Introducción a la criminología*. 7. ed. Madrid: Dykinson, 1988.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação processual no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2. ed. Série Princípios fundamentais do direito penal moderno. São Paulo: RT, 1999. v. 3.

- MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. Tradução J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s. d.]. v. II.
- MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCRIM, 1998.
- MONTALVO, José Antonio Choclán. Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación. In: PÉREZ, Carlos Granados et al. *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2001. (*Cuadernos de Derecho Judicial* II-2001.)
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- . *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- . Revisitando o Estado! Da crise conceitual à crise institucional (constitucional). UNISINOS. *Anuário do programa de pós-graduação em direito*, São Leopoldo: Unisinos, p. 69-104, 2000.
- MÜLLER, Friedrich. O futuro do Estado-nação e a nossa luta contra a turboglobalização. In: PETERSEN, Nikolai; SOUZA, Draiton Gonzaga de (Orgs.). *Globalização e justiça*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002a.
- . O que a globalização faz contra a democracia e o que os democratas podem fazer contra a globalização. In: PETERSEN, Nikolai; SOUZA, Draiton Gonzaga de (Orgs.). *Globalização e justiça*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002b.
- NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. A lei da “caixa preta”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 720, p. 581, out. 1995.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- PINTO, Luciana Ferreira L.; BICUDO, Tatiana V. A lei contra o crime organizado exige debate mais sério, por toda a sociedade. *Boletim IBCCRIM*, [s. l.], n. 12, p. 1, jan. 1994.
- PRADO, Geraldo. Da lei de controle do crime organizado: crítica às técnicas de infiltração e escuta ambiental. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Crime organizado e crime econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 4, n. 13, p. 182-190, jan.-mar. 1996.

- . *Mens legis insana, corpo estranho*. In: DOTTI, René Ariel et al. *Penas restritivas de direitos, críticas e comentários às penas alternativas – Lei 9.714, de 25.11.1998*. São Paulo: RT, 1999.
- RINALDI, Stanislao. Criminalidade organizada de tipo mafioso e poder político na Itália. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 6, n. 22, p. 7-25, abr.-jun. 1998.
- SÁNCHEZ, Maria Isabel García de Paz. *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio científico de la Universidad de Valladolid, 1999.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: ———. (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2002.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime organizado. In: BONATO, Gilson (Org.). *Direito penal e processual penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SEQUEIRA, Carlos Antonio Guimarães de. Crime organizado: aspectos nacionais e internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 4, n. 16, p. 260-290, out.-dez. 1996.
- SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: RT, 2002.
- SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos: anotações à Lei 8.072/90*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- . Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 8, n. 31, p. 102-136, jul.-set. 2000.
- . Prefácio. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.
- . Um difícil processo de tipificação. *Boletim IBCCrim*, [s. l.], n. 21, p. 5, [s. d.].
- ; NINNO, Jefferson; SILVA JÚNIOR, José et al. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 1.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. Crime organizado: a nova lei. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 721, p. 396, nov. 1995.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Bases de una dogmática jurídico-penal supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 3, n. 12, p. 34-38, out.-dez. 1995.
- . El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional.

- Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 6, n. 24, p. 65-78, out.-dez. 1998.
- . *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999.
- SILVA, Tadeu A. Dix. Globalização e direito penal brasileiro: acomodação ou indiferença? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 6, n. 23, p. 81-96, jul.-set. 1998.
- SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. Crimes praticados por organizações criminosas inovações da Lei 9.034/95. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 716, p. 403-409, jun. 1995.
- STRECK, Lenio Luiz. A aplicação dos princípios constitucionais: a função corretiva da hermenêutica – o “crime de porte de arma” à luz do controle da constitucionalidade. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- . *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001b.
- . *As intercepções telefônicas e os direitos fundamentais*: Constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001a.
- . As (novas) penas alternativas à luz da principiologia do Estado democrático de direito e do controle da constitucionalidade. In: FAYET JÚNIOR, Ney; CORRÊA, Simone Prates Miranda (Orgs.). *A sociedade, a violência e o direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- ; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- TERRA, Willian de Oliveira. Inovação legislativa em matéria penal: uma delicada solução no combate ao delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 3, n. 12, p. 201-205, out.-dez. 1995.
- VIDAURRI, Alicia González. Globalización, post-modernidad y política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 9, n. 36, p. 9-32, out.-dez. 2001.
- WARAT, Luis Alberto. *Por quien cantan las sirenas*. Florianópolis: UNOESC/UFSC, 1996.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Crime organizado": uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro: Relume/Dumará, ano 1, v. 1, p. 45-67, 1996a.
- . Desafios do Direito Penal na era da globalização. *Consulex: Revista Jurídica*, [s. l.], v. 5, n. 106, p. 26-30, jun. 2001.
- . Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. A legislação brasileira em face do crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 13-23, out.-dez. 1997a.
- . Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 13, p. 182-190, jan.-mar. 1996b.
- . *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte geral*. São Paulo: RT, 1997b.