

ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA
(ESAJ)

SÉRGIO ROBERTO DE ALBUQUERQUE SILVA

CRIME ORGANIZADO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Rio de Janeiro

2019

SÉRGIO ROBERTO DE ALBUQUERQUE SILVA

CRIME ORGANIZADO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal da Escola de Administração Judiciária (ESAJ), como requisito parcial do título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

ORIENTADOR: Professor Desembargador LUCIANO SILVA BARRETO

Rio de Janeiro

2019

SERGIO ROBERTO DE ALBUQUERQUE SILVA

CRIME ORGANIZADO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal da Escola de Administração Judiciária (ESAJ), como requisito parcial do título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

Aprovado em 07 de Janeiro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Anderson de Paiva Gabriel
Escola de Administração Judiciária

Prof. Cláudio Luis Braga Dell'Orto
Escola de Administração Judiciária

Aos Estagiários do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro por manterem vivo em mim o amor ao debate acadêmico.

AGRADECIMENTOS

A minha Mãe e a minha Madrinha, pela noção de humanidade que permeou esse trabalho.

Aos meus filhos, pelo incentivo e assessoria neste estudo.

Ao meu orientador Desembargador Luciano Barreto, por trazer-me a clareza necessária nos momentos de dúvida.

À Professora Maria Carolina, pela tenacidade na transmissão de seus conhecimentos.

Aos membros da Banca Examinadora, Professor Anderson de Paiva Gabriel e Professor Cláudio Luis Braga Dell `Orto, que por suas avaliações dão maior credibilidade a esse trabalho.

À Escola de Administração Judiciária – (ESAJ), por me trazer de volta a paixão pelo estudo sistemático.

“Para que uma pena produza o seu efeito, basta que o mal que ela mesma inflige exceda o bem que nasce do delito.”

(Cesare Beccaria, 2005, p. 93).

RESUMO

Atualmente o crime organizado está entranhado na administração pública e tem ganhado um espaço cada vez maior no cenário criminal brasileiro. A partir desta nova realidade é possível se perceber que o desvio de recursos públicos causam enorme prejuízo ao Estado que se vê privado de recursos para prosseguir com seus compromissos junto a sociedade. Mas há além do já mencionado prejuízo imediato, um reflexo de maior gravidade, quando esses crimes produzem efeitos diferidos no tempo, pois ocultas dentro das fatalidades cotidianas, jazem vítimas da falta de insumos, medicamentos, refeições e outros bens minimamente necessários para se preservar a dignidade humana, e que são desviados ou até nem adquiridos. Dentro desse contexto procura-se questionar se a atual legislação brasileira ou sua aplicação pelos Juízes e Tribunais pátrios atribuem um grau de periculosidade social, em conformidade com a gravidade da lesão a bens jurídicos, provocada pela atuação do crime organizado. Através de uma pesquisa na doutrina e na jurisprudência será feita uma verificação se as penas aplicadas a esse perfil de criminoso não poderiam ter um caráter pedagógico que não fosse atrelado necessariamente ao encarceramento na busca da eficácia que se almeja.

Palavras Chaves: Organização Criminosa. Crimes na Administração Pública. Resposta Penal.

ABSTRACT

Organized crime is currently severely present in the public administration and has gained more space in the Brazilian criminal scenery. From this new reality it is possible to perceive that the deviation of public resources causes huge damage to the state which turns to be deprived of resources to pursue its commitments to society. But beyond the already mentioned immediate problem, there is a more serious reflection, which is when these crimes produce deferred effects over time, because those effects are hidden within the daily fatalities: they affect people because of the lack of inputs, medicines, meals and other minimally necessary resources to preserve the life, human dignity, which are diverted or even not acquired. Within this context, we seek to question whether the current Brazilian legislation or its application by the judges and national courts attribute a degree of social hazard in accordance to the seriousness of the prejudice to legal property caused by the actions of organized crime. Through a research in the doctrine and the jurisprudence, it will be verified if the penalties applied to this profile of criminal could not have a pedagogical character that was not necessarily linked to the imprisonment in the pursue of the desired efficacy.

Keywords: Criminal Organization. Crimes in the Public Administration. Criminal Response.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	12
1.1. Tríade Chinesa.....	13
1.2. Yakusa.....	14
1.3. Máfia Italiana.....	15
1.4. Organização Criminosas Do Brasil.....	16
1.5. O Fenômeno das Milícias.....	17
2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	18
2.1. O Pacte Anticrime.....	22
2.2. O Confisco Alargado De Bens.....	22
3. O DIREITO PENAL E SUAS ORIGENS	24
3.1. Garantismo Penal.....	26
3.2. O Funcionalismo Penal.....	26
3.3. Escolas Do Funcionalismo Penal.....	27
3.4. As Velocidades Do Direito Penal.....	29
3.5. Direito Penal Do Inimigo.....	30
3.6. Direito Penal do Autor.....	33
3.7. A Função Da Pena.....	35
4. CASOS EMBLEMÁTICOS ENVOLVENDO O CRIME ORGANIZADO	38
5. ENTENDIMENTOS DE JUÍZES E TRIBUNAIS	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade discutir a resposta estatal ao crime organizado que atua dentro da estrutura do Estado, numa análise de lesividade versus pena, como forma de questionar se o fato desses crimes produzirem vítimas colaterais não permitiria uma flexibilização de certos institutos jurídico-penais, ou até a implementação de outros para que se tornasse, não mais gravosa, porém mais eficaz o combate a esse fenômeno criminal.

Primeiramente, objetivou-se encontrar um marco histórico que servisse como ponto de partida para o surgimento do que antes de qualquer definição legal, comumente se chamava de crime organizado.

No capítulo seguinte, com intuito de perceber a lógica de funcionamento desses organismos criminosos enumerou-se algumas das principais organizações criminosas que operam no cenário internacional, com suas peculiaridades mais marcantes e o surgimento no cenário nacional dessas atividade criminais organizadas.

O capítulo a seguir visou a evolução dos diplomas legais que buscaram conceituar e aprimorar os instrumentos de combate ao crime organizado.

Igualmente buscou-se as origens do Direito Penal desde a vingança privada, que tinha lugar antes do homem se comprometer com o pacto social, até o Direito Penal contemporâneo, aproveitando-se nesse momento para discorrer sobre alguns pilares doutrinários que sustentam as diversas concepções que se tem desse ramo do Direito.

Apesar da vastidão de conceitos e características que envolvem a matéria penal procurou-se dissecar suas funções, guiando-se principalmente pela ótica da mais conceituada doutrina alemã sobre o tema e, na esteira desse conhecimento, deu-se ênfase ao funcionalismo penal e por desdobramento óbvio o estudo do Direito Penal do inimigo e, ainda, na mesma lógica acadêmica foi elaborado um tópico concernente a função da pena.

Para demonstrar a importância do aprofundamento nesse tema, especificamente foram pesquisados casos exemplificadores em que o crime organizado infiltrou-se na máquina estatal, para também apresentar dados que pudessem atestar seu grau de lesividade.

Passou-se então à análise do tratamento dado pelos Tribunais aos criminosos que compõem a estrutura desses sistemas, no que tange na gravidade dos efeitos que as condutas perpetradas causam a sociedade, mais precisamente verificando se a violência

e a grave ameaça diferidas no tempo influenciam no olhar do julgador ao verificar questões inerentes a periculosidade e se por consequência refletem diretamente nas expectativas da punição para tais delitos.

A pesquisa foi desenvolvida pelo método indutivo, uma vez que partiu-se de uma realidade fática específica de crimes praticados dentro do Estado e se lastreou em pesquisa bibliográfica, em livros, revistas especializadas, artigos de jornais e sites eletrônicos, bem como, na legislação e na jurisprudência, com o escopo de trazer elementos enriquecedores do debate em torno desse tema bastante atual.

Em capítulo derradeiro buscou-se, sem pretensão de exaurimento, apresentar um cenário alternativo ao modelo vigente sem criticá-lo de forma maniqueísta, mas sim sugerindo ideias que pudessem torná-lo mais eficaz.

1. ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Para Francis Rafael Beck, a criminalidade organizada é indistintamente utilizada como gênero que comporta as mais variadas espécies de crimes, só para citar alguns exemplos: lavagem de dinheiro, fraude nos sistemas financeiros, tráfico de mulheres, crianças e drogas e muitos outros diversos ou assemelhados.

Segundo o autor, induzido seja pela mídia ou pela literatura pouco técnica, o imaginário popular passou a entender que qualquer delito realizado por um grupo dotado de um mínimo de organização seja considerado uma organização criminosa, em uma análise mais de cunho sociológico do que propriamente jurídico.

E prossegue o autor afirmando que à primeira vista, ao se tentar formular ou ao menos delimitar o conceito de crime organizado, precisa-se tomar cuidado para não se perseguir uma definição única para o fenômeno, pois dependendo do ângulo com que se analise essa modalidade criminosa, as formas conceituais podem assumir variados contornos, eis que a definição nem sempre se refere ao mesmo acontecimento, e ressalta o autor que qualquer representação desse objeto poderia levar a uma restrição ou a uma amplitude exagerada, mas destaca que diferentemente da dificuldade de se estabelecer um conceito estático de organização criminosa, tarefa menos árdua é enumerar suas características.¹

Nesse sentido, Danilo Fontenele Cunha, afirma que existem algumas características que embora não estejam presentes em 100% das organizações criminosas, aparecem de forma contumaz, quais sejam:

a) a infiltração de seus agentes no Estado para corromper ou obter informações privilegiadas; b) criminalidade difusa, ou seja, as vítimas são pessoas indeterminadas; c) a baixa visibilidade dos danos em um primeiro momento que causam impacto somente quando descobertos os fatos; d) alto grau de operacionalidade pela disponibilidade exclusiva dedicada ao esquema criminoso; e) a utilização de equipamentos de última geração, muitas vezes superiores aos do poder público.²

¹BECK, F R.. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p.63.

²CUNHA, D.F.S. **Criminalidade Organizada: antigos padrões, novos agentes e tecnologias**. *Ponto Urbe Online*, São Paulo, Jul. 2014. Disponível em: <<https://journals.opened.itionorg/pontourbe/1752>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

Contudo, se conceituar organização criminosa é uma tarefa árdua, não menos difícil é estabelecer suas origens, conforme nos direciona o mestre Eduardo Araújo da Silva:

A origem da criminalidade organizada não é de fácil identificação, em razão das variações de comportamentos em diversos países, as quais persistem até os dias atuais. Não obstante essa dificuldade, a raiz histórica é traço comum de algumas organizações, em especial as máfias italianas, a Yakusa japonesa e as Tríades chinesas. Essas associações tiveram início no século XVI como movimento de proteção contra arbitrariedades praticadas pelos poderosos e pelo Estado, em relação as pessoas que geralmente residiam em localidades rurais, menos desenvolvidas e desamparadas de assistência dos serviços públicos. Para o crescimento de suas atividades, esses movimentos contaram com conivência de autoridades corruptas das regiões onde ocorriam os movimentos político-sociais.³

É de se ressaltar, que já nessas organizações criminosas surgidas há bastante tempo verifica-se, como bem ressaltou o autor, o envolvimento necessário de autoridades corruptas que davam substância às atividades por elas praticadas, muito embora cada uma tenha suas próprias características e modo próprio de atuação como se pode averiguar através das peculiaridades das mais conhecidas pelo mundo.

1.1. Tríade Chinesa

Conforme descreve De Leon Petta, diferentemente das máfias italiana e japonesa, às Tríades Chinesas não possuem uma estrutura hierarquizada ou piramidal, e outra característica que domina o imaginário popular, mas não traduz a realidade dos fatos é que não existe somente uma tríade na China, o que existem são várias tríades chinesas, que são ramificações a partir de um núcleo comum que disputam espaço dentro do País e na Ásia de um modo geral.

Há quem descreva essa organização como uma espécie de maçonaria chinesa não pelo aspecto criminológico evidentemente, mas pelo caráter esotérico, pois igualmente a maçonaria adota símbolos, credos e cerimônias e até mesmo o seu nome original teria uma origem mitológica, “Sociedade do Céu, da Terra e do Homem”

Atualmente se tem conhecimento de 3 principais bases de atuação dessas organizações, sendo elas Hong Kong, Macau e Taiwan.

³SILVA, E. A. **Crime Organizado: Procedimento probatório**. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 20.

Ressalte-se que embora exista uma ligação automática entre a palavra tríade e crime, por se tratarem de sociedades secretas, existem braços dessas sociedades que exploram atividades lícitas, pois se trata mais de uma rede de contatos do que uma organização apenas para fins criminosos.⁴

1.2. Yakusa

André Bernardo, discorrendo sobre outra famosa organização criminosa, a *Yakuza* Japonesa, traz de pronto uma peculiaridade de que embora criminosa, esta organização é legal no Japão, pois está protegida pelo direito constitucional da livre associação e destaca também uma curiosidade quanto a origem do seu nome, que vem de um jogo de cartas popular no País, *oicho-kabu*, que tem uma sequência numérica considerada a mais baixa, 8(ya), 9(ku) e 3(za), por isso o nome significa algo inútil ou sem valor, porém seus integrantes preferem o termo *gokudo*, que significa caminho sem volta.

Afirma o autor, que a *Yakuza* ao mesmo tempo que ajuda desabrigados em desastres naturais ocorridos no País, também é capaz de explorar mão de obra de indigentes e desempregados e estima que a maior parte do dinheiro dos Yakuza vem dos negócios escusos, vindo uma parcela significativa de seu faturamento, ainda que menor, de atividades lícitas.

Quanto a estrutura esclarece que é familiar e composta de Padrinhos (*oyabun*), e afilhados, (*kobun*) e pelas dificuldades de renovar seus quadros recruta 1/3 de seus membros de grupos de delinquentes juvenis que recebem aulas de artes marciais e manejo de arma branca, visto que no Japão é proibido o uso de armas de fogo, existindo um rígido código de silêncio, juramento de não traficar drogas, não tirar dinheiro da organização, não desobedecer ordens dos superiores e jamais recorrer à polícia ou a justiça.

Os membros atuais têm evitado cobrir o corpo de tatuagens como no passado, para não mais chamar atenção da polícia, pois apesar do direito constitucional de organização, leis anti-*yakuza* surgiram nos anos 90, permitindo escutas telefônicas, delações premiadas e proteção a testemunhas, se tornando, inclusive, a partir de 2011,

⁴PETTA, L. **As Tríades e as Sociedades na China. Entre o Mito e a Desmistificação.** Revista Brasileira de Ciências. Online. São Paulo, v. 32, n. 93, fev. 2017. Disponível em : < https://www.researchgate.net/publication/314090919_As_Triades_e_as_Sociedades_Secretas_na_China_Entre_o_mito_e_a_desmistificacao >. Acesso em: 16 fev. 2019.

proibido se fazer negócios com membros desta máfia.⁵

A revista Fortune estimou o faturamento da *Yakuza* em US\$ 80 bilhões, e afirma que embora seja uma das mais conhecidas e antigas máfias do mundo, a *Yakuza* parece estar com seus dias contados.⁶

1.3. Máfia Italiana

A *Cosa Nostra* Italiana é talvez a mais conhecida das organizações criminosas do mundo e praticamente se tornou um sinônimo de máfia no senso popular.

Porém, a *Cosa Nostra* na verdade, longe de ser um sinônimo de máfia, é apenas o nome que se dá a uma das organizações mafiosas que existem no território italiano, existindo, ainda, a *Ndrangheta*, *Camorra* e *Sacra Corona Unitá*, entre outras, que segundo o site eletrônico especializado, *Estilo Gangster*, originariamente se estruturavam desta forma:

Boss, todos os membros de uma Família elegem seu próprio líder; *Underboss*, o subchefe, na ausência do representante, torna-se automaticamente o regente de todo o clã; *Conselheiro*, braço direito do chefe, normalmente é o afiliado mais velho da família; *Capodecina*, intermediário entre o chefe e os soldados e demais afiliados; *Soldado* ou homem de honra, membro da Família é ritualmente filiado e tem muito peso na organização e no meio social que transita, responsável pela realização de atividades como assassinato, tráfico de drogas, operações de agiotagem, extorsão, e recolhimento de dívidas; *Avvicinato*, cada membro de uma Família trabalha com um ou mais aspirantes mafiosos ainda não afiliados, possíveis candidatos para a filiação, a posição do “*avvicinato*” pode demorar vários anos ou mesmo para sempre.⁷

Segundo os investigadores italianos, estima-se que as máfias faturem por ano cerca € 150 bilhões (cerca de R\$ 675 bilhões).⁸

⁵BERNARDO, A. **Conheça a Yakuza, uma máfia legal.** *Super Interessante*, São Paulo, jun 2016. Seção Sociedade. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/sociedade/conheca-a-yakuza-uma-mafia-legal/>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

⁶**AS 5 maiores organizações criminosas do mundo.** *Época Negócios Online*, 22 set.2014. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Dilemas/noticia/2014/09/5-maiores-organizacoes-criminosas-do-mundo.html>>. Acesso em: 18 fev.2019.

⁷**COMO é estruturada a Máfia italiana: conheça a verdade.** *Estilo Gangster*, fev 2016. Disponível em : <<https://www.estilogangster.com.br/com-e-estruturada-cosa-nostra/>>. Acesso em : 16 fev.2019.

⁸MARQUES, G. **Máfia italiana expande atividades e tem bases logísticas no Brasil.** *G1.Globo*. Jul.2018. Seção Mundo. Disponível em :<<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/07/26/mafia-italiana-expande-atividades-e-tem-bases-logisticas-no-brasil.ghtml>>. Acesso em 16 fev.2019.

Essas organizações anteriormente descritas compõem, segundo Guaracy Mingardi, a modalidade tradicional de organização criminosa, em que o modelo de relacionamento entre os membros é o apadrinhamento, pois essa modalidade de organização só permite o ingresso de qualquer indivíduo nos seus quadros mediante recomendação de um membro antigo.⁹

1.4. Organização Criminosas Do Brasil

Segundo Eduardo Araújo, no Brasil, é possível identificar como antecedente da criminalidade organizada, o movimento conhecido como cangaço que atuou no sertão nordestino, entre o final do século XIX e o começo do século XX tendo como origem as condutas dos jagunços e dos capangas dos grandes fazendeiros e a atuação do coronelismo. Os cangaceiros organizavam-se hierarquicamente dedicando-se a saquear vilas, fazendas e pequenas cidades, extorquir dinheiro mediante ameaça de ataque e pilhagem ou sequestrar pessoas importantes e influentes para depois exigir resgates, e contavam com o apoio de fazendeiros e políticos, inclusive de policiais corruptos, que lhe forneciam armas e munições.

Todavia o jogo do bicho no começo do século XX, é tido como a primeira infração penal organizada no Brasil, tal contravenção foi popularizada e patrocinada por grupos organizados, através de policiais e políticos corruptos.

Ainda segundo o autor, outras organizações mais recentes e violentas emergiram no interior das prisões, nos anos de 1970 e 1980, no Rio de Janeiro. Por exemplo, a “Falange Vermelha”, formada por chefes de quadrilhas especializadas em roubos a bancos, nascida no presídio da Ilha Grande; o “Comando Vermelho” comandado por líderes do tráfico de drogas originada no presídio carioca Bangu I; e sua dissidência, o Terceiro Comando, criado em virtudes de divergências quanto ao modo das práticas criminosas daquele Comando Vermelho.¹⁰

⁹ MINGARDI, G. **Inteligência Policial e Crime Organizado**. In: Renato Sérgio de Lima; Liana de Paula. (Org.). Segurança Pública e Violência. São Paulo: Contexto, 2008, p. 43.

¹⁰ SILVA, E. A. **Crime Organizado: procedimento probatório**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.25.

1.5. O Fenômeno das Milícias

Embora essas Organizações Criminosas, criadas dentro do território brasileiro, contassem, em alguns casos, com a participação de agentes públicos para perpetrar suas condutas delitivas, não seria possível prever que dentro da própria polícia do Estado, surgiriam, através de milícias armadas, uma indústria criminosa, que rivalizando com as facções já conhecidas, tomaria conta das comunidades mais carentes com uma pretensa legitimidade de substituição ao poder regular do Estado.

Essa nova face do crime organizado apesar de apresentar diversas configurações, tem pontos comuns conforme a Mestre em Estudos Estratégicos, Thaiane Mendonça:

No caso do Brasil contemporâneo, o termo é utilizado para designar grupos formados principalmente por policiais e ex-policiais (militares, geralmente), bombeiros e agentes penitenciários com treinamento militar, portanto pertencentes às instituições estatais, que se dão a função de “proteger” e “fornecer” segurança para uma localidade. Geralmente, as milícias se “responsabilizam” por proteger a comunidade de grupos de traficantes. Há diversas configurações possíveis para esses grupos, alguns contando até mesmo com civis. É inegável, contudo, que a grande maioria é resposta e consequência de anos de políticas de segurança falhas e pouco efetivas.

Os grupos mais comuns atualmente são aqueles que eram chamados de “grupos de extermínio” a partir dos anos 1960 principalmente na Zona Oeste do Rio e na Baixada Fluminense, mas que também podiam ser encontrados em outras cidades do país. A particularidade interessante dos grupos hoje em dia está na diversificação dos “serviços” oferecidos. Além de prover segurança, muitos deles controlam o fornecimento local de botijões de gás, pedágio e taxa para a proteção, sinal clandestino de TV a cabo e linhas de transporte alternativo. Além disso, há o claro controle militarizado de parcelas do território em que atuam. A população, em vez de tutelada pelo Estado, encontra-se sob a tutela desses grupos.

Historicamente, as favelas cresceram afastadas do controle disciplinar do Estado. Esse crescimento apartado dos “bairros formais” da cidade fez com que estabelecessem uma série de dinâmicas e relações sociais específicas que mesclam o legal e o ilegal. Por essa razão e também pela particular geografia dos morros cariocas, a partir dos anos 1970 as favelas tornaram-se o local ideal para os grupos narcotraficantes, já que seriam partes da cidade que poderiam ser facilmente controladas.

Pelo fato de o comércio ilegal de drogas ser intrinsecamente violento, não são raros os confrontos entre grupos traficantes rivais buscando controlar ainda mais territórios para viabilizar seu negócio. Com isso, a população dessas comunidades sente-se cada vez mais ameaçada e insegura. Associado à grande insegurança da população local e a uma lógica de sociabilidade que emula as atividades do Estado, já que este sempre esteve presente de forma débil, o ambiente torna-se favorável ao estabelecimento de grupos como as milícias.

A história mais comum sobre a origem das milícias como se conhece hoje é que teriam surgido a partir da experiência de Rio das Pedras, bairro/favela da Zona Oeste da cidade do Rio de Janeiro, próximo a Jacarepaguá, Itanhangá e Anil. Inicialmente, havia um acordo tácito entre

os moradores e o que se chamava “polícia mineira”. A função da polícia mineira era garantir a segurança dos moradores contra os grupos traficantes, e existia uma regra de conduta mais ou menos aceita e respeitada pelos dois lados. Havia, com isso, uma “paz cínica” no local, já que a polícia mineira mantinha o território e a sua população sob um controle militarizado à margem do controle estatal, provendo uma falsa sensação de segurança, pois eles impediam a atuação violenta dos grupos traficantes ao prover um serviço que deveria ser responsabilidade do Estado.¹¹

Todavia, essa é a parte visível da criminalidade patrocinada por agentes públicos, pois, há ainda a criminalidade organizada, praticada sem recurso à violência e por isso menos visível aos olhos da opinião pública, que é a instalação dentro da própria Administração Pública de esquemas de desvio de dinheiro e superfaturamento de bens e serviços.

Como se percebe, embora haja diversas formas de nomenclatura com a qual se apresentam, todas essas organizações têm em comum o potencial de abalar a estrutura econômica do Estado, piorando qualidade de vida de toda a sociedade, seja pela violência, seja pelo ônus que geram para o Estado, impedindo o seu desenvolvimento regular, pois envolvido estará no combate a esse dentre outros modelos de criminalidade.

Portanto para se entender como o Estado procura combater esse moderno fenômeno criminoso, se faz necessário estudar a evolução legislativa brasileira nesse campo.

2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Objetivando entender a evolução legislativa ao tratar dos crimes por associação de agentes no Brasil, é necessário olhar primeiramente para a publicação original do Decreto Lei nº 2848 de 1940, em seu título IX: Dos Crimes Contra a Paz Pública, que descrevia no seu artigo 288, o tipo penal para agentes que associavam-se com o ânimo de cometer crimes.

Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes ¹²

¹¹MENDONÇA, T. **Milícias: breve histórico e suas relações com o poder**. *Net*, Rio de Janeiro, abr. 2019. teoria e debate. Disponível em: < <https://teoriaedebate.org.br/2019/04/24/milicias-breve-historico-e-suas-relacoes-com-o-poder/>>. Acesso em: 06 dez. 2019.

¹²BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 09 fev. 2019.

Mais tarde, a Lei nº 9034/95 trouxe inovações quanto aos meios de obtenção de provas e procedimentos investigatórios, porém não conceituou Organizações criminosas:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas¹³

Posteriormente, a Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, que surgiu como diploma alterador da Lei nº 9034/95, e apesar de também versar sobre os meios de prova e procedimentos investigatórios, nomeou três formas distintas de concurso obrigatório de agentes; Quadrilha ou Bando, Associação e Organização Criminosa.

Art. 1º Esta 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.¹⁴

Porém, assim como o diploma anterior esta lei também não trouxe uma definição clara do que seria a figura típica de uma Organização Criminosa e além disso, continuou se valendo da definição típica de Quadrilha ou Bando, do artigo 288, do Código Penal, anteriormente aqui transcrita, ao se referir a crimes cometidos em Associação Criminosa.

Tal cenário permaneceu inalterado até que o Brasil incorporou em seu ordenamento jurídico, através do Decreto Executivo nº 5015 de março de 2004, o texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000, conhecida como Convenção de Palermo.

O artigo segundo desta convenção inspiraria os diplomas penais brasileiros que ainda seriam editados, quando de forma mais abrangente conceituou organizações criminosas:

Art. 2º Grupo estruturado de 3 ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.¹⁵

¹³BRASIL. Lei nº 9034 de 03 de maio de 1995. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9034-3-maio-1995-348988-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 09 fev. 2019.

¹⁴BRASIL. Lei nº 10.217 de 11 de Abril de 2001. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2001/lei-10217-11-abril-2001-358150-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 09 fev. 2019.

¹⁵BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm>. Acesso em: 11 fev. 2019.

É de se ressaltar ainda que apesar de trazer uma luz sobre que tipo de estrutura criminosa poderia ser classificada como organização criminosa, e tal classificação ter sido adotada pela incorporação via decreto executivo do texto da Convenção de Palermo, permaneceu uma lacuna no ordenamento jurídico pátrio, pois não houve discussão do parlamento brasileiro sobre classificação em questão, nesse sentido, Luiz Flávio Gomes, discorre:

O que resulta aprovado, por decreto legislativo, não é fruto ou expressão das discussões parlamentares, que não contam com poderes para alterar o conteúdo do que foi celebrado pelo Presidente da República. Uma vez referendado o Tratado, cabe ao Presidente do Senado Federal a promulgação do texto (CF. art. 57, § 5º), que será publicado no Diário Oficial. Mas isso não significa que o Tratado já possua valor interno. Depois de aprovado ele deve ser ratificado (pelo Executivo). Essa ratificação se dá pelo Chefe do Poder Executivo que expede um decreto de execução (interna), que é publicado no Diário Oficial. É só a partir dessa publicação que o texto ganha força jurídica interna.¹⁶

Ademais, o Ministro Celso de Mello na relatoria do Agravo Regimental, no Recurso Ordinário em HC 121.835, sobre a impossibilidade de uma denúncia ter como embasamento legal a Convenção de Palermo proferiu seu voto no sentido que:

Nem se diga, como afirmado no acórdão ora recorrido, que a ausência de lei formal definidora do delito de organização criminosa seria supável pela invocação da Convenção de Palermo, o que bastaria para configurar, no plano da tipicidade penal – segundo sustentado pelo E. Superior Tribunal de Justiça –, a existência do delito de organização criminosa, como infração penal antecedente, considerado o texto normativo da Lei nº 9.613/98, em sua primitiva redação. Cumpre ter presente sempre, que, em matéria penal, prevalece o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois – não é demasiado enfatizar – a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal.¹⁷

Finalmente a primeira definição jurídica de organização criminosa, elaborada pelo legislador pátrio surgiu com entrada em vigência da Lei nº 12.694/12, porém essa definição foi em caráter específico para efeitos processuais da referida lei.

¹⁶GOMES, L F. **Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo**. *Net*, maio. 2009 Disponível em: <<https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1060739/definicao-de-crime-organizado-e-a-convencao-de-palermo>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. **A G .Reg. no recurso ordinário em Habeas Corpus.nº.121.835**. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/237483210/andamento-do-processo-n-121835-medida-cautelar-recurso-ordinario-30-09-2015-do-stf?ref=topic-lawsuit>>. Acesso em: 07 nov. 2019.

Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.¹⁸

Outra peculiaridade da Lei nº 12694/12 foi permitir ao juiz decidir sobre a formação de um colegiado visando preservar a integridade dos magistrados que atuassem em processos das agora já conceituadas organizações criminosas.

Apesar de tal relevância não teve uma vigência longa a Lei nº 12.694/12, pois em 02 de agosto de 2013, passou a vigor a Lei nº 12.850/13, trazendo outra conceituação de organização criminosa em seu artigo 1º; § 1º.

Art. 1º, § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.¹⁹

No entanto, deve-se ressaltar que até a entrada em vigência deste último diploma normativo a organização criminosa era uma forma de praticar crimes resultando somente em consequências penais e partir desta a lei é que passou a realmente ser considerado crime com o seu artigo 2º:

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:
Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.²⁰

Contudo, é fato que a nova legislação apesar do avanço visível na conceituação e cominação de penas já nasceu em descompasso com o grau de sofisticação das mentes criminosas e suas novas tecnologias, motivo pelo qual já tramita no Poder Legislativo um Projeto de Lei da autoria do Ministro da Justiça, que tem como finalidade precípua o combate ao crime organizado.

¹⁸BRASIL. Lei nº 12.694 de 24 de jul de 2012. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2001/lei-10217-11-abril-2001-358150-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 11 fev. 2019.

¹⁹BRASIL. Lei nº 12.850 de 02 de ago de 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12850-2-agosto-2013-776714-normaatualizada-pl.pdf>>. Acesso em : 13 fev.2019.

²⁰ Id.. Lei nº 12.850 de 02 de ago de 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12850-2-agosto-2013-776714-normaatualizada-pl.pdf>>. Acesso em : 13 fev. 2019.

2.1. O Pacote Anticrime

O Chamado pacote anticrime do Ministro da Justiça, Sérgio Moro, traz algumas medidas das quais se destacam o endurecimento de penas para que todos os condenados reincidentes ou com indícios de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional já comecem a cumprir pena em regime fechado, a não ser que os crimes anteriores sejam insignificantes ou de reduzido potencial ofensivo, diferentemente da norma atual que não impede que reincidentes comecem a cumprir pena em regime aberto ou semiaberto.

A prisão em segunda instância, para que como regra, o tribunal de segunda instância determine a execução da pena, no entanto, o tribunal poderá negar a prisão, por exceção, se houver uma questão legal ou constitucional relevante a ser resolvida no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal.²¹

A bem da verdade esta última matéria está atualmente prejudicada pelo novo posicionamento da Suprema Corte que entende a necessidade do exaurimento de todas as vias recursais.

E finalmente o confisco alargado no qual o presente estudo se dedicou maior relevo por estar umbilicalmente ligado ao tema proposto:

2.2. O Confisco Alargado De Bens

Como bem elucida Rogério Tadeu Romano ao diferenciar esse instituto daqueles confiscos já positivados:

O confisco é o efeito civil de uma sentença condenatória penal por cometimento de crimes, e visa impedir que o produto do crime venha enriquecer o patrimônio do delinquente.

Há ainda segundo o autor o confisco por equivalência, que não visa atingir o resultado do crime, mas sim bens que proporcionalmente apresentem o mesmo valor auferido pelo agente criminoso.

O confisco alargado seria uma terceira espécie dessa ferramenta coercitiva que o chamado pacote anticrime pretende incorporar ao ordenamento jurídico brasileiro.

²¹NEVES, R. **Pacote anticrime de Moro ponto a ponto**: veja como a lei é hoje e o que pode mudar. *Net, Brasília-DF*, fev. 2019. Congresso em Foco. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/> .htm>. Acesso em: 16 nov. 2019.

No referido confisco o Poder Público fica autorizado a retirar da propriedade do condenado por organização criminosa, toda a parcela do patrimônio cuja a origem lícita não se consiga comprovar.

Embora tenha aspecto de inovação, o instituto foi inspirado em sistemas penais alienígenas, por exemplo, de Portugal, Espanha e Alemanha, onde o confisco alargado é amplamente utilizado.²²

Porém essa ferramenta não fica imune a críticas, como por exemplo, as colocações do Mestre em Processo Penal, Filipe Magliarelli:

Entretanto, a grande questão que se coloca no confisco alargado é o evidente desrespeito à presunção de inocência. A Constituição federal garante que os acusados sejam presumidamente inocentes e devem ser tratados como tal até que haja condenação definitiva. Consequentemente, também serão presumidamente lícitos os bens dos acusados enquanto não se demonstrar o contrário, e a prova da origem ilícita dos bens cabe à acusação em geral, ao Ministério Público.

Por sua vez, o confisco alargado inverte essa lógica e põe sobre o acusado a obrigação de comprovar que seus bens decorrem de proventos lícitos, sob pena de confisco. Ou seja, parte-se do pressuposto de que os bens do acusado são ilícitos até que sua defesa demonstre o contrário. Assim, sob o pretexto de modernizar o combate à criminalidade, retira-se da acusação o ônus de comprovar o nexo entre os bens do acusado e os crimes pelos quais está sendo investigado, abrindo-se a porteira para uma desenfreada intromissão estatal no patrimônio dos cidadãos.

Mas não é só. O confisco alargado ainda permite que bens sejam bloqueados com base numa dupla presunção. A primeira é a de que alguém, por não conseguir comprovar a origem de seu patrimônio, estaria envolvido em crimes, até mesmo em outros além daqueles pelos quais já está sendo acusado. A segunda, a de que o patrimônio de origem incerta tenha sido obtido com a prática desses crimes.

Acontece que nem todo patrimônio não declarado tem origem necessariamente criminosa. A possibilidade de adoção do confisco alargado é alarmante num país onde o trabalho informal representou, em 2017, 40,8% de toda população ocupada (segundo o IBGE). É bem verdade que o trabalho informal pode causar eventual elisão de impostos, que atualmente pode ser combatida nos âmbitos tributário e, eventualmente, penal. Mas esse tipo de trabalho, em si, pode não ser necessariamente ilícito, por isso os rendimentos dele decorrentes não deveriam ser automaticamente confiscados pelo Estado²³

²²ROMANO, R. T. **O confisco alargado**. Net, fev. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72039/o-confisco-alargado>> . Acesso em: 27 nov. 2019.

²³MAGLIARELLI, F. A. **Precisamos discutir o confisco alargado**. Net, São paulo, fev. 2019. Seção Opinião. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,precisamos-discutir-o-confisco-alargado,70002715795>> . Acesso em: 27 nov. 2019.

Contudo, há a necessidade de toda uma verificação sobre os princípios constitucionais e a inserção de métodos utilizados em outros países. Inicialmente, o confisco alargado mostra-se à frente no que tange às medidas assecuratórias, podendo satisfazer os anseios legais de reparação, ou ainda, a redução desse modelo de criminalidade, mas é certo que deverá sofrer amplos debates e uma profunda análise no seu modo de aplicação e seus efeitos.

Apesar de toda essa odisseia legislativa, primeiro para conceituar essas associações de indivíduos que em conluio organizado praticam crimes e depois para aperfeiçoar os mecanismos de investigação e cominar-lhes pena, e mais recentemente o endurecimento de normas vigentes, ainda, persiste a dúvida se o Estado através de uma das funções do Direito Penal tem como desestimular os membros de tais organizações.

Tendo em vista que esse projeto do pacote anticrime claramente mostra uma tendência a endurecer ainda mais as regras para o enfrentamento desses novos atores do crime, uma dúvida se apresenta, se há um reconhecimento implícito de que as garantias constitucionais que permeiam um Estado Democrático de Direito, e as finalidades atribuídas ao Direito Penal, bem como as funções da pena no nosso ordenamento jurídico serviriam, sim, como escudo para o criminoso que opera somente em esquemas milionários de corrupção.

3. O DIREITO PENAL E SUAS ORIGENS

No começo havia o que se chamava de vingança privada, quando a própria vítima ou seus familiares, ou até mesmo a tribo a que pertenciam, buscavam a retaliação, não havendo geralmente proporcionalidade entre reação e agressão.

Diante da possibilidade de aniquilação de famílias e tribos inteiras, foram então criados os castigos na mesma medida da culpa, o que se conhece por lei do talião, porém mesmo essa forma poderia acarretar a morte do infrator, então evoluiu-se para a composição em que o mal poderia ser compensado por bens materiais que satisfizessem o senso de justiça do ofendido, mas ainda era na esfera privada que se resolviam as contendas.

Já na vingança divina que era um direito penal imposto pelos sacerdotes da tribo, o crime era visto como pecado e o que se buscava era a salvação da alma do infrator, através penas progressivamente severas e cruéis.

Igualmente cruéis eram as penas da chamada vingança pública que na verdade, tinham como pano de fundo a proteção da classe dominante, penas que variavam, entre a morte na fogueira, esquartejamento ou sepultamento em vida, e outras afins, além disso os processos eram sigilosos, e o réu não sabia nem o crime que lhe imputavam, pois se era inocente não precisaria de defesa e se culpado fosse não teria direitos.

Com a República Romana ocorreu a separação entre o direito e a religião, a vingança privada foi abolida passando a ser função do Estado o direito e o dever de punir.

Já no Direito Germânico a ofensa era tarifada de acordo com as posses do infrator visando uma composição de danos e se não houvesse essa possibilidade por motivo de hipossuficiência eram aplicados castigos corporais.

O Direito Canônico que primeiramente tinha apenas um caráter disciplinar, visava a recuperação dos criminosos através do arrependimento, recorrendo muitas vezes a métodos severos para obtê-lo. A penitenciária foi criada nesta fase, pois era o local onde o condenado não poderia cometer crimes, se arrependeria dos seus erros, podendo voltar ao convívio social.

Até a inquisição os tribunais eclesiásticos não costumavam aplicar penas capitais, no entanto a partir do processo inquisitorial era dispensada a prévia acusação tendo as autoridades eclesiásticas total liberdade de agir conforme seu entendimento.

Com a propagação das ideias iluministas no século XVII, houve um imperativo para proteção da liberdade individual frente ao arbítrio do Estado, com o banimento das torturas, com fundamento na piedade, na compaixão e o respeito a pessoa humana, almejava-se uma lei simples de ser entendida e seu conteúdo deveria conter o mínimo necessário para combate ao crime, devendo o processo ser rápido e eficaz.

O período contemporâneo começa com a publicação do livro, O Homem Delinquente, de Cesare Lombroso e o surgimento dos primeiros códigos liberais como decorrência do movimento humanitário.

No momento o Direito Penal, submetido a novos grandes desafios, vem sendo alvo de muitos questionamentos sobre sua legitimidade e eficácia.²⁴

²⁴AGUIAR, L. **Evolução Histórica do Direito Penal**. 2016. Disponível em: <<https://www.https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/324823933/evolucao-historica-do-direito-penal>>. Acesso em: 21 nov.2019.

3.1. Garantismo Penal

A doutrina do garantismo penal é um modelo universal, e por isso se tornou uma meta a ser alcançada pelos operadores do Direito, deve ele englobar, assim, todas as fases do sistema penal, desde a criação da lei penal, já na eleição dos bens jurídicos mercedores de sua tutela, a validade das normas e princípios do Direito e do Processo Penal, o respeito as regras e garantias inerentes à atividade jurisdicional, a regular função dos sujeitos processuais, as peculiaridades da execução penal e tudo mais que envolva a condição que se encontra aquele que está a mercê do direito/dever do Estado de puni-lo.

Esses são os ensinamentos de Cleber Masson, afirmando que a doutrina moderna divide o garantismo penal em monocular e binocular ou integral.

Sendo que a preocupação do garantismo monocular é unicamente com os interesses do acusado, podendo em situações extremas favorecer exageradamente os anseios do agente, daí ser rotulado como hiperbólico monocular.

De outro viés, o garantismo binocular ou integral volta a sua atenção igualmente, é verdade, para as pretensões do agente, mas também para as pretensões da sociedade.²⁵

3.2. O Funcionalismo Penal

Segundo o magistério de Cleber Masson, o funcionalismo penal foi um movimento doutrinário surgido na Alemanha a partir da década de 70, com a finalidade de submeter a dogmática penal aos fins específicos do Direito penal, por se tratar de um movimento posterior ao finalismo e que se aproveitou dos fundamentos desse, é chamado também de pós-finalismo, sua ideia era abandonar o tecnicismo jurídico na análise da adequação típica, vislumbrando no tipo penal a sua verdadeira função de pacificação social e aplicador da política criminal, advindo daí sua nomenclatura de sistema funcional.²⁶

Para os funcionalistas o Direito Penal só poderia ser usado na medida necessária para a proteção de bens jurídicos, ou seja, só se houvesse lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico o Direito Penal seria chamado a atuar. Outras características desse movimento seriam o desapego ao formalismo exagerado, e a prevalência do jurista sobre o legislador, pois, para os funcionalistas, a lei, fruto do trabalho do legislador, seria só um

²⁵MASSON, Cleber. **Direito Penal. Parte Geral**. 12. ed. São Paulo: Forense, 2018, p. 101.

²⁶ *ibid.*, p. 102.

ponto de partida que não teria o condão de tirar a liberdade do jurista na sua atividade, conforme nos direciona ainda Cleber Masson,

O funcionalismo penal questiona a validade do conceito de conduta desenvolvido pelos sistemas clássico e finalista. E, ao conceber o Direito como regulador da sociedade, delimita o âmbito das expectativas normativas de conduta, vinculando-se à teoria da imputação objetiva.

Busca-se o desempenho pelo Direito Penal de sua tarefa primordial, qual seja, possibilitar o adequado funcionamento da sociedade.

Isso é mais importante do que seguir a risca a letra fria da lei, sem desconsiderá-la totalmente, sob pena de autorizar o arbítrio da atuação jurisdicional. O intérprete deve almejar a real vontade da lei e empregá-la de forma máxima, a fim de desempenhar com esmero o papel que lhe foi atribuído pelo ordenamento jurídico. No entanto, essa mitigação do texto legal encontra limites e, neste ponto, o funcionalismo apresenta duas concepções: 1) funcionalismo moderado, dualista ou de política criminal, capitaneado por Claus Roxin (Escola de Munique); e 2) funcionalismo radical, monista ou sistêmico, liderado por Gunther Jakobs (Escola de Bonn). Com efeito, o funcionalismo de Roxin preocupa-se com os fins do Direito Penal, ao passo que a concepção de Jakobs se satisfaz com os fins da pena, ou seja, a vertente de Roxin norteia-se por finalidades político criminais, priorizando valores garantistas, enquanto a orientação de Jakobs leva em consideração apenas necessidades sistêmicas, e o Direito Penal é que deve se ajustar a elas. Em suma, sustenta o funcionalismo que a dogmática penal deve ser direcionada à finalidade precípua do Direito Penal, ou seja, à política criminal. Essa finalidade seria a reafirmação da autoridade do Direito, que não encontra limites externos, mas somente internos (Gunther Jackobs) ou então a proteção de bens jurídicos indispensáveis ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, repetando os limites impostos pelo ordenamento jurídico (Claus Roxin).²⁷

Em que pese o autor se refira a corrente de pensamento desses dois grandes expoentes do movimento funcionalista, a função do Direito Penal é ainda fruto de muitas outras discussões doutrinárias por cada um que enfrenta a missão de defini-la, portanto, o presente trabalho também privilegia essas duas escolas de pensamento por serem suficientes a pavimentar o caminho que se quer perseguir dentro de uma lógica acadêmica.

3.3. Escolas Do Funcionalismo Penal

A primeira Escola, de Munique, é chamada de funcionalismo racional teleológico por ser guiado pela razão, pelo equilíbrio e porque aduz que a finalidade do Direito Penal é ajudar na solução dos problemas sociais.

²⁷MASSON, Cleber. **Direito Penal . Parte Geral**. 12. ed. São Paulo: Forense, 2018, p. 102.

Também é conhecido como um funcionalismo moderado por ter limites impostos pelo próprio Direito Penal e pelos demais ramos do Direito. E também dualista por ser um sistema de regras, de valores e princípios, mas que convive com o sistema jurídico em geral, além disso é um funcionalismo de política criminal, pois defende que a lei deve ser aplicada segundo os anseios da sociedade, de acordo com os valores da sociedade, o que não deve ser confundido como um Direito Penal de clamor público, entendendo-se que política criminal é um filtro entre a letra da lei e os valores da sociedade.

Conforme explica Masson. Para o penalista Claus Roxin a função do direito é ajudar a enfrentar os problemas da sociedade, é mais um soldado, mais um instrumento a serviço da sociedade para solução dos seus conflitos, pois o Direito Penal deve se curvar a sociedade para ajudar a resolver os problemas sociais.

Destaca o jurista alemão que o sistema jurídico penal não pode vincular-se a realidades ontológicas prévias como no caso do causalismo e do finalismo penal, mas sim guiar-se única e exclusivamente pelas finalidades do Direito penal.²⁸

Após essas breves considerações sobre o funcionalismo racional teleológico, passa-se a uma análise mais detida, por ter um maior peso no debate que se propõe no presente trabalho, ao funcionalismo radical de Günther Jakobs.

Essa vertente da chamada Escola de Bonn, defende que o Direito Penal não visa a proteção do bem jurídico, mas sim a integridade do sistema jurídico e diferentemente do funcionalismo racional é a sociedade quem deve curvar-se ao sistema e não o contrário.

Cleber Masson discorrendo sobre as proposições de Jakobs asseverou:

Para ele, o Direito penal está determinado pela função que cumpre no sistema social e inclusive o próprio Direito Penal é considerado um sistema autônomo, autorreferente, e autopoietico, dentro do sistema mais amplo da sociedade. Tem suas regras próprias e a elas se submete. Jakobs reconhece estar correto o que fora afirmado por Hans Welzel, seu mestre, no sentido de que o Direito penal tem como função assegurar os valores éticos e sociais da ação. Todavia, separa-se da doutrina do pai do finalismo penal, com uma mudança no enfoque metodológico, que parte da missão do Direito Penal e não da essência dos objetos da dogmática, levando aos extremos de uma renormatização dos conceitos perante o naturalismo psicológico de Welzel. Para ele, o sujeito não é aquele que pode ocasionar ou impedir um sucesso, senão aquele que pode ser responsável por este. Os dois pilares básicos de sua perspectiva normativista estão constituídos pela função preventiva geral positiva atribuída à pena e pelas normas jurídico-penais como objeto de proteção.

²⁸MASSON, C. **Direito Penal – funcionalismo penal** [Aula 1] - Cleber Masson. 2012. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=9q8REYUp8J8> >. Acesso em: 15 nov. 2019.

Destarte, quando descumpre sua função na sociedade, o sujeito deve ser eficazmente punido, inclusive porque a autoridade da lei penal somente é obtida com sua rígida e constante aplicação. Em suma, a função do Direito Penal é aplicar o comando contido na norma penal, pois somente sua reiterada incidência lhe confere o merecido respeito.²⁹

É de fácil percepção que enquanto Claus Roxin tinha uma posição moderada, Jakobs tem uma visão mais radical de que o Direito penal vive isolado, só respeitando os limites impostos pelo próprio Direito Penal, é também monista, quando não dialoga com os demais ramos do Direito e ainda nesse mesmo sentido é sistêmico, pois independe dos demais ramos do Direito, pois é um sistema que se mantém por si só e busca todos os conceitos e definições de que precisa no próprio Direito Penal, ele se renova e se atualiza por conta própria, criando o que necessita e descartando o que não lhe é mais necessário.

3.4. As Velocidades Do Direito Penal

A velocidade do Direito Penal é entendida como o tempo em que o Estado leva para punir o autor da infração penal. As velocidades têm sua característica de atuação conforme a gravidade do delito.

Para o Professor Paulo Byron, a primeira velocidade do Direito Penal é aplicada aos crimes que têm cominadas as penas mais graves, por exemplo, o homicídio, pois para esses tipos de crimes existe previsão de pena privativa de liberdade, exigindo-se um procedimento mais amplo e garantista, ou seja, a total observância ao devido processo legal e ao contraditório.

Por outro lado segundo ainda o Mestre, a segunda velocidade do Direito Penal tem a ver com aqueles crimes em que a sanção penal a ser aplicada se limita à restrição de direitos, e por não envolver um bem jurídico tão caro como a liberdade, restringida na sanção da velocidade anterior há um trâmite mais ágil, e uma certa flexibilidade dos direitos e garantias fundamentais, o que torna a punição mais célere.

Conforme o professor, a 3ª velocidade do Direito Penal defende a punição do criminoso com pena privativa de liberdade como a já citada primeira velocidade, porém, aqui, existe uma flexibilização ou eliminação de direitos e garantias fundamentais.

²⁹MASSON, C. **Direito Penal. Parte Geral**. 12. ed. São Paulo: Forense, 2018, p. 104.

Consequentemente, apesar da inobservância às garantias do devido processo legal, a punição é mais célere, de certa forma, satisfazendo o sentimento de justiça da sociedade, remetendo ao Direito Penal do inimigo.

É, em suma, a preponderância do Direito Penal do autor, provocador da desproporcionalidade das penas e do endurecimento da execução penal.³⁰

O penalista espanhol Jesús Maria Silva Sánchez, ao escrever sobre a expansão do Direito Penal, manifestou sua preocupação não com expansão em si, pois a proteção de novos bens jurídicos pressupõe essa expansão, mas sim com a possibilidade cada vez maior da aplicação da pena de privação da liberdade sem que haja o rigor necessário na observância das garantias processuais:

Por um lado, certamente, admitir as penas não privativas de liberdade, como mal menor, dadas as circunstâncias, no que diz respeito às infrações em que se tenha flexibilizado os pressupostos de atribuição de responsabilidade. Mas acima de tudo, exigir que onde se impõe penas de prisão, especialmente penas de prisão de grande duração, se mantenha todo o rigor dos pressupostos clássicos de imputação de responsabilidade.³¹

Destarte, evidencia-se que quando um processo possa ter como desfecho, o encarceramento de um indivíduo, deve-se garantir que a marcha processual obedeça todos os ritos necessários, pois de outra forma o suposto criminoso estaria sendo tratado como um não cidadão.

3.5. Direito Penal Do Inimigo

O Direito Penal do inimigo teve suas primeiras linhas escritas na década de 80 do século passado por ocasião da queda do muro de Berlim, época em Günther Jakobs morava na Alemanha Ocidental e existia um temor do que poderia resultar da reaproximação de uma cultura própria e diferente do lado oriental da Alemanha, mas só ganhou contornos finais no ano de 2003, quando o mundo vivia ainda sob o terror provocado pela queda das torres gêmeas em 2001, nos Estados Unidos.

³⁰NETO, P.B.O.S. **Velocidades do Direito Penal**. Net, Rio de Janeiro, nov. 2017. Disponível em:< <https://paulobyron.jusbrasil.com.br/artigos/463153228/velocidades-do-direito-penal>>. Acesso em : 19 nov. 2019.

³¹SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **A Expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**.2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 186

O primeiro desafio crítico é definir quem poderia ser tratado como inimigo e, portanto merecedor de um Direito Penal separado do ordenamento jurídico ordinário.

O próprio autor responde que inimigo é a antítese do cidadão, o segundo desafio é saber como o cidadão se transforma em inimigo, já que no sentido lato todo mundo é cidadão. Para o jurista alemão não basta que se cometa um crime de forma reincidente ou habitual, pois só se perderá o *status* de cidadão se tornando inimigo aquele que ingressa em uma estrutura ilícita de poder, ou seja, aquela estrutura de poder que tem regras próprias estranhas ao Estado.³²

Ainda segundo Masson:

Vê-se claramente que, portanto, que na contramão das ideias penais hodiernas reinantes nas mais diversas partes do mundo, Jakobs abraça um Direito Penal do autor, rotulando indivíduos, em oposição a um Direito Penal do Fato, preocupado com a ofensividade de ações e omissões relevantes. Inicialmente, o Estado não deve reconhecer os Direitos do inimigo, por ele não se enquadrar no conceito de cidadão. Consequentemente, não pode ser tratado como pessoa, pois entendimento diverso colocaria em risco o direito a segurança da comunidade.[...] Deve ainda o Direito Penal do inimigo antecipar a esfera de proteção da norma jurídica, adiantando a tutela penal para atingir inclusive atos preparatórios, sem redução quantitativa da punição. Ora, se o inimigo é um ser manifestamente voltado para os crimes e se a sua condição pessoal revela a ilicitude de sua atuação, não se pode esperar que ele pratique infrações penais para posteriormente, cobrar-se repressão pelo Estado, como se dá com cidadãos comuns. [...] Essa antecipação não se importa com a quantidade da sanção penal a ser aplicada, pois o que se tem em mente é a garantia da sociedade. O inimigo não tem direitos e, assim, seu sacrifício se impõe para a proteção interesse público.[...] Se não bastasse, na investigação dos inimigos, o Estado está legitimado a aplicar medidas processuais e penais às pessoas que exercem atividades lícitas, em razão de alguns membros da classe guardarem íntima relação com organizações criminosas, grupos de traficantes e responsáveis por lavagem de dinheiro, como se dá com bancos, joalheiros e leiloeiros. Cuida-se de meios de defesa contra agressões futuras.³³

É de fácil percepção que os direitos e garantias individuais são completamente aniquilados para o não cidadão com total inobservância do devido processo legal.

Embora a evidente incompatibilidade da aplicação do Direito Penal do Inimigo com princípios basilares da CF/88, como a dignidade da pessoa humana, a preservação da vida e da liberdade e o princípio da não culpabilidade, é possível notar sua influência no

³²MASSON, C. Direito Penal – **Direito Penal do Inimigo** [Aula 1] - Cleber Masson.2018.Disponível em : < <https://www.youtube.com/watch?v=FIFnGEox> >. Acesso em : 15 nov.2019.

³³MASSON, Cleber. **Direito Penal . Parte Geral**. 12. ed. São Paulo: Forense, 2018, p. 113.

nosso ordenamento jurídico, por exemplo no art. 312 do CPP, que autoriza a prisão preventiva, com a intenção de manter a ordem e garantir que a lei penal venha a ser aplicada através do processo.

O próprio Jakobs faz críticas aos ordenamentos jurídicos que incorporam apenas fragmentos de sua teoria, como é o caso do brasileiro. Segundo o jurista alemão, quando isso acontece, há um alto risco de que cidadãos possam receber o tratamento que deveria ser dispensado apenas aos verdadeiros inimigos da sociedade. Portanto, o adequado seria que a teoria fosse aplicada em sua integralidade.³⁴

O ilustre doutrinador alemão reconhece que a inserção de forma fragmentada do Direito Penal do inimigo, no ordenamento jurídico de qualquer Estado, levaria um cidadão criminoso a ser tratado como inimigo desse Estado, porém é verdade também que há quem defenda que mesmo aplicado na sua integralidade essa legislação é incompatível com os princípios fundamentais que se irradiam por uma carta constitucional de um Estado que se pretenda democrático, pois a dignidade humana seria desconsiderada em nome da segurança do ordenamento jurídico.

Com maestria, Wendel Golfetto, Procurador Federal, lança um olhar crítico sobre o tema:

A concepção de Jakobs quer restringir o âmbito do Direito Penal, que cabe reafirmar a vigência da norma, sendo questão de outros sistemas a análise de qual política criminal melhor estaria adequada àquela realidade. Não é à toa que o doutrinador alemão foi buscar a expressão usada por filósofos; “inimigo” para a defesa de um Estado com características nitidamente totalitárias. Assim, o sistema idealizado por Rousseau em “O Contrato Social” não deixava margem para a discussão das vontades da minoria ou mesmo não permitia uma discussão a respeito de uma vontade geral, uma vez institucionalizada. Hobbes, então, era o próprio defensor de um Estado totalitário. Percebe-se que esse tipo de estrutura estatal costuma aparecer quando determinada sociedade encontra-se em situação caótica, então, o Estado totalitário com fórmulas mágicas e maniqueístas, separando o certo do errado, surge como solução aos problemas. Como é cediço, no Brasil a ditadura militar em sua fase incipiente foi bem-vista por muitos que depois passaram a criticá-la. Isso porque, num primeiro instante pôs ordem num Estado que gerava insegurança a todos. No entanto, mais tarde o preço foi cobrado gerando insegurança a classes específicas, como, por exemplo, a de professores universitários, que tinham que lecionar preocupados se o conteúdo da aula tangenciava.

³⁴EQUIPE SAJ ADVOGADOS. **Direito Penal do Inimigo: entendendo o que diz a teoria.** Net, Rio de Janeiro, set. 2018. Seção conteúdos gratuitos. Disponível em: <<http://www.brazilnet.com.br/contexts/brasilrevistas.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

Assim, seguir a cartilha jakobsiana de criar categorias de seres humanos e dar poderes discricionários nas mãos do Estado para combatê-los, certamente levará o Estado a uma situação sem controle gerando constantes injustiças e inseguranças.

É abrir senda para o desconhecido, ou melhor, para um Estado que praticará arbitrariedades respaldado por uma legislação aberta, que não permitirá ser questionada, uma vez que se terá abandonado os ideais liberais e toda as conquistas de garantias. Seria um verdadeiro retrocesso sob a bandeira de que se estaria combatendo um inimigo.

A criação de um Direito Penal paralelo para combate dessas categorias que ameaçam a própria existência do Estado, na concepção de Jakobs, certamente não traria segurança aos não-inimigos, até porque a eleição do inimigo pode ser alterada durante a vigência desse Estado, que admite o desrespeito à dignidade humana.³⁵

Nesses termos, é possível compreender que qualquer ordenamento jurídico que incorpore esse criticado instrumento de coerção penal, provocará necessariamente um retrocesso em sua legislação ao privilegiar um Direito voltado mais para o ser, do que para o fazer.

3.6. Direito Penal do Autor

Talvez o melhor exemplo que se possa trazer de um resquício do Direito Penal do Autor no nosso ordenamento jurídico seja o da inaplicabilidade do princípio da insignificância nos casos do agente reincidente.

Nesse sentido se posicionou o Ministro, Roberto Barroso, ao afirmar que não se convenceu de que a reincidência deva, invariavelmente, impedir a aplicação do princípio da insignificância. Disse ele que o direito penal não se destina a punir meras condutas indesejáveis, “personalidades”, meios ou “modos de vida”, e sim crimes, isto é, condutas significativamente perigosas ou lesivas a bens jurídicos, sob pena de se configurar um direito penal do autor, e não do fato.³⁶

O Juiz Federal, Nivaldo Brunoni conceituando o Direito Penal do Autor, assim discorreu:

Malgrado não haja consenso sobre o conceito de Direito Penal de autor, é possível afirmar que por ele o que verdadeiramente configura o delito é o modo de ser do agente, como sintoma de sua personalidade:

³⁵GOLFETTO, W. **Uma visão crítica do Direito Penal do Inimigo**. 2014. Disponível em: <<https://abdet.com.br/site/uma-visao-critica-direito-penal-inimigo/>> . Acesso em: 24 nov. 2019.

³⁶ROMANO, R, G. **Entendimento das duas turmas do STF quanto ao princípio da insignificância**. Net, jun. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/74598/o-entendimento-das-duas-turmas-do-stf-quanto-ao-principio-da-insignificancia>> . Acesso em: 23 nov. 2019.

a essência do delito radica em uma característica do autor que explica a pena. Ou seja, “a pena se associa de modo imediato à periculosidade do autor, pelo que para a justificação da sanção aquela deve ser atribuível. Por esta concepção o Direito Penal não deve castigar o ato, que em si mesmo não expressa muito valor, mas sim a atitude interna jurídica corrompida do agente. O delito em si tem um significado sintomático. “O ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor”. Por ser um ser inferiorizado e perigoso, como nas hipóteses do sujeito nocivo para o povo e do delinquente habitual, o autor deve ser punido ou neutralizado, porque representa um perigo à sociedade. Neste sentido, o Direito Penal de autor foi acunhado de Direito Penal de ânimo, sendo a defesa social, em suma, o que nele justifica a pena.³⁷

O conhecimento teórico desses institutos que orbitam o sistema penal é de vital importância quando se propõe um debate sobre os limites que se precisa impor ao Estado na persecução penal.

Essa relevância se dá pelo fato de que antes os discursos pela ineficácia do Direito Penal pareciam reservados somente àqueles que tinham amor ao debate jurídico, porém essa discussão foi potencializada, seja pelo avanço interativo das mídias sociais, seja pelo fato do debate político ter entrado em ebulição nas últimas eleições.

Essa nova realidade, inclusive, trouxe mais para a luz aquele delinquente de terno e gravata que integra uma verdadeira empresa do crime nas entranhas do poder público.

Nesse contexto, assevera o Delegado da Polícia Federal Jorge Pontes:

Começa a despontar um novo animal da criminologia, qual seja, a figura do crime institucionalizado, extremamente mais danosa do que as organizações criminosas comuns, quando as estruturas criminosas se confundem com a própria estrutura do Estado. Nessa modalidade criminosa, as grandes decisões do Estado se confundem com as decisões do grupo criminoso, que tem como objetivo primordial maximizar seus ganhos. Para tanto, as armas são substituídas pelo diário oficial, e decisões de grande impacto ao país são tomadas não em razão de políticas públicas, mas para satisfazer os interesses econômicos do grupo, que não apresenta apenas um líder, como as organizações criminosas comuns, mas uma estrutura em forma de teia, colaborativa, em absoluta simbiose. O aparato estatal de repressão ao crime deve se estruturar, portanto, para o enfrentamento desse “novo animal”. Institutos até então existentes e práticas investigativas restam cada vez mais impróprias para alcançar essa modalidade de estrutura.

Essa estrutura “não lança mão de atividades escancaradamente ilegais, como o tráfico de drogas, de armas, a prostituição, o jogo ilegal e etc .”, o

³⁷BRUNONI, N. **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade**. Net, dez. 2o. Disponível em: <https://http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm>. Acesso em: 23 nov. 2019.

que torna a “atividade infinitamente mais lucrativa e segura que qualquer negócio ilegal convencional colocado em prática por organizações do tipo máfia.”³⁸

Dentro dessa perspectiva paira uma indagação se assim como os mecanismos de investigação parecem longe de conseguir uma paridade de armas com essas empresas do crime, talvez o direito/dever de punir do Estado possa também estar encontrando dificuldades em conseguir dentro dos meios repressivos que dispõe, o sistema penal, aplicar aquelas sanções que melhor expressariam o seu desiderato no combate a uma corrupção igualmente sistêmica, sendo que para responder a esse questionamento, é mister conhecer qual seriam as funções dessas sanções.

3.7. A Função Da Pena

Para se falar em pena adequada é primeiramente necessário perguntar qual a finalidade que o Estado espera alcançar, através das penas que prevê e aplica, para isso faz-se mister conhecermos a função da pena na ótica de diversos teóricos que mergulharam no estudo desse instituto.

Existem três teorias que permeiam a discussão em torno de qual seria a função predominante da pena em um Estado democrático de Direito, quais sejam, a teoria absoluta (retributiva), a teoria relativa (preventiva) e a teoria unificadora ou mista, aliás essa adotada pelo nosso ordenamento jurídico.

Para a teoria absoluta ou retributiva, a função da pena é simplesmente fazer justiça, essa entendida como o ato de que após a verificação da culpa o Estado deveria infligir ao delinquente castigo proporcional a gravidade do mal praticado contra a sociedade dos homens de bem.

Um dos defensores mais proeminentes dessa teoria foi o filósofo alemão Immanuel Kant, para quem aquele que não cumpre as disposições legais não é digno do direito de cidadania, porém há de se evitar a coisificação do ser humano.³⁹ A fundamentação do filósofo, de ordem ética, não admite que a pena possa ser utilizada como forma de usar o homem como um mero instrumento, apto através de seu martírio, a enviar uma mensagem a sociedade do qual foi afastado, de que todos sofrerão de igual jeito, caso

³⁸ ANSELMO, M. **O conceito de organização criminosa e crime institucionalizado**. 2017. Disponível em : <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-27/conceito-organizacao-criminosa-crime-institucionalizado>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

³⁹ KANT apud. BITTENCOUR;CESAR,2009,p.87.

venham a praticar um delito, ou seja, a pena tem um fim em si mesma e não deve ter outra finalidade que não seja retribuir o mal praticado.

Para Claus Roxin, a teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, servindo apenas como expiação do autor do fato pelo mal cometido.⁴⁰

Para Rogério Grecco, a sociedade em geral, contenta-se com esta finalidade, porque tende a se satisfazer com essa espécie de “pagamento” ou compensação feita pelo condenado, pois se aplicada a pena restritiva de direitos ou multa, a sensação, para a sociedade é a impunidade, existindo ainda, um certo regozijo do povo pela submissão do condenado aos martírios do carcere.⁴¹

Por outro lado a teoria preventiva traz a ideia de que há sim instrumentalização da pena, que ora se destina ao indivíduo delinquente, ora a sociedade em que vive.

Essa teoria se biparte em prevenção geral e prevenção especial e essas duas faces se apresentam cada uma com aspectos classificados em negativo e positivo, a depender, em cada caso, do tipo e do destinatário da mensagem que se possa elucubrar.

A prevenção geral negativa também conhecida como prevenção por intimidação visa projetar na sociedade os efeitos da pena aplicada, de modo a desestimular potenciais delinquentes de praticarem também um delito, seria uma persuasão prévia visando o aprimoramento da sociedade.

Outrossim, a prevenção geral positiva pode ser entendida como um certificado que se passa a sociedade de que o ordenamento jurídico está presente e atuante quando aplica uma pena ao réu.

Segundo Paulo de Souza Queiroz, a pena se presta a infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a finalidade ao Direito como forma de promover a integração social.⁴²

Por seu turno, a prevenção especial seria voltada não para a sociedade, mas sim para o próprio infrator, porém também apresentando duas vertentes possíveis a depender da interpretação do estudioso.

⁴⁰ROXIN apud. GRECO;ROGÉRIO,2011,p.473.

⁴¹GRECO, R. **Curso de Direito Penal : parte geral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 473.

⁴²QUEIROZ,P. apud. GRECO;ROGÉRIO, 2011,p.474

A prevenção especial negativa visa a retirada do delinquente da sociedade para evitar que continue a praticar crimes. Ressalte-se que não é um punir retributivo como visto anteriormente na teoria absoluta, mas sim um impedimento da reiteração delitiva por meio de sua segregação. Em verdade poderá o indivíduo até praticar novos delitos no ambiente carcerário, porém o que se busca nesse caso é a preservação daquela parte do tecido social que foi rompida pelo apenado.

Por outro lado, a prevenção especial positiva, visa através da ressocialização, fazer com que o condenado reflita durante a sua segregação e possa outra vez reencontrar os valores caros na vida em sociedade, perdidos durante o tempo em que praticava seus crimes.

Por fim, tem-se a teoria abraçada pelo Código Penal brasileiro, a teoria mista ou unificadora da pena, conforme seu artigo 59:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (grifo desse trabalho)⁴³

Nessa teoria classificada como mista, eclética ou conciliatória, nas palavras de Fernando Capez, “a pena tem dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva (*punitur quia peccatum est et ne peccetur*).⁴⁴

Para Rogério Greco, a evidência de que essa teoria foi a adotada pelo Código Penal brasileiro, reside na parte final do artigo supratranscrito, quando conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo, assim, com que se unifiquem as teorias absoluta e relativa, que primam, respectivamente, pelos critérios da retribuição e da prevenção.⁴⁵

A título de pavimentar o entendimento que se persegue com a pesquisa faz-se necessário conhecer o pensamento crítico em relação aos critérios de prevenção geral negativa ou por intimidação e especial positiva ou ressocialização.

⁴³BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. >. Acesso em: 05 nov. 2019.

⁴⁴CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal : parte geral.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.359.

⁴⁵GRECO, R. **Curso de Direito Penal : parte geral.** 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 473.

Ao encontro do pensamento de Kant, citado anteriormente, quando da sua crítica à coisificação do homem no aspecto retributivo da pena, também na teoria da prevenção geral negativa tal inconformidade se verifica, pois esta seria atentatória ao princípio da dignidade humana, ao converter uma pessoa em instrumento de intimidação.

Além disso, mereceu crítica a teoria pelo fato de presumir que toda a sociedade seria conhecedora de todas as penas abstratas e as concretamente aplicadas para que se verificasse sua eficácia.

De igual forma o critério de prevenção especial positiva ou ressocialização foi criticado por trazer a ideia da recuperação social do condenado dentro de um sistema carcerário falido.

Toda essa discussão alcança maior relevância quando se está diante da pena privativa de liberdade, pois se aplicada a pena restritiva de direitos, o efeito de atemorizante da pena se enfraqueceria aos olhos do público, pelo fato de que haveria ainda um grande apreço pelo sofrimento do delinquente, como já mencionado por Rogério Greco anteriormente e essa vontade geral sofreria grande influência da mídia, haja vista que essa nem sempre observaria uma fidelidade técnica, indispensável no universo jurídico, quando noticia operações policiais e processos em curso, provocando debates calorosos em que se discute se o remédio mais amargo do Direito Penal também não seria a única resposta viável para determinado tipo de criminoso.

4. CASOS EMBLEMÁTICOS ENVOLVENDO O CRIME ORGANIZADO

É fato que crime organizado infiltrado na administração pública, movimentando quantias surreais, é provocador de sentimento de indignação no seio da sociedade. Afinal é o dinheiro do povo que está sendo subtraído, pois quando se diz que o Estado sofreu com ação de determinado grupo, na verdade está se dizendo que o povo foi vítima de uma ação criminosa, uma vez que o Estado não trabalha com a ideia de lucro ou prejuízo e sim com o objetivo de atender às necessidades de sua população. Em suma, o Estado não tem dinheiro, quem tem dinheiro é o povo.

Porém, mesmo dentro da realidade criminal que faz parte do cotidiano de muitas sociedades, há delitos que fazem aflorar uma maior repulsa popular, por seus efeitos não se exaurirem de imediato e deixar um rastro de vítimas, que permanecem invisíveis, soterradas pelas cifras estratosféricas produzidas pela empreitada criminosa.

Esse é o caso dos crimes perpetrados no âmbito da saúde pública, por exemplo, fazendo-se, aqui, necessária a apresentação de alguns desses delitos para que se possa tomar conhecimento do modo como atuam os membros dessas organizações criminosas e a partir daí ter acesso às cifras envolvidas nesse braço da corrupção no Estado.

Colaciona-se uma recente matéria do Ministério Público do Rio Grande Norte que apresentou com riqueza de detalhes o funcionamento de uma dessas organizações:

Após denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal (MPF), seis pessoas foram condenadas pelo crime de peculato e formação de quadrilha por desvio de recursos federais na execução de convênio celebrado entre a Fundação Seridó Central (Fusec) e o Fundo Nacional de Saúde (FNS), do Ministério da Saúde. O montante destinava-se à compra e distribuição de medicamentos à população carente do Seridó do Rio Grande do Norte.

Na denúncia que deu origem à decisão, o MPF aponta que a Fusec promoveu o direcionamento fraudulento das licitações de sete convênios, entre 2006 e 2010, para ratear os objetos entre as empresas Artmed, Cirufarma, Cirúrgica Bezerra Distribuidora e Prontomédica Produtos Hospitalares, integrantes do esquema. Os recursos eram desviados por meio do fornecimento fictício de remédios em grandes quantidades, com notas fiscais falsas, e aquisição de produtos superfaturados.

Dados do Siafi (Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal) apurados na investigação apontaram mais de R\$ 2,6 milhões de lucro indevido só com a aplicação de sobrepreço de até 146% sobre o valor real dos remédios. Em 2016, quando o MPF apresentou a denúncia, o total do prejuízo aos cofres públicos, atualizado, já era calculado em R\$ 7,2 milhões.

O MPF destacou que, apesar da liquidação de todos os recursos, “os medicamentos não foram efetivamente adquiridos (ou foram adquiridos em quantidade ínfima) e, durante fiscalizações empreendidas pelo Ministério da Saúde e pela Controladoria Geral da União (CGU) para verificar a execução dos convênios pactuados, a Fusec, de vários modos, tentou mascarar esta realidade criminosa”.

Na decisão proferida pela Subseção Judiciária de Caicó os denunciados foram considerados culpados por um dos convênios citados, celebrado em 2007. Os acusados Abdon Maynard (coordenador administrativo da Fusec), Elisabete dos Santos (sócia da Artmed), Maria Avelino (administradora da empresa Cirufarma), Vicente Sobrinho (administrador da Cirufarma) e Eduardo de Carvalho (sócio e administrador da empresa Prontomédica), foram condenados a 4 anos e 10 meses de reclusão, inicialmente em regime semiaberto. Já Damião Medeiros (colaborador da Fusec responsável pelo setor de compras), enfrentará uma pena de 6 anos e 3 meses de reclusão, em regime semiaberto. A Ação Penal tramita sob o nº 0800805-93.2016.4.05.8402.⁴⁶

⁴⁶**CORRUPÇÃO Combate a.** Procuradoria da República no Rio Grande do Norte, Rio grande do Norte, 06 set. 2019. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rn/sala-de-imprensa/noticias-rn/responsaveis-por-desvio-de-verba-de-medicamentos-para-populacao-carente-do-serido-sao-condenados-apos-denuncia-do-mpf>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

Ressalte-se que esse é apenas um dos muitos exemplos de ataque ao sistema de saúde, já que os delinquentes sempre procuram uma brecha para praticar seu comportamento desviante como no esquema apresentado pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado, do Ministério Público de São Paulo, na Operação Medlecy 2:

Um servidor público e mais oito pessoas foram presas nesta quarta-feira (31) sob a suspeita de participação em um esquema de desvio de medicamentos de alto custo para o tratamento de câncer que teria movimentado cerca de R\$ 16,5 milhões entre os anos de 2014 e 2016.

As prisões foram deflagradas pelo Gaeco (Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado), do Ministério Público de São Paulo, e fazem parte da operação Medlecy 2.

O nome da operação faz referência ao nome da empresa de fachada criada pela organização criminosa para operar o esquema de desvio e venda dos medicamentos para o mercado. Os nove mandados de prisão e outros 16 de busca e apreensão foram cumpridos nos Estados de São Paulo (Araraquara, Bauru, Guarulhos, Osasco e São Paulo), Goiás (Goiânia), Espírito Santo (Colatina) e no Distrito Federal (Brasília).

Segundo o Gaeco, o grupo passou a ser investigado em abril de 2015. O esquema consistia na obtenção de medicamentos por meio de furto, roubo e desvios em órgãos públicos para, na sequência, serem vendidos para clínicas e hospitais por meio de uma empresa de fachada, a Medlecy.

As vendas eram realizadas num escritório sediado em Bauru (329 km de SP), onde atuavam os líderes da organização.

Após um ano de investigação e monitoramento, o Gaeco deflagrou a primeira fase da operação. Na ocasião, ofereceu denúncia à Justiça contra 15 suspeitos e cumpriu 12 mandados de prisão, além de ter feito 37 buscas em endereços dos envolvidos. Também foi solicitado sequestro de bens dos suspeitos. Os investigados na primeira etapa estão respondendo a processo na 3ª Vara Criminal de Bauru. Oito dos 12 presos continuam na cadeia.

[...] As investigações também apontaram a participação de um servidor público do governo do Estado paulista na quadrilha. Trata-se de um funcionário do Instituto de Infectologia Emílio Ribas, na zona oeste da capital paulista.

O envolvimento do servidor na quadrilha foi descoberto após o Gaeco detectar que algumas caixas dos medicamentos de alto custo recuperadas durante o início das investigações haviam sido vendidas à Secretaria de Estado da Saúde para o tratamento de câncer. Pelos valores da aquisição, cada caixa custava cerca de R\$ 8.000.

Foi desta forma que a atuação do servidor público, que trabalha como motorista do Emílio Ribas, foi descoberta. Segundo as investigações, o servidor teria recebido R\$ 125 mil em depósitos bancários entre os meses de abril e maio de 2016 para fornecer os medicamentos à organização. Por meio de nota, o instituto informou que "está contribuindo com as investigações da Corregedoria Geral de São Paulo e do Ministério Público", mas não disse se vai afastar o funcionário.⁴⁷

⁴⁷**MEDICAMENTOS.** Folha de São Paulo, 31 jan. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/01/1954693-servidor-e-mais-8-suspeitos-sao-presos-por-desvio-de-remedios-contra-cancer.shtml>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

Verifica-se que as condutas perpetradas pelas quadrilhas embora operassem de maneira distinta, no primeiro caso fraude nas licitações e no segundo, furto, roubo e desvio, evidenciam a dificuldade de se elaborar uma política de prevenção a essa espécie de delito, pois a mente criminosa é prodigiosa em descobrir outros tantos *modus operandi*.

Entretanto, o presente trabalho não tem como finalidade se aprofundar nos meios de prevenção aos crimes citados, mas sim trazer a lume, como o Poder Judiciário enfrenta essa dinâmica criminosa tendo como arma o Direito Penal e através desta análise verificar se essa resposta é a mais eficaz e também se a gravidade de um determinado tentáculo da criminalidade organizada justificaria uma leitura menos benévola das normas e princípios penais deste mesmo Direito Penal.

5. ENTENDIMENTOS DE JUÍZES E TRIBUNAIS

Sem emitir qualquer juízo de valor deve-se sopesar a nocividade evidente da atuação do crime organizado no seio da Administração Pública, frente a algumas decisões judiciais, que se não forem lidas com isenção podem sugerir que há uma lacuna entre a gravidade do crime e o olhar do Estado Juiz, alimentando um debate que questiona até mesmo se não existiriam cidadãos mais culpáveis que outros, havendo por ambos os lados que guerreiam nessas ideias, uma tentativa de manipular sentimentos a partir de um determinado episódio judicial, e fazendo aflorar uma subjacente ânsia punitiva presente em parte da sociedade e por outro lado um discurso com viés mais garantista.

É de ressaltar que não se coloca na mesa para debate a gravidade dos crimes praticados contra a saúde de cidadão, por essa gravidade passar ao largo de qualquer discussão leiga ou acadêmica. Pretende-se, sim, perceber o potencial de influência dessa gravidade nas decisões judiciais.

Diante do exposto, colaciona-se importante trecho do julgamento do HC 82.830/PR, que bem esclarece a já repisada gravidade:

Por outro lado, a alegação de que os crimes que lhe são imputados não ostentam grave ameaça e violência não é fundamento suficiente para se entender pela ausência de periculosidade do Paciente, sendo importante acrescentar, como já efetuado no julgamento do HC n. 387.557, que embora tais crimes (corrupção e lavagem de dinheiro) não sejam fisicamente violentos, causam profundos e nefastos danos à sociedade. A corrupção, ainda mais quando envolve cifras milionárias, também causa, quase de imediato, mortes e violência, pois hospitais e escolas, por exemplo, deixam de prestar os serviços essenciais que deles se esperam,

gerando assim mais mortes e falta de oportunidades sociais, e aumentando, com isso, o que gera, por sua vez, mais violência. No caso do Estado do Rio de Janeiro, essa constatação é ainda mais verdadeira, pois além de imensa desigualdade e da enorme violência, as contas públicas do Estado estão em ruínas, de modo que os serviços essenciais à população estão seriamente prejudicados. Neste sentido, quem, tendo sido eleito para representar os interesses do povo, se dispõe a praticar crimes de tal monta, apresenta seguramente elevada periculosidade social a justificar a prisão preventiva, pois indica total desprezo ao bem estar da população, na medida em que mesmo ciente dos nefastos efeitos de seus atos, pratica os mencionados crimes. Isso é indicativo de que, estando em liberdade, poderá voltar a praticar crimes, pois como dito, a periculosidade social é acentuada.⁴⁸

Nesse habeas corpus além da gravidade dos crimes, o Magistrado fundamentou sua decisão denegatória também na periculosidade social do agente.

Já o Juiz federal Manuel Maia de Vasconcelos Neto, da 16ª Vara Federal da Paraíba, concedeu, o perdão judicial aos empresários Darci José Vedoin e Luiz Antônio Trevisan Vedoin, em uma ação decorrente da Operação Sanguessuga. Entendeu que pela espontaneidade das informações prestadas pelos acusados em seus interrogatórios e dos documentos por eles fornecidos também de forma espontânea, chegou-se ao verdadeiro alcance dos crimes praticados:

“Em que pese a comprovada participação de ambos no esquema criminoso, as colaborações por eles apresentadas possibilitaram a identificação dos atos da intitulada máfia das sanguessugas.”⁴⁹

Afirmando o Magistrado que aplicaria o benefício do perdão judicial, declarou extinta a punibilidade dos agentes, referente aos atos que praticaram.

A Operação Máfia da Sanguessuga foi deflagrada em 2006 para combater um esquema de desvio de recursos públicos por meio da negociação de emendas individuais ao Orçamento Geral da União. O grupo promovia fraudes em licitações e superfaturamento na compra de ambulâncias, medicamento e materiais médico-hospitalares.

⁴⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. **Habeas-corpus. Constrangimento ilegal.** Habeas-corpus nº 82830/PR, Min. Felix Fischer - 5ª Turma do STJ - un. - j.01/06/2017 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Brasília, DF, 01 de junho de 2017. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais do Paraná. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais> disponível em : <<https://www.conjur.com.br/dl/moro-condena-cabral-corrupcao-lavagem.pdf>>. Acesso em: 11 Nov. 2019.

⁴⁹ COELHO, G. **Justiça concede perdão judicial a empresários da operação Sanguessuga.** 2018. Disponível em : <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-01/justica-perdao-judicial-empresarios-operacao-sanguessuga>>. Acesso em: 11 nov.2019.

Como observado anteriormente deve-se enfrentar essas questões jurídicas despidido de paixões para fazer uma análise isenta da atuação do Estado-Juiz frente a delitos que provocam grande clamor público.

Porém só por amor ao debate deve-se levantar a questão se a mesma periculosidade na conduta social do agente que fundamentou a recusa da soltura do paciente de um habeas corpus, não poderia ser impeditiva da concessão de um perdão judicial.

E há, ainda, casos que nem sequer passam pelas vistas do Poder Judiciário e alimentam discursos mais radicais sobre uma possível impunidade quando os autores do delito pertencem determinado extrato da sociedade, por exemplo, a não apresentação de denúncia em consequência da operação marcapasso:

O juiz federal João Paulo Abe, da 4ª vara da Justiça Federal em Palmas, revogou as medidas cautelares que estavam em vigor contra 12 dos investigados na Operação Marcapasso, da Polícia Federal. Com a decisão, eles não precisam mais se apresentar em juízo para justificar as atividades, podem sair do estado precisar pedir autorização e terão os passaportes devolvidos. Os valores pagos como fiança na época da operação continuam retidos. A primeira fase da operação foi em 2017. Na época a PF apurava fraudes em licitações e cobrança por cirurgias na rede pública. Este ano, 16 pessoas, incluindo um ex-secretário de saúde e vários cardiologistas, foram indiciados. Apesar disso, a denúncia sobre o caso ainda não foi apresentada pelo Ministério Público Federal.[...] Na época da primeira fase, 12 pessoas foram presas, incluindo 11 médicos. Na segunda fase, outras quatro foram para a prisão. Todos já ganharam liberdade.⁵⁰

Percebe-se que existem interpretações distintas no trato da danosidade dos crimes perpetrados pelo crime organizado, ora flexibilizando, ora enrijecendo institutos, e dentro dessa análise é de muita valia o acesso ao entendimento do Ministro, Roberto Barroso, da Suprema Corte sobre o controverso tema:

Primeiro a votar na sessão do Supremo Tribunal Federal (STF) que analisa se condenados por corrupção podem ser beneficiados pelo indulto de Natal assinado pelo presidente Michel Temer em dezembro de 2017, o ministro Luís Roberto Barroso, relator da ação no STF, fez duras críticas à medida. “Ao conceder indulto aos que cometeram crimes de corrupção, o decreto enfraquece o esforço republicano que a sociedade brasileira vem fazendo, trai os deveres democráticos do governo e passa mensagem errada para as pessoas que vivem do trabalho honesto, pagam seus impostos e acreditam no bem.

⁵⁰ **JUSTIÇA revoga medidas cautelares e devolve passaportes de investigados na operação Marcapasso.** Por G1 Tocantins.18 nov.2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2019/11/18/justica-revoga-medidas-cautelares-e-devolve-passaportes-de-investigados-na-operacao-marcapasso.ghtml>>. Acesso em : 25 nov. 2019.

O indulto dá incentivos errados a pessoas erradas e cria o cenário para sermos o paraíso de corruptores, corruptos, peculatórios, prevaricadores e fraudadores de licitações, gente que nos atrasa na história”, afirmou Barroso.

Em seu voto, o ministro defendeu que sejam excluídos do benefício condenados por crimes de corrupção ativa, corrupção passiva, concussão, peculato, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na Lei de Organizações Criminosas e a associação criminosa – todos figuram entre as principais acusações envolvendo políticos.

Ele decidiu também que é inconstitucional aplicar o indulto às penas de multa dos sentenciados por crimes do colarinho branco. “Indultar a pena de multa de pessoas que desviaram milhões não tem fins humanitários”, disse.

O ministro classificou a corrupção como “crime violento praticado por gente perigosa” e citou como desdobramentos dos desvios mortes pela falta de recursos em saúde, educação e estradas. “O fato de o corrupto não ver nos olhos a vítima que ele produz não o torna menos perigoso. A crença de que a corrupção não é um crime grave e violento e que os corruptos não são perigosos nos trouxe até aqui, a esse quadro sombrio em que recessão, corrupção e criminalidade elevadíssima nos atrasam na história e nos retém como um país de renda média, que não consegue furar o cerco”.⁵¹

O eminente ministro chama a atenção de que pelo fato de o corrupto não olhar diretamente a face da vítima que ele produz não o torna menos perigoso, e por isso beneficiá-lo com um determinado tipo de benefício previsto na lei, seria criar um cenário de aparente paraíso para delinquentes poderosos.

No mesmo sentido, em resposta a um ofício solicitado pelo Ministro Gilmar Mendes, o Juiz Federal Marcelo Bretas se posicionou sobre gravidade dos crimes cometidos por agentes públicos membros de organizações criminosas:

O juiz federal Marcelo Bretas enviou hoje (4) ao ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Gilmar Mendes um ofício no qual afirmou que casos de corrupção não pode ser tratados como crimes de menor gravidade. O documento foi enviado após Mendes mandar soltar, nos últimos 30 dias, 19 presos pelo juiz em investigações relacionadas aos desdobramentos da Operação Lava Jato no Rio de Janeiro.

[..] Marcelo Bretas afirmou que em casos envolvendo desvios de recursos públicos “não podem ser tratados como crimes menores, pois a gravidade de ilícitos penais não deve ser medida apenas sob o enfoque da violência física imediata”.

“Os casos que envolvem corrupção de agentes públicos têm enorme potencial para atingir, com severidade, um número infinitamente maior de

⁵¹CAMPOS. J.P.**Corrupção é crime violento praticado por gente perigosa’, diz Barroso.** *Net*, Brasília, nov. 2018. Seção Política. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/corruptao-e-crime-violento-praticado-por-gente-perigosa-diz-barroso/>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

pessoas, bastando, para tanto, considerar que os recursos públicos que são desviados por práticas corruptas deixam de ser utilizados em serviços públicos essenciais, como saúde e segurança públicas e, no caso específico, educação”, argumentou.⁵²

Por outro lado ao analisar a possibilidade da conversão de uma prisão preventiva em regime domiciliar, o também ilustre Ministro Gilmar Mendes, ao verificar os requisitos legais para sua concessão, usou como argumento de sua decisão a ausência de violência ou grave ameaça nos crimes cometidos pela acusada, integrante de uma organização criminosa no Estado do Rio de Janeiro:

No presente caso, a condição financeira privilegiada da paciente [...] não pode ser usada em seu desfavor. Observo que o crime supostamente praticado pela paciente, muito embora grave, não envolve violência ou grave ameaça à pessoa. A paciente esteve por meses em prisão domiciliar, sem violar as regras estabelecidas pelo juízo. A sentença reconheceu a desnecessidade de um regime mais rigoroso”, escreveu o ministro.⁵³

Essa divergência de posicionamentos sobre o grau de periculosidade e potencialidade lesiva de acusados e réus que compõem o mais recente formato do crime organizado, projeta uma maior dificuldade de análise crítica sobre as medidas sancionatórias que melhor se apliquem no caso de uma sentença condenatória.

Aliás, a tarefa fica mais árdua quando um bem tão caro como a liberdade parece ter menor relevância para alguns delinquentes do que a possibilidade de no futuro desfrutar do tesouro fruto do comportamento desviante, fato esse que se pode depreender das palavras atribuídas ao ex-secretário de saúde do Rio de Janeiro e denunciado em mais de um esquema criminoso, em uma gravação apresentada por um delator:

Meu chapa, você pode tentar negociar uma coisa ligada à campanha. Pode salvar seu negócio. Podemos passar pouco tempo na cadeia... Mas nossas [...] têm que continuar”, escreveu o ortopedista Sérgio Côrtes, ex-secretário de Saúde do Rio, amigo fraterno do ex-governador carioca Sérgio Cabral, integrante da turma que botou guardanapo na cabeça para posar na foto em um restaurante de Paris, a autoridade pública que participou de um esquema fraudulento que pilhou mais de 300 milhões de reais da saúde pública. E que, desde abril, está preso preventivamente em Bangu 8, acusado de desvio, ocultação e lavagem de dinheiro.

⁵²RICHTER. A. **Juiz Bretas diz a Gilmar Mendes que corrupção não é crime menor.** *Net*, Brasília, jun. 2018. Seção Justiça. Disponível em: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/justica/noticia/2018-06/juiz-bretas-diz-gilmar-mendes-que-corrupcao-nao-e-crime-menor>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

⁵³RAMALHO.R. **Gilmar Mendes manda soltar Adriana Ancelmo, mulher de Sérgio Cabral.** *Net*, Brasília, dez. 2017. Seção Política. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/gilmar-mendes-manda-soltar-adriana-anselmo.ghtml>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

[...] vocês vão delatar a mesma coisa, as mesmas histórias, as mesmas coisas, que é o que a gente vai combinar, entendeu[...]de grana, não vamos dizer o que a gente recebeu se não porque é o que a gente tem que devolver[...]⁵⁴

Revelou-se nesse caso que obviamente existe a preocupação do criminoso com a perda da sua liberdade, mas é na perda do patrimônio que reside o maior temor, o que torna bastante atual o pensamento de Cesare Beccaria:

Para que o castigo produza o efeito que dele se deve esperar, basta que o mal que cause ultrapasse o bem que o culpado retirou do crime. Devem contar-se ainda como parte do castigo os terrores que precedem a execução e a perda das vantagens que o crime devia produzir.⁵⁵

Destarte, o proveito do crime tem que se tornar de tal forma irrisório, para que não valha a pena praticá-lo.

⁵⁴FILGUEIRAS, M. **A Grande Desfaçatez**. *Net*, São Paulo, mai. 2017. Seção questões de polícia e de política. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/a-grande-desfacatez/>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

⁵⁵BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. 5. reimpr. da 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008, 136 p.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo partiu de uma visão sobre o crime organizado em suas origens. E também acompanhou toda uma evolução legislativa que envolveu a tentativa de definir qual tipo de concurso de agentes poderia ser classificado como organização criminosa, para fins de uma adequação, típica livre de generalidades, e consequentemente prever as penas que fossem mais apropriadas em cada caso.

De fato, após a referida odisséia legislativa foram aperfeiçoados os preceitos exigidos pelo princípio da reserva legal.

Porém, as organizações criminosas também foram se aperfeiçoando, seja pela engenhosidade em suas formas de atuação, seja pelas novas tecnologias disponíveis.

Constatou-se que os agentes públicos começaram a exercer um certo protagonismo em alguns tipos de organizações criminosas, especialmente, naquelas entranhadas na Administração Pública.

Apesar do desvio de dinheiro proporcionado pela atuação desses agentes, por si só, já ser grave o suficiente para merecer o repúdio da sociedade e a intervenção do Direito Penal, não se pode perder de vista que a gravidade dessa atuação se potencializa na medida em que provoca desassistência da população, que se vê privada dos mais diversos bens necessários a manutenção de uma vida digna.

Como desdobramento lógico buscou-se uma resposta, nas finalidades atribuídas ao Direito Penal, dentre as escolas mais conhecidas, perquirindo se o Estado não estaria em desvantagem, em relação aos criminosos, ao valer-se de um sistema penal voltado para uma criminalidade menos complexa, indagando-se igualmente, no que diz respeito às funções atribuídas a sanção penal, com o intuito de saber se essas funções teriam em alguma medida o condão de desestimular a prática desses crimes cometidos em associação contra o Erário.

No entanto, as respostas a estas indagações restaram um tanto prejudicadas pela participação nesses grupos criminosos de figuras poderosas da própria Administração Pública, emergindo uma discussão em torno da necessidade de um encarceramento cada vez mais frequente e de longa duração, em detrimento de qualquer outro instrumento sancionatório.

Essa discussão ganhou maior relevo diante de casos que alcançam grande repercussão, por envolverem cifras milionárias, e não apresentarem uma violência imediata.

Ocorre que a violência é um dado que é levado em conta para se fundamentar uma resposta penal mais ou menos gravosa, para cada delito analisado, porém essa violência não é dimensionada de forma igual por todos os julgadores naqueles crimes em que os resultados mais contundentes acontecem em um momento diferido, e não naquele em que ocorreu efetivamente o desvio do dinheiro público. Tornando a atribuição da gravidade suscetível de divergências, em casos que têm em comum a idêntica lógica perversa do aumento do patrimônio de alguns as custas da privação de muitos outros.

O melhor cenário parece ser o desestímulo específico a esse tipo de empreitada criminosa, com a redução das condenações a penas privativas da liberdade, grande provocadora da indagação de presença ou ausência de violência na prática do delito, privilegiando-se cada vez mais as penas restritivas de direitos e as sanções de cunho pecuniário.

É verdade que o projeto do pacote anticrime traz o espectro de um Direito Penal de Emergência e de um Direito Penal Simbólico, ao procurar mais dar satisfação a opinião pública do que buscar uma resposta mais eficaz para esse tipo de criminalidade organizada. E também ao defender a exasperação das sanções já existentes.

Porém, a aplicação do instituto do confisco alargado, previsto naquele projeto de lei, parece que alcançaria o desiderato de repelir o criminoso que subtrai não por necessidade, mas sim por ganância desmedida.

Essa medida transformaria a possibilidade de um lucro fácil em uma loteria que provavelmente o agente criminoso não desejaria apostar, pois o preço seria o confisco do seu patrimônio lícito, acarretando seu empobrecimento, o que traria um caráter muito mais pedagógico do que qualquer reclusão em penitenciárias.

Por óbvio haverá quem discuta a constitucionalidade desta medida, mas trazer essa possibilidade a lume não tem o propósito solidificar uma posição, mas sim discutir ferramentas menos odiosas e mais eficazes no combate ao corrosivo crime organizado.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Leonardo. **Evolução Histórica do Direito Penal**. 2016. Disponível em: <<https://www.https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/324823933/evolucao-historica-do-direito-penal> > Acesso em: 21 nov.2019.

ANSELMO, M. **O conceito de organização criminosa e crime institucionalizado**.2017.Disponível emh:<<https://www.conjur.com.br/2017-jun-27/conceito-organizacao-criminosa-crime-institucionalizado>> Acesso em: 16 nov. 2019.

AS 5 maiores organizações criminosas do mundo. Época Negócios Online, 22 set.2014. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Dilemas/noticia/2014/09/5-maiores-organizacoes-criminosas-do-mundo.html>> Acesso em: 18 fev.2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 5. reimpr. da 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. > Acesso em: 09 fev. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm>. Acesso em : 11 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9034 de 03 de maio de 1995**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9034-3-maio-1995-348988-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 09 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.217 de 11 de Abril de 2001**.Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2001/lei-10217-11-abril-2001-358150-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em : 09 fev. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. > Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. **A G .Reg. no recurso ordinário em Habeas Corpus nº 121.835**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/237483210/andamento-do-processo-n-121835-medida-cautelar-recurso-ordinario-30-09-2015-do-stf?ref=topic-lawsuit> >. Acesso em : 07 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.694 de 24 de jul de 2012**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2001/lei-10217-11-abril-2001-358150-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 11 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.850 de 02 de ago de 2013**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12850-2-agosto-2013-776714-normaatualizada-pl.pdf>> Acesso em : 13 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 12.850 de 02 de ago de 2013.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12850-2-agosto-2013-776714-norma-actualizada-pl.pdf>> Acesso em : 13 fev.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. **Habeas-corpus. Constrangimento ilegal. Habeas-corpus nº 82830/PR**, Min. Felix Fischer - 5ª Turma do STJ - un. - j.01/06/2017 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Brasília, DF, 01 de junho de 2017. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais do Paraná. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais> disponível em : <<https://www.conjur.com.br/dl/moro-condena-cabral-corrupcao-lavagem.pdf> > acesso em: 11 Nov.2019.

BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias.** São Paulo: IBCCRIM, 2004.

BERNARDO, André. **Conheça a Yakuza, uma máfia legal. Super Interessante**, São Paulo, jun 2016. Seção Sociedade. Disponível em:< <https://super.abril.com.br/sociedade/conheca-a-yakuza-uma-mafia-legal/>> Acesso em: 16 fev. 2019.

BRUNONI, N. **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade.** Net. dez. 20. Disponível em:<https://http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm >. Acesso em: 23 nov. 2019.

CAMPOS. J.P. **Corrupção é crime violento praticado por gente perigosa**, diz Barroso. Net, Brasília, nov. 2018. Seção Política. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/corrupcao-e-crime-violento-praticado-por-gente-perigosa-diz-barroso/>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** : parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMO é estruturada a Máfia italiana: conheça a verdade. Estilo Gangster, fev 2016. Disponível em: <<https://www.estilogangster.com.br/com-e-estruturada-cosa-nostra/> > Acesso em : 16 fev.2019.

CORRUPÇÃO Combate a. Procuradoria da República no Rio Grande do Norte, Rio grande do Norte, 06 set. 2019. Disponível em:. <<http://http://www.mpf.mp.br/rn/sala-de-imprensa/noticias-rn/responsaveis-por-desvio-de-verba-de-medicamentos-para-populacao-carente-do-serido-sao-condenados-apos-denuncia-do-mpf> >. Acesso em: 23 nov. 2019.

CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. **Criminalidade Organizada: antigos padrões, novos agentes e tecnologias.**2011. Disponível em:<<https://journals.openedition.org/pontourbe/1752>> Acesso em: 18 fev. 2019.

Direito Penal – **Direito Penal do Inimigo.**Cleber Masson.2018. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=FIFnGEoxL->>. Acesso em: 15 nov.2019.

Direito Penal – **Funcionalismo Penal** .Cleber Masson. 2012. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=9q8REYUp8J8> >. Acesso em: 15 nov. 2019.

EQUIPE SAJ ADVOGADOS. **Direito Penal do Inimigo: entendendo o que diz a teoria.** Net, Rio de Janeiro, set. 2018. Seção conteúdos gratuitos. Disponível em: <<http://www.brazilnet.com.br/contexts/brasilrevistas.htm>>. Acesso em:15 nov. 2019.

FILGUEIRAS. M. **A Grande Desfaçatez.** Net, São Paulo, mai. 2017. Seção questões de polícia e de política. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/a-grande-desfacatez/>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

GABRIEL COELHO. **Justiça concede perdão judicial a empresários da operação Sanguessuga**.2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-01/justica-perdao-judicial-empresarios-operacao-sanguessuga>> Acesso em: 11 nov.2019.

GOLFETTO, Wendel. **Uma visão crítica do Direito Penal do Inimigo**.2014.Disponível em:<<https://abdet.com.br/site/uma-visao-critica-direito-penal-inimigo/>> Acesso em: 24 nov. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br> 06 de maio de 2009.>Acesso em: 11 fev. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** : parte geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus.

JUSTIÇA revoga medidas cautelares e devolve passaportes de investigados na operação Marcapasso. Por G1 Tocantins.18 nov.2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2019/11/18/justica-revoga-medidas-cautelares-e-devolve-passaportes-de-investigados-na-operacao-marcapasso.ghtml>>. Acesso em : 25 nov. 2019.

MAGLIARELLI. F. A. **Precisamos discutir o confisco alargado**. Net, São paulo, fev. 2019. Seção Opinião. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,precisamos-discutir-o-confisco-alargado,70002715795>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

MARQUES, Gina. **Máfia italiana expande atividades e tem bases logísticas no Brasil**. Disponível em :<<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/07/26/mafia-italiana-expande-atividades-e-tem-bases-logisticas-no-brasil.ghtml>> Acesso em 16 fev.2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal . Parte Geral**. 12. ed. São Paulo: Forense, 2018.

MEDICAMENTOS. Folha de São Paulo, 31 jan. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/01/1954693-servidor-e-mais-8-suspeitos-sao-presos-por-desvio-de-remedios-contracancer.shtml>> . Acesso em: 23 nov. 2019.

MINGARD, Guaracy. **Segurança pública e violência. Inteligência policial e crime organizado**. São Paulo: Contexto: 2008.

NETO, P.B.O.S. **Velocidades do Direito Penal**. Net, Rio de Janeiro, nov. 2017. Disponível em:<<https://paulobyron.jusbrasil.com.br/artigos/463153228/velocidades-do-direito-penal>> . Acesso em: 19 nov. 2019.

NEVES, Rafael. **Pacote anticrime de Moro ponto a ponto**: veja como a lei é hoje e o que pode mudar. Net, Brasília-DF, fev. 2019. Congresso em Foco. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

PETTA, De Leon. Artigo “ **As Tríades e as Sociedades na China - Entre o Mito e a Desmistificação**”.Disponível.em:<https://www.researchgate.net/publication.314090919_As_Triades_e_as_Sociedades_Secretas_na_China_Entre_o_mito_e_a_desmistificacao.>Acesso em: 16 fev. 2019.

RAMALHO.R.**Gilmar Mendes manda soltar Adriana Ancelmo, mulher de Sérgio Cabral**. Net, Brasília, dez. 2017. Seção Política. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/gilmar-mendes-manda-soltar-adriana-anselmo.ghtml>> . Acesso em: 26 nov. 2019.

RICHTER, A. **Juiz Bretas diz a Gilmar Mendes que corrupção não é crime menor.** Net, Brasília, jun. 2018. Seção Justiça. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-06/juiz-bretas-diz-gilmar-mendes-que-corrupcao-nao-e-crime-menor>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

ROMANO, R. T. **Entendimento das duas turmas do STF quanto ao princípio da insignificância.** Net, jun. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/74598/o-entendimento-das-duas-turmas-do-stf-quanto-ao-principio-da-insignificancia>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

ROMANO, R.T. **O confisco alargado.** Net, fev. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72039/o-confisco-alargado>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime Organizado: Procedimento probatório.** São Paulo: Atlas: 2003.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime Organizado: procedimento probatório.** São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **A Expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 186.