

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

LETÍCIA OLIVEIRA FONSECA DO CARMO

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: análise dos artigos 288 do Código Penal
e 1º, §1º da lei 12.850/2013 frente a um Estado garantista.**

JUIZ DE FORA

2016

LETÍCIA OLIVEIRA FONSECA DO CARMO

DIREITO PENAL DO INIMIGO: análise dos artigos 288 do Código Penal e 1º, §1º da lei 12.850/2013 frente a um Estado garantista.

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Ms. Leandro Oliveira Silva, na área de concentração em Direito Penal.

JUIZ DE FORA

2016

FOLHA DE APROVAÇÃO

LETÍCIA OLIVEIRA FONSECA DO CARMO

DIREITO PENAL DO INIMIGO: análise dos artigos 288 do Código Penal e 1º, §1º da lei 12.850/2013 frente a um Estado garantista.

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Na área de concentração Direito Penal submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Professor Ms. Leandro Oliveira Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora

Membro: Professor Ms. Cléverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Membro: Professor Ms. Ricardo Ferraz Braidá Lopes.
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 26 de Fevereiro de 2016

Dedico o presente trabalho aos meus pais, que sempre me incentivaram e apoiaram em minha trajetória escolar e acadêmica. Ao meu esposo pelo companheirismo e compreensão.

Agradeço a DEUS pelo bem mais precioso: o dom da vida. A minha família por terem ajudado na construção deste trabalho. Ao meu orientador, professor Leandro, por tornar possível a realização do presente estudo. E a todos que de alguma forma compartilham desse momento.

“Se é verdade que o direito penal começa onde o terror acaba, é igualmente verdade que o reino do terror não é apenas aquele em que falta uma lei e impera o arbítrio, mas também aquele onde a lei ultrapassa os limites da proporção, na intenção de deter as mãos do delinqüente”.

BETTIOL, O Problema Penal.

RESUMO

A pesquisa a ser apresentada fora elaborada através de averiguações bibliográficas. A mesma tem por escopo analisar e concluir se os tipos penais presentes no artigo 288 do decreto-lei nº 2.848/1940, Código Penal e, do artigo 1º, §1º da lei 12.850/2013 são formas de incorporação pelo ordenamento pátrio da corrente doutrinária denominada Direito Penal do Inimigo, o que, por certo, é contrário ao sistema de garantias presente em todo o ordenamento. Parte-se do estudo da teoria de Gunther Jakobs e suas principais críticas. Contrapondo-se a esta concepção apresenta-se o modelo garantista de Estado, igualmente apreciada. Realiza-se ainda uma confrontação dos delitos associativos acima mencionados, com foco em suas semelhanças e diferenciações. Conclui-se com isso que o legislador derivado positivou o direito penal do inimigo no sistema penal brasileiro através dos delitos de associação, bem como de organização criminosa. Fato que representa a ruína do Estado de Direito, na medida em que este é sinônimo de garantismo, no plano da instrução penal.

Palavras-chave: direito, inimigo, penal, garantista, estado.

ABSTRACT

Research to be presented developed through bibliographical investigation. The search has the scope to analyze and conclude if criminal types presented in Article 288 of Decree-Law n°. 2.848/1940 Criminal Code and in Article 1, paragraph 1 of Law 12.850/2013 are ways of incorporating in the domestic legislation the doctrine current called Criminal Law of the Enemy, which, of course, is contrary to our guarantee system. It starts from the study of Gunther Jakobs theory and its main criticisms. Opposed to this concept exposes the garantism model, analysed in this discussion too. Also there is comparisons of the above mentioned associative's crimes, focusing on their similarities and differences. The conclusion from this is that the legislator put the Criminal Law of the Enemy in the Brazilian penal system through the association's crimes as well as criminal organization. This fact is the ruin of the State of Rights, to the extent that this is synonymous with garantism, in terms of prosecution.

Keywords: law, enemy, criminal, garantism, state.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1. DIREITO PENAL DO INIMIGO: TESE E ANTÍTESE.....	11
1.1 A Teoria.....	11
1.2. Contraponto: O Inimigo do Direito Penal	16
CAPÍTULO 2. DIREITO PENAL DE GARANTIAS: BREVES CONSIDERAÇÕES ..	22
2.1. Garantismo Penal: A Construção.....	23
CAPÍTULO 3. CRIMES ASSOCIATIVOS	28
3.1. Organização Criminosa: artigo 1º, §1º, lei 12.850/2013.....	30
3.2. Associação Criminosa: artigo 288, caput, lei 2.848/1940.....	34
CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS.....	42

INTRODUÇÃO

O estudo a ser demonstrado nas linhas que se seguem tem por escopo analisar, sob a ótica de um direito penal justo as linhas mestras que alicerçam os delitos elencados pelo decreto-lei nº 2.848/1940 (Código Penal) em seu artigo 288 ¹, assim como pela lei 12.850/2013, artigo 1º, § 1º ² a fim de concluir se seriam eles formas da incorporação de viés mais gravoso em âmbito penal.

Para a concretização do mencionado objetivo, primeiramente se faz necessária à explanação e estudo da corrente doutrinária que se coaduna com o direito penal máximo e que, atualmente vêm sendo muito estudada no âmbito repressor, denominada Teoria do Direito Penal do Inimigo, que fora criada na Alemanha durante a década de 1980 por Gunther Jakobs.

Imprescindível é o elenco das críticas à tese supracitada, haja vista as contradições e as lacunas apresentada pela mesma. Para tal contraposição utiliza-se o pensamento criminológico desenvolvido por Eugenio Raúl Zaffaroni.

No segundo capítulo, passa-se a breve análise a respeito do sistema de garantias presentes na ordem jurídico-constitucional. Neste ponto, ressaltada está a necessidade de respeito à dogmática penal, construída ao longo da história, fruto do combate à arbitrariedade e a barbárie instituída e perpetrada pelos detentores do poder. Estes justificavam e, ainda justificam suas ações com vistas a situações de excepcionalidade, entretanto, tais situações são levantadas para que seus próprios interesses sejam atingidos, ou seja, o direito torna-se objeto a serviço do poder.

Isso, por si só, é por demasiado gravoso, contudo, se nos determos a seara penal vemos que tal concepção gera efeitos nefastos aos jurisdicionados, haja vista que os mesmos têm seus direitos e garantias violados em consequência da manipulação do poder com vistas a satisfação de certos interesses, sendo todo o sistema de garantias flagrantemente desrespeitado.

¹ Brasil. Decreto Lei 2.848 de 7 de Dezembro de 1940, Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 12/02/2016.

² Brasil. Lei 12.850 de 2 de Agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de Dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em 12/02/2016.

No último tópico referente ao desenvolvimento do tema, indispensável se faz o estudo de forma detida e pormenorizada dos delitos de associação e organização criminosa, respectivamente. Suas semelhanças, que proporcionam, em certas situações a existência de verdadeiro limbo jurídico, que somente pode ter solução quando da produção de provas em âmbito judicial, bem como suas particularidades, que devem ser averiguadas atentamente para que possa ocorrer justiça no tocante à imputação a ser realizada.

Conclusivamente, pretende-se chegar ao limite de se afirmar ou não se seriam os crimes acima referenciados formas do acolhimento da teoria do Direito Penal do Inimigo no âmbito do sistema repressor brasileiro.

CAPÍTULO 1. DIREITO PENAL DO INIMIGO: TESE E ANTÍTESE.

1.1. A Teoria

A teoria do Direito Penal do Inimigo, criada por Günter Jakobs, surgiu na Alemanha na década de 1980 tendo como proposta um novo modo de enfrentamento ao crime.

O doutrinador alemão, baseando-se em filósofos como Rousseau, Hobbes, Fichte e Kant defende a tese de que o Direito Penal de todos os Estados é formado por dois polos: um dirigido aos cidadãos de bem e outro destinado àqueles considerados como inimigos. Segundo o autor não se trata de contrapor duas esferas isoladas, mas de descrever dois setores de um único contexto, o direito penal.

A escolha de autores contratualistas clássicos se deve ao fato de que são eles os primeiros a considerar que os indivíduos que cometem ilícitos rompem com o contrato social estabelecido entre os mesmos e, por isso, não mais podem ser tratados como membros da comunidade, mas como uma ameaça a ela.

Jakobs afirma que o direito penal atinente aos cidadãos considera o agente do delito como pessoa, ou seja, enquanto sujeito de direitos e deveres. O próprio Estado reconhecendo que as normas por ele estatuídas podem ser desrespeitadas prevê sanções para seu descumprimento. Contudo, ao exercer seu poder soberano de punir, que tem por escopo o retorno ao *status quo ante*, o ente estatal não considera os descumpridores da lei como sendo seus adversários, mas como cidadãos que agiram de forma errônea. Assim, a eles é imputada uma pena correspondente aos atos praticados, possibilitando o restabelecimento da vigência do preceito violado, através da aplicação do processo penal e observado todos os pressupostos de justiça. Em termos mais claros, conservada está à condição de pessoa e de cidadão daqueles que agiram em desrespeito à norma.

Contrariamente, a vertente do Direito Penal que visa punir o inimigo é direcionada àquele agente considerado fonte de perigo ou intimidação. Jakobs justifica este tratamento diferenciado sob a perspectiva dos demais membros da sociedade, os cidadãos, enquanto destinatários do direito a segurança. Desse modo, o próprio Estado estaria impedido de tratar como pessoa os indivíduos que não oferecem garantias mínimas de comportamento enquanto tal. Assim, os membros do poder legislativo passam a criar legislações de combate, elegendo

como destinatários da norma aqueles que se desviaram do direito de forma duradoura ou decisiva. Retira-se a condição de pessoa e de cidadão do agente, sendo o relacionamento entre ele e o Estado pautado sob a égide da coação, e não do direito, como ocorre no primeiro caso.

Desse modo, o direito penal do inimigo antecipa a punibilidade do agente para o momento da preparação de um possível delito, objetivando com isso a eliminação de um perigo. Isto é, trata-se de verdadeira política opressiva de controle social e não de legislação penal. Logo, o preceito secundário da norma incriminadora é aplicado com vistas a inibir a ocorrência de fatos futuros e, não a punição de atos consumados, como ocorre no direito penal dos cidadãos.

Além desta, a doutrina em comento também se caracteriza pela criação de leis mais severas direcionadas diretamente aos inimigos, sobretudo com a flagrante desproporcionalidade das penas cominadas, além da relativização ou, até mesmo, da supressão de certas garantias processuais.

Como dito anteriormente, isso ocorre em virtude do fato dos inimigos não serem considerados cidadãos, ou seja, como sujeito de direitos e deveres, mas como algo a ser combatido. Isso os impede de ter acesso à ampla gama de garantias abrigadas pelo ordenamento, bem como não possam questionar a diferença de tratamento dispensado a eles, que é consequência da própria lei, cujo caráter é impositivo.

Neste ponto, temos que a principal característica da teoria em análise, diga-se a antecipação da punição, mostra-se como elemento violador do princípio da ofensividade.

Este estabelece como necessária a configuração de uma conduta delitiva que o bem jurídico protegido pelo Direito Penal seja violado ou que se encontre em perigo real de dano. Nesse sentido é o entendimento de César Roberto Bitencourt ao afirmar que

O legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal³.

Assim, resta límpido que o preceito da lesividade traduz-se em limite ao *jus puniendi* estatal, posto que obsta a tipificação de condutas que não se amoldam ao seu preceito. Por isso, muitos autores, dentre eles Bitencourt e José Antônio Paganella Boschi sustentam a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, ou seja, daqueles delitos que não são

³ BITENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, 1. 17ª ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a lei 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p.59.

capazes de gerar ao menos ameaça de lesão a um bem alvo de tutela penal. Pois, além de ignorar a ofensividade, presume um perigo cuja concretização é incerta porque, ainda que exista a intenção do agente em praticar um ato contrário à norma, inúmeros são os fatores que podem modificar os rumos da empreitada criminosa, sendo certo que ao Estado deve interessar os atos correspondentes a lei, devendo as intenções e vontades serem consideradas apenas como possíveis explicações para ato ilícito e não o fundamento jurídico para a tipificação de uma conduta. Neste seguimento, acentua Paganella Boschi.

*A criminalização (...), deve ser precedida, sempre, de muita reflexão, evitando-se o risco de que a expansão do direito penal com criminalizações a torto e a direito comprometa ainda mais o princípio clássico de mínima intervenção do direito penal*⁴.

A par da presente consideração, Jakobs utiliza argumento outro para a citada polarização no sistema repressor: a abstração do princípio da igualdade.

Para o autor germânico tal mandamento, carecedor de complementação, legitimaria o tratamento dispare entre cidadãos e inimigos na medida em que, somente àqueles agentes cumpridores de seus deveres que não representem um perigo latente às outras pessoas e ao Estado, poderiam ser considerados como iguais, merecedores, portanto, de tratamento isonômico, bem como de respeito e proteção a seus direitos e garantias. Por consequência, o inimigo sempre ocuparia uma posição diferenciada, na qual se encontra despido de todas as prerrogativas estabelecidas juridicamente.

Conquanto, o presente posicionamento, ao que parece não se mostra como complementação, mas verdadeira ponderação a cerca dos titulares das normas de Direito, o que deve ser rechaçado de todas as formas em um ordenamento que se pretenda minimamente justo.

Paganella Boschi elenca que o princípio da igualdade comporta três diferentes concepções: igualdade das pessoas; igualdade das pessoas perante a lei e, igualdade das pessoas na lei⁵. Nesta leitura, reconhece-se que cada indivíduo guarda consigo certas particularidades de ordem física, genética e estética, contudo não pode a lei dispensar tratamento diferenciado, bem como instituir privilégios tomando por parâmetro tais características, visto que estaria desafiando o citado mandamento, consolidado no artigo 5º,

⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. Das Penas e seus Critérios de Aplicação. 6ª ed., ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.39.

⁵ Ibidem, p.42.

caput da Constituição Federal Brasileira de 1988 sob os seguintes termos: “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)*”.⁶

Entretanto, autorizado está o poder legiferante a estabelecer discriminações positivas, que têm por escopo, igualar as condições de agentes que faticamente se encontram em posições desiguais. Trata-se da busca pela igualdade em sentido material, que deve ser suportada e legitimada pelo ordenamento, sob pena, de jamais ver-se concretizado o princípio isonômico.

Apesar de haver a sustentação, principalmente por seu idealizador, de que a teoria do direito penal do inimigo é excepcionalmente aplicada aos casos nos quais os agentes não ofereçam garantias mínimas de comportamento enquanto membros de uma dada sociedade, a tese padece de completude ao não estabelecer os parâmetros para a determinação dos inimigos pelo Estado, restando aberta a possibilidade para que qualquer agente que detenha o poder possa eleger grupos a serem combatidos, o que é arbitrário sob todos os sentidos.

Nesta eleição de inimigos, é certo que a mídia desempenha papel preponderante, dado seu grande poder persuasivo, sobretudo, perante o grande público. Segundo Rogério Greco, profissionais inabilitados juridicamente sustentam que através de uma política de direito penal cada vez mais severo, traduzido em um maior número de leis incriminadoras, penas mais gravosas e desrespeito às garantias a sociedade extirparia de seu ambiente a parcela de indivíduos por si não queridos⁷.

Dessa forma, o convencimento da população quanto à insegurança hodierna é realizado através de transmissões sensacionalistas, que objetivam a revolta social a fim de que esta compactue com a vingança instituída pelo próprio Estado contra certos grupos, sobretudo os mais vulneráveis socialmente implantando, assim, tratamento repressivo e arbitrário que, não pode encontrar qualquer fundamentação justificável em um Estado de Direito.

Com vistas ao exposto, não resta alternativa se não questionar a conformidade teórica e, por que não, prática, da teoria de Jakobs. Este menciona que o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo são tipos ideais que dificilmente serão encontrados em sua forma pura.

Mesmo na apreciação de um fato cotidiano que desperte pouco mais que enfado – Direito Penal do Cidadão -, imiscui-se, ao menos, uma leve defesa contra perigos futuros – Direito Penal do Inimigo – e até mesmo o terrorista mais apartado

⁶ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 12/02/2016.

⁷ GRECO, Rogério. Direito Penal do Inimigo. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>>. Acesso em: 30/12/2015.

*do cidadão é tratado, ao menos formalmente, como pessoa, quando lhe são concedidos, no processo penal, os direitos de um acusado cidadão*⁸.

Desse modo, se o próprio criador da teoria diz que ao inimigo pode ser dispensado, ao menos, minimamente tratamento outorgado ao cidadão e, não há mecanismos seguros para a definição daqueles que devem ser considerados inimigos, é evidente que a tese objeto de estudo carece de justificação jurídica, parecendo certa a imposição do direito penal a condutas e indivíduos que não puderam ser contidos pelos mecanismos estatuídos sob o esteio de um Estado de Direito.

Tal consideração nos reporta a um direito penal simbólico e de urgência. Neste sentido, o diploma repressor torna-se um instrumento a serviço do poder, na medida em que é utilizado como resposta aos anseios populares, criados pelo próprio Estado, sobretudo no que diz respeito à criminalidade.

Assim, percebe-se que o direito penal é manipulado com vistas a fornecer respostas rápidas às reivindicações populares e, na mesma medida, legitimar, por vias avessas, a perseguição contra certos indivíduos e grupos do seio social. Sendo certo de que todo esse manejo é realizado para manter os detentores do poder em suas posições.

Resta assim visível que a teoria do Direito Penal do Inimigo integra a vertente que defende a intervenção máxima da seara penal. Assim, o sistema repressor deve abarcar o maior número de condutas possíveis, sobretudo as de menor gravidade, o que, por consequência, evita crimes mais lesivos. Em outros termos, trata-se de teoria baseada na prevenção do delito por meio da repressão.

A princípio, essa criminalização arbitrária também se faz presente no sistema penal pátrio vigente. Em seu bojo é possível vislumbrar distinções entre a punição dos agentes considerados cidadãos e, daqueles que devem ser combatidos, tendo em vista o perigo que representam, inimigos, portanto. Possíveis exemplos disso são os crimes autônomos de associação criminosa (artigo 288, caput do Decreto-lei nº 2.848/1940 - Código Penal)⁹ e de organização criminosa (artigo 1º, §1º da lei nº 12.850/13)¹⁰. Nestes o legislador tem por escopo punir uma expectativa de delito e, não fatos consumados. Além disso, desnecessária se

⁸ JAKOBS, Günter. *Direito Penal do Inimigo*. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.1.

⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 12/02/2016.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de Agosto 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em 12/02/2016.

faz a consumação de outros delitos para que os agentes sejam punidos pela reunião cujos fins sejam delitivos, preenchidos os demais requisitos a serem analisados em capítulo próprio.

Tendo isso em vista, conclui-se que os inimigos são punidos pelo que são e não pelas condutas delitivas praticadas. Assim, há uma evidente perfilhação, dentro de um mesmo ordenamento jurídico, de um direito penal do autor conjugado a um direito penal do fato. Todavia, tal adoção mostra-se inadmissível em um Estado de Direito, como o adotado pelo Brasil, visto se tratar de flagrante contradição ao sistema de garantias presente não só em âmbito penal, mas em todo o sistema jurídico pátrio atual.

1.2. Contraponto: O Inimigo do Direito Penal.

A atual expansão do poder punitivo estatal, traduzida na maior e, mais rígida ingerência na vida privada dos indivíduos, legitimada pelas leis e pela doutrina jurídica, como é sabido, opera-se em total desacordo com os mais basilares preceitos da dogmática jurídica penal conquistada ao longo da história, restando clara a perseguição a determinadas pessoas e grupos sociais.

O principal argumento para este caminhar do direito penal justifica-se através de um discurso que suscita situações emergenciais, pois certo é que períodos de adversidade permitem a adoção de medidas que, em situações normais, jamais seriam admitidas. Entretanto, quanto à citada artimanha, Eugênio Raúl Zaffaroni nos adverte.

Da exceção, sempre se invoca uma necessidade que não conhece lei nem limites. A estrita medida da necessidade é a estrita medida de algo que não tem limites, porque esses limites são estabelecidos por quem exerce o poder. Como ninguém pode prever exatamente o que algum de nós – nem se quer nós mesmos – fará no futuro, a incerteza do futuro mantém aberto o juízo de periculosidade até o momento em que quem decide quem é o inimigo deixa de considerá-lo como tal¹¹.

Assim, resta evidente que o ordenamento jurídico como um todo, mas, sobretudo o direito penal é utilizado como elementos de serventia ao Estado e ao poder, pois essas situações anormais são conseqüências, muitas das vezes, de ações do próprio Estado, o que

¹¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011, 2ª reimpressão, setembro de 2014 (Pensamento criminológico; 14) p.24 e 25.

evidencia certo resquício de um direito absoluto no qual o soberano detinha poderes irrestritos, sendo seus interesses os elementos justificadores das normatizações existentes. E, que todas as ações por ele praticadas objetivam a manutenção do poder titularizado e não o bem estar da população.

Frisa-se que as características do arbitrário avanço da seara penal são as bases da teoria do Direito Penal do Inimigo, de Gunther Jakobs. Tais particularidades se resumem, como mencionado em seção própria, na antecipação da punição, na desproporcionalidade das sanções previstas e no desrespeito as garantias penais e processuais penais. Ou seja, a tese acima referenciada mostra-se como verdadeiro exemplo da corrente doutrinária que defende a ingerência do direito penal no maior número de condutas possível.

Desse modo, legitima-se perante a adversidade, o distanciamento à dogmática jurídico-penal que estabelece critérios fundamentais para que possa ser configurado um delito, como por exemplo, o nexos de causalidade entre a conduta e o resultado naturalístico, a lesividade da ação quanto ao bem jurídico tutelado, a concentração do direito penal ao fato praticado independentemente de quem seja seu autor, ressalvadas neste tocante apenas a análise das elementares do tipo, dentre outras prerrogativas. .

Somando-se a tais fatores, temos que, devido ao processo de globalização vivenciado nos últimos tempos, inúmeras modificações políticas influenciam o sistema jurídico dos Estados, sobretudo a esfera penal.

Isso ocorre, pois, tal processo, diminui o poder de decisão dos Estados, não sendo eles, portanto, totalmente livres para tomar suas decisões soberanamente, mas devem proceder a tal ação tendo em vista o bem estar de todos, a nível global.

Além do mais, este procedimento potencializa a utilização e o consentimento dos outros Estados à arguição de situação de emergência para que possa haver a prática de ações excepcionais.

Desse modo, vemos que os Estados, a exemplo das clássicas teorias contratualistas dispõe de parte de suas prerrogativas em busca de algo maior, qual seja, tornar possível a convivência pacífica com as demais nações.

Contudo, perigosas ponderações podem surgir desse relacionamento entre Estados. Pois, os Estados cada qual elegem seus inimigos, porém dessa relação global, podem eles adotar como próprios os inimigos alheios.

Exemplificação deste último caso é o que vem ocorrendo deste 11 de setembro de 2001 em decorrência dos atentados terroristas que tiveram por alvo os Estados Unidos da

América. Tais ataques, de forma mais notória, atingiram o prédio do Pentágono, em Washington, bem como ocasionaram a queda das Torres Gêmeas na cidade de Nova York.

Resulta do citado episódio, bem como da posição de protagonismo em âmbito mundial que ocupa os Estados Unidos da América, a perseguição aos terroristas, que passaram a ser os novos inimigos das sociedades modernas. A sensação de insegurança, de viver sob uma ameaça constante passou a atormentar não só os Estados Unidos, mas como os demais Estados do globo, sobretudo os países do continente europeu.

Esta disseminação da falta de segurança, traduzida em uma expectativa de delito é o que justifica as intervenções e a consequente violação, realizada por uma coalizão de países liderada pelos Estados Unidos da América, a soberania dos Estados de origem ou que abrigam os inimigos que, em maior número se encontram no Oriente Médio. Trata-se de exemplo límpido e atual da manipulação e, por que não, da criação de situações emergências pelos próprios Estados cuja finalidade é a justificação de ações ilegais.

Assim, o Estado utiliza o direito para negar a condição de pessoa a determinadas pessoas ou grupos, passando a tratá-los como um perigo constante que deve ser combatido.

Todavia, este tratamento diferenciado não retira a totalidade de direitos desses seres considerados diferentes, sendo, por exemplo, mantidos os direitos inerentes ao âmbito familiar e sucessório. O que, por si só, obsta a categorização entre “*pessoas e não pessoas*”¹², ou seja, entre cidadãos e inimigos, pois, sob o comando de um Estado Democrático de Direito calcado no princípio da igualdade, não se pode admitir que indivíduos privados de certos direitos sejam excluídos de sua condição de sujeito, haja vista que não é a quantidade de direitos que faz com que o indivíduo seja considerado como pessoa, mas tal característica decorre da própria essência humana.

Caso considerássemos o contrário, poderíamos chegar a um escalonamento, no sentido de quantificar aqueles que poderiam ser considerados mais ou menos pessoas, até o nível em que fosse possível categorizar certos indivíduos como não detentores de tal característica.

Desse modo, vê-se que a política de contenção deve ser extirpada dos ordenamentos. Pois, sendo ela a contenção de agente considerado perigoso apenas pelo que representa e, não a consequência por um ato lesivo praticado, entendimento que decorre da clássica concepção de pena, tais medidas somente são passíveis de imposição a coisas e animais, ou seja, seres

¹² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011, 2ª reimpressão, setembro de 2014 (Pensamento criminológico; 14), p.18.

inanimados, haja vista não terem eles a essência humana e, por consequência, excluídos estão do mandamento do respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim, as pessoas, observando-se os preceitos mais elementares, somente podem ser punidas nos casos de estrita necessidade e, como consequência de uma conduta considerada ilícita penalmente. À medida que o direito se distancia desse preceito basilar, entrando está no âmbito subjetivo do julgador que, de modo arbitrário, poderá invocar uma excepcionalidade que não encontra limites.

Importante se faz destacar que sobre a temática do inimigo Carl Schmitt ¹³ fora o maior expoente. Afirmando ele que a distinção entre inimigos e cidadãos é uma característica necessária a todas as comunidades políticas.

O conceito de inimigo, desde Roma até a atualidade jamais deixou de fazer parte do pensamento de filósofos, juristas, bem como da seara penal. Figura ele como elemento controverso frente a um Estado de Direito, porque é a própria destruição desse modelo de organização estatal, pois, ainda que adotado a forma mais prudente possível, isso desembocará, necessariamente em um estado absoluto que é diametralmente oposto a forma organizativa estatal anteriormente referenciada.

Do mesmo modo, a teoria proposta por Jakobs carrega consigo o argumento de sua própria destruição, pois sendo o Estado de Direito pautado em leis, no momento em que a decisão sobre fatos são entregues ao juízo de necessidade a ser feito por um soberano, anula-se o Estado de Direito na exata medida e que é o próprio soberano que atribui a qualidade de inimigo ao indivíduo através de uma decisão puramente política, a qual não oferece margens para sua contestação. Portanto, não está o Estado limitado por leis de modo pleno, mas apenas enquanto for conveniente ao poder.

Assim, apesar do Estado de Direito ser consequência de inúmeras batalhas e guerras contra o Estado absoluto e a contenção do poder de polícia, certo é que no mundo dos fatos não pode ser ele encontrado em sua forma pura e idealizada, pois quem detém o poder tenta de todas as formas desatar-se dos controles e limitações objetivando a satisfação de causas que tenha interesse.

O Estado de polícia a todo o momento tenta romper as barreiras do Estado de direito pelo qual se encontra contido. Disso decorre o perigo da adoção de um direito penal do inimigo, sobretudo no que tange a maior adoção de medidas de segurança e do desrespeito aos

¹³ SILVA, Washington Luiz. Carl Schmitt e o Conceito Limite do Político. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2008000200010>. Acesso em 16/02/2016.

direitos dos indivíduos.

Contudo, o modelo ideal de Estado de direito, o qual estipula uma igualdade de todos perante a lei, a despeito de ver-se concretizado, figura somente como uma direção a ser seguida, como um parâmetro para que os Estados que se organizem sob seus preceitos possam cada vez mais se aperfeiçoar.

Em vista disso, o direito penal é importante fator de contenção ao poder de polícia, devendo sempre se alinhar aos preceitos constitucionais para que seja sempre e, em maior grau, a justiça das decisões. Assim, o direito penal deve sempre atuar como elemento de contenção a qualquer resquício de absolutismo, alinhando-se, para tal ao ideal do Estado de direito.

Portanto, certo é que a real ameaça ao direito penal é o Estado de polícia, sendo este o meio de se chegar a um Estado absoluto.

Assim, mesmo diante do flagrante crescimento e, defesa, por alguns desse estado de exceção, cabe ao direito penal, como é de sua essência, figurar como contenção a marcha que se opera, sob pena, do mesmo se tornar um servo cúmplice de seu próprio inimigo. Pois, inaceitável é o fato de que pessoas sejam tratadas como inimigos e, mais repugnante seria legitimar tal tratamento diferenciado através de leis ou de sua aplicação.

Por mais que o Estado de direito não exista em sua forma plena, é certo que este modelo ideal deve nortear os Estados atuais na busca por um tratamento igualitário no tocante aos membros de suas sociedades, pois, caso contrário, implacável seria o avanço do Estado absolutista até a barbárie. Por isso, o conceito de inimigo é, e deve cada vez mais ser combatido.

Toda exceção se justifica através uma, pseudo-necessidade. Por ser mais fácil, busca-se nestes casos a promoção de uma mudança legislativa no sentido de agravamento das sanções previstas. Isto é midiático e enganador, pois através da disseminação da sensação de impotência frente a um possível inimigo, o Estado angaria o consentimento da população, ainda que isso se não se dê pelo consentimento, mas apenas pela não colisão de ideias, para programar sua política de exclusão rumo ao Estado absoluto.

Em vista de todo o citado, podemos concluir que o Estado de direito não pode admitir e, muito menos legitimar nenhum tipo de exceção, visto que assim o mesmo se tornaria inócuo no que se refere a seus ideais de justiça e igualdade.

Exemplo disso é a adoção das medidas de segurança na América Latina que, sob o discurso da necessidade, pautado na estrita necessidade de sua aplicação a determinados

casos, passou, no mundo dos fatos a ser a regra. Com isso, as medidas de contenção que deveriam ser aplicadas de forma restrita aos inimigos são aplicadas a todos aqueles tidos como suspeitos de delitos ¹⁴.

Por derradeiro, apesar de reconhecida a tendência ao endurecimento das leis penais, bem como dos consectários da marcha violadora de direitos e garantias dos indivíduos, não há na doutrina jurídica penal consenso quanto a qual tipo de tratamento deve ser dispensado ao mesmo.

Todavia, certo é que as táticas de contenção destinam-se ao fracasso, pois, como outrora explanado, a exceção sempre é justificada através de necessidades que não encontram limites.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011, 2ª reimpressão, setembro de 2014 (Pensamento criminológico; 14), p.164.

CAPÍTULO 2. DIREITO PENAL DE GARANTIAS: BREVES CONSIDERAÇÕES.

Até o século XV não havia divisão entre direito e moral. Certo era que a lei natural, eterna e divina deveria refletir-se nas normas criada pelos homens.

Esta concepção permitiu que a punição e o castigo impostos as pessoa se baseassem em opções pessoais ou no modo de ser das mesmas, sendo elas punidas pelo que eram e não por atos praticados.

Fora somente com as correntes doutrinárias contratualistas que se programou uma resistência à utilização da moral como elemento do direito penal. Com isso, passa-se a uma construção formal do delito e de suas conseqüências, a despeito da anterior subjetividade.

Este fenômeno de separação entre moral e direito é denominado princípio da secularização. De acordo com Salo de Carvalho, esta nova concepção mostra-se muito relevante.

Importante perceber que o processo de secularização, em realidade, operou de imediato, uma minimização na intervenção do direito penal. Se nos modelos pré (ou anti) seculares há possibilidade de o direito penal criminalizar e penalizar a esfera da consciência (o ser do sujeito), na estrutura proposta pelos pensadores iluministas tal ingerência é ilegítima. (...), ou seja, somente serão passíveis de criminalização aqueles atos que empreenderem efetiva lesão de bens jurídicos de terceiros, tendo em vista a imunização do "ser" ¹⁵.

Portanto, temos que o princípio da secularização é a primeira baliza que norteia a direito penal rumo a um modelo garantista, ou seja, que respeite os direitos e garantias fornecidos pelo ordenamento jurídico aos seus jurisdicionados. É através do supracitado mandamento que se tem o nascedouro de toda a principiologia Constitucional e Penal dos dias atuais.

Exemplo disso é a previsão na Carta Magna de 1988 de direitos como a liberdade de consciência e crença religiosa, a livre manifestação do pensamento, o respeito à vida privada,

¹⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de. Aplicação da Pena e Garantismo. Amilton Bueno de Carvalho, Salo de Carvalho. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p.9.

a inviolabilidade da intimidade dentre outros tantos são expressões claras da segregação entre direito e moral, previstos respectivamente no artigo 5º, VI, IV, X ¹⁶.

Do mesmo modo, o princípio da secularização também deixou suas marcas no âmbito penal. Estas se tornam evidentes através de princípios como da intervenção mínima, da adoção do direito penal do fato e do mandamento que disciplina a fragmentariedade.

Assim, claro está que o princípio da secularização é elemento que antecede a qualquer sistema que pretenda ser garantista. Pois, certo é que o garantismo penal visa indicar critérios para que a intervenção penal possa ocorrer sem que motivos, como a defesa ou interesse social, sejam colocados acima dos direitos dos cidadãos.

Ou seja, a teoria em comento objetiva a efetivação da justiça e dos princípios constitucionais e penais, sobretudo o princípio da igualdade, visto que, se determinado bem é, de início, considerado de maior relevância que outro, não tendo as partes meios disponíveis para que possam argumentar o contrário, não há que se falar em processo, ou melhor, não há que se falar em Estado de Direito.

2.1. Garantismo Penal: A Construção.

A teoria do garantismo penal teve seu nascedouro na Itália através dos estudos jus-filosóficos do professor Luigi Ferrajoli.

A presente doutrina, que investigara principalmente o direito penal, mas que seus pressupostos intentam-se aplicar ao ordenamento jurídico como um todo, surgiu em resposta às divergências entre as previsões normativas e sua prática, pois tal descompasso poderia fazer com que a legislação, sobretudo os direitos e garantias tanto individuais como coletivos se tornassem apenas referenciais e, não algo a ser perseguido com vistas a sua maior e melhor efetividade pelos Estados.

Desse modo, o termo garantismo designa a ideia de proteção às garantias estabelecidas no ordenamento jurídico. Seus pilares são a legalidade e o Estado Democrático de Direito. Trata-se de parâmetro de justiça, racionalidade e legitimidade da intervenção punitiva.

¹⁶ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12/02/2016.

Na concepção de Luigi Ferrajoli o garantismo pode ser entendido sob três diferentes significados: como um modelo normativo; como uma teoria jurídica de validade e efetividade de direitos e, ainda, como uma filosofia política.

Enquanto modelo de normas o garantismo é sinônimo de Estado de Direito. Neste entender, o modelo de organização estatal mencionado pode significar duas coisas: um governo *sub lege*, regido por lei ou *per lege*, estabelecido mediante leis.

O Estado de direito se refere aos Estados que se submetem a uma legalidade *stricto sensu*, pois decorre da própria norma o conteúdo substancial e imprescindível de onde deve ser retirada a legitimidade quando do exercício de qualquer poder ou prerrogativa.

Portanto, garantista é o Estado que se rege pelo princípio da legalidade em todas as suas esferas de comando e que preza conseqüentemente, pelo respeito e concretização cada vez maior dos direitos dos cidadãos.

Outra acepção refere-se ao garantismo como sendo uma teoria crítica, representando o elo entre o *ser* e o *dever ser* da norma, entre a previsão legal e sua real efetivação.

Através de tal perspectiva é possível analisar o grau de concretização e respeito aos direitos estipulados pelo ordenamento jurídico, ou seja, torna-se possível a aferição do grau de garantismo de determinado sistema. Isso se dará mediante a constatação de antinomias e incoerências entre a prática e a teoria constitucional-penal.

Por derradeiro temos o terceiro significado de garantismo, entendido como justificação externa do Estado e do Direito. Trata-se da necessária separação entre Direito e moral, já referenciada quando da explanação sobre o princípio da secularização. Pois, caso contrário fosse, conjugado estaria o binômio delito-pecado, próprio dos modelos normativos mais arcaicos, que por suas bases e pré-concepções não encontra aplicabilidade no direito penal hodierno.

Trata-se, esta última, da justificação externa do direito, que também possibilita a avaliação quanto ao que está previsto na norma e seu grau de concretização. Seu objetivo é buscar o significado das instituições jurídicas como elementos que garantidores dos direitos dos cidadãos.

Evidente está que a teoria do garantismo penal se filia a vertente que defende um direito penal mínimo. Por meio dela temos que o direito penal deve estar condicionado a garantia máxima das liberdades dos cidadãos, bem como ser regido pela extrema certeza e racionalidade.

De tal premissa decorrem certos mandamentos que devem limitar o *jus puniendi* do Estado. Ferrajoli nos explica.

*Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos*¹⁷.

Desse modo, vemos que o modelo em análise tem como elementos primordiais a serem observados: a certeza e a racionalidade. Isso se concretiza no ordenamento jurídico quando o mesmo exige observância a preceitos maiores do que o simples direito de punir, que é soberano do Estado, mas, por exemplo, a inexistência de dúvida quanto à materialidade e autoria do ilícito para que possa justificar-se a ingerência, ainda que mínima, do direito penal ao direito de liberdade, uma vez que a regra deve ser a preservação dessa prerrogativa.

Por conseguinte, “*referir-se a um direito penal garantista em um Estado de direito é uma redundância grosseira porque nele não pode haver outro direito penal senão o de garantias*”¹⁸. Isso se deve ao fato de que todas as garantias no âmbito material e processual penal são conseqüências das contenções ao poder absoluto exercido pelo Estado, principalmente por vias do poder de polícia.

Contraponto a esta concepção é o direito penal máximo. Este se destaca pela severidade, incerteza e imprecisão no que tange as condenações e suas penas. Seu objetivo maior é impedir que os mais insignificantes eventos não restem impunes, ou seja, trata-se claramente de um modelo que não pode ser analisado sob a ótica da racionalidade, mas da adoção de uma justificação arbitrária e imoderada para o direito penal.

Por certo, tal doutrina legitima a expansão da ingerência penal, desrespeitando princípios elementares atinentes ao Direito penal como a *última ratio* e a fragmentariedade. O primeiro preceitua que deve a seara penal regular apenas os casos que não podem ser amparados pelos demais ramos que compõem o ordenamento jurídico. Ao passo que a intervenção mínima deixa evidente que deve ser alvo de tutela penal apenas os bens jurídicos mais caros a sociedade.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.83.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011, 2ª reimpressão, setembro de 2014 (Pensamento criminológico; 14), p.173.

Desse modo, o direito penal, apesar de figurar como o ramo que de forma mais implacável age sobre os cidadãos pode, sob uma concepção máxima de sua aplicação, ser utilizado nas mais variadas situações, ao livre arbítrio estatal. Traduzindo-se, então, em clara afronta a mandamentos constitucionais clássicos como o direito de liberdade, a presunção de inocência e a legalidade estrita que, em âmbito penal deve ser respeitado de forma implacável.

Assim, o direito penal máximo pauta-se na idéia do “*in dubio contra reum*”¹⁹, ou seja, a incerteza aproveita ao Estado que, neste caso, estará autorizado a aplicar sua força coercitiva contra o acusado, visto que sua inocência não restou comprovada.

A disparidade entre ambos os modelos mencionados é evidente. Ferrajoli explica que tal discrepância é oriunda da lógica adotada por cada corrente, pois enquanto o direito penal máximo se preocupa em balizar as condições suficientes para que possa haver uma condenação, a doutrina minimalista defende a estipulação de elementos necessários à condenação, sem os quais deve o acusado ser restituído em sua liberdade plena²⁰.

O doutrinador italiano nos adverte ainda que em meio a estes extremos encontram-se inseridos entre eles diversos sistemas intermediários que são classificados de acordo com a maior tendência que apresentam ao direito penal mínimo ou a doutrina do direito penal máximo. Nesta esteira, Ferrajoli nos adverte.

Nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, caracterizados pela diferenciação entre vários níveis de normas, estas duas tendências opostas convivem entre si, caracterizando a primeira os níveis normativos superiores e, a outra, os níveis normativos inferiores, e dando lugar com sua separação a uma ineficiência tendencial dos primeiros e a uma ilegitimidade tendencial dos segundos. Assim, (...) nossas leis ordinárias, e ainda mais nossas práticas judiciais e policiais, admitem de fato figuras de responsabilidade penal sem uma ou sem várias das garantias citadas²¹.

Por esta ótica, o garantista pode ser entendido como uma teorização que objetiva averiguar a dinâmica dos preceitos normativos. Desse modo, o Estado de direito como modelo ideal deve balizar os ordenamentos atuais, impedindo que os mesmos retroajam em matéria de direitos, garantias dos cidadãos.

Em resumo, pode-se dizer que o garantismo penal mostra-se como teoria que melhor exprime os preceitos basilares de toda a dogmática jurídico-penal que elege como primordial

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.85.

²⁰ FERRAJOLI, 2002, op. cit. p.85.

²¹ Idem, 2002, p.83.

o respeito à dignidade da pessoa humana, mandamento este conquistado historicamente frente ao poder tirânico, absoluto e arbitrário dos Estados.

Neste diapasão, o termo garantismo é sinônimo de Estado de direito. Este, por sua vez, deve manter e objetivar maiores prerrogativas aos cidadãos, visto que nesta mesma medida será a repressão ao poder absoluto que, por vias oblíquas, sempre almeja sua insurreição.

CAPÍTULO 3. CRIMES ASSOCIATIVOS

Os crimes associativos tema do presente capítulo são aqueles previstos no artigo 1º, §1º da lei 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa)²² e do artigo 288, caput da lei nº 2.848/1940 (Código Penal)²³. Tal estudo visa elucidar as semelhanças e particularidades entre os dispositivos, bem como os requisitos de aplicabilidade de cada qual para que os mesmos deixem de ser utilizados de forma abusiva como a muito vêm sendo feito.

Quanto às semelhanças temos que ambos os delitos tutelam o bem jurídico paz pública. O legislador não elenca uma definição para tal objeto de proteção, nem mesmo a Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal fora capaz de assim proceder. Coube a doutrina esta tarefa. Cezar Roberto Bitencourt nos esclarece.

Em síntese, paz social como bem jurídico tutelado não significa a defesa da “segurança social” propriamente, mas sim a opinião ou sentimento da população em relação a essa segurança, ou seja, aquela sensação de bem-estar, de proteção e segurança geral, que não deixa de ser, em outros termos, uma espécie de reforço ou fator a mais da própria segurança ou confiança, qual seja, o de sentir-se seguro e protegido. A rigor, repetindo, todo e qualquer crime sempre abala a ordem pública; assim, toda infração penal traz consigo uma ofensa à paz pública, independentemente da natureza do fato que a constitui e da espécie de bem jurídico especificamente atingido²⁴.

Por justamente abalar o sentimento coletivo de paz e tranquilidade é que se considerada ilícito penal a reunião permanente de sujeitos que tenham por intento a prática de ilícitos penais.

²² BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de Agosto 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em 12/02/2016.

²³ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 12/02/2016.

²⁴ BITENCOURT, Cesar Roberto. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013/ Cezar Roberto Bitencourt; Paulo César Busato. São Paulo: Saraiva, 2014, p.49.

Como resultado disso, será sempre a coletividade o sujeito passivo dos delitos de associação e de organização criminosa. Importante frisar que essa afirmação não afasta a possibilidade de existirem sujeitos passivos determinados de tais delitos. Porém, comumente as vítimas individualizadas são, in concreto, dos ilícitos praticados pela reunião de agentes e não das associações, genericamente consideradas, enquanto crimes autônomos.

Quanto ao sujeito ativo, este poderá ser qualquer pessoa, visto se tratarem de crimes comuns. Contudo, ambos são delitos plurissubjetivos ou de concurso necessário, pois decorre da própria conceituação típica a imposição de que haja uma pluralidade de agentes. Assim, os delitos em apreço estabelecem cada qual um número mínimo de agentes necessários a sua configuração, sendo que para a caracterização da associação criminosa são necessárias ao menos três pessoas, ao passo que na organização precisa-se de, no mínimo de quatro sujeitos.

Consideração relevante a cerca da presente característica aponta para a presença de inimputáveis e impuníveis como membros dos crimes associativos. Rogério Greco diz que para a configuração do número mínimo de agentes, basta que apenas um deles seja imputável e, que os demais, inimputáveis, apresentem capacidade de discernimento²⁵. Quanto ao tema, Bitencourt, ao contrário, diz que sob a ótica de um Estado Democrático de Direito a consideração acima exposta torna-se impossível, pois figura como indício de responsabilidade penal objetiva²⁶. Situação outra diz respeito ao impunível, ou seja, se um dos agentes, por qualquer motivo seja, em decorrência de uma causa pessoal isento de pena, isso por si só não é capaz de descaracterizar os crimes associativos no que diz respeito ao número mínimo de membros.

Ainda na esteira das semelhanças temos que os delitos de associação e organização criminosa são exemplos de ilícitos penais de perigo comum abstrato. Nestes, um número indeterminado de pessoas são colocadas em perigo e, a qualidade de crime é atribuída à conduta independentemente da produção de qualquer resultado naturalístico, ou seja, são crimes formais que, por consequência impedem a forma tentada. Assim, o injusto é configurado, observado o número mínimo de agentes, desde o momento em que a conduta comissiva associar-se é praticada, perpetrando-se no tempo a consumação do mesmo enquanto o agente fizer parte da reunião criminosa.

²⁵ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial, Volume IV. 11 ed. Niterói, Rio de Janeiro, Impetus, 2015, p.212 e 213.

²⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013/ Cesar Roberto Bitencourt; Paulo César Busato. São Paulo: Saraiva, 2014, p.50.

Salienta-se que a doutrina se divide quanto à aceitação dos crimes de perigo abstrato. Majoritariamente há o reconhecimento da existência dos mesmos como categoria de classificação de delitos, contudo autores de grande prestígio na seara penal brasileira, como Rogério Greco são contrários a essa previsão. Para esta corrente de pensamento, todos os delitos considerados de perigo abstrato, ou seja, nos quais se presume o perigo da conduta, na verdade, deveriam ser considerados crimes de perigo concreto. Pois nestes, necessária é a demonstração de que o bem jurídico protegido pela norma penal fora colocado, ao menos em efetivo perigo, não bastando à mera expectativa de lesão ²⁷.

Importante também frisar que os crimes de associação, bem como o de organização criminosa são ilícitos autônomos, ou seja, restam configurados ainda que o grupo não tenha cometido qualquer outra conduta. Sendo necessário, para tanto que os requisitos de cada qual estejam configurados. Desse modo, caso haja a prática de outros delitos seus autores responderão por eles e pela reunião em concurso de crimes.

Característica não menos relevante é a igualdade da previsão de pena de reclusão aos delitos em comento, o que mostra a reprovabilidade social das condutas, pois de acordo com o artigo 33 do Código Penal ²⁸, quando prevista pena de reclusão ao agente pode ser imputado o regime fechado, semi-aberto ou aberto de cumprimento de pena, ao passo que aos crimes que são cominadas penas de detenção o regime de cumprimento somente pode ser o semi-aberto ou aberto.

Além disso, ambos são crimes cuja ação penal é pública incondicionada, ou seja, para que seja apurada a prática das condutas desnecessária se faz qualquer tipo de autorização ou requerimento das possíveis vítimas.

Apesar das simetrias elencadas, os delitos em análise apresentam diferenças que merecem ser observadas de forma particular. Passemos a elas:

3.1. Organização Criminosa: artigo 1º, § 1º, lei nº 12.850/2013.

²⁷ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial, Volume IV. 11 ed. Niterói, Rio de Janeiro, Impetus, 2015, p.208.

²⁸ Brasil. Decreto-Lei 2.848 de 7 de Dezembro de 1940, Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 12/02/2016.

Até o advento da lei nº 12.694/2012 ²⁹ não havia no ordenamento jurídico brasileiro a definição legal do que seria o fenômeno conhecido como organização criminosa, muito embora o termo já aparecesse na legislação penal e processual penal pátrio. Tal norma teve por base a definição dada pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo, que passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro através do decreto nº 5.015/2004) ³⁰. Contudo, a importada definição sucumbiu com o surgimento da Lei de Organização Criminosa de dois de agosto de 2013.

Assim, a novel lei nº 12.850/2013 ³¹ denominou organização criminosa como a reunião de quatro ou mais pessoas ordenadas estruturalmente, com divisão de tarefas, ainda que informalmente, cujo objetivo seja obter vantagem de qualquer natureza, direta ou indiretamente, mediante a prática de infrações de caráter transnacional ou que tragam em seu preceito secundário sanções superiores a quatro anos.

Bitencourt, ao escrever sobre o tema diz que a definição de organização criminosa trazida pela lei nº 12.850/2013 é de fundamental importância, porque proíbe que inúmeras injustiças sejam perpetradas.

Com efeito, invoca-se indevidamente a existência de grandes organizações criminosas para justificar o emprego abusivo de meios coercitivos excepcionais, os quais deveriam ser reservados para criminalidade complexa cometida por organizações criminosas, cujo conceito era inexistente (...) ³².

A lei, objetivando extirpar definitivamente qualquer uso inapropriado definiu de forma precisa o mencionado instituto, estabelecendo requisitos que devem ser em sua totalidade preenchidos para que reste configurado o delito autônomo de organização criminosa.

Desse modo, para a correta diferenciação entre o delito de organização criminosa e outros crimes associativos, estabelece a mencionada lei o número mínimo de quatro sujeitos ativos, ressalvados os delitos transnacionais, aos quais não se aplica tal regra.

²⁹ BRASIL. Lei nº 12.694, de 24 de Julho de 2012. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112694.htm>. Acesso em 15/02/2016.

³⁰ BRASIL. Decreto nº 5.015 de 12 de Março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em 12/02/2016.

³¹ BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de Agosto 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em 12/02/2016.

³² BITENCOURT, Cesar Roberto. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013/ Cesar Roberto Bitencourt; Paulo César Busato. São Paulo: Saraiva, 2014, p.54.

O traço diferenciador do crime em comento encontra-se na previsão que faz o legislador quanto a necessidade da reunião de agentes encontrar-se estruturalmente organizada com a presença de divisão de tarefas ainda que informalmente. Neste ponto, evidente se faz a presença da teoria do domínio do fato, uma vez que estabelece o tipo penal que serão autores do crime de organização criminosa todos os agentes que façam parte da empreitada, independentemente da relevância da conduta por ele praticada. Estes são os traços elementares dos delitos sem as quais prejudicada está sua ocorrência.

A presença de tais requisitos se deve ao fato de que à organização criminosa é dispensado tratamento muito diferenciado no tocante a sua investigação, estabelecendo a lei nº 12.850/2013³³ procedimentos próprios, bem como previsão de um preceito secundário mais gravoso, se comparado a uma simples reunião de agentes. Além disso, caso a lei de organização criminosa assim não procedesse não haveria motivo para a existência da mesma.

Desse modo, exige-se como elemento subjetivo do tipo o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de ajuntar-se em um grupo de no mínimo quatro sujeitos estruturalmente ordenados e com divisão de tarefas. Assim, é necessário que a organização conte com um mínimo de estabilidade e permanência, além de um vínculo entre os sujeitos que fazem parte dela.

A finalidade precípua da organização deve ser a obtenção de vantagem de qualquer natureza mediante o cometimento de infrações penais. Assim, não é apenas a objetivação de vantagem econômica que caracteriza a organização, como muito se pensou.

Elemento de grande importância, neste ponto, é o fato de que a citada lei elenca a locução infrações penais. Tal previsão permite que possam ser computadas para a caracterização do delito de organização criminosa a prática ou a intenção de cometimento de contravenções penais que cominem penas máximas maiores do que quatro anos, a exemplo das contidas nos artigos 53 e 54 no decreto-lei nº 3.688/1941³⁴ que, respectivamente tipificam as condutas de colocar em circulação bilhetes de loteria atinentes a extrações já realizadas, bem como a adulteração de bilhetes de loteria. Desse modo, vemos que se trata de uma incongruência da lei de organização criminosa, pois, ao tratar de crime tão gravoso, qual seja a organização criminosa, não poderia permitir que contravenções penais, que são ilícitos considerados de menor potencial ofensivo, sejam quantificadas para fins de caracterização do citado delito associativo. Além disso, soma-se o fato de que o crime de organização criminosa

³³ BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de Agosto 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em 12/02/2016.

³⁴ Brasil. Decreto-lei nº 3.688 de 3 de Outubro de 1941. Dispõe sobre contravenções penais. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em 12/02/2016.

figura como crime autônomo mais gravoso do que o delito de associação criminosa, para o qual é necessário o fim específico de cometer crimes e não infrações penais como adiante se verá.

Em virtude disso, resta prejudicada a consideração feita por Bitencourt, no sentido de que haveria um “*elemento subjetivo especial do tipo*”³⁵, qual seja o fim específico de cometimento crimes graves, pois, como dito anteriormente, a lei de organização criminosa não restringiu o objetivo da organização a prática de crimes.

Todavia, parece ser objetivo da presente lei a tutela de condutas mais gravosas, meta essa clarificada no texto normativo ao verificarmos as situações específicas para sua ocorrência, digam-se as infrações de caráter transnacional, qualquer que seja a pena a elas cominada, bem como aos demais delitos cuja pena máxima prevista em abstrato seja maior do que quatro anos, visto que como diz Bitencourt “*o limite de quatro anos de prisão é um número cabalístico em direito penal*”³⁶, pois somado um dia a mais a este tempo impedido está o cumprimento de pena em regime aberto, bem como inadmissível será a aplicação de medidas alternativas, além do fato da prescrição ocorrer somente aos doze anos.

Por todo o mencionado, temos que para a caracterização da organização criminosa, nos moldes elencados pela nova lei, necessária se faz a presença de certa sofisticação da reunião criminosa, apresentando a mesma traços diferenciadores que devem restar comprovados de forma inequívoca. Frisa-se que esta especialidade do instituto contempla uma preocupação constante de doutrinadores como Cesar Roberto Bitencourt no que diz respeito “*a banalização que as instâncias formais de controle têm feito sobre a concepção de crime organizado*”³⁷.

Assim, torna-se inadmissível qualquer confusão entre o crime de organização criminosa e outros delitos associativos, ou mesmo, com o mero concurso de agentes previsto no artigo 29 do Código Penal³⁸ vigente.

3.2. Associação Criminosa: artigo 288, caput, lei nº 2.848/1940.

³⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013/ Cesar Roberto Bitencourt; Paulo César Busato. São Paulo: Saraiva, 2014, p.57.

³⁶ Ibidem, p.25.

³⁷ Ibidem, p.27.

³⁸ Brasil. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 12/02/2016.

O diploma repressor pátrio tipifica o crime de associação criminosa em seu artigo 288, caput ³⁹. Antes da lei 12.850/2013 ⁴⁰ tal delito era denominado quadrilha ou bando, sendo este uma criação do código de 1940.

O delito em comento é caracterizado pela associação de três ou mais pessoas que tenha por finalidade o cometimento de crimes. Trata-se de delito autônomo, ao qual é cominada sanção de um a três anos de reclusão.

Nas palavras de Rogério Greco “o núcleo associar diz respeito a uma reunião não eventual de pessoas, com caráter relativamente duradouro” ⁴¹. Continua o autor citando Nelson Hungria.

Associar-se quer dizer reunir-se, aliar-se ou congregar-se estável ou permanentemente, para a consecução de um fim comum. [...] reunião estável ou permanente (que não significa perpétua), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes. A nota da estabilidade ou permanência da aliança é essencial ⁴².

Assim sendo, não poderá ser imputado o delito autônomo de associação criminosa, por exemplo, ao grupo que se reúne para a prática específica de um ou dois crimes, visto que não houve a adequação perfeita da conduta a norma, posto que nesta situação não se pode dizer que estão presentes os requisitos de estabilidade e permanência do grupo. Neste caso, resta caracterizado o concurso de agentes, previsto no artigo 29 do Código Penal ⁴³.

Do mesmo modo, impossível é a responsabilização penal pelo crime de associação criminosa aos indivíduos que estejam agrupados para a prática de indeterminadas contravenções penais, visto que o tipo encampado pelo artigo 288 do Código Penal é taxativo ao trazer em seu bojo o termo crimes e não infrações penais. Assim, tal conduta deverá ser considerada atípica.

Além da modificação do nomen juris do delito, trouxe a nova lei de organização criminosa modificações substanciais ao preceito disposto no artigo 288, do Código Penal. Exemplo disso é a diminuição do número mínimo de agentes para a caracterização do crime,

³⁹ Brasil. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 12/02/2016.

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de Agosto 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em 12/02/2016.

⁴¹GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial, Volume IV. 11 ed. Niterói, Rio de Janeiro, Impetus, 2015, p.207.

⁴² GRECO, op.cit. p.207.

⁴³ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 12/02/2016.

pois na quadrilha ou bando eram necessários quatro ou mais integrantes, ao passo que agora são necessários três ou mais agentes. Neste diapasão, Greco ressalta.

*Tratando-se de crime formal, de consumação antecipada, o delito de associação criminosa se configura quando ocorre a adesão do terceiro sujeito ao grupo criminoso, que terá por finalidade a prática de um número indeterminado de crimes. Não há necessidade, para efeitos de configuração do delito, que seja praticada uma única infração penal, nem se quer em função da qual a associação criminosa foi formada. Se houver a prática dos delitos em razão dos quais a associação criminosa foi constituída, haverá concurso material de crimes entre eles*⁴⁴.

Há quem entenda que com o advento da lei 12.850/2013⁴⁵ o crime de associação criminosa somente pode ser imputado ao grupo criminoso que se dedica a prática de crimes cujas sanções penais são menores do que quatro anos. Contudo, tal posicionamento leva à atipicidade da associação que comete crimes aos quais sejam cominadas penas maiores do que quatro anos, onde não esteja presente uma estrutura organizada com divisão de tarefas apta a caracterizar uma organização criminosa. Conseqüentemente, à reunião relativamente estável de três ou mais pessoas que se dedicam a práticas de lesões corporais simples seria imputado, também, o crime autônomo de associação criminosa, ao passo que se as mesmas pessoas cometessem homicídios, as condutas seriam consideradas atípicas, sob a perspectiva de imputação de crime autônomo atinente à reunião, sendo certa a responsabilização pelo artigo 121 do Código Penal⁴⁶ em concurso de pessoas.

Desse modo, o entendimento que se visa construir é de que ao contrário do que sustentam algumas vozes, com o advento da nova lei que regula a organização criminosa, passou a existir uma diferença conceitual entre os delitos de organização e associação criminosa, contudo não é possível admitir que através da citada legislação houve a promoção de uma descriminalização tácita quanto as infrações cometidas por associação de agentes cujas penas sejam maiores do que quatro anos. Não se trata de vinculação a corrente doutrinária que defende um direito penal máximo, mas tão somente da adoção de um direito penal justo, haja vista que condutas por demais gravosas poderiam não ser penalizadas, ao passo que outras, que poderiam até mesmo ser consideradas insignificantes, geram conseqüências aos seus autores.

⁴⁴ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial, Volume IV. 11 ed. Niterói, Rio de Janeiro, Impetus, 2015, p.208.

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de Agosto 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em 12/02/2016.

⁴⁶ Brasil. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 12/02/2016.

Assim, defende-se o preceito basilar, de que para restar configurado um ilícito penal, a conduta deve se amoldar perfeitamente ao preceito jurídico, sob pena de se operar um evidente abuso.

Por consequência, ainda que não haja referência a qualquer limite de pena que devem ter os crimes cometidos ou perquiridos pela associação criminosa, o que se traduz na amplitude de sua imposição. Certo é que necessário se faz a demonstração do vínculo associativo revestido minimamente de estabilidade e permanência entre seus integrantes para que possa aos integrantes ser imposto o delito autônomo referenciado, pois, caso contrário, estaríamos diante do concurso de pessoas, que pode se dar na modalidade de coautoria ou participação, elencado no artigo 29 caput, Código Penal ⁴⁷.

⁴⁷ Brasil. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 12/02/2016.

CONCLUSÃO

Nas sociedades modernas vivencia-se o crescimento exponencial da criminalização. É cada vez maior a "*sede de punir*"⁴⁸, que se traduz na criação de novas infrações penais, bem como na agravamento das sanções previstas aos delitos já tipificados e no desrespeito aos direitos e garantias titularizadas pelos acusados.

É endêmica a cultura brasileira a adoção de políticas de ampliação dos meios de combate à criminalidade, sendo certo que o governo utiliza o direito penal de forma simbólica, o que causa fascínio a massa populacional carente e mal informada.

Com isso, inicia-se a sustentação, por algumas vozes, de uma criminalização objetiva, ou seja, punem-se todos os suspeitos com base no potencial perigo que representam e não por condutas, comprovadamente praticada. Esta é a forma encontrada pelo Estado para fornecer respostas imediatas à população.

Contudo, muitas das vezes estes anseios populares são fomentados pelo próprio ente estatal que, vendo não ser possível pelas vias instituídas conter a criminalidade, objetiva por meio da sustentação de uma situação emergencial neutralizar as supostas ameaças ao poder. Portanto, invoca-se uma exceção para justificar o desrespeito aos direitos e garantias dos indivíduos.

Assim, configurado está um retrocesso no modo como vem sendo manipulado o direito penal. Pois, na medida em que ele se concretiza da forma mais gravosa no seio social, notadamente por meio do cerceamento do direito de liberdade, deveria ser o ramo de menor incidência possível, haja vista os efeitos, por vezes, devastadores que causa aos jurisdicionados submetidos ao seu crivo.

Este avanço violador de garantias representa claramente a adoção, pelo legislador derivado, da teoria do direito penal máximo. Utiliza-se o direito penal como panacéia para todos os males, como elemento para coibir a delinquência social por meio da repressão.

Diante do desenhado quadro, não se pode deixar de considerar quão arbitrárias são as tipificações dos crimes de associação e de organização criminosa, nos moldes em que se encontram.

Enquanto crimes de perigo abstrato, ambos punem a mera reunião de agentes, que

⁴⁸ BITENCOURT, Cesar Roberto. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013/ Cesar Roberto Bitencourt; Paulo César Busato. São Paulo: Saraiva, 2014, p.20.

tenham por finalidade o cometimento de atos contrários às normas penais. Entretanto, difícil é a comprovação do real desejo de cometer crimes, visto que se trata de estado psicológico do agente, amoldando-se, quando observada à construção do *inter criminis*, na fase interna, ou seja, trata-se da cogitação do delito, considerada atípica e, portanto, impunível.

Outrossim, sendo certo que impõe a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, LVII ⁴⁹ o respeito ao princípio do in dúbio pro reo, ou seja, em situações onde haja a dúvida quanto à autoria do delito, esta deve sempre aproveitar ao suspeito. Não haveria razão para a criminalização autônoma das condutas aduzidas pelos delitos associativos mencionados anteriormente, visto a supracitada dificuldade de produção da prova cabal no que tocante à intenção de cometimento de delitos.

Por isso, invoca-se uma excepcionalidade, ou seja, a maior periculosidade que pode advir da reunião de agentes que supostamente alinham-se para o cometimento de crimes, para que se possa aplicar previsão mais gravosa, a exemplo da lei nº 12.850/2013, ou reprovar em maior medida a conduta, como ocorre nos casos em que há a imputação do artigo 288 do decreto-lei nº 2.848/1940. Apesar do Código Penal elencar expressamente o instituto do concurso de agente, que é o instituto acertado a ser aplicado nos casos de crimes cometidos por concurso eventual de agentes.

Com isso vemos que a tipificação dos delitos de associação e de organização criminosa mostram-se como formas evidentes da adoção de um direito penal do inimigo, na medida em que punem uma mera expectativa de delito, ou seja, há verdadeira antecipação da punição, com graves sanções cominadas, bem como o desrespeito a garantias constitucionais e processuais-penais, ou seja, presentes estão todas as características enunciadas por Gunther Jakobs.

Autoritária é a tipificação baseada em suposições, haja vista que a simples reunião de agentes, por mais graves que sejam os crimes supostamente planejados, é incapaz de gerar qualquer ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado, pois inúmeros são os fatores que podem interferir, ou até mesmo impedir que a empreitada criminosa se concretize.

Ademais, os crimes em estudo, como dito anteriormente são, na verdade, parte do caminho que pode desaguar em um delito, ou seja, somente são considerados delitos autônomos devido a uma vontade do legislador que assim estatuiu.

Entretanto, tal vontade mostra-se como utilização de um poder de polícia que deixa de observar princípios basilares que autorizam a tipificação de uma conduta como crime,

⁴⁹ Brasil. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 12/02/2016.

representada mais incisivamente pelos mandamentos da fragmentariedade, da intervenção mínima, além da lesividade.

Importante ainda mencionar que a linha de cisão entre ambos os delitos mostra-se muito tênue, o que possibilita que, em determinados casos, somente com o processo judicial, no momento de produção de provas, seja possível a afirmação derradeira quanto a qual dos delitos deve ser imputado ao suspeito.

Contudo, caso não haja o respeito ao in dubio pro reo, bem como a princípios processuais como o contraditório, a ampla defesa e o convencimento motivado do juiz, pode haver situação na qual reste configurado um direito penal do inimigo ainda mais gravoso, onde a resposta penal se sobrecarregue de cunho político, e se sobreponha a dogmática jurídica.

A par da presente consideração, ressalta-se, por intermédio da leitura de Bitencourt, o acertado posicionamento de Nelson Hungria, que nos ensina.

No Brasil (...) a delinquência associada em grande estilo é fenômeno episódico. Salvo um ou outro caso, a associação para delinquir não apresenta, entre nós, caráter espetacular. Aqui e ali são mais frequentes as quadrilhas de rapinantes noturnos, de salteadores de bancos em localidades remotas, de abigeatores (...)⁵⁰.

Assim, não se pode confundir criminalidade organizada com criminalidade de massa, neste ponto reside à fragilidade da atuação estatal nos dias de hoje.

O crime organizado é o alvo central das preocupações de todos os setores sociais, além de assunto constantemente vinculado na mídia.

Entretanto, é a criminalidade de massa que assola a sociedade, sendo este o assunto que deve receber maior relevância. Pois, é certo que a delinquência deve ser controlada pelo Estado. Todavia, tal ação deve ocorrer através da utilização dos meios instituídos pelo Estado de Direito, e não da forma como vêm sendo realizada. Através do desrespeito a institutos penais e constitucionais, sobretudo no tocante aos crimes de tráfico de drogas, crimes contra o patrimônio e a corrupção governamental, que os atuais inimigos do Estado brasileiro.

A citada criminalidade de massa traduz-se na violência indiscriminada que se faz presente no âmbito urbano e rural de nosso país, para a qual ainda não há uma necessária e eficaz política de prevenção.

Para isso, necessário seria um planejamento em longo prazo, cujas bases fossem o

⁵⁰ BITENCOURT, Cesar Roberto. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013/ Cesar Roberto Bitencourt; Paulo César Busato. São Paulo: Saraiva, 2014, p.19.

acesso universal a educação em todos os seus níveis, além de fomento aos direitos sociais, com vistas ao alcance da igualdade material entre os cidadãos. Ou seja, da adoção de uma política de Estado ao invés de ações de governo como há muito tempo vem sendo feito.

Concretização desse modo de governar, despreocupado com os motivos que levam a violência pode ser vista através dos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN ⁵¹.

Os mesmos relatam que o Brasil, em 2014, ocupava o quarto lugar no ranking dos vinte países com a maior comunidade carcerária mundial, atrás somente de Estados Unidos, China e Rússia, respectivamente ⁵².

Através dos números elencados no estudo é possível visualizar o perfil genérico dos presos brasileiros. A pesquisa revela que a maioria deles são homens, negros, com idade entre 18 a 24 anos, solteiro, com baixo grau de escolaridade.

Quanto à causa do encarceramento é flagrante que os crimes contra o patrimônio configura a maior delas ⁵³.

No que tange aos crimes associativos, o estudo apenas vincula os amoldados na pretérita denominação de quadrilha ou bando. Em 2014 tal delito era responsável pelo encarceramento de 5.497 pessoas do sexo masculino e 132 pessoas do sexo feminino, ou seja, um baixo percentual se comparado aos demais ⁵⁴.

No entanto, ainda que baixos sejam os números de condenação pelos crimes associativos em estudo, não se pode admitir que injustiças sejam perpetradas contra membros de um Estado de Direito, sendo inadmissível tenham eles direitos e garantias desrespeitados em virtude atuação desarrazoada do ente estatal. Neste sentido, nos assevera Zaffaroni.

Como princípio ideal, o princípio do Estado de direito não admite a legitimação de nenhuma exceção, pois esta significa a sua neutralização como instrumento orientador da função do direito penal na dialética que opera no interior de todo Estado de direito real ou histórico com o Estado de polícia ⁵⁵.

Desse modo, é certo que as sementes do Estado absoluto ainda são cultivadas na seara

⁵¹ Conselho Nacional de Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN – Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/080f04f01d5b0efebfbcf06d050dca34.pdf>>. Acesso em 12/02/2016.

⁵² Ibidem, p.12.

⁵³ Ibidem, p.50, 53, 58, 65.

⁵⁴ Ibidem, p.66.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011, 2ª reimpressão, setembro de 2014 (Pensamento criminológico; 14), p.190, 191.

penal.

Contudo, seja sob qual denominação for, não se pode admitir que pessoas sejam arbitrariamente retiradas de seus direitos e garantias sob a justificativa de emergências, atipicidades ou excessos, pois este tratamento, por mínimas que fossem suas consequências, na mesma medida, legitimaria o retorno do absolutismo.

Finalmente, frisa-se que o Direito, assim como seus operadores, devem sempre se manter de forma isenta, atentos aos princípios, as normas, ao ideal de justiça, bem como manter aguçado o senso crítico que lhes é peculiar, sob pena de transformarem-se em meros aplicadores da lei, aceitando suas imposições, por vezes arbitrárias. O que por certo seria o fim do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013**/ Cesar Roberto Bitencourt; Paulo César Busato. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral, 1.** 17ª ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a lei 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação.** 6ª ed., ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 12/02/2016.

BRASIL. **Decreto nº 5.015 de 12 de Março de 2004.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em 12/02/2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 12/02/2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de Outubro de 1941.** Dispõe sobre contravenções penais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em 12/02/2016.

BRASIL. **Lei nº 12.694, de 24 de Julho de 2012.** Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112694.htm>. Acesso em 15/02/2016.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de Agosto 2013.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em 12/02/2016.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Amilton Bueno de Carvalho/ Salo de Carvalho. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2014. Disponível em <
<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/080f04f01d5b0efebfbcf06d050dca34.pdf>>. Acesso em 12/02/2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial, Volume IV**. 11 ed. Niterói, Rio de Janeiro, Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em <
<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>>. Acesso em 30/12/2015.

JAKOBS, Günter. **Direito Penal do Inimigo**. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Washington Luiz. **Carl Schmitt e o Conceito Limite do Político**. Disponível em <
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2008000200010>. Acesso em 16/02/2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011, 2ª reimpressão, setembro de 2014 (Pensamento criminológico; 14).