

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
PUC-SP

Silma Pacheco Ramos

Lei de Organização Criminosa (n. 12.850/2013): análise dos crimes de organização criminosa (artigo 2º, *caput*) e de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal (artigo 2º, §1º), à luz do garantismo penal

Doutorado em Direito

São Paulo  
2020

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
PUC-SP

Silma Pacheco Ramos

Lei de Organização Criminosa (n. 12.850/2013): análise dos crimes de organização criminosa (artigo 2º, *caput*) e de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal (artigo 2º, §1º), à luz do garantismo penal

Doutorado em Direito

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Oswaldo Henrique Duek Marques

São Paulo

2020

R175 RAMOS, SILMA PACHECO  
Lei de Organização Criminosa (n. 12.850/2013):  
análise dos crimes de organização criminosa (artigo  
2º, caput) e de impedimento ou embaraço da  
investigação de infração penal (artigo 2º, §1º), à luz  
do garantismo penal / SILMAPACHECO RAMOS. -- São  
Paulo: [s.n.], 2020.  
285p ; cm.

Orientador: OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES.  
Tese (Doutorado)-- Pontifícia Universidade Católica  
de São Paulo, (Mestrado Profissional) -- Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo, Programa de  
Estudos Pós-Graduados em Direito.

1. Lei n. 12.850/2013. 2. Crime de Organização  
Criminosa. 3. Crime de Impedimento ou embaraço da  
investigação de infração penal. 4. Garantismo Penal .  
I. MARQUES, OSWALDO HENRIQUE DUEK. II. Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo, Programa de  
Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

Banca Examinadora

.....

.....

.....

.....

.....

Dedico esta tese a Deus, pela sua constante presença em minha vida.

A meu pai, Wilmar Alencar Ramos (*in memoriam*), pelo amor e exemplo de honradez.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, antes de tudo, a Deus. Sem sua presença esta tese não teria se tornado realidade. Foram muitas pedras no caminho que somente seu poder foi capaz de removê-las.

Minha profunda gratidão ao meu orientador, Dr. Oswaldo Henrique Duek Marques, que desde a seleção para o ingresso no Doutorado em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, acreditou no meu projeto acadêmico, no meu potencial em corresponder às expectativas do curso, e me deu a honra de ser sua orientanda. Sou grata também por sua constante disponibilidade ao longo dessa jornada.

Aos professores que integraram a minha banca de qualificação, Dr. Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Dr. Silvio Luis Ferreira da Rocha, pelas sugestões e críticas, que foram imprescindíveis para a realização e aprimoramento desta tese. Não tenho palavras que possam expressar o sentimento de gratidão que tenho por vocês. Muito obrigada por tudo.

Agradeço, a minha amiga, Dr<sup>a</sup> Fabiane Araújo de Oliveira (PPGCASA/UFAM), por ter compartilhado comigo as expectativas, inquietações e esperanças, acerca dos nossos doutorados. Agradeço à Andreza Sibelle Souza, inestimável amiga, doutoranda em Direito, que tive o privilégio de conhecer na Pontifícia Universidade de São Paulo, pela amizade, apoio, incentivo e animadas conversas.

A minha mãe, Elcia Pacheco Ramos, que mesmo necessitando da minha presença, compreendeu minhas ausências quando tive que morar em São Paulo por um período de tempo, e me incentivou na realização desse projeto de vida.

Por fim, agradeço todos os meus amigos que direta ou indiretamente, por meio do convívio, palavras e parceria, contribuíram para que eu mantivesse um equilíbrio emocional durante a realização da pesquisa acadêmica.

## RESUMO

Esta tese tem por objetivo empregar a teoria do garantismo penal do jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli na compreensão dos tipos penais elementares da Lei n. 12.850/ 2013, crimes de organização criminosa e de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal, previstos, respectivamente, no art. 2º, *caput* e art. 2º, §1º. A escolha desse referencial teórico de raiz liberal-iluminista é justificada por sua harmonia com princípios penais garantistas insculpidos na Carta Magna de 1988, especialmente no tocante ao princípio da legalidade, expressão máxima do Estado democrático de direito, possibilitando a análise dos tipos penais elencados, do prisma da defesa dos direitos e garantias fundamentais e da limitação do poder punitivo estatal. Assim, partimos de uma postura crítica diante das concepções que apontam a Lei n.12.850/2013 como expressão do direito penal do inimigo, para extrair dessas teorizações a verdade latente nos discursos do medo e da insegurança aplicados às análises criminológicas da sociedade pós-moderna ou sociedade de risco. Nessa perspectiva, os axiomas de direito penal material elaborados por Luigi Ferrajoli, como horizontes de humanização e de defesa do sistema penal democrático, fundamentaram as reflexões sobre os tipos penais que constituem nosso objeto de estudo, em observância ao convencionalismo penal. Considerando que as condições materiais da vida humana sempre refletem na produção do direito, percorremos sucintamente no panorama evolutivo do Estado liberal ao atual Estado neoliberal a fim de conectar esse processo à globalização e ao expansionismo penal, fenômeno que reverberou no fortalecimento de modelos penais autoritários, que no campo de elaboração da legislação penal contemporânea, manifestaram-se por meio da criação de tipos penais com funções simbólicas e punitivistas, opondo efficientismo penal e garantismo penal. No plano específico da dogmática jurídica, evidenciamos as dificuldades na terminologia e nos conceitos, fato que revela a complexidade do tema e a heterogeneidade

**Palavras-chave:** Lei n. 12.850/2013, crime de organização criminosa, crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal, garantismo penal, direito penal do inimigo.

## ABSTRACT

This thesis aims to employ Italian philosopher of law Luigi Ferrajoli's theory of penal guarantees in the understanding of the basic criminal types in Law No. 12,850/2013, criminal organization and impediment or disturbance of the investigation of criminal offense crimes, provided, respectively, in art. 2, head of the Article, and art. 2, §1. In this sense, the reflections on the theory of criminal guarantees are herein based mainly on the book *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, authored by Ferrajoli. The choice of this theoretical framework of liberal-Enlightenment roots is justified by its harmony with principles of penal guarantees found in the Magna Carta of 1215 – especially concerning the principle of legality, the maximum expression of a democratic State based on the rule of law – and makes it possible to analyze the criminal types from the perspective of the defense of fundamental rights and guarantees and the limitation of state punitive power. For this purpose, we take a critical stance in the face of the conceptions that point to Law No. 12,850/2013 as a piece of legislation against penal guarantees, above all, relating it to the Criminal Law of the Enemy concept. From this perspective, the axioms of material criminal law elaborated by Luigi Ferrajoli, as horizons of humanization and defense of the democratic penal system, support the standpoints on the criminal types that constitute our object of study, in observance of criminal conventionalism. Considering that the material conditions of human life always reflect on the production of law, we briefly walk through the evolutionary panorama of the liberal state to the current neoliberal state, in order to connect this process to globalization and criminal expansionism, a phenomenon that has reverberated in the strengthening of authoritarian criminal models that, in the field of elaboration of contemporary criminal law, manifest themselves through the creation of criminal types with symbolic and punitive functions, opposing the theories of penal efficiency and penal guarantees. In addition to that, we deal with several semantic, conceptual and historical aspects that permeate legal discussions concerning legislation on organized crime in Brazil.

**Keywords:** Law No. 12,850/2013. Criminal organization crime. Impediment or disturbance of the investigation of criminal offense crime. Theory of penal guarantees. Criminal law of the enemy.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 O GARANTISMO NA ÓTICA DE LUIGI FERRAJOLI.....	17
1.1 Considerações iniciais sobre o garantismo.....	17
1.2 O Estado de direito na acepção do garantismo de Ferrajoli.....	21
1.3 Direitos e garantias fundamentais na acepção do garantismo de Ferrajoli.....	29
1.4 A teoria geral do garantismo de Luigi Ferrajoli.....	36
1.5 O garantismo penal.....	54
1.5.1 Axiomas garantistas.....	68
2 GARANTISMO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	73
2.1 A adequação do garantismo penal aos princípios constitucionais penais da Constituição brasileira de 1988 aplicáveis ao objeto de estudo.....	73
2.1.1 Princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito ( <i>Nulla poena sine crimine</i> ) .....	80
2.1.2 Princípio da legalidade no sentido lato ou no sentido estrito ( <i>Nullum crimen sine lege</i> ).....	83
2.1.3 Princípio da necessidade ou da economia do direito penal ( <i>Nulla lex (poenalis) sine necessitate</i> ).....	88
2.1.4 Princípio da Lesividade ( <i>Nulla necessitas sine injuria</i> ).....	91
2.1.5 Princípio da materialidade ou exterioridade da ação ( <i>Nulla injuria sine actione</i> ).....	94
2.1.6 Princípio da culpabilidade ( <i>Nulla actio sine culpa</i> ).....	96
2.2 A Transversalidade do Princípio da dignidade da pessoa humana.....	102
3 GARANTISMO E EFICIENTISMO PENAL	
3.1 Contexto histórico.....	109
3.2 O Garantismo em contraposição ao efficientismo penal ante às novas formas de criminalidade.....	120

4 LEI Nº 12.850/2013 E GARANTISMO PENAL.....	141
4.1 A problemática da construção teórica de um conceito uniforme de organização criminosa.....	141
4.2 Terminologia: organização criminosa, associação criminosa, criminalidade organizada, crime organizado e crime organizado transnacional.....	150
4.2.1 Divergências quanto ao conceito de organização criminosa no ordenamento jurídico brasileiro.....	161
4.2.2 Definição legal de organização criminosa na Lei nº 12.850/2013.....	166
4.2.3 Definição de organização criminosa transnacional e de crime organizado transnacional.....	171
4.2.4 Definição de associação criminosa e diferenças em relação à organização criminosa.....	175
4.2.5 Diferenças entre o crime de organização criminosa e o concurso de pessoas.....	181
4.3 Evolução da legislação de repressão ao crime organizado no ordenamento jurídico brasileiro.....	184
4.3.1 Lei nº 9.034/1995.....	184
4.3.2. Lei nº 12.694/2012.....	189
4.3.3 Lei nº 12.850/2013.....	193
4.4 Garantismo penal e as definições legislativas dos crimes de organização criminosa e impedimento ou embaraço da investigação de infração penal.....	197
4.5 O crime de organização criminosa (art. 2º, <i>caput</i> , da Lei nº 12.850/2013) e os preceitos constitucionais garantistas.....	203
4.5.1 A definição legal do crime de organização criminosa e o princípio garantista da legalidade.....	205
4.5.2 O crime de organização criminosa do enfoque da classificação de norma penal em branco.....	206
4.5.3 O crime de organização criminosa do enfoque da classificação de crime de perigo abstrato.....	208
4.5.4 O crime de organização criminosa do enfoque da classificação de crime de mera conduta e crime vago.....	216
4.5.5 Elemento normativo do tipo penal organização.....	219
4.5.6 O crime de organização criminosa e o princípio da proporcionalidade da pena.....	221

4.5.7 Sugestão de nova redação para o crime de organização criminosa do art. 2º, <i>caput</i> , da Lei n. 12.850/2013.....	227
4.6 O crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal (art. 2º, §1º, da Lei nº 12.850/2013) e os preceitos penais garantistas.....	229
4.6.1 A definição legal do impedimento ou embaraço da investigação de infração penal e o princípio garantista da legalidade.....	230
4.6.2 O crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal do enfoque da classificação de norma penal em branco.....	232
4.6.3 A utilização do <i>nomen juris</i> obstrução da justiça.....	232
4.6.4 A interpretação extensiva da expressão <i>investigação de infração penal</i> .....	238
4.6.5 O crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal do enfoque de crime de forma livre e aberto.....	249
4.6.6 O crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal e o princípio da proporcionalidade da pena.....	254
4.6.7 O crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal do enfoque de crime material e formal.....	258
4.6.8 O crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal e os princípios do <i>ne bis in idem</i> e <i>nemo tenetur se detegere</i> .....	260
4.6.9 Sugestão de nova redação para o crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal do art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013.....	265
CONCLUSÃO.....	267
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	275

## INTRODUÇÃO

O primeiro desafio enfrentado pelo pesquisador com compromisso social, ao se propor a desenvolver uma tese de doutorado no campo do direito penal, refere-se à escolha de um tema que, concomitantemente, instigue e contribua para o fortalecimento de políticas criminais alinhadas aos direitos e garantias fundamentais. Quanto mais próximo o tema da *práxis* do pesquisador, mais fecundo será o campo de produção do conhecimento acadêmico, premissa aplicável a todas as áreas do conhecimento.

Nessa busca, evidenciou-se um terreno fértil para o desenvolvimento desta pesquisa acadêmica, a Lei de Organização Criminosa (Lei n. 12.805/2013), em virtude da atualidade do tema e por propiciar variadas dimensões analíticas, com potencial para contribuir direta ou indiretamente com um modelo de política criminal de respeito às garantias constitucionais do Estado democrático de direito.

Feitas essas ponderações preliminares, destaca-se que a proposta da presente pesquisa, com eixo central na citada Lei de Organização Criminosa, foi motivada, essencialmente, por minha experiência profissional na área da Segurança Pública, quando acompanhei, na fase investigatória da persecução penal, diversas manifestações da criminalidade tradicional e, mais recentemente, do crime organizado nacional.

Assim, diante da multiplicidade de tipos e normas penais (algumas contempladas diversas vezes na literatura jurídica) com as quais me deparei como operadora do direito, era necessário buscar um tema que exigisse maior empenho para desvelar seu conteúdo valorativo, em uma tarefa de investigação e interpretação minuciosa que confrontasse os preceitos da legislação estudada com a ordem jurídica constitucional, sem perder de vista a análise crítica no decorrer da pesquisa, o que exige uma abordagem multidimensional do tema.

Desse prisma, a despeito do caráter transnacional que envolve grande parte da criminalidade organizada, é importante destacar que, no âmbito de atuação das polícias estaduais, a nova Lei de Organização Criminosa tem sido aplicada com frequência. Tive a oportunidade não só de acompanhar diretamente os procedimentos policiais correlatos, como também de ser testemunha da necessidade de uma análise mais profunda dessa legislação, tanto no campo do direito material quanto processual penal.

Outrossim, a dimensão que envolve a tendência expansionista do direito penal brasileiro, iniciada na década de 90, mediante o surgimento de novos desafios impostos ao direito penal contemporâneo, como se afigura o recrudescimento da criminalidade organizada, relaciona-se ao processo de globalização que impactou significativamente a produção de leis penais no Brasil a partir do final do século XX. Dessa perspectiva, o problema deve ser tratado também dessa ótica, por meio de pesquisas que revelem as conexões entre as transformações do mundo globalizado e a Lei n. 12.850/2013.

Nesse sentido, importa destacar que o século XXI foi inaugurado sob a regência da globalização – em uma fase mais avançada –, compreendida como processo de transformações econômicas, sociais, políticas e culturais resultante da evolução, predominância e fortalecimento do capitalismo, com eixo estadunidense, potencializado pela acumulação de capital da era pós-moderna.

Na verdade, o advento do Novo Milênio sinalizou a perspectiva de integração global e de extensão dos benefícios científicos e tecnológicos a todos os povos. Criou-se a falsa visão de que o desenvolvimento do capital financeiro alavancaria estruturas mais humanas de vida. Porém, os ganhos da globalização restringiram-se aos segmentos associados às forças do mercado e às elites sociais. Foram derrubadas não apenas as fronteiras geográficas, mas, sobretudo, o sonho de fortalecimento do Estado assistencial.

As transformações, na ordem global, efetivadas pelas forças do mercado e das grandes corporações financeiras – que, desde as últimas décadas do século XX, dominavam o cenário econômico mundial – solaparam de vez a esperança no fortalecimento de um Estado concretamente comprometido com o bem-estar social.

Com efeito, o desmantelamento do *Welfare State* e o fortalecimento do Estado neoliberal favoreceram, nas últimas décadas do século XX, a construção de cenários sociais propícios aos conflitos, desordens e criminalidades diversas.

Por todo o exposto, fica claro que a globalização, ao mesmo tempo em que resultou em benefícios para humanidade (avanço tecnológico, facilidades nas comunicações e transportes, etc.), também impulsionou a criminalidade tradicional, nos conflituosos centros urbanos do final do século XX, bem como contribuiu para potencializar a atuação das organizações criminosas nacionais e transnacionais.

Nesse panorama, houve um aumento vertiginoso da atuação de organizações criminosas em várias partes do mundo. Esse fenômeno pode ser atribuído ao

processo de globalização, que possibilitou a parte desses grupos utilizar poderosas redes de comunicações e tecnologias eficientes para a interconexão e ações de seus membros, bem como à expansão do capital financeiro, motor significativo da criminalidade organizada.

Em resposta à onda crescente de crimes envolvendo organizações criminosas, intensificaram-se os esforços de repressão a esses grupos, por meio de variadas estratégias, tais como debates acerca da problemática, intercâmbio de informações e colaborações mútuas entre agentes e autoridades de diversos países e elaboração de legislações especiais sobre o tema.

Nesse passo, o direito penal globalizado elege como estratégia, ante a evolução da criminalidade, o fortalecimento de modelos jurídicos nacionais e internacionais de tendências punitivistas, com a criação de novas normas penais e o aumento no rigor sancionatório, bem como simbólicas, objetivando apaziguar a sensação de insegurança, sem quaisquer resultados práticos na redução da criminalidade.

Ocorre que as tendências punitivistas e simbólicas do direito penal, corolários do expansionismo penal, se contrapõem ao modelo do Estado democrático de direito, na medida em que o fenômeno criminológico passa a ser enfrentado com medidas legislativas rigorosas e incompatíveis com os direitos fundamentais. A política criminal pós-moderna tem-se inclinado no sentido da relativização de garantias constitucionais fundamentais, o que não é nada saudável para qualquer regime democrático. Esse é um aspecto extremamente relevante a ser analisado no estudo da Lei de Organização Criminosa – Lei n. 12.850/2013.

No Brasil, a construção do modelo democrático de acordo com o texto constitucional de 1988 não foi suficiente para corrigir as mazelas de uma sociedade historicamente desigual, conquanto tenha estabelecido princípios de bases isonômicas e humanas. Isso porque as práticas econômicas fomentadoras da desigualdade social ressoaram com mais força nos projetos estatais, contribuindo, nas últimas décadas do século XX, para a exacerbação da criminalidade no país.

Dessa perspectiva, a doutrina vem apontando, com frequência, tendências expansionistas no direito penal brasileiro, que se expressam pela hiperinflação legislativa e pelo rigor sancionatório como soluções para o problema da crescente criminalidade.

A Lei n. 12.850/2013 ingressou na ordem jurídica brasileira nesse panorama, suprimindo a necessidade de uma legislação, no plano jurídico interno, que definisse organização criminosa e as infrações penais correlatas, bem como atendesse aos compromissos firmados pelo Brasil na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), no sentido de adotar medidas legislativas e outras necessárias para reprimir o crime organizado transnacional, até mesmo em relação a todas as infrações que envolvam a atuação de grupos de criminosos organizados, tais como: lavagem de dinheiro e corrupção.

Vale destacar que no campo da evolução da legislação brasileira sobre o crime organizado, antes da edição da Lei n. 12.850/2013, foram promulgadas a Lei n. 9.034/95 (já revogada) e a Lei n. 12.694/2012, que dispõe sobre processos e procedimentos acerca de organizações criminosas. As análises de ambos os institutos jurídicos são imprescindíveis para assegurar uma visão mais ampla da construção normativa do objeto de estudo.

Do ângulo do direito internacional, o principal instrumento jurídico de repressão ao crime organizado transnacional é a Convenção de Palermo, da qual o Brasil é signatário (ratificada em 29 de janeiro de 2004 e promulgada em 12 de março de 2004, por meio do Decreto n. 5.015/2004). A importância dessa norma internacional revela-se, primordialmente, como fonte vinculante aos países signatários, na elaboração das legislações internas de repressão ao crime organizado, e também como horizonte normativo para compreender o significado da criminalidade organizada transnacional. Portanto, reconhecemos, de plano, a influência da Convenção de Palermo no estabelecimento dos contornos da Lei n. 12.850/2013.

Entre os diversos preceitos da Lei de Organização Criminosa (Lei n. 12.850/2013), elegemos como tema central para o desenvolvimento da tese dois dispositivos referentes a tipos penais: o *crime de organização criminosa*, previsto no art. 2º, *caput*, e o crime de *impedimento ou embaraço da investigação de infração penal que envolva organização criminosa*, previsto no art. 2º, §1º.

O primeiro compõe o tipo penal material nuclear da Lei n. 12.850/2013, visto que fundamenta todo conjunto normativo desse diploma legal. O segundo trata de tipo penal equiparado ao crime de organização criminosa, o qual, como parte do dispositivo principal e objeto de diversas divergências na doutrina, necessita igualmente de reflexões à luz dos fundamentos teóricos propostos.

Com base no exposto, esclarecemos que esta tese tem como problema central responder à seguinte questão: **A Lei n. 12.850/2013, no que se refere aos crimes de organização criminosa e impedimento ou embaraço da investigação de infração penal, apresenta-se em harmonia com os princípios constitucionais penais garantistas?**

Para tanto, tomaremos por referência teórica o garantismo penal de Luigi Ferrajoli, um dos mais significativos paradigmas de salvaguarda dos direitos fundamentais e, por conseguinte, de oposição às políticas criminais contemporâneas alinhadas ao expansionismo penal e ao autoritarismo estatal, que se refletem na elaboração de tipos penais de natureza simbólica e punitivista.

Nesse propósito, abordaremos também o fenômeno do expansionismo penal – panorama no qual foi elaborada e editada a Lei de Organização Criminosa (Lei n. 12.850/2013) –, extraindo desse movimento seus reflexos sobre a produção e aplicabilidade desse diploma legal, como supedâneo para posterior cotejamento dos dispositivos de direito penal material analisados com os preceitos constitucionais garantistas.

Trata-se de um estudo que parte da dogmática jurídico-penal para observar o fenômeno criminológico da ótica multidimensional, de modo que assinalamos as contribuições da Criminologia, Sociologia, Filosofia e Hermenêutica Jurídica. Nesse sentido, destacamos as lições de, entre outros, Alessandro Baratta, Jesús María Silva Sánchez, Eugenio Raúl Zaffaroni e Winfried Hassemer, nas reflexões acerca do processo de criminalização no sistema penal capitalista e da função do direito penal no contexto da sociedade de risco na pós-modernidade, na qual evidenciamos a contraposição do paradigma do direito penal máximo, mitigador de garantias fundamentais, ao direito penal como *ultima ratio*, de natureza garantista.

A problemática apresentada justifica-se tendo em vista que o conhecimento multidimensional de um fenômeno criminológico tão complexo, como é o crime organizando, concorre substancialmente para a elaboração de políticas criminais garantistas destinadas a seu enfrentamento. Trata-se de um tema atual que admite vários enfoques de igual importância, tanto no campo da ciência do direito quanto das ciências sociais em geral.

Da perspectiva do direito, por se tratar de legislação recente, a Lei n. 12.850/2013 demanda pesquisas sobre vários postulados processuais e materiais penais – sem perder de vista sua dimensão econômica, social e política –, razão por

que a temática vem despertando o interesse de pesquisadores do direito penal e processual penal. Assim, propomos o enfrentamento de um aspecto basilar da lei: sua consonância com as garantias penais materiais contidas na Carta Magna de 1988.

Ciente de que o ineditismo de um trabalho acadêmico por si só não lhe atribui importância teórica, evidenciamos uma premissa fundamental que perpassa a temática da tese, conferindo-lhe essa relevância: os estudos da Lei n. 12.850/2013, ao incorporar análise contextualizada, empírica e sistemática, revelam informações que podem contribuir para outras pesquisas acadêmicas e para melhor compreensão do processo evolutivo e de manifestação do fenômeno criminológico do crime organizado na realidade social em que estamos inseridos.

Na elaboração deste trabalho será realizada pesquisa bibliográfica, tendo por referência teórica autores nacionais e estrangeiros. Como vimos, na abordagem acerca do garantismo penal, a principal referência são os estudos do jurista italiano Luigi Ferrajoli, com base na obra *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*.

Assim, o trabalho será desenvolvido em quatro capítulos. No primeiro, intitulado *O garantismo na ótica de Luigi Ferrajoli*, após breve incursão evolutiva acerca do termo garantismo, tratamos dos principais aspectos da teoria geral do garantismo de Luigi Ferrajoli e apresentamos os axiomas do garantismo penal, a fim de alinhar essa dimensão ético-filosófica às ideias desenvolvidas ao longo da pesquisa.

No segundo capítulo, *Garantismo e princípios penais da Constituição Federal de 1988*, percorremos os seis axiomas garantistas vinculados ao direito penal material, estabelecendo suas relações com os princípios dessa natureza, insculpidos na Carta Magna de 1988. As ideias principiológicas extraídas desse estudo servirão de instrumento teórico para analisar os crimes de organização criminosa (art. 2º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013) e de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal (art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013), tema a ser desenvolvido no Capítulo 4.

O terceiro capítulo, sob o título *Garantismo e Eficientismo penal*, visa a ampliar o campo de estudo às esferas sociológica, econômica e criminológica, contextualizando o paradigma garantista de Luigi Ferrajoli. Nesse plano, desenvolvemos reflexões sobre o expansionismo penal na pós-modernidade e o fortalecimento das políticas criminais antigarantistas expressas no efficientismo penal. Do ângulo comparativo entre garantismo e efficientismo penal, ganhou destaque a primazia do direito penal do autor no tratamento de novas formas de criminalidade.

Para bem apreender a raiz histórica do expansionismo penal, realizamos uma incursão na evolução capitalista do pós-Segunda Guerra Mundial, associando três elementos: a ascensão da política neoliberal, o incremento das desigualdades sociais e o aumento da criminalidade.

O quarto capítulo, intitulado *Lei n. 12.850/2013 e garantismo penal*, destaca, preliminarmente, elementos conceituais imprescindíveis na interpretação da Lei n. 12.850/2013. Para tanto, distingue o fenômeno criminológico do tipo penal incriminador, aborda as diversas variantes conceituais, bem como traça um panorama evolutivo da legislação interna de repressão ao crime organizado. Outrossim, o capítulo busca aplicar todo o conhecimento produzido, nos capítulos antecedentes, no sentido de interpretar os dispositivos referentes aos *crimes de organização criminosa* (art. 2º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013) e de *impedimento ou embaraço da investigação de infração penal* (art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013) à luz dos princípios garantistas.

Esperamos que esta tese possa contribuir, no plano teórico, para fomentar reflexões desvencilhadas de amarras eminentemente positivistas e acríticas acerca da Lei n. 12.850/2013. No plano empírico, contribuir com políticas criminais garantistas, baseadas em paradigmas de defesa das garantias constitucionais e do Estado democrático de direito.

## 1 O GARANTISMO DA ÓTICA DE LUIGI FERRAJOLI

### 1.1 Considerações iniciais sobre o garantismo

A expressão garantismo, na linguagem jurídica contemporânea, é associada aos estudos do jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli. Tem como ponto central um modelo de constitucionalismo alicerçado nos direitos e garantias fundamentais, inspirado na matriz iluminista<sup>1</sup>, sobressaindo-se no âmbito do direito penal por meio de reflexões acerca da crise de legitimidade dos sistemas penais modernos, e a proposição, nesse plano, de garantias constitucionais penais e processuais penais, limitadoras do poder punitivo estatal e patrocinadoras de valores relativos à dignidade humana.

Nesse sentido, a literatura jurídica contemporânea assinala a importância da obra *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale* (1989) na consolidação e difusão do paradigma garantista de Ferrajoli.

Conforme expõe Ippolito (2011):

A difusão internacional da doutrina jurídico-política desenhada com o termo 'garantismo' se liga – como é sabido – à atividade científica, cultural e civil de Luigi Ferrajoli, que, com *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale* (1989), suscitou um vasto e durável debate, influenciando profundamente a cultura juspenalista ibérica e sul-americana (IPPOLITO, 2011, p. 36).

Trindade, igualmente, assinala que “a consolidação do termo garantismo é decorrência direta das atividades e pesquisas científicas desenvolvidas por Luigi Ferrajoli [...], em especial a partir da publicação de *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, em 1989” (TRINDADE, 2012, p. 5).

Contudo, antes de tornar-se um léxico, com o sentido jusfilosófico atribuído aos estudos de Ferrajoli, é importante destacarmos que o garantismo germinou no século XVIII como manifestação de ideais de cunho humanitário, em defesa das liberdades individuais. Nesse ponto, imprescindível associá-lo ao período da Ilustração,

---

<sup>1</sup> Ippolito (2011) ressalta a inspiração iluminista na teoria garantista de Ferrajoli, ao assinalar que “[...] em *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, renova-se o fecundo casamento entre utilitarismo e contratualismo típico do discurso político dos iluministas. Um discurso que, a partir do reconhecimento do caráter intangível da vida, da liberdade e da propriedade dos indivíduos, privilegiava uma concepção do Estado antitética em relação àquela acreditada pela tradição: sobre a deontologia da obediência, que prescrevia os deveres dos súditos nos limites do soberano se impunha a teorização do dever do soberano de respeitar e proteger os direitos do sujeito” (IPPOLITO, 2011, p. 36).

especialmente ao pensamento de Cesare Bonesana<sup>2</sup>, Marquês de Beccaria, expoente da Escola Clássica<sup>3</sup> do direito penal, que denunciava, em suas publicações, a crueldade das penas, a arbitrariedade e a irracionalidade do sistema penal de sua época, preconizando punições mais justas, com pena “proporcionada ao delito e determinada pela lei” (BECCARIA, 2014, p.99).

No século XIX, outro expoente da Escola Clássica, Francisco Carrara, inspirado nos ideais iluministas promovidos por Beccaria, defendeu em sua obra principal, intitulada *Programa del curso di diretto criminale* (1859)<sup>4</sup>, a proporcionalidade entre o delito e a pena, o princípio da legalidade e a limitação do poder punitivo estatal. Para Carrara, mesmo um ato danoso e perverso não justifica a punição do homem, caso esse ato não se configure na violação de lei.

Ippolito (2011) destaca os nomes de Cesare Beccaria, Voltaire e Gaetano Filangiere como os mais ilustres expoentes do iluminismo jurídico, defensores da reforma do sistema punitivo do antigo regime, no sentido de torná-lo menos arbitrário e abusivo. O autor ressalta a influência de Beccaria e Montesquieu<sup>5</sup> na teoria normativa de direito penal desenvolvida no final do século XVIII pelo jusfilósofo iluminista Francesco Mario Pagano<sup>6</sup>, ao expor em suas obras as linhas de um processo penal de caráter garantista em oposição ao então vigente sistema penal inquisitório.

Assim, a despeito da inexistência da expressão garantismo no léxico político, jurídico ou filosófico no século XVIII, sua manifestação como um ideal humanitário, como vimos, é traço marcante no pensamento de teóricos iluministas, sendo certo que os primeiros teóricos garantistas, como Beccaria, pertencem ao período da Ilustração.

---

<sup>2</sup> Beccaria, por sua vez, foi influenciado pelas ideias de Montesquieu e Rousseau. O primeiro o fez refletir sobre as formas de governo e o exercício da autoridade política; do segundo, Beccaria toma a ideia de que o contrato feito pelos indivíduos, para formar a sociedade, foi um pacto de associação e não de submissão (BARTEL, 2014).

<sup>3</sup> O termo “Escola Clássica” não foi construído por seus partidários e sim por Enrico Ferri, da Escola Positivista, em discurso pronunciado em 1880, na Universidade de Bolonha. Muito embora Ferri afirme que o termo expressava sua admiração, existe o consenso de que fora empregado, por ele, de forma pejorativa (RODRÍGUEZ, 2000).

<sup>4</sup> Essa obra, finalizada em 1870, é composta de nove tomos, sendo o primeiro tomo publicado em 1859 (RODRÍGUEZ, 2000).

<sup>5</sup> “*La toma de conciencia sobre la importancia «constitucional» de la legislación penal es ya clara en MONTESQUIEU: habla por sí mismo el título del duodécimo libro de su obra principal, «De las leyes que determinan la libertad política en su relación con el ciudadano», en donde las leyes en cuestión son precisamente las «leyes penales»* (IPPOLITO, 2007, p. 529)

<sup>6</sup> Conforme exposto por Ippolito (2007), no artigo intitulado *El garantismo penal de un ilustrado italiano: Mario Pagano y la lección de Beccaria*. Disponível em: < [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13151/1/DOXA\\_30\\_46.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13151/1/DOXA_30_46.pdf)>. Acesso em 10 abr. 2020.

Com efeito, Ferrajoli (2006) reconhece a influência da matriz iluminista no desenvolvimento de sua teoria garantista. Ao retomar as origens históricas do garantismo, Ferrajoli destaca que os princípios garantistas foram elaborados sobretudo pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebera como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal "absoluto". Posteriormente, foram incorporados às constituições e codificações dos ordenamentos desenvolvidos, convertendo-se, assim, em princípios jurídicos do moderno Estado de direito.

Prosseguindo, sobre a evolução histórica do termo garantismo, observamos que nas reflexões filosófico-historiográficas de Nicola Matteucci, expostas no *Dicionário de Política* escrito em coautoria com Norberto Bobbio e Gianfranco Pasquino, sobressai o nome de Benjamin Constant como principal expoente da teoria das garantias no século XIX, a qual desenvolveu a ideia de garantismo como exigência de tutela dos direitos fundamentais do indivíduo no plano constitucional. Assim, assinala Matteucci (1998):

A teoria das garantias, que tem seu principal teórico em Benjamin Constant, acentua sobremaneira, em polémica com Rousseau e com a interpretação jacobina da vontade geral, a necessidade de tutelar, no plano constitucional, os direitos fundamentais do indivíduo, ou seja, a liberdade pessoal, a liberdade de imprensa, a liberdade religiosa, e, finalmente, a inviolabilidade da propriedade privada. Deste modo, o problema da organização do Estado se subordina à necessidade de garantir a todos os indivíduos a liberdade do poder político, entendida aqui, seja a instauração de uma via legal no exercício do poder, seja a afirmação de uma esfera de autonomia do indivíduo que o Estado não poderá legalmente violar. Isto leva a uma reinterpretção do conceito de soberania, cujo conteúdo, nos sistemas representativos, onde a soberania do povo é exercida em realidade por seus deputados, só pode ser definido de modo negativo (MATTEUCCI, 1998, p. 250).

No sentido léxico, o vocábulo garantismo surgiu no século XIX como neologismo, em um período de elaboração de diversos "ismos" políticos, tais como: liberalismo, constitucionalismo, comunismo, etc. No léxico político francês, o termo adquiriu significado bem distante do que prevalece atualmente. Assim, no *Dictionnaire de la langue française* de Émile Littré, editado em quatro tomos por Hachette, entre 1873 e 1874, tratava-se de um termo associado à escola de pensamento filosófico-político de Charles Fourier (1772-1837), que cunhou e empregou o termo *garantisme* para designar um estado da evolução civil prodrômico à realização do ideal supremo de uma perfeita e harmônica sociedade comunitária (IPPOLITO, 2011, p. 35).

Conforme assinala Ippolito, o garantismo, para Fourier, consiste em um “sistema de segurança social que procura salvaguardar os sujeitos mais fracos, fornecendo a eles as garantias dos direitos vitais (partindo daqueles conexos à subsistência) através de um plano de reformas que diz respeito tanto à esfera pública quanto à privada” (IPPOLITO, 2011, p. 35).

Na Itália, Guido de Rugiero, na obra *Storia del liberalismo in Europa*, publicada em 1925, expressa outro significado da garantismo diferente de Fourier, “como liberdade do indivíduo do Estado e frente ao Estado”, ou seja, a “concepção das garantias de liberdade” (DE RUGIERO, 1984, p. 57 apud IPPOLITO, 2008, p. 35). Portanto, nota-se em Rugiero uma aproximação em relação ao significado político adquirido no pós-Segunda Guerra.

Somente a partir da década de 70, do século XX, o termo garantismo foi inserido na linguagem filosófico-jurídica, associado ao pensamento desenvolvido por Ferrajoli com ênfase no direito penal, porém, estendido aos outros ramos do direito e sempre conectado ao ideal de proteção dos direitos fundamentais.

Segundo Ippolito, em 1970, no *Grande dizionario della lingua italiana* de Salvatore Battaglia, constavam dois significados interligados de garantismo:

Garantismo é, em primeiro lugar, o “caráter próprio das constituições democrático-liberais mais evoluídas, consistente no fato que essas estabelecem instrumentos jurídicos sempre mais seguros e eficientes (como o controle de constitucionalidade das leis ordinárias) com a finalidade de assegurar a observância das normas e dos ordenamentos por parte do poder político (governo e parlamento)”. Em segundo lugar, é a “doutrina político-constitucional que propõe uma sempre mais ampla elaboração e introdução de tais instrumentos”. Poder-se-ia parafrasear: (i) garantismo como dimensão específica do constitucionalismo rígido, (ii) garantismo como teoria normativa do constitucionalismo rígido (IPPOLITO, 2011, p. 36).

Atualmente, o significado de *garantismo* encontra-se vinculado às teorias das democracias constitucionais modernas, como fundamento imprescindível à efetividade dos direitos fundamentais nos modernos Estados de Direito, configurado no constitucionalismo normativista. Como vimos, mais precisamente associado à teoria juspositivista de Luigi Ferrajoli apresentada na obra *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale* (1989) que, entre suas premissas básicas, dispõe acerca da separação entre direito e moral e da distinção entre vigência e validade das normas jurídicas.

Em síntese, importa mencionar que as reflexões acerca da teoria garantista de Ferrajoli encontram-se muito difundidas na literatura jurídica contemporânea, resultando em uma vasta produção bibliográfica, alinhada, em vários aspectos, ao modelo constitucional preconizado pelo autor. Nesse sentido, destacamos no Brasil, entre outros teóricos do garantismo, Sérgio Cademartori, André Karam Trindade e Alfredo Copetti Neto.

Preliminarmente às análises propriamente ditas da mencionada teoria, mister se faz detalhar os significados de *Estado de Direito* e de *direitos e garantias fundamentais* da ótica de Ferrajoli, condição imprescindível para compreender o paradigma garantista do autor, que servirá de supedâneo teórico para as análises dos crimes de organização criminosa e impedimento ou embaraço da investigação de infração penal previstos na Lei n. 12.850/2013, sobretudo no tocante aos axiomas garantistas do direito penal desenvolvidos pelo autor.

## **1.2. O Estado de direito na acepção do garantismo de Ferrajoli**

A construção histórica do conceito de Estado de direito remete a diferentes conotações, correspondendo a conteúdos dialéticos e axiológicos complexos e temporais. No tocante a sua gênese, em geral, a literatura jurídica associa o termo à democracia liberal europeia, apontando-o como produto do liberalismo político do século XVIII, associado ao Estado liberal<sup>7</sup> de direito com função de garantia das liberdades individuais. Verifica-se, nesse período, “[...] a conversão do Estado absoluto em Estado constitucional; o poder já não é de pessoas, mas de leis. São as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político” (BONAVIDES, 2008, p. 43).

Desse prisma, importante destacar que, em decorrência da formação dos Estados modernos, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado passa a concentrar em si todos os poderes para estabelecer o direito, seja diretamente por meio de leis, seja indiretamente por meio do reconhecimento e

---

<sup>7</sup> Bonavides (2008) esclarece que o Estado liberal é o da separação dos poderes, das formas de governo e dos direitos da liberdade (direitos individuais, civis e políticos). Configura o antigo e clássico Estado de direito da primeira época do constitucionalismo.

controle das normas de formação consuetudinárias. Assiste-se, portanto, ao *processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado* (BOBBIO, 1995).

Significa dizer que, com essa monopolização da produção jurídica, o único direito que passou a ser aceito como verdadeiro consistia naquele emanado do órgão estatal, independentemente ou não da realização da justiça. Disso resultou, portanto, o triunfo do direito positivo sobre o direito natural, a prevalência da concepção juspositivista do direito sobre a jusnaturalista.

Podemos dizer que o Estado liberal – colimado no princípio da legalidade –, nesse contexto, consolidou um modelo de Estado de direito orientado pela limitação do poder do Estado e do patrocínio de direitos de liberdade, plasmados nos ideais dos movimentos políticos e filosóficos do final do século XVII e decorrer do século XVIII.

Cumprir notar que as primeiras constituições escritas surgidas no mundo – Constituição dos Estados Unidos da América de 1789 e Constituição da França de 1791 – refletem bem esses ideais e inauguram o constitucionalismo moderno. Assim, pode-se afirmar, em concordância com Barroso (2019), que o constitucionalismo é herdeiro da tradição liberal que remonta ao final do século XVIII, expressando a ideia de poder limitado pelo Direito e respeito aos direitos fundamentais e à democracia, por sua vez traduzida na ideia de soberania popular, de governo da maioria, que somente se consolidou, verdadeiramente, ao longo do século XX, com a consagração do sufrágio universal e o fim das restrições à participação política decorrentes do nível de riqueza, do sexo ou da raça.

Todavia, a evolução histórica do Estado liberal, movido pelas transformações econômicas, sociais e políticas do início do século XX, conduziu à emergência do Estado social, marcado, no âmbito do constitucionalismo, pela introdução dos direitos sociais nas constituições, ampliando o rol dos direitos fundamentais.

Para Silva (1988), o Estado de direito em sua origem era um conceito tipicamente liberal, e constituía uma das garantias das constituições liberais burguesas. Tratava-se, segundo o autor, do Estado liberal de Direito, o qual tinha como objetivo fundamental assegurar o princípio da legalidade, sob a premissa de que toda atividade estatal havia de submeter-se à lei.

Com base nesse contexto, compreende-se que o Estado de direito surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. Com a superação do liberalismo, colocou-se em debate sua sintonia com a sociedade democrática. O reconhecimento de sua

insuficiência gerou o conceito de Estado social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático (SILVA, 1988).

Segundo Bonavides (2008), a primeira versão histórica do Estado constitucional de direito corresponde ao Estado liberal. A segunda versão é representada pelo Estado social, marcado por preocupações distintas das do antecessor Estado liberal, ou seja, voltadas mais para a justiça do que para a liberdade, em razão de esta já ter sido adquirida e positivada nos ordenamentos constitucionais, ao passo que a justiça, como anseio e valor social superior, estava ainda longe de alcançar o mesmo grau de inserção, positividade e concreção (BONAVIDES, 2008).

Oportuno destacar que o positivismo inaugurado no século XVIII – primeira fase da vertente jurídico-positiva – identifica-se com o *paleojuspositivismo*<sup>8</sup> e difere, como veremos, do juspositivismo crítico de Ferrajoli, associado ao modelo de Estado constitucional de direito que prevaleceu no pós-Segunda Guerra, cujo traço característico principal é a ampliação dos direitos fundamentais sob a égide de constituições rígidas.

Portanto, a evolução histórica das concepções de Estado de direito, democracia e constitucionalismo evidenciam suas inter-relações, que retratam distintos interesses políticos, sociais e econômicos, responsáveis pela construção dos pilares do constitucionalismo contemporâneo em bases democráticas.

Nesses termos, podemos afirmar que a compreensão do paradigma garantista de Ferrajoli agrega também a evolução do Estado liberal ao atual Estado constitucional dos direitos fundamentais:

Na sua apreensão global da teoria do Estado, o garantismo tematiza a mutação de paradigma juspolítico liberada, na configuração do ordenamento jurídico e na estrutura da democracia, na evolução do *Estado legislativo de direito* para o *Estado constitucional de direito*: dois modelos distintos de organização política, tendentes, em medidas diversas, à realização do antigo ideal do “governo das leis”, ou seja, à constituição de uma forma estatal na qual os poderes públicos são regulados e limitados pelo direito em função da tutela dos indivíduos (IPPOLITO, 2011, p. 39).

---

<sup>8</sup> Termo utilizado por Ferrajoli para referir-se ao juspositivismo dogmático do Estado legislativo de direito, que reconhece como direito qualquer conjunto de normas postas ou produzidas por quem está autorizado a produzi-las, independente dos seus conteúdos e, portanto, de sua eventual injustiça.

Feitas essas considerações, importa destacar que Ferrajoli (2006) amplia o conceito de Estado de direito, identificando-o com múltiplas e variadas ascendências na história do pensamento político. Assim, o autor associa o conceito às ideias de Platão e Aristóteles, relativas ao “governo das leis”, que se contrapõem ao “governo dos homens”; à doutrina medieval da fundação jurídica da soberania; ao pensamento político liberal sobre os limites da atividade estatal e sobre o Estado mínimo; à doutrina jusnaturalista do respeito às liberdades fundamentais por parte do direito positivo; ao constitucionalismo inglês e norte-americano; à tese da separação dos poderes; à teoria jurídica do Estado elaborada pela ciência juspublicista alemã do século passado e ao normativismo kelseniano.

Todavia, no desenvolvimento de sua teoria garantista, o autor designa dois significados para o termo Estado de direito: o *formal* ou *lato* e o *substancial* ou estrito. O primeiro é aquele “no qual qualquer poder deve ser conferido pela lei e exercido nas formas e com os procedimentos por ela estabelecidos”; o segundo, aquele “no qual qualquer poder deve ser limitado pela lei que lhe condiciona não somente as formas, mas também os conteúdos” (FERRAJOLI, 2006, p. 790).

Nesse plano, o autor vincula as duas formas ao princípio da legalidade, traduzido, porém, em perspectivas diferenciadas e correlacionadas a diferentes estruturas estatais, representadas pelo *Estado legal* (formal) e pelo *Estado constitucional de direito* (substancial), que representam “[...] dois modelos distintos de organização política, tendentes, em medidas diversas, à realização do antigo ideal do ‘governo das leis’, ou seja, à constituição de uma forma estatal na qual os poderes públicos são regulados e limitados pelo direito em função da tutela dos indivíduos. (IPPOLITO, 2011, p. 39).

Contudo, na linha teórica do garantismo de Ferrajoli, apenas o Estado constitucional de direito, por meio de constituições rígidas<sup>9</sup>, pode proporcionar, efetivamente, a sujeição de todos os poderes – públicos e privados – ao direito, como instrumento de tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos.

---

<sup>9</sup> Conforme Dario Ippolito, a rigidez e a superioridade hierárquica das normas constitucionais, asseguradas pela predisposição de um procedimento agravado de revisão constitucional e, sobretudo, a instituição do controle jurisdicional de constitucionalidade, condicionam a lei à coerência com os significados das normas de grau supraordenado, introduzindo um princípio de legalidade substancial que integra as formas de produção legislativa. Essa dúplici dimensão da legalidade cria uma dissociação entre existência e validade das normas de lei, vindo esta última a depender não mais somente, como a primeira (com a qual o Estado legal coincidia), da observância das normas formais sobre a criação do direito, mas também da adequação dos conteúdos normativos das leis aos conteúdos normativos da constituição (IPPOLITO, 2011, p. 39).

Oportuno mencionar que, no aspecto meramente formal, o *Estado legal* ou, como denominou Ferrajoli, o *Estado legislativo de direito*, requer que todos os poderes sejam legalmente determinados, bem como suas formas de exercício, independentemente da realização ou não de justiça. É de se notar, nesse caso, a manifesta expressão do positivismo jurídico, que preconiza o dever de obediência às normas jurídicas, pelo fato de elas emanarem do poder estatal, pressupondo com isso a neutralidade e a efetividade na realização da justiça. Ademais, não podemos olvidar que o positivismo jurídico comporta a teoria do formalismo jurídico, para a qual “a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal [...], prescindindo do seu conteúdo” (BOBBIO, 1995, p. 131).

De fato, no paradigma do Estado legal, a formatação legal é suficiente para legitimar todos os atos jurídicos, inexistindo qualquer condição quanto ao conteúdo das normas, que podem assumir até mesmo natureza antidemocrática. Em razão disso, é um modelo que se ajusta aos regimes autoritários e totalitários. Merece destaque o fato de que “[...] o caráter meramente formal do princípio de legalidade não vincula a lei a nenhum fim determinado e não lhe circunscreve em nenhuma maneira o raio de intervenção” (IPPOLITO, 2011, p. 39).

Como podemos observar, “o Estado Legal, todavia, não constitui a completa institucionalização do paradigma ideal do Estado de direito, no qual o ordenamento jurídico impõe aos poderes públicos o escopo de salvaguardar os direitos subjetivos” (IPPOLITO, 2011, p. 39).

Noutra esteira, o Estado constitucional de direito, ao incorporar, “nos níveis normativos superiores, limites não somente formais, mas, também, substanciais ao exercício de qualquer poder” (FERRAJOLI, 2006, p. 790), complementa a concepção positivista do modelo de Estado legal – referente à orientação normativa pela produção do direito positivo –, incluindo limites e vínculos de conteúdos substanciais.

Em outras palavras, Ferrajoli (2006) esclarece que no Estado de direito, como sinônimo de garantismo, o exercício do poder é limitado pela lei que lhe condiciona não somente a forma, mas também os conteúdos. Não se trata de um Estado de direito meramente legal, que se realiza apenas no plano da legalidade formal, mas que exige a dimensão substancial. Conforme o autor, se caracteriza:

a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público - legislativo, judiciário e administrativo - está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja

observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (a Corte Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária (FERRAJOLI, 2006, p. 790).

Trata-se de um Estado de direito em sentido estrito ou forte – fruto da tradição constitucional do pós-Segunda Guerra –, baseado em constituições rígidas, em oposição à estrutura jurídico-política do Estado legal, designado como um Estado de direito lato ou fraco, circunscrito na mera legalidade. Ferrajoli assinala que:

*[...] el estado de derecho en sentido lato o débil ha asumido las formas de lo que llamaré «estado legislativo de derecho», fruto de la que podemos considerar la primera revolución jurídica moderna: la afirmación del monopolio estatal de la producción legislativa, expresado por las codificaciones, y la consiguiente legitimación formal de la eficacia de los actos preceptivos, cualesquiera que sean los efectos producidos, en función (solamente) de la forma legal de las normas que los prevén. El estado de derecho en sentido estricto o fuerte se ha afirmado en cambio como «estado constitucional de derecho» gracias a la que podemos considerar la segunda revolución jurídica moderna: la sujeción de toda la producción del derecho a principios normativos, como los derechos fundamentales y el resto de principios axiológicos sancionados por constituciones rígidas, y la consiguiente legitimación sustancial de la eficacia de todos los actos de poder, incluidos los legislativos, en función (también) de los contenidos o significados que expresan [...] (FERRAJOLI, 2012, p. 461-462).*

Nesse aspecto, vale mencionar que Norberto Bobbio, igualmente, associa o Estado de direito forte “não só a subordinação dos poderes de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente [...]”, diferenciando-o do Estado de direito fraco, “que é o Estado não-despótico, isto é, dirigido não pelos homens, mas pelas leis” (BOBBIO, 2013, p. 18-19). Entretanto, o autor inova ao introduzir a concepção de Estado de direito fraquíssimo, compreendido “tal como Estado Kelseniano segundo o qual, uma vez resolvido o Estado no seu ordenamento jurídico, todo Estado é Estado de direito (e a própria noção de Estado de direito perde toda a força qualificadora)” (BOBBIO, 2013, p. 19).

Ademais, oportuno ressaltar que, para Bobbio, o Estado de direito em sentido forte é aquele próprio da doutrina liberal, composto de todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou exercício ilegal do poder (BOBBIO, 2013).

Cumprido destacar ainda que o modelo de Estado de direito preconizado por Ferrajoli é indissociável da concepção de democracia constitucional orientada por Constituições rígidas – equivalente à submissão do “ser” (da produção legislativa) do direito ao “dever ser” (consoante direitos fundamentais positivados na ordem constitucional) –, que reproduzem o ideal da democracia de limites e de vínculos substanciais. Com efeito, a democracia constitucional do modelo garantista é *substancial* e não apenas *formal*.

Ferrajoli relaciona a *democracia substancial* como sendo o “Estado de direito” dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais, e *democracia formal* ou política como o “Estado político representativo”, isto é, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade (FERRAJOLI, 2006).

Nessa linha de raciocínio, podemos afirmar que a concepção de democracia substancial representa a passagem de um pensamento clássico de democracia – atrelado exclusivamente à concepção de “vontade da maioria”, de “exercício de poder da maioria”, limitada ao sufrágio universal e ao princípio majoritário – para uma dimensão de conteúdo substancial, que se exprime nos direitos de liberdade como condição da própria democracia.

Assim, a vontade que deve prevalecer sempre é aquela consubstanciada no texto constitucional democrático, independente das aspirações da maioria. Como explica Copetti Neto (2016), no Estado Constitucional, em virtude do caráter rígido das constituições, o direito e o Estado são direcionados à garantia dos direitos fundamentais, cuja proteção foge de qualquer submissão às vontades majoritárias ou às autodeterminações econômicas.

Portanto, a democracia substancial se realiza pela observância dos direitos fundamentais, como conteúdos indissociáveis da atuação estatal, em todas as instâncias de poder, ainda que contra a vontade da maioria, porém sempre em consonância com esses direitos.

Com efeito, como assinala Ferrajoli, na ausência do conteúdo substancial, a democracia pode acabar e degenerar no poder absoluto da maioria, na vontade do líder que exprime a maioria, com concepções perversas da democracia.

Ainda, em suas reflexões acerca do Estado de direito, Ferrajoli (2006) contrapõe o Estado de Direito à "razão de Estado"<sup>10</sup>. Assim, assinala o autor que, na "razão de Estado", os meios – indeterminados e não reguláveis – são subordinados aos fins políticos representados pelo soberano ou por qualquer dos titulares do poder estatal; no Estado de direito, os fins políticos são subordinados à lei, ao emprego dos meios juridicamente definidos.

Desta forma, enquanto para a *teoria da razão de Estado* o Estado é um *fim*, não fundado a não ser em si mesmo e, por sua vez, fundamento dos meios jurídicos, os quais restam indiferentes, flexíveis, mutáveis e manipuláveis pelo arbítrio, para o *Estado de Direito*, a partir de Locke em diante, o Estado é um *meio*, justificado pela sua finalidade de tutela dos direitos "fundamentais" dos cidadãos e a esta vinculado pela sujeição de todos os seus poderes e regras constitucionais rígidas e fundadas (FERRAJOLI, 2006, p. 753).

Ou seja, conforme o autor, ao contrário da "razão de Estado", o "Estado de Direito" corresponde ao modelo que subjuga o plano político à lei, não admitindo a flexibilização ou manipulação arbitrárias da ordem jurídica para atender a "fins políticos".

Como afirma Cademartori (2006), no plano epistemológico, a teoria garantista de Ferrajoli embasa-se no conceito de *centralidade da pessoa*, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve servir. Explica o autor que essa concepção instrumental do Estado é rica em consequências, tanto como teoria jurídica quanto como visão política, pois ambas veem o Estado de Direito como artifício criado pela sociedade, logicamente anterior e superior ao poder político (CADEMARTORI, 2006).

Nesse sentido, o Estado de direito sujeita-se à lei com funções de tutela dos direitos fundamentais contra possíveis erros ou arbítrios estatais. Configura-se no plano penal como um padrão no qual:

---

<sup>10</sup> Ferrajoli (2002) entende por razão de Estado "um princípio normativo da política que faz do 'bem do Estado', identificado com a conservação e o acréscimo da sua potência, o fim primário e não incondicional da ação de governo. Ainda que o conceito de 'razão de Estado' não se encontre usado frequentemente no léxico filosófico político, é certo que ele, como demonstrou Friedrich Meinecke, informa ininterruptamente a história prática do Estado moderno e, por outro lado, todo pensamento político absolutista e autoritário do século XVI em diante" (FERRAJOLI, 2002, p.749).

[...] 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 (FERRAJOLI, 2006, p. 101).

Essas considerações fazem referência às garantias penais e processuais penais que compõem os axiomas do garantismo penal de Ferrajoli, a serem analisados mais à frente. Além disso, demonstram a incompatibilidade da “razão de Estado” com a teoria do garantismo penal, haja vista que os princípios penais e processuais penais, como pilares do sistema penal garantista, não admitem intervenção na ordem jurídica para atender a outros fins que não sejam a aplicabilidade de seus conteúdos para garantia dos direitos fundamentais e de limitação do poder punitivo estatal.

À guisa de conclusão, podemos dizer que a concepção de Estado de direito para Ferrajoli indica um Estado de direito forte, de limitação do poder político, embasado em uma Constituição rígida, que eleva os direitos fundamentais ao patamar hierárquico normativo superior, condicionando a validade das normas jurídicas não apenas ao plano formal, procedimental, mas, sobretudo, ao plano substancial. “Propõe assim um modelo ideal de Estado de Direito, ao qual os diversos Estados Reais de Direito devem aproximar-se sob pena de deslegitimação” (CADEMARTORI, 2006, p. 91).

### **1.3 Direitos e garantias fundamentais na acepção do garantismo de Ferrajoli**

O paralelismo entre direitos humanos e direitos fundamentais encontra-se no cerne das reflexões jurídicas acerca do conceito de direitos fundamentais, qualquer que seja o problema teórico a ser enfrentado. Dessa forma, não há como tratar o tema direitos fundamentais na acepção de Ferrajoli sem mencionarmos, ao menos brevemente, o nexos com os direitos humanos.

A despeito de os primeiros direitos humanos contemplados em constituições datarem do final do século XVIII, interessam-nos, neste ponto, pela identidade histórica com nossa problemática, os processos de internacionalização e

constitucionalização dos direitos fundamentais do período pós-Segunda Guerra, marcados pela afirmação desses direitos em constituições rígidas, sob as premissas da legalidade substancial e não apenas formal dos conteúdos de direito. Esses processos tiveram, no plano jurídico internacional, como força motriz, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A Declaração de 1948 imprimiu em escala mundial a relevância de proteção dos direitos do homem ante a memória das diversas atrocidades cometidas no panorama bélico. Assim, “em face do flagelo da Segunda Guerra Mundial, emerge a necessidade de reconstrução do valor dos direitos do homem, como paradigma referencial ético e orientar a ordem internacional (PIOVESAN, 2013, p. 46).

Trata-se, portanto, do estabelecimento de um paradigma universal de proteção dos direitos humanos que serviu de inspiração normativa para outros instrumentos internacionais, sobretudo, para os sistemas jurídicos nacionais, por meio do reconhecimento e da incorporação desses direitos, como direitos fundamentais, nos textos constitucionais dos países signatários da Declaração de 1948. Como assinala Piovesan (2013):

Uma das principais qualidades da Declaração é constituir-se em parâmetro e código de atuação para os Estados integrantes da comunidade internacional. Ao consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados, a Declaração consolida um parâmetro internacional para a proteção desses direitos. Nesse sentido, a Declaração é um dos parâmetros fundamentais pelos quais a comunidade internacional “deslegitima” os Estados. Um Estado que sistematicamente viola a Declaração não é merecedor de aprovação por parte da comunidade mundial (PIOVESAN, 2013, p. 52).

Em sentido amplo, a literatura jurídica classifica os direitos humanos como aqueles direitos válidos igualmente para todos os homens em razão de sua essência humana, independentemente de qualquer condição, e os direitos fundamentais como direitos humanos positivados em determinada ordem jurídica. Segundo Canotilho (2003):

A **positivação** de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Right* colocado no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os <<os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política>> mas não direitos protegidos sob a forma de

normas (regras e princípios) de direito constitucional [...] (CANOTILHO, 2003, p. 77).

De fato, entendemos que somente com base na constitucionalização dos direitos fundamentais em determinada ordem jurídico-democrática é possível falar em vigência e validade desses direitos naquela ordem interna; do contrário, o que existe são meras aspirações. Significa, por exemplo, que a disposição dos direitos fundamentais em um instrumento jurídico internacional não é suficiente para garanti-los no plano interno – o que requer decisão política –, posto que existe uma diferenciação terminológica que separa o direito positivado da expectativa desse direito.

As expressões direito do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Todavia, direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista) e direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-constitucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente (CANOTILHO, 2003).

Os direitos do homem são extraídos da própria natureza humana, daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal, ao passo que os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes em uma ordem concreta (CANOTILHO, 2003).

Portanto, os direitos humanos devem ser compreendidos segundo sua universalidade, não excluindo de sua proteção qualquer ser humano. Contudo, a efetiva realização desses direitos – como direitos fundamentais – tem como pressuposto inexorável a positivação na ordem jurídico-constitucional.

Ferrajoli (2005) propõe um conceito formal de direitos fundamentais como sendo todos aqueles *direitos subjetivos* que correspondam universalmente a todos os seres humanos dotados do *status* de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de agir. Prossegue o autor definindo como *direito subjetivo* qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) adstrita a um sujeito por uma norma jurídica e, como *status*, a condição de um sujeito, igualmente prevista na norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício.

Como podemos observar, os termos *direito subjetivo* e *status*, que compõem o conceito formal de direitos fundamentais de Ferrajoli, vinculam-se à norma jurídica

positiva, tanto estabelecendo as proibições e obrigações garantidas a seu titular, quanto como parâmetro de determinação da titularidade desses direitos.

Segundo Ferrajoli (2006), a mencionada definição de direitos fundamentais não é dogmática, ou seja, referente às normas de um ordenamento jurídico específico, mas ajustável a qualquer outro, de modo que seriam direitos fundamentais os direitos atribuídos por um ordenamento jurídico a todas as pessoas físicas cidadãs, ou pessoas capazes de agir. Nesse sentido, “Ferrajoli prefere adotar uma definição formal (não topológica) dos direitos fundamentais, dado o substancial valor heurístico da mesma [...]” (CADEMARTORI, 2006, p. 39).

Essa definição formal de direitos fundamentais prescinde de circunstâncias de fato, sendo válida para qualquer ordenamento com independência dos direitos fundamentais previstos ou não naquela ordem jurídica. Além disso, é ideologicamente neutra, portanto, válida para qualquer filosofia jurídica ou política adotada (CADEMARTORI, 2006, p. 39).

Fica claro, nesses termos, que cada ordenamento jurídico direciona a proteção dos direitos fundamentais na sua estrutura normativa seguindo critérios políticos e valorativos próprios. Com efeito, diante da multiplicidade de disposições normativas acerca desses direitos, em cada ordem jurídica interna, compreendemos por que Ferrajoli ressalta ser a previsão dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico de determinado país, e mais precisamente no texto constitucional, condição para sua vigência e efetividade naquele ordenamento, sem, contudo, incidir sobre seu significado, que se baseia em uma concepção universalista desses direitos.

Nessa senda, portanto, vislumbra-se que a universalidade se apresenta como elemento essencial do significado de direitos fundamentais, suplantando qualquer tentativa de defini-lo segundo critérios jurídicos internos. Além disso, a universalidade conecta-se inexoravelmente à *inalienabilidade*, à *indisponibilidade* e à *indivisibilidade*, sem o que abre-se espaço para conjecturas antidemocráticas.

Ao discorrer acerca das diferenças entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais – que admitem até mesmo um só titular, não se amoldando no conceito de universalidade –, Ferrajoli (2005) indica como características daqueles, a inalienabilidade e indisponibilidade. Para o autor, os direitos patrimoniais trocam-se, vendem-se, locam-se, são alterados e talvez extintos pelo seu uso, consumam-se. Os direitos fundamentais, por sua vez, pela sua natureza de indisponibilidade, não se negociam (o que remete à concepção de inalienabilidade), não se acumulam e

permanecem invariáveis, qualquer que seja seu exercício. Por isso, equivale a sua subtração tanto às decisões da política quanto ao mercado, não sendo expropriáveis e nem limitáveis pelo Estado ou por quem quer que seja.

A vida, a liberdade pessoal ou o direito de voto são fundamentais, não tanto porque correspondem a valores ou interesses vitais, mas porque são universais e indisponíveis. Assim, onde fosse permitido sua disposição seriam estes degradados patrimoniais (FERRAJOLI, 2005).

Assim, aduz o autor que os direitos fundamentais são um limite, não somente aos poderes públicos, mas também a autonomia de seus titulares que nem voluntariamente podem alienar a própria vida ou liberdade (FERRAJOLI, 2005).

Ademais, ainda que se trate de direitos reconhecidamente fundamentais – como, por exemplo, de liberdade pessoal, liberdade de pensamento, direitos políticos e sociais –, “[...] *donde tales derechos fueran alienables y por tanto virtualmente no universales, como acontecería, por ejemplo, en una sociedad esclavista o totalmente mercantilista, éstos no serían universales ni, em consecuencia, fundamentales*” (FERRAJOLI, 2005, p. 20).

Quanto ao aspecto da indivisibilidade dos direitos fundamentais, são bastante elucidativos os ensinamentos de Piovesan (2013, p. 51), ao narrar que “[...] todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes entre si”.

Portanto, tratando-se de direitos fundamentais, a indivisibilidade corresponde à ideia de integralidade e conexão desses direitos, de modo que, por exemplo, a efetividade do direito à vida e à liberdade só é possível mediante a realização dos direitos sociais, que por sua vez também se conectam a outros direitos fundamentais para serem plenamente realizados.

Os direitos fundamentais, conquanto identificados como direitos humanos na ordem jurídica mundial pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, comportam a ideia de universalidade, “sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana” (PIOVESAN, 2013, p. 182). A autora acresce à universalidade o caráter de indivisibilidade dos direitos humanos, isso “porque a

garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa” (PIOVESAN, 2013, p. 182).

Ferrajoli (2005), ao expor que os direitos fundamentais, na sua universalidade, dizem respeito a "todos" em igual medida, como condições da identidade de cada um como pessoa e/ou cidadão, estabelecendo assim o nexos com os valores da pessoa humana, reconhece sua equivalência ao princípio da igualdade.

No que se refere à classificação dos direitos fundamentais, Ferrajoli (2005, p.22-23), tomando por base a Constituição italiana, estabeleceu que são: (i) *direitos humanos*, “*los derechos primarios de las personas que conciernen indistintamente a todos los seres humanos*”, como, por exemplo, o direito à vida, à integridade das pessoas, às liberdades pessoais e de pensamento, o direito à saúde e à educação e as garantias penais e processuais; (ii) *direitos públicos*, “*los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos*”, como o direito de residência e circulação em território nacional, direitos de reunião, associação e trabalho; (iii) *direitos civis*, “*los derechos secundarios adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar*”, como, por exemplo, a liberdade contratual e o direito de demandar em juízo; e (iv) *direitos políticos*, “*los derechos secundarios reservados unicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar*” como, por exemplo, o direito ao voto e de ascender a cargos públicos.

Ou seja, o autor estabelece como classes dos direitos fundamentais: os *direitos humanos*, os *direitos públicos*, os *direitos civis* e os *direitos políticos*. Porém, esclarece que a efetividade desses direitos exige sua normatização, suscitando com isso reflexões acerca da relação entre os direitos fundamentais e suas garantias, pois “*todos os direitos fundamentais exigem leis de concretização que introduzam as garantias correspondentes. Até o direito à vida, se não existisse a proibição do homicídio (que é garantia primária do direito à vida) seria um direito não efetivo*” (FERRAJOLI, 2008a, p.11).

De acordo com o autor, “*as garantias consistem nas obrigações ou proibições ou vínculos e limites impostos aos poderes públicos em correspondência com os direitos fundamentais atribuídos às pessoas*” (FERRAJOLI, 2008a, p.11). No tocante à democracia constitucional, as garantias podem ser entendidas como técnicas que visam a assegurar a efetividade dos direitos fundamentais na correspondente ordem jurídica democrática que contemplou esses direitos (FERRAJOLI, 2008a).

Ippolito (2011) define as garantias como:

[...] técnicas normativas finalizadas à salvaguarda dos direitos subjetivos e consistentes em deveres positivos (a comissões) ou negativos (a omissões) correspondentes respectivamente às expectativas jurídicas positivas ou negativas, as quais, se não satisfeitas ou violadas, legitimam a expectativa de reparação, à qual (por sua vez) corresponde um dever jurisdicional de reparação, que representa uma garantia de segundo grau em relação àquelas de primeiro grau integradas pelos deveres e pelas vedações correlativas aos direitos (IPOLLITO, 2011, p. 40).

No mesmo sentido, Jaramillo (2016) assinala que:

*Las garantías constitucionales son entonces las prohibiciones o las obligaciones que corresponden a las expectativas positivas o negativas que se establecen normativamente, por lo regular, como derechos subjetivos. El garantismo, en el contexto del derecho, significa que los ordenamientos jurídicos tienen la vocación de garantizar prohibiciones, como a no ser lesionado por otros, el derecho de propiedad, y obligaciones, como los derechos a prestaciones de otros y los sociales (JARAMILLO, 2016, p. 916)*

Para Cademartori (2006), as garantias são consideradas pela teoria garantista como:

técnicas de limitação da atuação do estado no que respeita aos direitos fundamentais de liberdade e a técnicas de implementação daquela mesma ação no que diz respeito aos direitos sociais (por exemplo, o princípio da incolumidade do preso e da humanidade das penas em se tratando de liberdades; e a previsão legal dos pressupostos vinculantes com a identificação de órgãos e procedimentos, no que diz com os direitos sociais) (CADERMARTORI, 2006, p. 28).

Sobre o tema, Ferrajoli (2008a) assinala que os direitos fundamentais correspondem a duas classes de garantias: *primárias*, que se subdividem em *positivas* e *negativas*, e *secundárias*. As *garantias primárias positivas* estão relacionadas às obrigações do Estado no que diz respeito a realizar os direitos sociais, são de conteúdos determináveis e de limites abertos (outros direitos sociais podem ser reconhecidos) e seu descumprimento gera lacunas; as *garantias primárias negativas* referem-se às proibições, vedações legais do Estado quanto aos direitos de liberdade, são de conteúdos não determináveis ante as diversas possibilidades de seu exercício, mas seus limites são preestabelecidos, sua violação gera antinomias. As *garantias secundárias*, por sua vez, são aquelas mais jurisdicionais, que intervêm em caso de violação das garantias primárias (FERRAJOLI, 2008a).

Podemos concluir que a ausência de garantias de direitos fundamentais em determinada ordem jurídica não incide sobre a existência desses direitos naquela

ordem, mas sim sobre sua efetividade, em decorrência das lacunas e antinomias geradas. Assim, “a ausência de garantias para os direitos sociais, por exemplo, deve ser entendida como uma lacuna indevida a ser preenchida pelos poderes públicos” (CADEMARTORI, 2006, p. 43). Do contrário, “os direitos escritos nas cartas internacionais não seriam direitos porque estariam desprovidos de garantias” (CADEMARTORI, 2006, p. 43).

Portanto, conclui-se que, diante da violação dos direitos de liberdade e sociais, a jurisdição intervém para sanar essas implicações, reparando judicialmente a lesão proveniente do direito violado (garantia secundária). Todavia, nessa tarefa, o julgador fica sujeito à lei “[...] e, portanto, através da lei, à vontade política expressa no Parlamento e na Constituição” (FERRAJOLI, 2008a, p.12-13).

Noutra esteira, ao sustentar a tese da independência entre o direito e suas garantias, Ferrajoli indica ser possível um ordenamento jurídico proclamar determinados direitos fundamentais, sem, contudo, normatizar suas garantias, o que equivale para o autor à inadimplência do direito positivamente estipulado e consiste em lacunas a serem supridas pelo legislador.

Assim, para a teoria garantista, os direitos fundamentais funcionam como elementos substanciais da democracia constitucional, enunciados em constituições rígidas como normas “supraordenadas” a qualquer outra norma, que condicionam toda a produção legislativa, assegurando-lhes também garantias indispensáveis para sua efetividade no plano concreto.

#### 1.4 A teoria geral do garantismo de Luigi Ferrajoli

A obra *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, do jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, publicada em 1989<sup>11</sup> – de inspiração liberal e iluminista<sup>12</sup> –, representa um

---

<sup>11</sup> Em 1995, essa obra foi traduzida para o espanhol (*Derecho y Razón*). A versão brasileira intitulada *Direito e Razão: teoria do garantismo penal* foi publicada no Brasil em 2002.

<sup>12</sup> Ferrajoli assevera que “os princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico - a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência - são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo. Os filões que se misturam nessa tradição, maturada no século XVIII, são muitos e distintos: as doutrinas dos direitos naturais, as teorias contratualistas, a filosofia racionalista e empirista, as doutrinas políticas da separação dos poderes e da supremacia da lei, o positivismo jurídico e as concepções militaristas do direito e da pena. Estes diversos filões, contudo, além de não serem filosoficamente homogêneos entre si, tampouco são univocamente liberais”

marco teórico para a consolidação do conceito de garantismo vinculado ao modelo constitucional juspositivista, comprometido com a tutela de direitos e garantias fundamentais.

Ferrajoli desenvolveu sua teoria garantista com base em suas críticas ao sistema penal italiano dos anos 70 e início dos anos 80 do século XX, sistema esse marcado pela acentuada “variação em relação ao modelo de legalidade penal desenhado pela Constituição e originário da tradição liberal” (FERRAJOLI, 2006, p. 747), tempos marcados por legislações e jurisdições de exceções, que assinalam uma crise de legalidade do sistema penal. Foi, justamente, contrapondo-se à tendência de estabelecimento de um direito penal de exceção que se desenvolveu o paradigma garantista de Ferrajoli.

Em *Direito e Razão*, Ferrajoli expõe sua teoria garantista – de evidente cunho jurídico e filosófico-político –, na qual reflete acerca da crise de legitimidade dos sistemas penais modernos e propõe a efetiva supremacia dos direitos fundamentais nos sistemas jurídicos com base na democracia substancial, a ser efetivada por meio da expansão dos direitos e garantias fundamentais e da extensão do Estado de direito às diversas esferas da vida e de poder.

Entendemos que, no campo das relações entre configurações teóricas e contexto histórico, a clássica obra de Ferrajoli teve o mérito de trazer à tona, no final do século XX, profundas abordagens críticas acerca do Direito e dos sistemas penais modernos e pós-modernos – resgatando o ideário humanista semeado no século XVIII por Cesare Beccaria<sup>13</sup>. O panorama era de intensas transformações da ordem global, que repercutiam negativamente na seara do direito penal e das políticas criminais, em virtude do expansionismo penal e da manifesta política criminal punitivista, encarceradora e violadora do direito das liberdades.

É mister esclarecer que, a princípio, as reflexões de Ferrajoli, em *Direito e Razão*, têm como ponto central a crise do direito penal que, naquele contexto<sup>14</sup> de

---

(FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 37).

<sup>13</sup> A obra *Dei delitti e delle pene* publicada em 1764, no contexto do movimento iluminista da segunda metade do século XVIII, retrata ideias humanitárias e críticas à arbitrariedade dos sistemas penais da época, desenvolvidas por seu autor, Cesare Beccaria, na qual se posicionou contrário às penas cruéis, desumanas e excessivas. Preconiza o autor que “[...] a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei [...]” (BECCARIA, 2014, p. 99), propondo a reformulação das práticas penais sob bases humanitárias.

<sup>14</sup> Conforme Leonardo Garcia Jaramillo, o garantismo de Ferrajoli “*nace en el contexto del derecho penal como respuesta al escepticismo por el derecho que tenía la izquierda italiana en la segunda mitad*

elaboração de sua teoria, apresentava-se como um dos ramos do direito mais devastados por políticas antigarantistas, em contraposição aos ideais humanitários proclamados acentuadamente no pós-Segunda Guerra e expressos no moderno constitucionalismo, quais sejam, os da primazia da dignidade da pessoa humana e da defesa dos direitos fundamentais.

Oportuno mencionar que os textos constitucionais que começam a surgir após a Segunda Guerra Mundial e, sobretudo, a partir dos anos 70 do século XX, contêm altos níveis de normas materiais ou substantivas que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de certos fins e objetivos. Ademais, essas constituições abrangem amplos catálogos de direitos fundamentais, supondo um marco muito renovado de relações entre o Estado e os cidadãos, sobretudo pela profundidade e grau de detalhes dos postulados constitucionais que contemplam tais direitos (CARBONELL, 2010).

Como exemplos representativos desse tipo de constituição, Miguel Carbonell cita as Constituições portuguesa (1976), espanhola (1978), brasileira (1988), colombiana (1991) e equatoriana (2008).

Todavia, a despeito desse avançado arcabouço jurídico de proteção dos direitos fundamentais, criou-se um panorama extremamente favorável à violação e à flexibilização desses direitos, notadamente nos campos do direito penal e processual penal – tanto por parte do legislador quanto dos órgãos jurisdicionais –, resultante do elaborado projeto punitivista neoliberal, análise a ser desenvolvida no Capítulo 3.

Com efeito, conforme o exposto, podemos compreender a ênfase de Ferrajoli no campo do direito penal e processual penal, sem, contudo, olvidar que a análise do modelo ferrajoliano indica ser o objetivo da obra a elaboração de uma teoria geral do garantismo como parâmetro norteador nas situações de crises das democracias pós-modernas<sup>15</sup>.

---

*de 1970 y en oposición a las medidas gubernamentales de emergencia, y a las restricciones de las garantías del debido proceso, establecidas para contrarrestar la violencia política y el terrorismo mafioso*” (JARAMILLO, 2016, p. 914).

<sup>15</sup> Como assinalam Anthony Giddens e Philip Sutton, a modernidade compreende o “período que se estende do Iluminismo europeu de meados do século XVIII a, pelo menos, meados dos anos 1980, [...] Caracterizado pela secularização, **racionalização**, democratização, individualização e ascensão da **ciência**” (GIDDENS; SUTTON, 2017, p. 22, grifo dos autores). Quanto à pós-modernidade, os autores a compreendem como o período histórico que sucedeu a modernidade, e começou a se desenvolver no início dos anos 70 do século XX. Esclarecem que, na teoria social, a pós-modernidade começou em meados dos anos 1980, embora o pós-moderno na cultura e nas artes tenha começado uma década antes. Alguns teóricos falam do fim da pós-modernidade no final do século XX. Nesse plano, Carlos Bordoní expressa que o período pós-moderno não existe mais e “a pós-modernidade é uma transição

Dessa perspectiva, a proposta garantista de Ferrajoli não deixa dúvidas quanto a sua amplitude teórica, não subsistindo qualquer razão para restringi-la ao âmbito exclusivamente penal, como ocorre, sobretudo nos países latino-americanos, especialmente no Brasil, onde o garantismo jurídico “vincula-se estritamente às garantias penais, e a obra de Ferrajoli vem lida e compreendida como uma proposta que assenta suas raízes no direito penal (mínimo ou minimalista)” (COPETTI NETO, 2016, p.19). De acordo com Copetti Neto, essa interpretação limitada pode ser atribuída tanto ao subtítulo da obra de Ferrajoli mais divulgada no continente latino-americano – *Direito e razão: teoria do garantismo penal* –, quanto à leitura simplificada e reducionista dessa obra.

Certo é que o modelo garantista de Ferrajoli se estende a todos os ramos do direito e abrange todos os direitos fundamentais, não apenas os direitos de liberdade. Assim, “a teoria geral do garantismo apresenta-se na contemporaneidade como uma derivação da teoria garantista penal, a qual nasce e desenvolve-se a partir da matriz iluminista da época da Ilustração” (CADEMARTORI, 2006, p. 91).

Cumprе ressaltar que Ferrajoli (2006) refere-se ao garantismo como sinônimo de Estado Constitucional de Direito, o que, no nosso entendimento, reforça a ideia de extensão de suas premissas a todos os ramos do Direito.

Ou seja, “além da mais completa e sistemática concepção do garantismo como filosofia da justiça penal, a Ferrajoli se deve a maior contribuição analítica para a definição de garantismo como teoria do Estado democrático-constitucional, em relação ao qual o direito penal se apresenta como uma específica declinação [...]” (IPPOLITO, 2011).

No prefácio da primeira edição em italiano da obra *Direito e Razão*, Norberto Bobbio menciona a intenção de Ferrajoli de elaborar um sistema geral do garantismo ou construir as colunas mestras do Estado de direito fundamentado na tutela das liberdades do indivíduo, ante as variadas formas de exercício arbitrário de poder, particularmente, no âmbito do direito penal.

Nesse sentido, Ferrajoli (2006) explica que muitas das reflexões teóricas e filosóficas desenvolvidas no livro *Direito e Razão*, acerca do garantismo, podem ser

---

entre a modernidade e um novo estágio que ainda não tem nome, embora seus traços essenciais já comecem a tomar forma” (BAUMAN; BORDONI, 2016, p. 111-112).

estendidas também a outros setores do direito público, paralelamente investidos de uma crise estrutural das garantias do Estado de direito<sup>16</sup>.

Oportuno destacar que, com esse propósito, o autor dedicou parte da obra *Direito e Razão* – sob a denominação “Para uma teoria geral do garantismo” – a desenvolver e aprofundar diversos pontos que ajudam a compreender o modelo teórico por ele formulado.

Nesse plano, o autor apresenta três significados de garantismo: como *modelo de direito*, como *teoria do direito* e como *filosofia política*, ressaltando que:

Estes três significados de "garantismo", para os quais até agora forneci uma conotação exclusivamente penal, têm, a meu ver, um alcance teórico e filosófico geral que merece, pois, ser explicado. Eles delineiam, precisamente, os elementos de uma teoria geral do garantismo: o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes. Estes elementos não valem apenas para o direito penal, mas também para os outros setores do ordenamento (FERRAJOLI, 2006, p. 788).

Como podemos observar, o autor adverte acerca da conexão entre os elementos presentes nos três significados de garantismo indicados, bem como ressalta a aplicabilidade dessas premissas teóricas a todos os ramos do direito. Para uma visão geral do garantismo de Ferrajoli, é imprescindível analisar esse paradigma como *modelo de direito*, como *teoria do direito* e como *filosofia política*.

Como *modelo normativo* de direito, o garantismo se comunica intrinsecamente com o princípio da legalidade estrita, vinculando a estrutura estatal constitucional aos preceitos do Estado de direito, funcionando como garantia legítima contra os excessos e as violações de direitos fundamentais.

Conforme expõe Cademartori (2006), esse modelo normativo permite identificar o grau de garantismo de um sistema, pela verificação de eventuais

---

<sup>16</sup> “Inclusive para estes é, pois, possível elaborar, com referência a outros direitos fundamentais e a outras técnicas e critérios de legitimação, modelos de justiça e modelos garantistas de legalidade - de direito civil, administrativo, constitucional, internacional, do trabalho - estruturalmente análogos àquele penal aqui elaborado. E ainda para essas categorias supramencionadas, nas quais se exprime a abordagem garantista, representam instrumentos essenciais para a análise científica e para a crítica interna e externa das antinomias e das lacunas - jurídicas e políticas - que permitem relevar” (FERRAJOLI, 2006, p. 788).

antinomias entre normas inferiores e seus princípios constitucionais, bem como incoerências entre as práticas institucionais efetivas e a normatividade do sistema.

No âmbito do direito penal, se alicerça na “estrita legalidade”, própria do *Estado de direito*, a qual, do *plano epistemológico*, caracteriza-se como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; do *plano político*, caracteriza-se como uma técnica para minimizar a violência e promover a máxima liberdade e; do *plano jurídico*, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado, em garantia dos direitos dos cidadãos (FERRAJOLI, 2006).

Esse modelo normativo, como se observa, eleva os direitos fundamentais, por meio de constituições rígidas, a um patamar supremo de proteção que funciona como limite democrático às arbitrariedades estatais. No campo penal, cinge a função punitiva do Estado, consistindo em um programa de ampla tutela penal e processual penal, somente compatível com uma democracia constitucional de vínculos substanciais, como proposto por Ferrajoli, de sujeição de todas as instâncias de poder às formas assecuratórias de defesa dos direitos fundamentais.

Isso porque, na democracia constitucional, forma e substância se associam às distintas tipologias de direitos fundamentais: a democracia formal aparece vinculada aos direitos de autonomia, que determinam “quem” e “como se manda”; a democracia substancial vem delimitada pelos direitos de liberdade, que dão lugar a obrigações de abstenção ou respeito de âmbitos de imunidade (o indecível), e por direitos sociais, que reclamam ações positivas de dar ou fazer (o indecível que não) (PRIETO SANCHÍS, 2010).

No plano das democracias constitucionais, é preciso considerar que a efetividade dos direitos fundamentais corresponde necessariamente a efetividade das respectivas garantias, estas com conteúdos positivados e bem delimitados no ordenamento jurídico constitucional, do contrário, esses direitos não passam de frustrações das expectativas de aplicabilidade prática.

Por isso, Ferrajoli adverte que uma Constituição pode ser muito avançada em termos de princípios e direitos sancionados e, contudo, “não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas – ou seja, de garantias – que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo” (FERRAJOLI, 2006, p. 786).

Como assinala Dario Ippolito (2011), a perspectiva teórica do garantismo de Ferrajoli é uma concepção de Estado de direito e da democracia constitucional que,

levando os direitos a sério, põe no centro da reflexão jurídica e dos projetos políticos o tema das garantias, compreendidas como técnicas normativas destinadas a salvaguardar os direitos subjetivos e consistentes em deveres positivos (a comissões) ou negativos (a omissões), correspondentes respectivamente às expectativas jurídicas positivas ou negativas. Estas, se não satisfeitas ou violadas, legitimam a expectativa de reparação, à qual (por sua vez) corresponde um dever jurisdicional de reparação, que representa uma garantia de segundo grau em relação àquelas de primeiro grau integradas pelos deveres e pelas vedações correlativas aos direitos.

Sem dúvida, compreendemos que a normatização das garantias relativas aos direitos fundamentais tem papel de destaque para a efetividade desses direitos. Entretanto, a prática operacional dessas garantias é condição *sine qua non* para a efetividade prática. Não é por outro motivo que Ferrajoli preconiza a necessidade de contrapor o modelo constitucional garantista ao funcionamento do sistema, a fim de revelar seu “grau de garantismo”, termo, segundo o autor, mais apropriado que “sistemas garantistas” ou “antigarantistas”, haja vista tratar-se de um modelo limite, de aproximação prática do paradigma teórico.

Ferrajoli adverte que o grau de garantismo de um sistema é medido pelo ajustamento de dois parâmetros: a inclusão de princípios e direitos fundamentais no texto constitucional e a efetividade dos direitos proclamados, de modo que, quanto maior a harmonia entre esses parâmetros, tanto mais elevado será o grau de garantismo; ao contrário, quanto menor a sincronia, mais baixo será o grau de garantismo. Com efeito, “é, conseqüentemente, ‘garantista’ todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente” (FERRAJOLI, 2006, p. 786).

Compartilhando do ponto de vista de Prieto Sanchís (2010), é possível afirmar que o Estado constitucional de direito não apresenta traços uniformes em todas suas manifestações, oferecendo versões de controles de poder mais rigorosos ou menos rigorosos. Assim, conclui-se que nenhum sistema constitucional democrático é plenamente garantista. O caminho tanto pode ser no sentido da maximização das garantias constitucionais, nos planos jurídico e empírico, quanto da relativização dessas garantias. Nesse caso, é possível que não se trate propriamente de um sistema antigarantista e sim de medidas antigarantistas no interior de uma ordem jurídica garantista, reduzindo o alcance das tutelas propostas.

Significa dizer que quanto maiores as garantias do sistema jurídico, mais próximo se estará da efetividade dos direitos fundamentais. Todavia, é necessário esclarecer que essa efetividade não depende exclusivamente da normatização desses direitos, mas, sobretudo, da aplicabilidade no plano social.

Como *teoria do direito*, o garantismo de Ferrajoli tem por premissa básica o aspecto inovador da diferenciação entre validade formal e validade substancial ou vigência (formal) e validade (substancial). Ou seja, a validade não corresponde à concepção “simplificada oriunda da tradição positivista que a identifica com sua existência jurídica, ou seja, como produto de procedimentos previstos em norma superior” (CADEMARTORI, 2006, p. 98), independente do seu conteúdo, tal como preconizado por Hans Kelsen, Herbert Hart e Norberto Bobbio. Para Ferrajoli, validade e vigência “coincidem nos Estados absolutistas que têm como única norma acerca da produção normativa o princípio da mera legalidade *quod principi placuit legis habet vigorem [...]*” (FERRAJOLI, 2006, p. 331).

Nesse ponto, nota-se a clara oposição de Ferrajoli ao modelo do Estado legal ou legislativo no qual não há distinção entre validade e vigência da norma – a legitimidade reside na conformidade do ordenamento jurídico ao formalismo legal. O autor propõe, por sua vez, como critério de legitimidade, a adequação do ordenamento aos conteúdos normativos da constituição patrocinadora dos direitos fundamentais. Desse modo, uma norma inferior que, na sua produção, esteja em consonância com o formalismo legalmente previsto, porém, no seu conteúdo, se afaste daquele mencionado substrato, é uma norma vigente – válida formalmente até que seja declarada sua invalidez –, porém, é uma norma inválida no sentido garantista. “Consequentemente, será possível dividir a legitimidade interna do sistema em *legitimidade jurídica formal*, referida à vigência, e *legitimidade jurídica substancial*, referida aos conteúdos prescritos pelas normas superiores” (CADEMARTORI, 2006, p. 100).

Os conceitos garantistas de *validade*, *vigência* e *eficácia* são interconectados e formam importantes bases de compreensão da teoria garantista. Como vimos, a *legitimidade jurídica formal* vincula-se à regularidade formal da norma e corresponde a sua *vigência*, ao passo que a *legitimidade substancial* é adquirida quando atendidas as condições de justiça material, correspondendo à *validade* da norma.

Assim, Ferrajoli (2006) denomina *vigência* a validade apenas formal das normas, resultante da regularidade do ato normativo; e *validade* como sendo a

validade material das normas produzidas, dos seus significados ou conteúdos normativos, que no Estado democrático de direitos corresponde aos direitos fundamentais.

Quanto à eficácia, pode-se dizer que “uma norma é eficaz quando é de fato observada pelos destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação)” (CADEMARTORI, 2006, p. 102).

Dessas premissas resulta que uma norma pode ser vigente e não ser válida e nem eficaz, como também ser vigente e ineficaz, e caso sua produção não atenda nem às condições formais, “diremos que a norma não foi produzida e que por conseguinte não está vigente, não existe ou não pertence sequer formalmente ao ordenamento do qual se fala (FERRAJOLI, 2006, p. 331). Ela pode, ainda, ser válida e eficaz ou ineficaz, de modo que “quando a ineficácia se manifestar somente no não cumprimento das condições substanciais de validade da norma produzida, diremos que esta não é válida, ainda que esteja vigente, ou exista, ou pertença ao ordenamento examinado” (FERRAJOLI, 2006, p. 331). Nesses termos, vale lembrar que algumas normas vigentes e válidas necessitam de leis de atuação – as garantias –, imprescindíveis para a eficácia de suas disposições normativas.

Segundo Ferrajoli (2006), o desconhecimento da distinção entre *validade*, *vigência* e *eficácia* está na base de duas falácias nas quais incorrem as teorias contemporâneas do direito, que confundem o *dever ser* com *ser* e o *ser* com *dever ser* jurídico. A falácia *normativista* contempla acriticamente o *dever ser* jurídico, impedindo reconhecer como inválidas determinadas normas vigentes; e a falácia *realista* aceita acriticamente o *ser* jurídico, impedindo reconhecer a existência de normas válidas ou vigentes, ainda que ineficazes, e de normas inválidas, mesmo se eficazes.

O positivismo crítico de Ferrajoli, diferentemente do positivismo clássico, ao enfatizar a necessidade de os direitos fundamentais – normatizados no texto constitucional – orientarem a produção de todo o direito positivo, cria um vínculo substancial que se irradia integral e estruturalmente ao sistema jurídico, conferindo a base da distinção entre validez e vigência da norma jurídica.

Como afirma Norberto Bobbio (apud FERRAJOLI, 2006), Ferrajoli pertence à mesma linha teórica normativista do positivismo jurídico de Hans Kelsen<sup>17</sup> e Herbert Hart. Contudo, concordamos com Bobbio quando diz que Ferrajoli assume uma

---

<sup>17</sup> Se para Kelsen a vigência da norma se confunde com sua validez, para Ferrajoli formalismo e conteúdo compõem duas frentes do normativismo, da validade e efetividade.

postura crítica, afastando-se do tecnicismo positivista de Kelsen e Hart, ao introduzir no modelo garantista um critério de validade da norma que abrange os aspectos formal e substancial.

O positivismo jurídico de Ferrajoli inspira um constitucionalismo que se caracteriza pela imposição de limites substanciais e formais a todas as instâncias de poder, exteriorizando constituições materiais ou substantivas, ao passo que o positivismo clássico de teóricos como Kelsen e Hart, sem distinguir validade e vigência das normas, exterioriza constituições formais ou procedimentais. Para esses autores, “a noção de validade corresponde a uma noção simplificada oriunda da tradição positivista que a identifica com sua existência jurídica, ou seja, como produto de procedimento previsto em norma superior” (CADEMARTORI, 2006, p. 98).

Esse arcabouço conceitual do positivismo clássico, porém, desconsidera o fato de o moderno Estado constitucional de direito ter incorporado diversos princípios ético-políticos a seus estatutos fundamentais, os quais determinam valorações ético-políticas e de justiça das normas por ele e nele produzidas, agindo como critérios de legitimidade ou ilegitimidade não mais externos ou jusnaturalistas, mas internos ou positivistas (CADEMARTORI, 2006).

Assim, concluímos que, para Ferrajoli, a validade da norma não se alicerça no enquadramento formal do método kelseniano (baseado na norma fundamental como premissa de validade do ordenamento jurídico) e nem do método de Hart (da validade das normas segundo a regra de reconhecimento), mas se expressa, sobretudo, no conteúdo da norma, que requer sua consonância com os direitos fundamentais introduzidos no texto constitucional.

Como bem definiu Bobbio (apud FERRAJOLI, 2006), Ferrajoli é um positivista atento a distinguir a validade formal ou vigência das normas de sua validade substancial e a sublinhar que, em um ordenamento que tenha recepcionado os direitos fundamentais de liberdade, a validade não pode ser apenas formal, porquanto existirá nesse ordenamento um problema de justiça interna e externa das leis.

Do nosso ponto de vista, a distinção entre validade formal e substancial das normas constitui-se em um dos eixos centrais do paradigma garantista de Ferrajoli, haja vista que um ordenamento jurídico ancorado apenas na validade formal das normas é típico de um Estado legislativo de direito atrelado, por sua vez, às ideias de Estado de direito fraco e de legalidade meramente formal, ao passo que o modelo de Estado democrático constitucional proposto pelo autor, partindo de um positivismo

mais elaborado e crítico, remete à normatização não apenas formal, mas, principalmente, de coerência aos conteúdos de justiça estabelecidos na ordem constitucional, compatível com o ideal de Estado de direito forte.

Bobbio (apud FERRAJOLI, 2006) assinala que Ferrajoli é um positivista consciente de que, uma vez produzida na maior parte das constituições modernas a constitucionalização dos direitos naturais, o tradicional conflito entre direito positivo e direito natural, entre positivismo jurídico e jusnaturalismo, tem perdido grande parte de seu significado. É consciente também de que a divergência expressa tradicionalmente no contraste entre a lei positiva e a lei natural tem-se transformado na divergência entre "efetividade" e "normatividade".

Nessa linha de raciocínio, Ferrajoli destaca que a vigência das normas (validade formal) se condiciona a formas, procedimentos e competências previstos na norma superior. Noutra esteira, afirma que a efetividade da norma requer conteúdo correspondente aos preceitos da norma superior que disciplina sua produção.

Assim, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o "ser" e o "dever ser" no direito. Destarte, o garantismo coloca como questão teórica central a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas (FERRAJOLI, 786, 2006).

Segundo Ferrajoli (2009), as violações da Constituição podem ocorrer por comissão – antinomias relacionadas à indevida produção de normas inválidas em decorrência de sua contradição com uma norma superior – ou por omissão – referentes às lacunas na produção das leis, com obrigatoriedade de sua produção decorrente de norma superior. Nesse aspecto, evidencia-se a divergência entre o “dever ser” constitucional e o “ser” legislativo do direito.

Portanto, a força normativa da Constituição pode ser frustrada tanto pela ação quanto pela omissão, já que a existência de lacunas e antinomias se converte em inaplicabilidades e em ineficácia das próprias normas constitucionais, e as antinomias por seu “ser” legal violam o “dever ser” jurídico (PRIETO SANCHÍS, 2009).

Contudo, esses vícios, segundo Ferrajoli, se resolvem em sede jurisdicional, por Cortes constitucionais, para o caso da antinomia; e por meio da ação do legislador, com a introdução das decisões que faltam, para as lacunas. O autor compreende que

não cabe aos juízes preencher as lacunas das leis e resolver as antinomias, conquanto isso representaria um ativismo interpretativo dos juízes ou ativismo judicial, caracterizando a ilegítima intervenção dos juízes na esfera legislativa, prática veementemente criticada por Ferrajoli.

Do exposto, compreende-se que nas democracias constitucionais as antinomias e lacunas correspondem a violações da norma substancial ou invalidade substancial. A primeira pelo conteúdo em relação à norma superior; a segunda pela ausência de conteúdo que inviabiliza a eficácia da norma superior.

Ademais, a existência das antinomias e lacunas nas democracias constitucionais corrobora com a premissa de que não existem sistemas jurídicos plenamente garantistas, mas tão somente uma aproximação, em maior ou menor grau, com o modelo proposto por Ferrajoli.

Retomando as acepções de garantismo apresentadas por Ferrajoli, resta evidenciar esse paradigma como *filosofia política*, que, segundo o autor, “requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade” (FERRAJOLI, 2006, p. 787).

Pode-se dizer que as constituições apresentam conteúdos ético-políticos que exprimem determinada concepção de justiça do legislador, formando sua justificação interna. Contudo, nem sempre esses valores correspondem à concepção externa de justiça, comprometendo, com isso, a validade das normas jurídicas.

Dessa forma, podemos inferir que a primazia deontológica do ponto de vista externo legitima a ordem jurídica interna, porquanto se encontra ancorada na tutela dos direitos fundamentais. Disso resulta a ideia de Estado como instrumento para defesa e garantia desses direitos, ao contrário da concepção da *teoria da razão de Estado*, do Estado como um fim em si mesmo, movido por seus próprios interesses, da justificação interna do Estado.

Portanto, o garantismo no sentido filosófico-político assimila o Estado como “um meio, legitimado unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais do cidadão, e politicamente ilegítimo se não os garante, ou pior, se ele mesmo os viola” (FERRAJOLI, 2006, p. 812). Do primado desse ponto de vista externo, extraímos o postulado da separação entre direito e moral, uma das teses centrais do garantismo de Ferrajoli, que justifica a legitimidade ou ilegitimidade com base na atuação estatal condizente com os direitos e garantias fundamentais.

Assim, o garantismo pressupõe a doutrina laica entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o "ser" e o "dever ser" do direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo (FERRAJOLI, 2006, p. 787).

A separação entre direito e moral é exposta por Ferrajoli no sentido *assertivo* (teórico) e *prescritivo* (*axiológico*), dos ângulos, respectivamente, da legitimação interna e justificação ético-política externa. São, portanto, premissas teóricas e axiológicas do modelo garantista.

No sentido *assertivo* – referente à legitimação interna do direito –, Ferrajoli formulou três teses acerca da autonomia entre juízos de validade (jurídicos) e juízos de justiça (ético-políticos) – tese metalógica, tese científica e tese metacientífica – que interessam à legitimidade interna ou da validade e formam a concepção juspositivista do direito e da ciência jurídica.

A primeira tese (*metalógica*) tem como pressuposto a negação de que o direito válido ou “como é” deriva do direito justo ou “como deve ser” e vice-versa. Trata-se, como leciona Ferrajoli, da aplicação da Lei de Hume, “que preclui como ‘falácia naturalista’ a derivação do direito válido ou ‘como é’ do direito justo ou ‘como deve ser’ e vice-versa” (FERRAJOLI, 2006, p.205).

Segundo essa premissa, as teses e doutrinas que trocam o *dever ser* pelo *ser* – considerando as normas juridicamente válidas como eticamente justas –, ou que trocam o *ser* com o *dever ser* – aceitando as normas como eticamente justas como juridicamente válidas –, são viciadas por falácias naturalistas, ao propor, por conseguinte, que sejam denominadas de “ideologias”. Entende-se que essas falácias representam manifestações antigarantistas, visto que confundem o *ser* com o *dever ser*, o direito com a moral.

Nesse ponto, inferimos que Ferrajoli estabelece a autonomia entre o “justo” e o “válido”, de modo que a mera existência da norma não é parâmetro suficiente para afirmar que uma norma é justa, pois entendemos que os critérios de justiça não se encontram, por si só, no direito positivo, mas nos conteúdos por ele expressos. Outrossim, nem todas as premissas introduzidas no direito positivo, por serem consideradas justas, conferem à norma a certeza do caráter de justiça, comprometendo, nesse ponto, sua validade.

Nessa senda, Cademartori (2006) assinala que a Lei de Hume exclui que seja logicamente consentido deduzir o direito justo do direito positivo. Esclarece o autor que o direito válido não é por si mesmo direito justo. Pensar diferente significa impedir a crítica ético-política do direito válido e fazer passar como justa qualquer norma jurídica existente pelo só fato de sê-lo.

A segunda tese (*científica*) “exclui enquanto constituinte de uma falácia a ideia de que a justiça seja uma condição necessária ou suficiente para a validade das normas jurídicas” (FERRAJOLI, 2006, p. 205-206).

Como pressuposto de *fato* dessa tese, o autor assevera que o direito mencionado seja inteiramente *positivo* e confere a cada norma de um ordenamento jurídico (exceto a Constituição) a possibilidade de manifestação acerca da validade ou invalidade, com base em outras normas do ordenamento em si.

Nesse aspecto, o autor destaca a importância das codificações e constituições como suporte desse pressuposto e o identifica com a incorporação do *princípio de legalidade* nos Estados de direito. Nessa linha, pode-se afirmar que o essencial é o conhecimento do direito positivo como pré-condição para a crítica da ciência jurídica no que se refere ao direito vigente.

Por fim, Ferrajoli (2006) assinala que separação entre direito e moral é uma tese *metacientífica*, fundamentada na recíproca autonomia do ponto de vista jurídico (interno) e do ponto de vista ético-político (externo) no estudo do direito, que é tanto condição de desenvolvimento de uma ciência jurídica – como disciplina empírico-descritiva de normas jurídico-positivas desvinculadas da moral –, quanto garantia de crítica externa – sociológica ou ético-política – de um direito positivo independente, por sua vez, dos princípios axiológicos que incorporou.

Nesse sentido, Cademartori (2006, p. 94) assinala que “a separação entre direito e moral comporta a nítida separação entre os pontos de vista que podem ser assumidos perante uma norma: de um lado, o ponto de vista ‘interno’ (ou da validade); de outro, o ponto de vista ‘externo’ (ou da justiça)”.

Cademartori, contudo, esclarece que essa distinção entre validade e justiça preconizada por Ferrajoli não coincide com aquela de Herbert Hart, para quem o ponto de vista interno é o de quem julga válida ou inválida uma norma, empregando os critérios positivos de validade próprios do sistema jurídico dado. Segundo o autor, “externo, para Ferrajoli, é não o ponto de vista de quem observa de forma distanciada o comportamento dos afetados em relação à norma, mas aquele que julga justa ou

injusta uma norma jurídica, empregando critérios de avaliação (ou justificação) extrajurídicos” (CADEMARTORI, 2006, p. 94).

Desse modo, compreendemos que nem toda norma jurídica expressa a concepção de justiça do ponto de vista externo ao direito, ou seja, o *dever ser* do direito, que corresponda às necessidades fundamentais da sociedade. Ao contrário, podem ocorrer conflitos entre o ponto de vista interno (do direito) e o ponto de vista externo (da moral), em decorrência do desajuste do direito às necessidades do corpo social, como, por exemplo, a vigência de norma penal que, no plano externo, se mostra injusta ou que não atenda aos anseios de segurança da sociedade. Desse enfoque, sobressai “uma indispensável justificação ético-política externa, de cunho utilitarista, condizente com o modelo de legalidade garantista [...]” (COPETTI NETO, 2016, p. 32).

Portanto, em consonância com a tese metacientífica, a cientificidade do direito e a autonomia da crítica externa da norma positiva requerem a autonomia dos pontos de vistas interno e externo no estudo do direito. Assim, o desenvolvimento da ciência do direito postula, quando das análises das normas jurídicas, o afastamento do moralismo jurídico; e o exame sociológico e político reclama o afastamento do legalismo ético – que rejeita o ponto de vista externo – como condição para críticas e identificação das injustiças do direito positivo.

No tocante ao sentido *prescritivo* da separação entre direito e moral, Ferrajoli formulou três teses axiológicas com base no *utilitarismo jurídico* – referentes ao *delito*, ao *processo* e à *pena* –, que funcionam como princípios para justificar a separação entre direito e moral (legitimação interna e justificação externa), formando os fundamentos filosófico-jurídicos das garantias penais e processuais garantistas, de modo que a abordagem servirá como introdutória para as análises acerca do garantismo penal a serem desenvolvidas no próximo item.

Por essa via, o direito e o Estado não representam valores e não têm fins morais, justificando-se por seu utilitarismo, especialmente na defesa das garantias constitucionais.

Em relação ao *delito* (primeira tese), indica que, ao direito penal, não cabe impor ou reforçar valores morais, mas tão somente proteger *bens jurídicos alheios*, evitando a ocorrência de condutas sociais danosas. Nesse aspecto, o princípio utilitário exige a ofensa a esses bens “cuja tutela é a única justificação das leis penais enquanto técnicas de prevenção daquelas ofensas” (FERRAJOLI, 2006, p. 208).

Compartilhamos o entendimento de que o direito penal não deve ser utilizado como instrumento da moral. Assim, a previsão de uma conduta como delituosa deve necessariamente vincular-se à lesão a bem jurídico alheio. “Implica que o direito penal não tem a missão de impor ou de reforçar a (ou uma determinada) moral, mas apenas de impedir condutas danosas para terceiros” (CARVALHO S., 2001, p. 12).

Claus Roxin, inobstante ser expoente do funcionalismo teleológico, compartilha desse mesmo ponto de vista, conforme expõe:

[...] não é permitido deduzir proibições de direito penal dos princípios de uma certa ética, pois, em primeiro lugar, nem todo o comportamento eticamente reprovável perturba a convivência entre os homens, e, em segundo lugar, muitos princípios éticos são questão de crença e não podem ser impostos aos indivíduos. Por motivos similares não é permitido querer impor premissas ideológicas ou religiosas com a ajuda do direito penal (ROXIN, 2008, p. 34).

Com efeito, o Estado “não deve imiscuir-se coercitivamente na vida moral dos cidadãos [...] mas somente tutelar-lhes a segurança, impedindo que causem danos uns aos outros” (FERRAJOLI, 2006, p. 208).

No que se refere ao *processo* (segunda tese), o princípio utilitarista da separação entre direito e moral impõe ao juiz afastar quaisquer premissas referentes à moralidade do fato ou do acusado, “assim o juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tampouco emitir veredictos morais sobre a sua pessoa, mas apenas individualizar os seus comportamentos vedados pela lei” (FERRAJOLI, 2006, p.208).

Por conseguinte, concluímos que a separação entre o direito e a moral se revela imprescindível para um processo isento de subjetivismos, que verse apenas sobre fatos concretos, taxativamente indicados pela lei, e nunca sobre aspectos morais. Como afirmou Salo de Carvalho (2001), “exige que o juízo não verse sobre a personalidade do réu, mas apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhe são imputados e que são, por outra parte, passíveis de serem empiricamente provados pela acusação e refutados pela defesa”.

No tocante à pena (terceira tese) e seus modos de execução, entendemos que o princípio igualmente afasta as premissas morais, ao indicar que a pena não deve ser destinada a transformar moralmente o apenado, servindo a finalidades pedagógicas ou correcionais, e sim “devendo consistir em sanções taxativamente preestabelecidas, não agraváveis por meio de tratamentos diferenciados e personalizados de tipo ético ou terapêutico” (FERRAJOLI, 2006, p. 208).

Para as reflexões acerca do nosso objeto de estudo, convém registrar que, no panorama de novas formas de criminalidade das últimas décadas do século XX, os limites e vínculos garantistas relativos à *pena*, ao *delito* e ao *processo* – como importantes parâmetros de legitimidade – servem de contrapontos às tentativas de flexibilizar essas garantias, notadamente no que se refere aos fenômenos do terrorismo e do crime organizado. Estes, sob influência da teoria do direito penal do inimigo de Günther Jakobs, são associados à figura de *inimigos*, sendo negada aos agentes dessas modalidades delituosas a condição de pessoas e conferido tratamento penal diferenciado, de privação de direitos individuais. Acerca dessa questão, Jaramillo (2016) ressalta a importância da obra de Ferrajoli na preservação das garantias fundamentais:

*Ante fenómenos como la criminalidad organizada y el terrorismo, la obra de Ferrajoli fundamenta la importancia de proteger las garantías relativas a la pena, al delito y al proceso, es decir, si, por qué, cuándo y cómo prohibir, castigar y juzgar. Estas garantías constituyen los límites y controles al poder. En el campo penal condicionan la justificación de su intervención y, de no respetarse, podrían degenerar en fenómenos de terrorismo penal. La necesidad política del derecho penal se legitima mediante la prevención del delito y de las penas arbitrarias. En las democracias constitucionales modernas, los derechos fundamentales definen normativamente los ámbitos y límites del derecho penal (JARAMILLO, 2016, p. 919).*

A consequência da conjugação dos três princípios normativos (referentes ao processo, ao delito e à pena) é o estabelecimento dos fins e dos limites do direito penal. Como finalidade, obtém-se a necessária intervenção penal contra condutas limítrofes, ou seja, em casos excepcionais nos quais a interferência do direito penal seja útil para evitar danos concretos (CARVALHO, S., 2001, p. 13). Nesse sentido, entendemos que a criminalidade organizada se afigura como um desses casos excepcionais que demanda a intervenção do direito penal.

Por fim, os três significados de garantismo expostos – como *modelo de direito*, *teoria do direito* e *filosofia política* – podem ser transportados para as análises do constitucionalismo garantista de Ferrajoli. Nesse prisma, Trindade (2012) menciona que, como *modelo ou sistema jurídico*, o constitucionalismo garantista representa a superação do paleojuspositivismo, em face da positivação dos princípios que também devem subjazer toda produção normativa, ampliando os limites e vínculos impostos pelas constituições, garantidos por meio do controle jurisdicional de constitucionalidade; como *teoria do direito*, aborda o problema do direito

constitucionalmente ilegítimo – resultante de antinomias e lacunas –, levando em conta a tensão entre o ‘dever ser’ (constitucional) e o ‘ser’ (legislativo) do direito, conforme a distinção entre vigência e validade; e como *filosofia e teoria política*, consiste em uma teoria da democracia – formal e substancial –, ancorada empiricamente no paradigma do Estado constitucional de direito e articulada sobre quatro dimensões correspondentes aos direitos fundamentais (de liberdade, sociais, civis e políticos).

A esse respeito, cabe esclarecer que o garantismo de Ferrajoli deságua no constitucionalismo rígido, de viés positivista, porém não no sentido do positivismo clássico, mas, nas palavras do autor, de sua complementação ou reforço. Ademais, o garantismo encontra no constitucionalismo democrático o referencial necessário e irrefragável do seu curso, na realização do modelo de tutela das garantias fundamentais proposto, razão pela qual o autor, em diversas ocasiões, refere-se ao garantismo como a outra face do constitucionalismo e sinônimo de Estado Constitucional de Direito.

Nesse ponto, compartilhamos dos ensinamentos de Prieto Sanchís (2010), ao afirmar que o garantismo necessita do constitucionalismo para tornar realidade seu programa ilustrado, e o constitucionalismo, por sua vez, se alimenta do projeto garantista para condicionar a legitimidade do poder ao cumprimento de certas exigências morais que se condensam em direitos fundamentais.

Na obra *Principia Iuris: teoría del derecho y de la democracia*, publicada em 2007, Ferrajoli expõe diversos pressupostos da teoria da democracia constitucional. A obra é referência para aprofundar os estudos acerca do paradigma teórico e normativo das modernas democracias constitucionais. Porém, para Prieto Sanchís (2010), *Principia Iuris* não é somente uma teoria do direito para o Estado constitucional. Seus conceitos mais gerais e elementares têm alcance mais amplo, válidos para explicar sistemas jurídicos precedentes e inclusive sistemas normativos não jurídicos.

Sem dúvida, a obra *Principia Iuris* reveste-se de extrema importância para a compreensão do garantismo de Ferrajoli; vários aspectos teóricos expostos em *Direito e Razão* foram retomados, reelaborados e aprofundados pelo autor na referida obra. Nesse sentido, Prieto Sanchís (2010) explica que *Principia Iuris* pode ser considerada também como a teoria jurídica do garantismo tendo em vista que Ferrajoli vem repetindo que o paradigma garantista é sinônimo de Estado constitucional de direito.

Todavia, ressaltamos que o foco principal da nossa tese é a obra *Direito e Razão*, na qual o autor desenvolve de forma específica e ampla sua teoria do garantismo penal.

### 1.5 O garantismo penal

Como vimos, na obra *Direito e Razão*, Luigi Ferrajoli expôs a teoria do garantismo penal – apesar do objetivo de criar também uma teoria geral do garantismo –, um paradigma teórico liberal de minimização do poder punitivo estatal e maximização da tutela das liberdades individuais que, conforme exposto, impõe limitações negativas da parte do Estado, na esfera do indecidível.

Em *Direito e Razão*, o garantismo é apresentado como uma teoria do direito penal e compreendido como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, no âmbito dos delitos e das penas arbitrárias, ou seja, como um sistema de garantias idôneo a minimizar na sociedade tanto a violência criminal dos indivíduos singulares, quanto a institucional dos aparatos repressivos (IPPOLITO, 2011).

Como paradigma de inspiração liberal, o garantismo reflete os dois aspectos de limites do Estado: dos poderes e das funções. Como assinala Bobbio, “o liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito a seus poderes quanto às suas funções. A noção corrente que serve para representar o primeiro é Estado de direito; a noção corrente para representar o segundo é Estado mínimo” (BOBBIO, 2013, p. 17). Para o autor, enquanto o Estado de direito se contrapõe ao Estado absolutista, o Estado mínimo se contrapõe ao Estado máximo; assim, “[...] deve-se, então, dizer que o Estado liberal se afirma na luta contra o Estado absoluto em defesa do Estado de direito e contra o Estado máximo em defesa do Estado mínimo, ainda que nem sempre os dois movimentos de emancipação coincidam histórica e praticamente” (BOBBIO, 2013, p. 18).

Reportando essa formulação ao campo do direito penal, compreendemos que limitar o poder estatal significa configurar o Estado para controlar os excessos punitivos, nos campos material e processual, a fim de evitar manifestações que vulnerarem os direitos fundamentais, por conseguinte, revelando práticas políticas absolutistas ou autoritárias, como, por exemplo, a instituição de penas aviltantes ou a imposição de pena quando ausente a culpabilidade. Quanto a limitar as funções do Estado no âmbito penal, pressupõe a mínima intervenção penal possível, reservada

para situações que não possam ser remediadas por outros ramos do direito, ou seja, do direito penal como *ultima ratio*.

Para Ferrajoli, o direito penal mínimo corresponde à máxima limitação do poder punitivo estatal, a fim de evitar os excessos punitivos, e à máxima proteção às garantias das liberdades constitucionais no âmbito do sistema criminal, bem como de um ideal de racionalidade e de certeza.

Nesse plano, contrapondo o direito penal máximo ao direito penal mínimo, o autor esclarece que “a certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. Ao passo que a certeza perseguida pelo direito penal mínimo consiste na premissa de que “nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que algum culpado possa ficar impune” (FERRAJOLI, 2006, p. 103)

Noutra esteira, Ferrajoli (2006) assevera que o modelo de direito penal máximo, incondicionado e ilimitado, caracteriza-se por excessiva severidade, incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas e, conseqüentemente, segundo o autor, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação.

Ao contrapor o direito penal mínimo ao direito penal máximo, associados a sistemas de direito e de responsabilidade penal, Ferrajoli (2006) relaciona essas tendências, respectivamente, aos modelos autoritário e de Estado de direito, posicionando-os “[...] a maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos ao sistema quanto à quantidade e qualidade das proibições e das penas nele estabelecidas” (FERRAJOLI, 2002, p.101).

Ademais, o autor menciona que, entre esses dois extremos, existem diversos outros sistemas intermediários, o que deverá levar a se falar mais apropriadamente em tendências ao direito penal máximo ou mínimo. Nesse aspecto, chama a atenção para diversos sistemas intermediários que expressam uma ou outra tendência – do direito penal mínimo ou máximo –, de acordo com a estrutura constitucional vigente. Nesse ponto, a análise desenvolvida se vincula à concepção de garantismo em maior ou menor grau, a que fizemos referência no item anterior.

Assim, Ferrajoli, entre outras premissas, refuta as tendências criminais baseadas no direito penal do autor, defendendo, por seu turno, a concepção do direito penal mínimo e de respeito aos direitos e garantias fundamentais assegurados pelo Estado democrático de Direito.

Não podemos deixar de observar também que Ferrajoli (2006) introduz o critério de racionalidade em sua teoria penal para afastar incertezas e injustiças, pois, ao discorrer sobre o direito penal mínimo, estabelece uma relação entre o garantismo e o racionalismo, indicando a necessidade de argumentos cognitivos seguros que justifiquem a intervenção penal, de modo que fica excluída a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Desse prisma, Salo de Carvalho afirma que:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a 'defesa social' acima dos direitos e garantias fundamentais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados (CARVALHO, S. 2001, p. 19).

Na verdade, privilegiando a racionalidade e civilidade no tocante à intervenção penal, o garantismo afasta decisões arbitrárias que, sob o "véu" da defesa dos interesses sociais ou da maioria, conspira contra a tutela dos direitos fundamentais. Em vista disso, o direito penal como *ultima ratio* demanda padrões decisórios racionais, haja vista que uma intervenção mínima, sem atender ao critério de racionalidade, cria espaços propícios às injustiças.

Passamos, agora, a cotejar o garantismo penal com o abolicionismo penal, a fim de não deixar dúvidas quanto às diferenças entre essas teorias. Nesse aspecto, Copetti Neto (2016) refuta a concepção de que Ferrajoli defende a abolição do sistema penal, fazendo referência às críticas do autor ao abolicionismo que constam no livro *Direito e Razão*.

Outrossim, Copetti Neto (2016) indica que Ferrajoli desenvolve seu raciocínio jurídico tomando por base pensadores como Hans Kelsen, Herbert A. L. Hart, Alf Ross e Norberto Bobbio, cujas obras enaltecem o direito como mecanismo idôneo à promoção da paz. Portanto, segundo o autor, é importante dizer que Ferrajoli segue essa linha de crença no direito e na democracia.

Compartilhamos do mesmo ponto de vista de Copetti Neto, ou seja, compreendemos que a proposta garantista de Ferrajoli se diferencia dos modelos

penais abolicionistas<sup>18</sup>, que propugnam deslegitimação e superação do sistema penal e sua substituição por modelos alternativos de solução dos conflitos sociais<sup>19</sup>. Nessa linha abolicionista, destacamos as contribuições de Michel Foucault, Louk Hulsman, Thomas Mathiesen e Nils Christie.

Contudo, os mencionados abolicionistas compõem diferentes matizes<sup>20</sup> e são representantes do “novo abolicionismo penal”, expressão utilizada por Zaffaroni para referir-se, inicialmente, aos movimentos abolicionistas surgidos na Europa na década de 70 e “distinguirlo del *viejo*, que era el de los teóricos anarquistas” (ZAFFARONI, 2013a, p. 168).

Zafaroni (2015) relaciona as vertentes desses teóricos ao “*abolicionismo radical do sistema penal, ou seja, sua radical substituição por outras instâncias de solução dos conflitos* (ao contrário dos abolicionismos da pena de morte, da prisão, etc.), que surge nas últimas décadas como resultado da crítica sociológica ao sistema penal” (ZAFFARONI, 2015, p. 97).

Para Zafaroni (2015), o “novo abolicionismo” representa a mais original e radical proposta político-criminal dos últimos anos, a ponto de ter seu mérito reconhecido até mesmo por seus mais severos críticos.

O movimento abolicionista considera que as desvantagens do direito penal estatal pesam mais que seus benefícios, razão pela qual os apoiadores desse movimento preconizam sua superação. Eles partem da ideia de que por meio de um aparelho de justiça, voltado para o combate ao crime, não se consegue nada que não

---

<sup>18</sup> Ressalte-se que inexistente nesse campo um modelo teórico unificado. Como esclarece Zaffaroni (2015, p.98), “os autores abolicionistas não partilham de uma total coincidência de métodos, pressupostos filosóficos e táticas para alcançar os objetivos, uma vez que provêm de diferentes vertentes do pensamento (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes Conceição. 5. ed., 4ª reimp. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015, p. 98).

<sup>19</sup> Vera Regina Pereira Andrade (2006), reconhecendo a diversidade no abolicionismo, assevera que os abolicionistas “[...] estão de acordo em que abolição não significa pura e simplesmente abolir as instituições formais de controle, mas abolir a cultura punitiva, superar a organização ‘cultural’ e ideológica do sistema penal, a começar pela própria linguagem e pelo conteúdo das categorias estereotipadoras e estigmatizantes (crime, autor, vítima, criminoso, criminalidade, gravidade, periculosidade, política criminal, etc), que tecem, cotidianamente, o fio desta organização (pois têm plena consciência de que de nada adianta criar novas instituições ou travestir novas categorias cognitivas com conteúdos punitivos)” (ANDRADE, Vera Pereira de. *Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. Revista Sequência, nº 52, p. 163-182, jul 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15205/13830>>. Acesso em: 25 out. 2019, p. 10).

<sup>20</sup> Nesse sentido, Zaffaroni destaca entre os abolicionistas a preferência marxista de Thomas Mathiesen, a variante fenomenológica de Louk Hulsman, a estruturalista de Michel Foucault e a fenomenológico-historicista de Nils Christie.

se possa obter, de modo igual ou melhor, através de um combate às causas sociais da delinquência e, se for o caso, de medidas conciliatórias extraestatais, indenizações reparatórias e similares (ROXIN, 2008, p. 3).

Contudo, diferentemente dos abolicionistas, Ferrajoli vislumbra a possibilidade de resgatar a legitimidade do sistema penal, recusando a radicalização do pensamento abolicionista. Nesse sentido, para Ferrajoli, mesmo em uma sociedade mais democratizada e igualitária, seria necessário um direito penal mínimo como único meio de serem evitados danos maiores, decorrentes da vingança ilimitada (ZAFFARONI, 2015).

Nessa linha, também contrapondo-se ao abolicionismo penal, Roxin esclarece que “liberar o controle do crime de parâmetros garantidos estatalmente e exercidos através do órgão judiciário iria nublar as fronteiras entre o lícito e o ilícito, levar à justiça pelas próprias mãos, com isso destruindo a paz social” (ROXIN, 2008, p. 5).

O modelo ferrajoliano, conforme já exposto, converge para o direito penal mínimo, linha teórica, tal como o abolicionismo, que apresenta diferentes vertentes. Segundo Vera Regina Pereira de Andrade, é possível divisar, dessa perspectiva, duas linhas do minimalismo penal: a) modelos que partem da deslegitimação do sistema penal (concebida como uma crise estrutural de legitimidade) para o abolicionismo ou minimalismo como meio; b) e modelos que partem da deslegitimação do sistema penal (concebida como uma crise conjuntural de legitimidade) para a relegitimação do sistema penal ou minimalismo como fim em si mesmo (ANDRADE, 2006).

Pelo exposto, concluímos que o minimalismo adotado por Ferrajoli se identifica com o modelo da deslegitimação do sistema penal como crise conjuntural de legitimidade, “parte da deslegitimação do sistema penal, mas acredita que ele possa ser relegitimado, e o minimalismo é apresentado como fim em si mesmo – um direito penal mínimo para uma sociedade futura” (ANDRADE, 2006, p. 176), e não um meio para o abolicionismo.

Certo é que teóricos minimalistas que seguem essa linha, ao contrário dos abolicionistas, “[...] *no postulan la abolición del sistema penal, sino su reducción*” (ZAFFARONI, 2013a, p. 168).

Apesar das diferenças, “[...] *señalam que el poder punitivo debería limitarse a conflictos muy graves y que comprometan massivamente bienes básicos (como la vida o el medio ambiente) y resolver los conflictos de menor entidad por otras vías*” (ZAFFARONI, 2013a, p. 172).

Em outra esteira, Andrade (2006) aponta que o modelo minimalista de deslegitimação do sistema penal, como crise estrutural irreversível, tem como principais expoentes Alessandro Baratta e Eugenio Raúl Zaffaroni.

A despeito das peculiaridades dos modelos apresentados, Andrade assevera que Baratta e Zaffaroni, “[...] assumem a razão abolicionista porque não vêem possibilidade de relegitimação do sistema penal, no presente e no futuro. São minimalismos como meio, ou seja, estratégias de curto e médio prazo de transição para o abolicionismo” (ANDRADE, 2013, p. 174-175).

Destarte, Zaffaroni, ao analisar o minimalismo de Baratta, observou que este “parece estar bem próximo de uma concepção da contração penal como momento de progresso social, apesar de não ter a pretensão legitimante de um futuro modelo punitivo do tipo sustentado por Ferrajoli” (ZAFFARONI, 2015, p. 97).

No nosso entendimento, o minimalismo penal de Baratta apresenta maior consonância com o modelo da crise estrutural irreversível do sistema penal, descrito por Andrade, em comparação com o modelo ferrajoliano. Nesse sentido, Baratta indica a contração e superação da pena como caminho para uma política criminal alternativa, acompanhada da luta ideológica e cultural por uma sociedade livre e igualitária, até mesmo com a superação do direito penal e o desenvolvimento de formas alternativas de autogestão dos desvios sociais.

Oportuno destacar que o modelo minimalista de Ferrajoli se diferencia da proposta de Zaffaroni. Isso porque Ferrajoli preconiza a relegitimação do sistema penal por meio de parâmetros de racionalidade, de justiça e de intervenção mínima. Para o autor, as práticas arbitrárias e autoritárias dos órgãos do sistema penal geram um descompasso entre normatividade e efetividade, a ser resolvido com a redução dos espaços antidemocráticos, por meio da disposição dos direitos e garantias fundamentais como barreiras limitadoras do poder punitivo estatal. Zaffaroni, ao contrário, pugna pela impossibilidade dessa relegitimação - especialmente no tocante aos sistemas penais latino-americanos -, pois, segundo o autor, o sistema penal é incapaz de cumprir a função programada, de reprimir as inúmeras hipóteses de desvios puníveis, com isso “pretende dispor de um poder que não possui, ocultando o verdadeiro poder que exerce” (ZAFFARONI, 2015, p. 26). Por isso, Zaffaroni destaca que discurso jurídico-penal não condiz com a verdade, haja vista que oculta a verdadeira função do sistema penal, que é voltada ao “disciplinarismo verticalizante”, ou seja, é exercido à margem da legalidade, de forma arbitrariamente seletiva, “está

estruturalmente montado para que a legalidade processual não se opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva, dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis” (ZAFFARONI, 2015, p. 27). Zaffaroni admite a alternativa abolicionista, de modo que seu modelo minimalista incorpora a ideia de transição para futura supressão do sistema penal.

Em síntese, são duas concepções diametralmente oposta sobre a legitimidade do sistema penal. Ferrajoli, na linha da teoria sociológica do consenso, refuta a abolição do sistema penal e vislumbra a possibilidade de sua relegitimação, concebendo-o como um mal necessário, sem o qual se instalaria a “lei do mais forte” e a legitimação de medidas arbitrárias, violadoras dos direitos e garantias fundamentais. Zaffaroni, por sua vez, parte de uma teoria do conflito e nega a possibilidade de relegitimação do sistema penal, em virtude de sua estrutura altamente seletiva destinada ao controle social - *militarizado* e *verticalizado* - de setores vulneráveis da população.

Enfim, cumpre enfatizar que o minimalismo penal de Ferrajoli apresenta-se como uma técnica de tutela dos direitos fundamentais no sentido da lei do mais fraco. Para o autor, o delito e a vingança constituem-se em “exercício das próprias razões”, que se configuram com o uso da força: a força do réu (na prática do delito) e a força do ofendido (na vingança). Essa força, contudo, “é arbitrária e incontrolada não apenas, como é óbvio, na ofensa, mas, também, na vingança, que é, por natureza, incerta, desproporcional, desregulada, e, às vezes, dirigida contra um inocente”.

Desse prisma, Ferrajoli destaca o objetivo geral do direito penal como meio legítimo para minimizar a dupla violência apontada (do ofensor e do ofendido), refutando a concepção reducionista do direito penal apenas como defesa social contra as ameaças representadas pelos delitos.

Somos da opinião de que, ao minimizar a violência, o direito penal patrocina a coexistência social pacífica, ideal que fundamentou o surgimento do Estado liberal retratado na obra clássica do filósofo iluminista Jean-Jacques Rousseau, intitulada *Do Contrato Social*<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> *Do Contrato Social* foi publicada no ano de 1762. Nessa obra, Rousseau discorre acerca da passagem do estado da natureza ao estado civil, da formação da sociedade, que envolve o *pacto social* no qual os homens renunciam igualmente a parcela de sua liberdade natural em favor da liberdade coletiva, da possibilidade de coexistência pacífica sem violação de seus bens e integridade física, o que confere a proteção de suas vidas e patrimônios a um núcleo de poder com exercício lastreado na emissão de leis e regras limitadoras da ampla liberdade natural dos homens, prevalecendo, nesse campo, a soberania da sociedade, representada pelo *contrato social*. Como assinala Bartel, na obra *O*

Com base na análise contratualista, é possível afirmar que a lei penal – oriunda do poder estatal, legitimado pela sociedade por meio do sufrágio universal –, ao limitar a liberdade natural dos homens, protege a sociedade dos conflitos sociais, assegurando com isso a coexistência pacífica.

Contudo, a introdução dos direitos fundamentais no constitucionalismo moderno exige estender a noção de *coexistência pacífica* ao plano da proteção do acusado contra as diversas formas de arbitrariedades, lembrando que “também o fato de que a dignidade humana e igualdade devam ser protegidas é um resultado do pensamento iluminista, segundo o qual dignidade humana e igualdade compõem condições essenciais da liberdade individual” (ROXIN, 2008, p. 33).

Uma questão que merece ser abordada acerca do garantismo penal de Ferrajoli refere-se à concepção que associa esse modelo às políticas criminais favoráveis à impunidade, indicando privilegiar exageradamente a defesa dos direitos dos indiciados e dos réus, em detrimento da proteção da sociedade e dos direitos e garantias das vítimas. A doutrina denomina essa interpretação de *garantismo hiperbólico monocular* – à qual se contrapõe o garantismo integral, que propugna pela proteção equilibrada dos interesses envolvidos nessa relação.

Como afirma Copetti Neto (2006), o modelo garantista de Ferrajoli, no Brasil, vem sendo relacionado a inúmeras teorias penalistas que, na maioria das vezes, associam esse modelo à “abolição do sistema penal”, ao “final da pena de prisão”, à “absolvição do criminoso”, à “defesa de direitos humanos para bandidos, e não para defesa e proteção das vítimas”, etc. Conforme o autor, uma leitura um pouco mais atenta a respeito do pensamento de Ferrajoli faria decair qualquer dessas alternativas.

No nosso entendimento, concepções fragmentárias do garantismo penal de Ferrajoli – que restringem a proteção estatal apenas aos acusados – são frutos de interpretações equivocadas das obras do autor. Certo é que o paradigma ferrajoliano, atendendo aos parâmetros de igualdade e da minimização da violência, destina-se a proteger tanto o acusado, quanto a vítima, perseguindo a racionalidade, a justiça e a proporcionalidade nas punições.

---

*Contrato Social*, “Rousseau expõe a sua noção de Contrato Social, que difere muito das de Hobbes e Locke: para Rousseau, o homem é naturalmente bom, sendo a sociabilização a culpada pela ‘degeneração’ do mesmo. O Contrato Social para Rousseau é um acordo entre indivíduos para se criar uma Sociedade, e só então um Estado, isto é, o Contrato é um Pacto de associação, não de submissão” (BARTEL, 2014, p. 5).

Isso porque, para Ferrajoli, o direito penal tem por objetivo a proteção do fraco contra o mais forte: o fraco representado pelo ofendido ou ameaçado com o delito, bem como o fraco representado pelo ofendido (o réu) ou ameaçado pela vingança.

Importa destacar que, no delito, o mais forte é o réu e, na vingança, o mais forte é o ofendido (pelo réu) e aqueles que lhe são solidários. Segundo o autor:

Precisamente – monopolizando a força, delimitando-lhe os pressupostos e as modalidades e precluindo-lhe o exercício arbitrário por parte dos sujeitos não autorizados – a proibição e a ameaça penal protegem os possíveis ofendidos contra os delitos, ao passo que o julgamento e a imposição da pena protegem, por mais paradoxal que pareça, os réus (e os inocentes suspeitos de sê-lo) contra as vinganças e outras reações mais severas. Sob ambos os aspectos a lei penal se justifica enquanto lei do *mais fraco*, voltada para a tutela dos seus direitos contra a violência arbitrária do mais forte (FERRAJOLI, 2006, p. 311).

Essa forma de controle estatal, por meio do direito penal, tem dupla função preventiva: proteger possíveis vítimas de delitos, mediante a proibição de condutas legalmente descritas, e os acusados, contra vinganças e arbitrariedades diversas.

Ou seja, o modelo ferrajoliano é voltado tanto para proteção da vítima quanto do acusado, em consonância com a igualdade jurídica almejada pelo ideal democrático. Nesse aspecto, Ferrajoli (2006) propõe um equilíbrio exato. Com efeito, seria irracional proteger a vítima e lançar o acusado no abismo da vingança, do castigo brutal e do autoritarismo estatal, o que, irremediavelmente, se contrapõe às premissas fundamentais dos sistemas garantistas, que têm como princípio supremo a dignidade da pessoa humana. Para a teoria garantista, a pena não se destina a vingança ou castigo, mas tem a finalidade de prevenir os delitos e as penas arbitrárias.

As duas finalidades preventivas – a prevenção dos delitos e aquela das penas arbitrárias – são, entre si, conexas, vez que legitimam, conjuntamente, a "necessidade política" do direito penal como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, como bens que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições (FERRAJOLI, 2006).

No entanto, esclarece o autor que essa legitimidade não é "democrática", pois não provém do consenso da maioria, mas sim "garantista", haja vista que se relaciona aos vínculos impostos pela lei à função punitiva e à tutela dos direitos de todos, legalmente dispostos nas constituições democráticas.

De fato, concordamos que o princípio maioritário nas democracias não pode ser utilizado para legitimar arbitrariedades estatais, visto que os interesses da maioria nem sempre se coadunam com as garantias fundamentais estabelecidas no ordenamento jurídico dos Estados democráticos de direito. A tutela penal das minorias, por meio dos limites impostos à vontade da maioria, é corolário da ordem democrática.

A democracia não significa qualquer absolutismo da maioria e, muito menos, o seu domínio. O direito da maioria é sempre um direito em concorrência com o direito das minorias com o conseqüente reconhecimento de estas tornarem-se majorias. A maioria não pode dispor de toda a legalidade, ou seja, não lhe está facultado, pelo simples fato de ser maioria, tornar disponível o que é indisponível (CANOTILHO, 2003, p.329).

Ferrajoli (2006) deixa claro que "garantismo" significa precisamente a tutela dos direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, conferindo aos cidadãos a imunidade contra as arbitrariedades das proibições e punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo da igualdade para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito a sua verdade. Para ele, é precisamente a garantia desses direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio maioritário.

O garantismo, como teoria que vislumbra a possibilidade de legitimação do sistema penal, não se opõe à pretensão punitiva estatal, desde que realizada por meio de um programa penal mínimo, em consonância com os direitos fundamentais e com o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse passo, admite a necessidade da pena privativa de liberdade, porém, como *ultima ratio*, para os delitos mais graves, e preconiza sua aplicação com redução de tempo de aprisionamento. Nesses termos:

[...] uma vez que a pena privativa de liberdade seja substituída para os delitos mais leves pelas atuais medidas alternativas, e reduzida a dez anos ou a um tempo menor, para os delitos mais graves, deixariam de ser necessárias, em sede de execução, as revisões da duração da pena em função da boa conduta, as análises sobre a cessação da periculosidade do interno ou semelhantes. A redução das penas legais em lugar de sua substituição discricionária durante a execução permitirá, em suma, salvaguardar todos os elementos garantistas da pena: sua predeterminação legal, sua determinação judicial, sua certeza, sua igualdade, sua proporcionalidade à gravidade do

delito, a imunidade das consciências frente aos modos e aos tempos de sua execução (FERRAJOLI, 2006, p. 382).

Como se pode observar, Ferrajoli preconiza um modelo de prisão racionalizado, que considera a assimetria da natureza humana em relação à desumanidade dos sistemas prisionais modernos e sustenta a concepção de que o extremo rigor da pena em nada contribui para prevenção da criminalidade.

Nesse sentido, resgatando o ideário iluminista que inspirou o garantismo de Ferrajoli, é importante acrescentar que “no campo penal os iluministas fazem uma crítica veemente à barbárie punitiva das ordenações vigentes (LUIZI, 2003, p. 103).

Dessa perspectiva, Luisi (2003) indica Cesare Beccaria como sendo “quem sistematizou estas críticas, e, principalmente enunciou os princípios inovadores que estruturariam um novo direito penal”, “o direito penal da legalidade, da pessoalidade da pena, do tratamento humanitário dos encarcerados, etc.” (LUIZI, 2003, p. 103).

Argumento decisivo contra a falta de humanidade das penas é, ao contrário, o princípio moral do respeito à pessoa humana, enunciado por Beccaria e por Kant, com a máxima de que cada homem, e por conseguinte também o condenado, não deve ser tratado nunca como um “meio” ou “coisa”, senão sempre como “fim” ou “pessoa” (FERRAJOLI, 2006, p. 364).

Portanto, concluímos que o garantismo penal de Ferrajoli não condiz com argumentos teóricos da impunidade e sim preconiza a punição racional e humana, o que só é possível mediante a constitucionalização dos direitos fundamentais em uma ordem democrática.

Nessa esteira, não restam dúvidas de que o sentimento de vingança contra o infrator e o exacerbado punitivismo tornam as penas desproporcionais, irracionais, desumanizadas e, por conseguinte, contrárias aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Isso nos conduz às observações de Cesare Beccaria, no sentido de que “o rigor do suplício não é o que previne os delitos com maior segurança, porém a certeza da punição [...]” e que “a perspectiva de um castigo moderado, porém inflexível, provocará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício horrendo, em relação ao qual aparece alguma esperança de impunidade[...]” (BECCARIA, 2014, p. 59).

Com efeito, por todo exposto, inferimos que a impunidade tem estreita relação com o funcionamento moroso e seletista do sistema penal e não com a humanização das penas.

Como expõe Roxin (2008, p. 19), “de acordo com os conhecimentos da criminologia, a força preventiva do direito penal não depende da natureza da sanção, e sim de o Estado reagir ou não de modo reprovador”, sob o lastro dos primados dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Na verdade, o garantismo penal incomoda alguns setores políticos e sociais impregnados de uma visão distorcida dos direitos humanos e de democracia constitucional, tendo em vista que o garantismo representa a superação de projetos político-criminais autoritários e violadores dos direitos fundamentais, principalmente, do valor supremo da dignidade da pessoa humana. Contrapor-se às premissas desse paradigma significa igualmente contrapor-se ao direito penal democrático e, por conseguinte, ao Estado democrático de direito.

É importante salientar que o modelo ferrajoliano se coaduna com a defesa de um processo justo e igualitário e de um encarceramento mínimo e humanizado, vinculando-se aos supremos valores da democracia substancial. Ademais, encontra na subsidiariedade do direito penal um ponto essencial de convergência de seus ideais.

Como esclareceu Norberto Bobbio (apud Ferrajoli, 2006, p. 9) “o garantismo é um modelo ideal, do qual nós podemos mais ou menos nos aproximar. Como modelo, representa uma meta que permanece como tal, ainda que não seja alcançada e não possa jamais ser alcançada inteiramente”.

Isso não significa dizer que se trata de uma “utopia” ou “idealismo”, como propõem alguns críticos do modelo ferrajoliano; ao contrário, trata-se de uma meta alcançável, ainda que parcialmente. Portanto, o garantismo de Ferrajoli representa não apenas um horizonte teórico de reflexões sobre alternativas democráticas para a crise de legitimidade dos sistemas penais contemporâneos, mas também corresponde à efetiva concretização de parcelas garantistas no âmbito dos ordenamentos democráticos, como, por exemplo, a manutenção de garantias fundamentais na esfera constitucional de determinada ordem jurídica.

A propósito, não deixamos de observar que, desde a edição da obra *Direito e Razão*, há pouco mais de três décadas, o modelo ferrajoliano vem tendo papel significativo na construção e fortalecimento das democracias constitucionais

contemporâneas comprometidas com os direitos e garantias fundamentais, e mormente a constatação do autor de que o modelo garantista, na prática, vem sendo largamente desatendido pelas instituições do sistema penal, e “esta divergência entre normatividade do modelo em nível constitucional e sua não efetividade nos níveis inferiores corre o risco de torná-la uma simples referência, com mera função de mistificação ideológica no seu conjunto (FERRAJOLI, 2006, p. 785).

Com efeito, concluímos que o garantismo – a despeito do risco apontado por Ferrajoli e do aprofundamento das divergências teóricas ao modelo – vem, hodiernamente, resistindo como paradigma ideal na defesa de garantias constitucionais das democracias contemporâneas, em cenários de ostensivas flexibilizações de direitos e garantias fundamentais, inspirados em concepções teóricas antigarantistas, notadamente no funcionalismo sistêmico radical de Günther Jakobs e sua teoria do direito penal do inimigo<sup>22</sup>.

Acerca do funcionalismo sistêmico radical<sup>23</sup> de Günther Jakobs, também denominado funcionalismo normativista, Carrión (2015) aponta que suas raízes estão na teoria de Niklas Luhmann sobre os sistemas sociais, em como estes surgem para atender às expectativas humanas diante das incertezas e complexidades do mundo moderno.

Nesse ponto, Carrión destaca, com base na teoria de Luhmann, o surgimento das *expectativas cognitivas* – que, quando se chocam com a realidade, podem desaparecer se não forem ajustadas à realidade – e das *expectativas normativas* – que não desaparecem, mesmo quando violadas, pois a realidade deve amoldar-se à norma, à expectativa. Ou seja, as expectativas normativas mantêm sempre seu valor, ainda que seja contra os fatos, razão pela qual, quando violadas, a sociedade deve reagir para reafirmar a norma, por meio da imposição de uma sanção.

---

<sup>22</sup> A teoria do direito penal do inimigo surgiu em 1985 e foi desenvolvida pelo jurista alemão Günther Jakobs. Fundamentada na concepção de que alguns criminosos, pela sua periculosidade e grau elevado de ameaça social, devem ser tratados como *inimigos*, Jakobs (2015) conclui que estes não merecem usufruir das garantias constitucionais do estado de direito, haja vista que essas garantias só são estendidas aos *criminosos/cidadãos*. Por conseguinte, Jakobs (2015) preconiza que para o *criminoso/cidadão*, considerado pessoa, aplica-se o direito penal do cidadão, conferindo-se a ele todas as garantias do ordenamento jurídico constitucional; para o *inimigo*, aplica-se o direito penal do inimigo, com restrição e/ou eliminação das garantias constitucionais no âmbito penal, justificando-se esse tratamento diferenciado pela imprescindibilidade da segurança da coletividade.

<sup>23</sup> A teoria funcionalista surgiu na década de 70, orientada, sobretudo, no sentido da função da pena como prevenção geral, voltada à concepção do fim da pena como meio para manter a vigência da norma, restabelecendo-se com isso a confiança social no sistema jurídico. Compreende duas correntes: a moderada, que tem como principal expoente Claus Roxin, e a radical de Günther Jakobs.

Ademais, Niklas Luhmann (2016) rompe com o antropocentrismo sociológico e iluminista, ao preconizar que as sociedades são constituídas por comunicações – são sistemas que se autorreproduzem por meio da comunicação – e não pelo homem, que ocupa um lugar em seu entorno. Luhmann atribui à comunicação o papel central nos sistemas sociais para sua autopoiese.

Em linhas gerais, pode-se dizer que é com base nas ideias e conceitos de Luhmann, referentes à teoria dos sistemas sociais, que Güther Jakobs desenvolveu sua teoria funcionalista, reconhecendo o direito penal como um sistema autorreferente e autopoietico, com regras próprias que se destinam a garantir a vigência da norma, razão pela qual a pena passa a ser concebida como uma reação à violação da norma com função de resgate da estabilidade social abalada pela conduta delituosa. Para Jakobs (2005), portanto, a função da pena é reafirmar a vigência da norma e restabelecer a confiança social no direito – como prevenção geral positiva – e não a proteção de bens jurídicos, que “não devem ser representados como um objeto físico ou algo do gênero, e sim como norma, como expectativa garantida” (JAKOBS, 2005, p. 34).

Assim, para o autor, a configuração do delito dispensa a lesão externa, bastando a ação contraposta à norma, pois, com esse comportamento, o autor comunica que, para ele, não vigoram as expectativas fundamentais e sim sua própria concepção de mundo. Com efeito, manifesta um desajuste em relação ao sistema jurídico, que, violado pela conduta do autor, requer a imposição de sanção penal para reafirmar a vigência da norma e restabelecer a confiança da sociedade no direito – em conformidade com a prevenção geral positiva da pena.

Significa o abandono de premissas materiais na configuração do delito, facilitando, por conseguinte, a introdução de tipos penais de perigo abstrato e contrapondo-se, com isso, aos princípios garantistas da materialidade ou exterioridade da ação e da lesividade.

Além disso, no seu modelo funcionalista, Jakobs propõe um conceito de culpabilidade “representado simplesmente pela análise de uma motivação contrária à fidelidade à norma. É culpável aquele que quebra a lealdade à norma” (BUSATO, 2011, p. 63), de modo que a falta de fidelidade à norma constitui-se no principal elemento da imputação da culpabilidade.

É possível observar que, diferentemente da concepção garantista de culpabilidade como pressuposto de aplicação da pena, centrada sobretudo na

responsabilidade penal do agente e em circunstâncias de individualização, o funcionalismo sistêmico de Jakobs destaca, como critério de culpabilidade, a norma em si, independente de aspectos relativos à conduta do agente. Com isso, abre-se enorme espaço para o estabelecimento de sistemas penais antigarantistas, pois, ao apartar a conduta humana do eixo da culpabilidade, arrisca-se desviar do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos pilares dos Estados democráticos de direito.

### 1.5.1 Axiomas garantistas

Ferrajoli (2006) formulou dez princípios axiológicos fundamentais ou axiomas, que compõem o sistema garantista (SG). Apresentados no seu modelo epistemológico, referem-se às *garantias penais e processuais penais*.

Esse conjunto das garantias, incorporado aos textos constitucionais, destina-se a limitar os poderes estatais – do legislador na elaboração das leis e dos juízes nas decisões judiciais – e assegurar a plena aplicabilidade de preceitos condizentes com a humanização e racionalização das penas.

A cadeia de aforismas possibilita ao operador do direito uma principiologia adequada para legitimação/deslegitimação de toda atuação penal, fornecendo mecanismo de avaliação da norma penal, da teoria do delito e da teoria da pena, bem como da teoria processual penal. Tais princípios correspondem às “regras do jogo” do direito penal no interior dos Estados democráticos de direito e, dado o fato de sua gradual incorporação constitucional, conformam vínculos formais e materiais de validade jurídica das normas penais e processuais penais. Ademais, as tipologias servem para explicar os níveis de racionalidade e o funcionamento do sistema de controle social (CARVALHO, S., 2001, p. 26).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 marca, indiscutivelmente, a ampla adesão aos preceitos humanitários que vicejavam intensamente no mundo desde o final da Segunda Guerra Mundial e retrata, em seus dispositivos, a aquiescência plena aos princípios garantistas.

Na formulação dos substratos dos axiomas garantistas, Ferrajoli empregou onze termos: *pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa*. Nesse sentido, designam *garantias penais* os termos referentes à *pena, ao delito, à lei, à necessidade, à ofensa, à ação e à culpabilidade*.

Ao passo que os princípios referentes ao *juízo*, à *acusação*, à *prova* e à *defesa* indicam *garantias processuais penais*.

Os dez axiomas do garantismo penal de Ferrajoli são traduzidos conforme o esquema a seguir:

- A1. *Nulla poena sine crimine*, não há pena sem crime;
- A2. *Nullum crimen sine lege*, não há crime sem lei;
- A3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*, não há lei (penal) sem necessidade;
- A4. *Nulla necessitas sine injuria*, não há necessidade (de lei penal) sem que haja ofensa;
- A5. *Nulla injuria sine actione*, não há ofensa sem ação;
- A6. *Nulla actio sine culpa*, não há ação sem culpa;
- A7. *Nulla culpa sine iudicio*, não há culpa sem processo;
- A8. *Nullum iudicium sine accusatione*, não há processo sem acusação;
- A9. *Nulla accusatio sine probatione*, não há acusação sem provas;
- A.10. *Nulla probatio sine defensione*, não há provas sem defesa.

Os seis primeiros axiomas representam as *garantias penais*, definidos como: princípios da retributividade (A1), legalidade (A2), necessidade ou economia do direito penal (A3), lesividade (A4), materialidade ou exterioridade da ação (A5), culpabilidade ou responsabilidade pessoal (A6).

Os demais axiomas representam *garantias processuais penais*, definidos como: princípios da jurisdicionariedade (A7), acusatório ou de separação entre juiz e acusação (A8), do ônus da prova ou da verificação (A9) e do contraditório ou ampla defesa (A10).

Importa ressaltar que os dez axiomas mencionados não derivam uns dos outros. Na verdade, cada um deles implica o sucessivo. Como aponta Ferrajoli, cada axioma estará reforçado e especificamente conotado por todos os demais. Isso porque o alcance garantista de cada um deles será tanto maior, quanto mais numerosas sejam as condições que, por sua vez, devem satisfazer as condições subsequentes, estabelecidas para cada um. Ademais, dos enunciados desses princípios é possível extrair, por meio do silogismo, outros tantos princípios derivados.

Ferrajoli confere centralidade ao princípio da legalidade estrita – atribuindo-lhe a posição de princípio regulador –, que exige todas as demais garantias como

condições necessárias da legalidade penal, diferenciando-o do princípio da mera legalidade, que se limita a exigir apenas a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*).

Convém mencionar que, no âmbito do sistema garantista (SG), existe um nexo estrutural e funcional entre as garantias penais e processuais, que implica a efetividade dessas garantias. Considerando essa premissa basilar, é necessário refletir acerca da engrenagem desse sistema. Sobre esse ponto, Ferrajoli esclarece que:

As garantias penais, ao subordinar a pena aos pressupostos substanciais dos crimes – a lesão, a conduta e a culpabilidade –, são tanto efetivas quanto mais estes forem objeto de um juízo, em que sejam assegurados ao máximo a imparcialidade, a verdade e o controle. É por isso que as normas processuais, e em geral as normas que disciplinam a jurisdição, são ditas também “*instrumentais*” no que tange às garantias e às normas penais, estas chamadas, por sua vez, “*substanciais*”. A correlação funcional é além disso biunívoca, uma vez que as garantias penais podem, por seu turno, ser consideradas necessárias para garantir juízos não legalmente preestabelecidos e resultariam não menos potestativos do que se estivesse em ausência das garantias processuais (FERRAJOLI, 2006, p. 495).

Com efeito, a interdependência e a interconexão existentes entre os dois conjuntos de garantias asseguram a ampla efetividade do modelo garantista, legitimando as diversas fases da persecução penal e favorecendo o desenvolvimento de um processo penal cognitivo, como garantia de verdade e de liberdade, que culmina com a prestação jurisdicional justa e em consonância com os primados dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

Um dos reflexos aparentes da interconexão entre garantias penais e processuais denota que “muitas das garantias pressupõem outras, na falta das quais elas também sucumbem ou, em todo caso, resultam debilitadas” (FERRAJOLI, 2006, p. 95). Para exemplificar o exposto, Ferrajoli destaca que, na falta do princípio de retributividade, um sistema carece também dos princípios da lesividade, da materialidade e da culpabilidade; sem o princípio da jurisdicionariedade, faltam também inevitavelmente o princípio acusatório e os do ônus da prova e da defesa.

Noutra esteira, a subtração ou a falta de alguma ou algumas dessas condições indicam o afastamento do modelo SG e, por conseguinte, a proximidade de modelos autoritários.

Inferimos, pois, que um sistema será tanto mais garantista quanto mais próximo das premissas axiomáticas apresentadas, e quanto mais afastado dessas premissas, maior será a ameaça de violação às garantias fundamentais.

Ademais, ressalta o autor, como evidente, que todas as garantias processuais condicionam a efetividade das garantias penais e resultam, por sua vez, esvaziadas pela ausência delas. Há, nesse caso, evidente interconexão entre essas garantias.

Importante consignar que, no âmbito da adequação aos sistemas jurídicos, os axiomas garantistas,

[...] não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa. Trata-se de implicações deonticas, normativas ou de dever ser, cuja conjunção nos diversos sistemas, quando axiomatizados, dará vida a modelos deonticos, normativos ou axiológicos (FERRAJOLI, 2006, p. 90).

Em síntese, compreendemos que a pretensão de Ferrajoli, longe de caracterizar um sistema penal concreto, é estabelecer parâmetros, por meio de uma tabela analítica e sistemática, das implicações deonticas que possam inspirar a construção de modelos de sistemas penais garantistas no plano concreto. Desse modo, o autor traça um horizonte a ser alcançado, ou ao menos aproximado, por meio da aplicação de prescrições representadas pelos princípios garantistas.

Verificamos que, hoje, diante das constantes flexibilizações de direitos e garantias fundamentais, ainda que em um universo de prevalência das constituições rígidas, o paradigma garantista de Ferrajoli é, sem dúvida, importante parâmetro teórico para práticas democráticas.

No âmbito penal, os axiomas garantistas representam verdadeiros pilares na defesa dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana em todas as relações jurídicas envolvendo atores sociais no panorama do fenômeno criminológico, sobretudo quando se trata da criminalidade organizada (objeto da nossa pesquisa), que, hodiernamente, tem sido apontada como de excepcionalidade no tratamento penal condizente com o direito penal do autor e contraposta ao modelo garantista-minimalista.

Portanto, afirmamos nossa convicção de que na contemporaneidade, marcada pelo panpenalismo e pela constante flexibilização de direitos fundamentais, o

paradigma ferrajoliano, seguramente, compreende uma das teorias mais relevantes no sentido de limitar o poder punitivo estatal, promover os direitos fundamentais e, principalmente, defender o Estado democrático de direito.

No próximo capítulo, iremos tratar mais detidamente sobre os axiomas referentes às *garantias penais*, sem, contudo, olvidar os vínculos indissolúveis com as *garantias processuais penais* quando a reflexão assim exigir, identificando-os nos dispositivos do texto da Constituição brasileira de 1988, como condição necessária para as análises acerca dos crimes de organização criminosa e impedimento ou embaraço da investigação de infração penal – previstos no art. 2º, *caput*, e §1º da Lei n. 12.850/2013 –, à luz da teoria garantista.

## **2 GARANTISMO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

### **2.1 A adequação do garantismo penal aos princípios constitucionais penais da Constituição brasileira de 1988 aplicáveis ao objeto de estudo**

A promulgação da Constituição brasileira de 1988 reflete um momento histórico de transição de um regime autoritário para o democrático, resultado da mobilização e das demandas de forças sociais contrárias ao autoritarismo e em prol de uma nova ordem jurídica construída sobre os pilares de um Estado democrático de direito, inspirado em instrumentos jurídicos internacionais de defesa dos direitos do homem – Carta das Nações Unidas (1945), Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)<sup>24</sup> e Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica (1969).

A Constituição de 1988 institucionalizou a instauração do regime democrático no Brasil. Nesse plano, representou avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira.

A Constituição brasileira de 1988 representa o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos adotado no Brasil. A partir da sua promulgação, os direitos humanos ganharam extraordinário destaque no país (PIOVESAN, 2018). De fato, a Carta Magna de 1988, como marco histórico e jurídico da transição democrática, teve papel crucial na incorporação e ampliação da ordem jurídica interna de direitos e garantias fundamentais, elevados à categoria de valores supremos, irradiando-se por todos os ramos do direito.

Além disso, entre outros avanços, a Constituição brasileira de 1988 redefiniu, no plano interno, os poderes estatais, ao estabelecer novas estruturas de funcionamento das instituições nacionais, mas, sobretudo, conduziu o homem definitivamente ao patamar de pessoa com dignidade e direitos, resguardando-o dos

---

<sup>24</sup> A Declaração Universal é complementada por outros instrumentos internacionais que contribuem para aperfeiçoar sua função de limite ideológico: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966 (em vigência desde 23 de março de 1976); a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, de 12 de dezembro de 1974; a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de Bogotá, de 1948; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José de Costa Rica de 1969, etc. Esses instrumentos devem ser considerados em qualquer interpretação que se faça do direito penal positivo interno, e não pode estar em contradição com eles (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2018, p. 66).

arbítrios do Estado, sobretudo no âmbito jurídico-penal marcado por anos de autoritarismo e arbitrariedades no plano das liberdades individuais. Nesse sentido,

[...] o equacionamento dos direitos humanos no âmbito da ordem jurídica interna serviu como medida de reforço para que a questão dos direitos humanos se impusesse como tema fundamental na agenda internacional do País. Por sua vez, as repercussões decorrentes dessa nova agenda internacional provocaram mudanças no plano interno e no próprio ordenamento jurídico do Estado brasileiro (PIOVESAN, 2018, p. 102 -103).

No âmbito penal, essas transformações tiveram o mérito de instituir regras e princípios limitadores do poder punitivo estatal, ancorados na internacionalização da proteção dos direitos humanos, supedâneo para a defesa do modelo penal garantista.

É cediço que a Constituição brasileira de 1988 representa extraordinário progresso no que concerne às prerrogativas e garantias fundamentais, em razão de contemplar em seu texto direitos individuais e sociais que se coadunam com o princípio supremo da dignidade da pessoa humana. Esses direitos encontram-se dispostos em um conjunto de regras e princípios que formam o sistema jurídico constitucional.

Destarte, no presente capítulo, interessa-nos estudar os princípios constitucionais de direito penal da ótica dos axiomas garantistas de Ferrajoli, em especial aqueles relativos às garantias penais, com o escopo de analisá-los e aplicá-los ao objeto de estudo.

Nesse aspecto, a despeito dos inúmeros conceitos encontrados na doutrina, evidenciaremos preliminarmente a definição de *princípios constitucionais* com base nas lições de Robert Alexy, Robert Dworkin e José Gomes Canotilho, pela grande repercussão e influência desses autores na teoria do direito.

À guisa de introdução aos pensamentos dos mencionados autores, esclarecemos que, em suas concepções, princípios e regras são espécies de normas jurídicas. Nesse sentido, evidenciaremos as ideias centrais relativas a esse aspecto. Porém, é importante acrescentar que esses autores divergem quanto à construção dos critérios utilizados na formulação do conteúdo explicativo acerca das diferenças entre as duas espécies normativas, tema que foge do propósito da nossa pesquisa, de modo que nos limitaremos a expor sinteticamente as ideias centrais.

Para Robert Alexy (2008),

tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, da permissão e da proibição (ALEXY, 2008, p. 78).

O autor enfatiza a diferença qualitativa entre as duas espécies normativas, ao asseverar que os princípios são *mandamentos de otimização*, caracterizados pela possibilidade de serem satisfeitos em diferentes graus, bem como pelo fato de sua realização não depender somente de possibilidade fáticas, mas também de possibilidades jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Alexy (2008) postula que as regras são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, portanto, se uma regra vale, deve-se fazer exatamente o que ela exige. Regras contêm *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. O que distingue regras e princípios, segundo o autor, fica mais claro no caso de colisões entre princípios e conflitos entre regras, sendo a colisão entre princípios resolvida pela ponderação, pois “um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições” (ALEXY, 2008, p. 93) – mais isso não significa a invalidação do princípio de menor peso. O conflito entre regras, por sua vez, deve ser solucionado pela introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras, e caso isso não resolva o conflito, uma das regras deve ser invalidada e eliminada do ordenamento jurídico.

Ronald Dworkin (2008) assevera que as regras atuam no âmbito da validade, de maneira *tudo-ou-nada*, tornando sua aplicabilidade obrigatória; se entram em conflito, uma delas é inválida, e a decisão acerca de qual delas deve ser abandonada ou reformulada encontra-se além das próprias regras. O autor explica que os “princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância” (DWORKIN, 2007, p. 42). Assim, havendo a colisão entre princípios, a solução deve ser buscada na dimensão do peso dos princípios em conflito, prevalecendo aquele de maior peso, sem, contudo, tornar inválido na ordem jurídica o princípio de menor peso.

Para Canotilho (2003), princípios são “normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de ‘tudo ou nada’; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva

do possível', fáctica ou jurídica" (CANOTILHO, 2003, p. 1255). Assim, o art. 5º, XXXIX, da Constituição de 1988, que dispõe não haver crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal, exprime a dimensão do princípio da legalidade.

Reportando-se ao conceito de *regras* adotado por Robert Alexy na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Canotilho (2003) define esse termo como sendo "normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (*direito definitivo*)" (CANOTILHO, 2003, p. 1255). Nesse sentido, tomando por referência o estabelecido no art. 5º, III, da Constituição brasileira de 1988, que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante", identifica-se uma regra *consagradora de um direito definitivo*, qual seja, a garantia, sem qualquer exceção, do direito à integridade física e moral.

Para Canotilho (2003), os princípios constitucionais compreendem duas categorias: os *princípios político-constitucionais* e *jurídico-constitucionais*. Os primeiros são considerados normas-princípios, que traduzem as opções políticas fundamentais do legislador e vinculam os demais princípios. Os princípios jurídico-constitucionais, por sua vez, são princípios gerais derivados dos princípios político-constitucionais.

Na Constituição brasileira de 1988, identificamos os *princípios político-constitucionais* nos artigos 1º ao 4º, Título I, sob a denominação "Dos Princípios Fundamentais", que denotam as opções políticas do legislador pelo Estado democrático de direito. Destes, analisaremos o *princípio da dignidade da pessoa humana* (art. 1, inciso III), no plano da transversalidade, vinculando-o aos axiomas garantistas e em conexão com os direitos humanos.

Os *princípios jurídico-constitucionais*, no tocante ao direito penal, foram identificados explícita e implicitamente em dispositivos do art.5º, que trata "dos direitos e deveres individuais e coletivos" e servem de supedâneos jurídicos para a fundamentação dos axiomas ferrajolianos.

A despeito das expostas concepções teóricas acerca de princípios e regras como espécies de normas, existe na literatura jurídica uma dicotomia – que opõe o *constitucionalismo garantista ou normativo* ao *constitucionalismo principialista* ou *argumentativo* – em relação à valoração e à força normativa dos princípios e regras, questão que precisa ser enfrentada, mormente por encontrar-se no cerne das

reflexões acerca do constitucionalismo garantista de Ferrajoli e por expor o ponto de vista dissonante do autor quanto à diferença qualitativa entre regras e princípios.

Preliminarmente, interessa dizer que as expressões *constitucionalismo principialista* ou *argumentativo* e *constitucionalismo normativo* ou *garantista* são utilizadas por Ferrajoli (2012) para designar duas orientações contrapostas do constitucionalismo moderno.

A primeira caracteriza-se pela configuração dos direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras, por serem dotados de uma normatividade mais fraca, confiada não mais à subsunção, mas à ponderação legislativa e judicial. A segunda orientação, acolhida por Ferrajoli (2012), caracteriza-se por uma normatividade mais forte, de tipo regulativo, fundamentada na tese de que a maior parte dos princípios constitucionais, em especial aqueles relativos aos direitos fundamentais, comporta-se como regras, pois implica a existência ou impõe a introdução de regras consistentes em proibições de lesão ou obrigações de prestações que são suas respectivas garantias (FERRAJOLI, 2012), denotando uma relação intrínseca<sup>25</sup>, de essência, dessas espécies normativas, muito mais condizente com uma essencial complementariedade do que com diferenças por grau de normatividade. “Acrescente-se, ainda, que a regra só se aplica em face do caráter antecipatório do princípio. O princípio está antes da regra. Somente se compreende a regra através do princípio” (TRINDADE, 2012, p. 70).

Na verdade, Ferrajoli não vê diferença estrutural entre regras e princípios, ainda porque, segundo ele, “qualquer princípio que enuncia um direito fundamental, pela recíproca implicação que liga as expectativas nas quais os direitos consistem e as obrigações e proibições correlatas, equivale à regra consistente na obrigação ou na proibição correspondente” (FERRAJOLI, 2012, p. 40).

Oportuno destacar o que Ferrajoli (2012) indica como características do constitucionalismo principialista ou argumentativo: o ataque ao positivismo jurídico e à tese de separação entre direito e moral defendidos pelo constitucionalismo garantista; o papel central associado à argumentação, com base na tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios, em virtual

---

<sup>25</sup> Tais como: “aos princípios consistentes em direitos de liberdade (universais ou *omnium*) correspondem as regras consistentes em vínculos ou obrigações (absolutos ou *erga omnes*); aos princípios consistentes em direitos sociais (universais ou *omnium*) correspondem as regras consistentes em vínculos ou obrigações (absolutos ou *erga omnes*)” (FERRAJOLI, 2012, p. 41).

conflito entre si, que são objetos de ponderação e não de subsunção; e a consequente concepção de direito como uma prática jurídica, confiada, sobretudo, à atividade dos juízes. Sob essas orientações, o direito “é aquilo que, na realidade, dizem os tribunais – consistindo, em última análise, nas suas práticas interpretativas e argumentativas” (FERRAJOLI, 2012, p. 21).

A oposição de Ferrajoli (2012) às premissas teóricas do constitucionalismo principialista fica bastante clara nas obras do autor. Como observa Trindade (2012), Ferrajoli rejeita expressamente todas as teses do constitucionalismo principialista, em virtude de esse constitucionalismo defender a conexão entre direito e moral, resultando no cognitivismo ético; a diferença qualitativa entre regras e princípios, enfraquecendo a normatividade da Constituição; a ponderação que favorece o ativismo judicial, relativizando a submissão dos juízes à lei e a certeza do direito.

Como vimos, para o constitucionalismo principialista, a maior parte das normas constitucionais, entre as quais aquelas relativas aos direitos fundamentais, por serem estruturalmente e qualitativamente diversos das regras, quando em conflito, sujeitam-se à ponderação legislativa e judicial, ao passo que somente as regras ficam sujeitas à subsunção.

Significa que, para o constitucionalismo principialista, os princípios relativos aos direitos fundamentais não são concebidos como “regras suscetíveis de observância ou inobservância, mas sim como princípios que se respeitam em maior ou menor grau e que, por isso, são suscetíveis de ponderação ou balanceamento, porque se encontram, entre eles virtualmente em conflito” (FERRAJOLI, 2012, p. 20).

Dessa perspectiva, os princípios de direitos fundamentais teriam uma carga valorativa menor, tornando-os passíveis de interpretações ético-morais por parte dos juízos de ponderação. “No entanto, a ponderação depende de escolhas discricionárias. O ‘ponderador’ escolhe os princípios a ponderar. Isso é antidemocrático” (STRECK, 2019, p.21).

Para Ferrajoli (2012), a excessiva ponderação de princípios constitucionais, preconizada pelo constitucionalismo principialista, enfraquece a normatividade das Constituições e a fonte de legitimação da jurisdição.

O paradigma do constitucionalismo rígido acolhido por Ferrajoli sustenta que os juízes não podem ponderar, criar e nem ignorar normas, “o que implicaria uma invasão no campo da legislação”, cabendo a eles “tão somente censurar a invalidade de norma por violação à Constituição, anulando-as no âmbito da jurisdição

constitucional, ou então suscitando exceções de inconstitucionalidade no âmbito da jurisdição ordinária” (FERRAJOLI, 2012, p. 53). Com base nesse paradigma, o Poder Judiciário deve curvar-se inteiramente à Constituição e às leis e respeitar o princípio da separação de poderes, evitando, com isso, que juízes – por meio da discricionariedade – criem o direito, ao introduzir no mundo jurídico valores morais incompatíveis com os ideais democráticos.

Para os críticos da ponderação judicial, tal como Ferrajoli, os princípios não se abrem para interpretações. Trindade (2012), por exemplo, sustenta que a normatividade do princípio possibilita seu “fechamento interpretativo”, próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais”. Na mesma linha de raciocínio, Streck assinala que “os princípios não abrem a interpretação, e, sim, fecham/limitam” (STRECK, 2019, p.36).

Diversos autores sustentam que os princípios não são valores; por essa razão, “não é correto falar em uma axiologia principiológica, mas sim em uma deontologia dos princípios, visto que são os princípios que instituem as bases para a normatividade do direito” (TRINDADE, 2012, p. 69). Para Streck, princípios são normas, por conseguinte, deontológicos, logo, não podem ser valores – que são contingenciais, ligados à moral –, pois estes implicam a introdução da moral no direito. “Normas atuam no código lícito-ilícito. O resto são argumentações retórico-morais ou moralizantes” (STRECK, 2019, p. 29).

Certo é que, hodiernamente, a técnica de ponderar princípios constitucionais ganha cada vez mais espaço nas práticas jurisdicionais de diversos países. No Brasil, diversas decisões da Corte Suprema, com base na ponderação de princípios constitucionais, exemplificam bem a receptividade e difusão dessa técnica na ordem jurídica interna.

O perigo dessas práticas nos remete ao enunciado por Streck, quando utilizou a expressão *pamprincipiologismo*, em referência ao fenômeno ligado à fragilização da autonomia do direito que, segundo ele, “faz com que – a pretexto da aplicação de princípios constitucionais – haja uma proliferação incontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional” (STRECK, 2019, p. 28).

Estabelecidas essas premissas, e sendo o foco desta tese o estudo de dispositivos da Lei n. 12.850/2013, art. 2º, *caput* e §1º, correlacionando-os às garantias penais, abordaremos a seguir os princípios jurídico-constitucionais da

*retributividade*, da *legalidade*, da *necessidade*, da *lesividade*, da *materialidade da ação* e da *culpabilidade*, alinhados aos axiomas do garantismo penal de Ferrajoli e ao texto da Constituição brasileira de 1988.

Contudo, em face da indissociável conexão entre os princípios penais de direito material e os de direito processual, não deixaremos de fazer referência a estes últimos na medida necessária.

Esclarecemos que os conteúdos principiológicos desenvolvidos, no presente capítulo, serão retomados no último capítulo da pesquisa, com o propósito de fundamentar as análises acerca dos crimes de organização criminosa (art. 2º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013) e de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal (art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013), no tocante à correlação desses delitos com o modelo penal garantista.

### **2.1.1 Princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito (*nulla poena sine crimine*)**

O ponto central do princípio da retributividade consiste em conceber a pena como resultado de uma ação<sup>26</sup> violadora de um bem jurídico<sup>27</sup> previamente tutelado pela lei penal. Dessa forma, em consonância com o modelo garantista, a aplicabilidade da pena requer, primeiramente, a correspondente conduta tipificada como crime na lei penal.

Significa dizer que a pena é uma sanção “[...] aplicável quando se tenha cometido um delito, que constitui sua causa e condição necessária e do qual se configura como efeito ou consequência jurídica” (FERRAJOLI, 2006, p. 339).

Nesse sentido, compreendemos que a pena tem natureza prospectiva em relação ao delito, posto que se apresenta como consequência jurídica da conduta violadora da lei; “a pena não é um *prius*, senão um *posterius*, não uma medida

---

<sup>26</sup> Conforme Toledo (2008), por “ação (ou conduta) compreende-se qualquer comportamento humano, comissivo ou omissivo, abrangendo, pois, a ação propriamente dita, isto é, a atividade que intervém no mundo exterior, como também a omissão, ou seja, a pura inatividade” (TOLEDO, 2008, p. 82).

<sup>27</sup> Nas lições de Toledo, “bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas” (TOLEDO, 2008, p. 16).

preventiva ou *ante delictum*, senão uma sanção retributiva ou *post delictum*“ (FERRAJOLI, 2006, p. 339).

Todavia, é importante assinalar que o princípio da retributividade vincula a incidência da pena não somente à prática de conduta típica, como também à inexistência de condições jurídicas que afastem a punibilidade, como expõe Ferrajoli:

O ilícito, de acordo com a estrutura lógica das garantias, é uma condição normativa somente necessária, mas não suficiente para a aplicação da pena, que pode exigir condições ulteriores, tais como a ausência de eximentes, as condições de punibilidade e de procedibilidade, ademais de todo o resto de garantias penais e processuais que condicionam a validade da definição legal e a comprovação judicial do delito (FERRAJOLI, 2006, p. 339).

Essa premissa remete aos dois sentidos de punibilidade formulados por Pierangeli e Zaffaroni (2019): da punibilidade como *merecimento de pena* e como *possibilidade de aplicar a pena*. Explicam os autores que, como *merecimento de pena*, a punibilidade encontra-se expressa em toda conduta típica, antijurídica e culpável, considerada punível pelo simples fato de sê-lo. Como *possibilidade de aplicar a pena*, significa que nem todo delito é passível de aplicação de uma pena, haja vista a possibilidade de ocorrência de circunstâncias excludentes.

Como sustentam Pierangeli e Zaffaroni (2019), um delito, pelo simples fato de ser um delito, já o torna merecedor de uma pena, contudo, a coercibilidade a que este dá lugar nem sempre ocorre, porque possui uma problemática própria e que ocasionalmente impede sua atuação.

No nosso estudo acerca das garantias penais materiais, interessa a punibilidade como *merecimento de pena*, visto que, nesse aspecto, o princípio da retributividade traduz a punibilidade circunscrita no âmbito do conteúdo material da lei penal.

Ferrajoli, ao comentar o princípio da retributividade, estende suas reflexões às concepções *formalistas* e às *substancialistas* do delito. Isso porque as primeiras (*formalistas*) consideram como pressuposto de uma pena as condutas previstas como delito por uma lei válida, o que equivale à legitimidade interna, com base num critério de *validade* da norma. As concepções substancialistas, por sua vez, como critério de *justiça*, fazem referência à legitimação externa, de modo que, na definição de delito e estabelecimento da pena correlata, considera elementos extrajurídicos de tipo moral, social, natural e em qualquer caso ontológico.

Tomando por referência as duas concepções de delito, Ferrajoli conclui que somente as formalistas do delito conduzem à garantia normativa de certeza, pois servem como definições jurídicas do delito e como respostas pertinentes, ainda que do ponto de vista interno, à questão referente a “quando punir”.

Ao contrário, as definições substancialistas, segundo o autor, são inúteis como definições jurídicas dos delitos. São respostas bastante frágeis ao único problema da legitimação externa do “quando proibir”.

É mister esclarecer que o princípio da retributividade da pena se contrapõe a qualquer tentativa de punibilidade com base no direito penal do autor, visto que:

A garantia do caráter retributivo da pena – em virtude da qual só se pode ser punido pelo que se fez (e não pelo que se é) – serve precisamente para excluir, à margem de qualquer possível finalidade preventiva ou de qualquer outro modo utilitarista, a punição do inocente, ainda quando seja considerado de per si mau, desviado, perigoso, suspeito ou propenso ao delito, etc. (FERRAJOLI, 2006, p. 339).

Concluimos, nesse aspecto, que o princípio da retributividade como axioma garantista diz respeito à função da pena como prevenção geral de condutas delituosas – em consonância com as teorias relativas da pena<sup>28</sup> – e não como premissa de legitimação externa, destinada a estabelecer a sanção com base nas qualidades pessoais ou condição social do agente, o que resultaria em um direito penal do autor.

O ordenamento jurídico brasileiro não contemplou expressamente o princípio da retributividade. Sua receptividade, porém, é ponto pacífico na doutrina, em razão do sistema de garantias introduzido no texto constitucional de 1988, que se contrapõe à punibilidade arbitrária, ou seja, sem o atendimento das garantias materiais e processuais penais elencadas no rol dos direitos fundamentais do artigo 5º da Carta Magna ou do princípio da dignidade da pessoa humana que perpassa todo o sistema jurídico pátrio.

---

<sup>28</sup> Conforme Pierangeli e Zaffaroni, diferentemente das *teorias absolutas da pena* sustentadas por Kant e Hegel, baseadas na concepção de que a pena encontra em si mesma sua justificação, sem que possa ser considerada um meio para fins ulteriores, as *teorias relativas da pena* concebem a pena como um meio para a obtenção de ulteriores objetivos. Os autores esclarecem que as *teorias relativas* se subdividem em teorias da *prevenção geral* e da *prevenção especial*, e “na prevenção geral a pena surte efeito sobre os membros da comunidade jurídica que não delinquiram, enquanto na prevenção especial age sobre o apenado (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2018, p. 112). Beccaria (2014), igualmente, se manifestou pelo estabelecimento da pena com a finalidade de prevenir o delito e não como um fim em si mesmo, como vingança e retribuição pelo mal representado pela conduta delituosa.

Oportuno mencionar que o princípio da retributividade, ao condicionar a sanção penal ao crime – no sentido formalista –, evoca o princípio da anterioridade da lei, pois ainda que exista uma conduta definida legalmente como crime, a sanção só prevalecerá mediante a anterioridade da norma em relação à conduta ilícita, visto que não há crime sem lei que o defina (*nullum crimen sine lege*), conforme o princípio da legalidade.

Outrossim, evoca também o princípio da culpabilidade. A “pena deve retribuir juridicamente a culpabilidade do autor da conduta típica e ilícita” (DOTTI, 1999, p.159) significa que sem a responsabilidade penal do agente não há que se falar em vinculação entre conduta e consequência penal.

### **2.1.2 Princípio da legalidade no sentido lato ou no sentido estrito (*nullum crimen sine lege*)**

De forma genérica, o princípio da legalidade tem como premissa básica a submissão de todas as instâncias do poder estatal ao império da lei. “Com o império da lei, garante-se a supressão do arbítrio e da opressão. O despotismo é o regime do medo, a democracia, o da segurança. É graças a lei que se estabelece o princípio da igualdade, dispensando-se igual tratamento a todos” (REALE JÚNIOR, 2013, p. 36).

O princípio da legalidade, extensível a todos os ramos do direito, estabelece uma barreira jurídica contra qualquer poder político arbitrário fundamentado na vontade pessoal do soberano, haja vista que confere ao Poder Legislativo – por competência constitucional – a supremacia da representatividade do povo na elaboração das leis que enredam a vida em sociedade. “A própria noção de lei como ato jurídico geral e abstrato apresenta-se como uma exigência contra o arbítrio” (TAVARES, 2019, p. 538).

Mir Puig (2008) postula que o princípio da legalidade tem origem na teoria iluminista do contrato social:

*El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto – contrato social – en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo, que representa al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular* (MIR PUIG, 2008, p. 105).

Dessa perspectiva, o autor pressupõe uma organização política baseada na divisão de poderes, em que o exercício do Poder Legislativo por meio da elaboração das leis representasse exclusivamente a expressão da vontade popular.

“Traduz-se, pois, a garantia da legalidade no primado da vontade geral, consubstanciada na lei. Nestes termos, representa uma conquista histórica no combate à vontade individual e caprichosa do déspota ou eventual detentor do poder” (TAVARES, 2019, p. 541).

Segundo Moraes (2008), o princípio da legalidade “visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio de espécies normativas (CF, art.59) devidamente elaboradas, conforme as regras de processo legislativo constitucional, podem se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressões da vontade geral” (MORAES, 2013, p.115).

Moraes (2013) preconiza que existe diferença entre o princípio da legalidade e o da reserva legal. O primeiro, segundo ele, é de abrangência mais ampla e exige regra geral para impor comportamentos forçados; o segundo, por sua vez, é de menor abrangência, mas de maior densidade e conteúdo, exige tratamento da matéria exclusivamente pelo Legislativo, sem participação normativa do Executivo, e incide tão somente sobre os campos materiais especificados na Constituição. Assim, esclarece o autor que todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, porém, somente alguns estão submetidos ao princípio da reserva legal.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade encontra-se previsto no art. 5º, II, do texto constitucional de 1988, e dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Na seara penal, o princípio da legalidade pode ser considerado a “chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo” (BATISTA, 2015, p. 63), posto que funciona como um freio aos abusos e arbitrariedades dos órgãos do sistema penal, sujeitando-os aos limites da principiologia da ordem jurídica democrática.

Luisi (2003) assevera que o princípio da legalidade é inquestionavelmente uma das vigas mestras do direito penal moderno. Do ponto de vista histórico, o autor destaca que a vinculação entre a lei, em sentido estrito, e o direito penal é milenar. Identifica esse liame no art. 39 da Carta Magna de João Sem Terra, de 1215, que estabeleceu a necessidade de observância da Lei da Terra nos julgamentos em matéria penal.

Contudo, alerta o autor que, naquele contexto, inexistia referência à anterioridade da lei, o que só veio a ocorrer no século XVI, quando, segundo ele, um professor de Padova, Tibério Deciani, precursor da chamada ciência normativa e sistemática do direito penal, manifestou-se acerca da necessidade de os crimes e as penas estarem previstos na lei, porém não a lei no sentido estrito, mas podendo abranger também a norma costumeira e, inclusive, a norma de Direito natural.

Todavia, a acepção contemporânea do princípio da legalidade, com referência à necessidade de anterioridade dos delitos e das sanções, de acordo com Luiz Luisi, pode ser atribuída a Beccaria, que na obra *Dos Delitos e das Penas* foi o primeiro “a preconizar a necessidade de que os crimes e as penas estivessem previamente previstos” (LUIZI, 2003, p. 111).

Porém, o princípio da legalidade “consagrando a necessidade da anterioridade da lei penal só veio a ser normativamente formalizada no art. 8º, da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão” (LUIZI, 2003, p.119), que dispõe: “A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

No âmbito da teoria do garantismo penal de Ferrajoli, o axioma A2 – *nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei prévia) – representa o princípio da mera legalidade ou da reserva legal, fundamentado na concepção da necessidade de lei válida como condição necessária não apenas do crime, como também da pena. Nesse sentido, esse princípio é melhor representado pela expressão latina *nulla poena, nullum crimen sine lege*.

Toledo (2008) esclarece que a fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege* foi construída no século XIX por Feuerbach, que também lhe conferiu fundamentação jurídico-penal no sentido de que “[...] a elaboração das normas incriminadoras e das respectivas sanções constitui matéria reservada ou função exclusiva da lei” (TOLEDO, 2008, p. 21).

Além do princípio da mera legalidade, Ferrajoli (2006) identifica outra dimensão desse princípio: o da legalidade no sentido estrito ou da taxatividade<sup>29</sup> dos conteúdos

---

<sup>29</sup> Segundo Reale Jr., “a taxatividade impõe uma leitura precisa e clara da norma, definindo para além de toda dúvida os limites e fronteiras do punível. O princípio da tipicidade, em sua angulação político-garantidora, obriga que o trabalho hermenêutico não amplie o significado do proibido para atender aos fins que o acusador ou o julgador pretendam dar à incriminação e, em consequência, é absolutamente vedada a analogia nos domínios do Direito Penal, senão *in bonam partem* (REALE JR., 2013, p. 37).

das normas, o que exige, por sua vez, clareza e precisão na linguagem jurídica, baseada em teses verificáveis e falsificáveis juridicamente.

É um princípio que “ocupa um lugar central no sistema de garantias” (FERRAJOLI, 2006, p. 93), implicando no atendimento de todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla Lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actine, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Como explica o autor, essa dimensão da legalidade apresenta-se como condição de validade ou legitimidade das leis vigentes.

Nessa linha de raciocínio, entendemos que enquanto a legalidade formal, que resulta da consonância da norma aos preceitos procedimentais e de competência previstos na Constituição, assegura a vigência da norma jurídico-penal, a legalidade estrita, correspondência do conteúdo da lei às demais garantias, assegura a validade da norma.

Com efeito, a legalidade formal como regra de distribuição do poder penal se destina ao julgador, para adequar, por meio da subsunção, a conduta ao delito, tal como inscrita na lei. Assim, prescreve “a *sujeição do juiz* às leis vigentes, qualquer que seja a formulação de seu conteúdo, na qualificação jurídica dos fatos julgados” (FERRAJOLI, 2006, p. 93). Dessa perspectiva, explica Ferrajoli que a lei passa a ter o sentido formal, de ato oriundo do Poder Legislativo, e o princípio da legalidade passa a ser identificado como *reserva relativa de lei*.

De outra parte, a legalidade estrita, como regra metajurídica de formação da linguagem penal, se destina ao legislador, que na elaboração da lei deve utilizar termos precisos para definir figuras delituosas, e assim possibilitar seu emprego em proposições judiciais verdadeiras ou falsas, “técnica específica de qualificação penal, idônea a garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a *decidibilidade da verdade* de seus enunciados” (FERRAJOLI, 2006, p. 93). Por conseguinte, Ferrajoli indica que a lei ganha um sentido substancial, referente a seu conteúdo; nessa senda, o princípio da legalidade é identificado como *reserva absoluta de lei*.

A mera legalidade é satisfeita com tipos penais imprecisos, abertos, de perigo abstrato, que representam valorações e impedem ou dificultam verificações ou falseabilidades. A estrita legalidade, por sua vez, vincula-se a conteúdos garantistas.

É cediço que a mera legalidade, por prescindir de conteúdos garantistas, por si só, pode legitimar regimes totalitários, nos quais as leis representam a vontade do soberano, pouco importando a vontade popular na elaboração legislativa. De outra

parte, nos Estados democráticos de direito, o princípio da legalidade deve ser pleno, abrangendo a mera legalidade e a estrita legalidade, com representação harmoniosa da forma com o conteúdo, de modo que uma norma que atenda ao princípio da mera legalidade, mas cujos conteúdos sejam imprecisos, amplos, de interpretação dúbia ou duvidosa, apesar da vigência, é inválida, pois seus conteúdos inviabilizam a realização das demais garantias penais e processuais penais.

Na ordem jurídica brasileira, destacamos preceitos da Constituição brasileira de 1988 (artigo 5º, XXXIX)<sup>30</sup> e do Código Penal (art. 1º, *caput*), que evidenciam a expressa receptividade do princípio da legalidade no âmbito penal:

#### Constituição Federal de 1988

Art. 5º - [...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

#### Código Penal Brasileiro

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Os dispositivos mencionados traduzem ideias similares e fazem referência à necessidade de haver lei que defina a conduta delituosa e sua respectiva sanção, para então, cumpridas essas circunstâncias, o juiz estabelecer a punibilidade do agente, condicionada ao princípio da anterioridade da lei – não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal –, bem como considerar sua culpabilidade. Sem a previsão legal da conduta e do crime não há que se falar em criminalização. Disso resulta a premissa *nullum crimen, nulla poena sine lege*, traduzida na conexão entre o crime e sua correspondente sanção, mas, sobretudo, na exigência de lei formal elaborada pelo Poder Legislativo. No sentido garantista, remete ao atendimento de outras garantias constitucionais penais.

Derivado do princípio da anterioridade, sobressai o princípio da irretroatividade da lei penal – “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL da

---

<sup>30</sup> O princípio da legalidade, consagrado entre os direitos individuais fundamentais na Constituição de 1988, impede que o legislador transfira a outrem a função de definir os delitos e cominar penas (TAVARES, 2019).

Constituição de 1988)<sup>31</sup>. Como um dos corolários do princípio da legalidade, esse princípio favorece o réu com a descriminalização de condutas (*abolitio criminis*) ou com penas mais leves e benefícios processuais (*novatio legis in mellius*).

Com base no Código Penal italiano, Ferrajoli (2006) diferencia o *princípio da irretroatividade da lei penal desfavorável ao réu*, baseado na premissa legal de que “ninguém pode ser punido por um fato que segundo a lei do tempo em que foi cometido não constituía crime”, dos *princípios de retroatividade e de ultratividade das leis penais favoráveis ao réu*, sob o seguinte fundamento legal:

Ninguém pode ser punido por um fato que segundo uma lei posterior não constitui crime; e se já estiver condenado cessam as execuções e os efeitos penais. Se a lei do tempo em que foi cometido o crime e a lei posterior são diversas, aplica-se aquela cuja disposição seja mais favorável ao réu, salvo que tenha sido pronunciada uma sentença irrecorrível (FERRAJOLI, 2006, p. 651).

No plano das democracias constitucionais, o princípio da legalidade estrita remete à proibição da *analogia in malam partem*, decorrente de juízos valorativos do intérprete da norma jurídica, que estende o conteúdo da lei a situações não previstas por esta, punindo indevidamente ou agravando a pena do réu. Essa conduta é própria de modelos penais de legalidade reduzida, caracterizados “por figuras delituosas elásticas e indeterminadas, por espaços de fato, quando não de direitos [...], pelo caráter central atribuído às investigações acerca da pessoa do réu assim como ao juízo sobre sua ‘periculosidade’ e às correspondentes medidas preventivas” (FERRAJOLI, 2006, p. 346). Porém, “não exclui a analogia *in bonam partem* com relação às eximentes, às atenuantes, às causas de extinção do crime e da pena e, em geral, às normas não penais em sentido estrito porque favoráveis ao réu” (FERRAJOLI, 2006, p. 651).

### **2.1.3 Princípio da necessidade ou da economia do direito penal (*nulla lex poenalis sine necessitate*)**

---

<sup>31</sup> Nesse sentido, dispõe o art. 2º do Código Penal Brasileiro: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

É cediço que o direito penal tem papel de extrema importância na solução de conflitos sociais e no restabelecimento da paz e harmonia em sociedade (utilidade). No modelo de democracia substancial preconizado por Ferrajoli, o recurso ao direito penal é medida crucial apenas quando outros ramos do direito não forem suficientes para cumprir o mencionado desiderato (necessidade).

Nesse sentido, “*el Derecho penal deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales*” (MIR PUIG, 2008, p. 117).

O princípio da necessidade representa salvaguarda aos direitos individuais, uma vez que o recurso ao direito penal, por razões de utilidade, funciona como obstáculo para punições desnecessárias e inúteis, que só serviriam para justificar punições arbitrárias, sem qualquer efeito positivo sobre a sociedade e o agente infrator. Segundo Ferrajoli (2006), um ato proibido pode ser inútil tanto por não causar nenhum mal a terceiros, como por não servir para impedir a ocorrência do dano.

Nesse plano, não podemos deixar de consignar que a perda da liberdade em um sistema penal antigarantista corresponde, igualmente, à perda de outras garantias constitucionais, em decorrência da submissão do agente ao decisionismo processual, que orienta decisões judiciais com base, exclusivamente, no direito penal do autor.

Ferrajoli explica que, sendo a intervenção punitiva a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio de necessidade exige que se recorra a ela somente como remédio extremo.

Com base no princípio da necessidade, representado pelo axioma garantista A3 – *nulla lex (poenalis) sine necessitate* –, depreende-se que o direito penal deve ser direcionado a proteger bens que, violados, justifiquem, dada a gravidade substancial da lesão, a reação estatal sobre um dos mais relevantes direitos fundamentais do homem: o direito à liberdade.

O princípio da necessidade recomenda atuação mínima do legislador no tocante à criação de tipos penais, limitada às condutas que afetarem bens jurídicos de relevância extrema, e evidencia a lesão como pressuposto utilitarista desse princípio, impondo, “para uma maior tutela da liberdade pessoal de consciência e da autonomia e relatividade moral, a tolerância jurídica de toda atitude ou conduta não lesiva a terceiros (FERRAJOLI, 2006, p. 426).

Tal como afirma Ferrajoli, a lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por efeitos lesivos, e somente estes podem

justificar os custos das penas e proibições. “O juízo de necessidade é avaliativo e direcionado ao estabelecimento dos custos da violência da pena em relação às reações informais que seriam decorrentes de sua inexistência” (CARVALHO, S., 2001, p. 28).

Há, nesse sentido, um vínculo intrínseco entre o princípio da necessidade e o princípio da lesividade (axioma A4), pois, segundo Ferrajoli, a necessidade das leis penais fica condicionada à lesividade a terceiro dos fatos proibidos, segundo a fórmula *nulla necessitas sine injuria*, e à tese (T13, T21, T28, T69) representada pela expressão *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine injuria*.

Conforme Mir Puig, “*el principio de la «máxima utilidad posible» para las posibles víctimas debe combinarse con el de «mínimo sufrimiento necesario» para los delincuentes*” (MIR PUIG, 2008, p. 118). Trata-se da busca do equilíbrio entre os direitos do acusado e a proteção social.

Do exposto, pode-se dizer que as leis penais simbólicas – caracterizadas por sua insuficiente eficácia no cumprimento dos objetivos manifestos em seu texto – são inúteis e desnecessárias como medida de controle dos desvios sociais, pois rompem com a efetiva proteção do bem jurídico ao qual se destinam, para satisfazer interesses diversos. Outrossim, leis penais punitivistas também são inúteis e desnecessárias, uma vez que se prestam a combater o *inimigo* e a punir rigorosamente o agente, em detrimento da proteção do bem jurídico e da utilidade do direito penal na prevenção geral do delito.

Portanto, o princípio da necessidade corrobora com o princípio da intervenção mínima<sup>32</sup>, ao restringir a atuação punitiva estatal, reservando-a para situações extremas, quando necessária para minimizar a violência – do delito e da vingança – na sociedade. Assim, expõe Ferrajoli (2006):

Se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua ‘absoluta necessidade’ são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal (FERRAJOLI, 2006, p. 427).

---

<sup>32</sup> Ao pressuposto da necessidade é acrescentado o princípio da lesividade. O parâmetro utilizado é a categoria bem jurídico. Assim, os critérios de criminalização seriam a idoneidade do sistema em prevenir ataques concretos a bens jurídicos e não gerar efeitos perversos mais danosos que a conduta incriminada (CARVALHO, S., 2001, p. 28).

Nesse plano, infere-se que, para Ferrajoli, a atuação estatal em face da violência só se justificaria mediante a possibilidade de, na ausência dessa atuação, se estabelecer uma violência informal maior que a própria repressão estatal. Ainda, como explica Moraes da Rosa (2015), as sanções só estariam autorizadas nos casos em que os efeitos lesivos das condutas praticadas possam justificar os custos das penas e proibições.

Moraes da Rosa (2015) identifica uma dupla funcionalidade da sanção: impedir a vingança privada (abusiva e espúria) e impor limites à manifestação do poder político estatal (pena), no sentido de evitar a violação dos direitos fundamentais, nos exatos limites da estrita legalidade. Portanto, podemos dizer que a legitimação da punibilidade estatal se encontra ancorada nessa dupla funcionalidade da sanção, que corresponde ao princípio da necessidade.

O princípio da necessidade correlaciona-se com o princípio da intervenção mínima<sup>33</sup> – por meio dos postulados da subsidiariedade e da fragmentariedade – na medida em que a necessidade do direito penal é associada às condutas de maior gravidade em detrimento daquelas de menor impacto social (princípio da fragmentariedade). Estas, por seu turno, indicam a incidência de um controle punitivo mínimo, conduzindo à concepção do direito penal como *ultima ratio* (princípio da subsidiariedade) e da máxima garantia dos direitos fundamentais.

Embora não disposto expressamente na Constituição brasileira de 1988, o princípio da necessidade, implicitamente, ocupa lugar de destaque na principiologia jurídica interna; sua receptividade deriva de sua correlação com outros princípios penais constitucionais e de sua consonância com os fundamentos democráticos abrigados no texto constitucional, orientando e assegurando a configuração de um direito penal garantista.

#### **2.1.4 Princípio da Lesividade (*nulla necessitas sine injuria*)**

O principal parâmetro do princípio da lesividade ou ofensividade consiste na ofensa ou ameaça de ofensa a um bem jurídico<sup>34</sup>, ou seja, toda conduta, para ser

---

<sup>33</sup> O conteúdo do princípio da intervenção mínima constitui-se em substrato do modelo epistemológico garantista de Ferrajoli no âmbito penal. Na doutrina, encontramos diversas manifestações que relacionam esse princípio à fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal.

<sup>34</sup> “A história do direito penal nem sempre incluiu o bem jurídico como o objeto da proteção penal. A partir da noção do contrato social, a estabelecer direitos subjetivos entre as pessoas e até mesmo em

considerada delituosa, deverá causar lesão ou expor ao perigo de lesão, concreta e iminente, um bem jurídico alheio, tanto particular quanto público.

“No direito penal, à conduta do sujeito autor do crime deve relacionar-se, como signo do outro sujeito, o bem jurídico (que era objeto de proteção penal e foi ofendido pelo crime – por isso chamado de objeto jurídico do crime)” (BATISTA, 2015. p. 89).

Sob o aforismo *nulla necessitas sine injuria*, o princípio da lesividade ou ofensividade, como axioma garantista, sustenta, sobretudo, a necessidade de vincular a conduta descrita no tipo penal à lesão a um direito alheio. Ou seja, “prescreve a delimitação do campo do proibível somente às ações nas quais o efeito consiste em um dano a terceiros” (IPPOLITO, 2011, p. 38).

Assim, é vedado ao legislador qualificar como delito um comportamento não lesivo ao direito alheio. Mesmo atos moralmente reprováveis só terão relevância penal se ofenderem a esfera jurídica de outras pessoas (IPPOLITO, 2011).

No âmbito jurisdicional, o princípio da lesividade se destina ao juiz, que deverá examinar tecnicamente e com acuidade a conduta do agente infrator, a fim de assegurar se houve, concretamente, lesão ou ameaça a um bem jurídico alheio.

No plano de atuação do legislativa e judiciária, Gomes assinala a dupla função<sup>35</sup> – e as correlatas – do princípio da ofensividade:

(a) função político-criminal (momento em que se decide pela criminalização da conduta) e (b) função interpretativa ou dogmática (instante em que se interpreta e se aplica concretamente o Direito Penal). A primeira função do princípio da ofensividade constitui um limite ao direito de punir do Estado (*jus puniendi*). Está dirigida ao legislador. A segunda configura um limite ao Direito Penal (ao *iuspoenale*). Está dirigida ao intérprete e ao juiz (ao aplicador da lei penal). De qualquer modo, impõe-se enfatizar que não são duas funções estanques (e incommunicáveis). Ao contrário, são complementares. Tanto assim que, quando o legislador não cumpre seu papel de criminalizar a conduta em termos ofensivos a um bem jurídico, essa tarefa se transfere (improrrogavelmente) ao intérprete e ao juiz (GOMES, 2002a, p. 28).

---

relação ao Estado, FEUERBACH, no início do século XIX, insistia na ideia de crime enquanto violação a tais direitos (subjctivos). E mesmo nos dias que correm há ensaios de um possível retorno à ideia da função de proteção a direitos subjctivos. A inclusão do bem jurídico, em substituição à ideia de direito subjctivo, segundo ideia já consolidada na doutrina, parece remontar à década de 30 (trinta) do século XIX, sobretudo a partir dos trabalhos de BIRNBAUM” (PACELLI; CALLEGARI, 2020, p. 22).

<sup>35</sup> No mesmo sentido, Bitencourt assinala que “o princípio da ofensividade (ou lesividade) exerce dupla função no Direito Penal em um Estado Democrático de Direito: a) função político-criminal — esta função tem caráter preventivo-informativo, na medida em que se manifesta nos momentos que antecedem a elaboração dos diplomas legislativo-criminais; b) função interpretativa ou dogmática — esta finalidade manifesta-se *a posteriori*, isto é, quando surge a oportunidade de operacionalizar-se o Direito Penal, no momento em que se deve aplicar, *in concreto*, a norma penal elaborada” (BITENCOURT, 2019, p. 67).

Nilo Batista, por sua vez, destaca como funções basilares do princípio da lesividade: a) proibir a incriminação de uma atitude interna; b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; e d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetam qualquer bem jurídico (BATISTA, 2015, p. 91).

Com supedâneo nas explicações de Nilo Batista acerca das funções do princípio da ofensividade, evidencia-se, além da exigência de lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico alheio – que excede o âmbito do próprio autor –, a proibição de incriminarem-se condutas circunscritas a pensamentos, desejos, inclinações interiores, valores morais e sociais, ainda porque tais preceitos expressam abstrações e não resultados perceptíveis no plano sensorial.

Com efeito, o fundamento principiológico da lesividade em um sistema garantista condiciona a punibilidade, necessariamente, ao exame dos fatos e não aos aspectos morais e pessoais, de modo que a inobservância dos efeitos lesivos da conduta delituosa, em virtude da sobreposição do agente infrator ao fato, viola esse princípio constitucional.

Carvalho (2001) esclarece que próximo do princípio da lesividade está a noção de materialidade da conduta, de modo que nenhum dano pode ser estimado como penalmente relevante senão como efeito de uma ação. Segundo ele, somente as ações externas podem produzir danos a terceiros, sendo a relação de causalidade entre a ação e o resultado requisito essencial na configuração dos elementos do delito.

A propósito, ao cotejarmos o princípio da ofensividade com a teoria do direito penal do inimigo, verifica-se uma contraposição de fundo, pois enquanto aquela se debruça sobre o perigo, a ameaça que o *inimigo* representa à sociedade, visando, fundamentalmente, à eliminação antecipada do perigo, o princípio da ofensividade tem por foco a conduta material, para dela extrair a conseqüente lesão ao bem jurídico alheio.

O princípio da lesividade vigora como mandamento implícito na Constituição brasileira de 1988. Nesse sentido, cabe ressaltar o alcance do art. 5º, §2º, do texto constitucional, o qual estabelece que os direitos e as garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

É importante esclarecer que o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXX, da Carta Magna de 1988), não abrange a lesividade na esfera do direito penal material, visto que pressupõe relação de cunho processual e não material.

No âmbito jurídico interno, diversos direitos fundamentais expressamente contidos no texto constitucional, como, por exemplo, a livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV) e a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI), funcionam como limites materiais à atuação do legislador. Nessa linha de raciocínio, o enunciado garantista do *dever ser* do direito, corolário da separação entre direito e moral, recomenda ao legislador que se abstenha de editar normas jurídico-penais que digam respeito a pensamentos, crenças e opiniões.

### **2.1.5 Princípio da materialidade ou exterioridade da ação (*nulla injuria sine actione*)**

Não há distinção muito clara na doutrina entre o princípio da lesividade e o princípio da materialidade. Não raro, as premissas de ambos os princípios, apresentadas na doutrina se fundem.

Ferrajoli (2006), ao abordar o princípio da materialidade, adverte que seus fundamentos são os mesmos da garantia de lesividade, ou seja, o utilitarismo jurídico e a separação axiológica entre direito e moral. No entanto, o autor esclarece que a materialidade da ação criminal é pressuposto necessário da lesividade, e que esta se relaciona a um fato empírico externo, distinto da ação.

Na verdade, há uma forte conexão entre o princípio da lesividade e o da materialidade, “pois somente as ações externas estão em grau de produzir danos a terceiros” (IPPOLITO, 2011, p.38), de modo que não cabe falar em lesividade sem materialidade. Ademais, a materialidade de uma conduta, em tese ilícita, só tem relevância penal mediante a existência de um terceiro prejudicado (princípio da lesividade).

Acerca do princípio da materialidade, leciona Ferrajoli que o dano, por mais grave que seja, só tem relevância penal se for efeito de uma ação. Em consequência, os delitos, como pressupostos da pena, não podem consistir em atitudes ou estados

de ânimo interiores, nem sequer, genericamente, em fatos, senão que devem se concretizar em ações humanas – materiais, físicas ou externas, quer dizer, empiricamente observáveis –, passivas de serem descritas, como tais, pela lei penal (FERRAJOLI, 2006, p. 440).

Nesse sentido, do enfoque da exterioridade da ação, do utilitarismo jurídico e da separação entre direito e moral, o autor desenvolve suas considerações acerca do princípio da materialidade.

No âmbito do utilitarismo jurídico, Ferrajoli (2006) assinala que somente ações externas são capazes de produzir danos a terceiros. Significa que atos internos, como pensamentos e intenções, não prejudicam ninguém, e por isso decai o interesse na punição desses atos. Nesse aspecto, refletindo sobre o princípio da materialidade no âmbito da teoria garantista de Ferrajoli, Ippolito (2011) destaca a laicidade jurídica desse princípio que, por conseguinte, subtrai ao disciplinamento penal a intimidade da pessoa, levantando uma barreira em defesa da liberdade individual de consciência e de pensamento contra as pretensões potestativas do Estado, para as quais a afirmação deve se limitar aos comportamentos materiais e não às identidades subjetivas.

Além do efeito externo como elemento explicativo do princípio da materialidade, Ferrajoli (2006) menciona ser necessária a relação de *causalidade* entre a *ação* e o *resultado* danoso (ou perigoso). Adverte que somente a ação externa é capaz de produzir uma modificação do mundo exterior qualificável de lesão. Todavia, é importante mencionar que o autor exclui o nexos causal das diversas formas de responsabilidade objetiva “por fato de outro” ou “por caso fortuito”, pois, para ele, trata-se muito mais de ausência de ação do que de ausência de culpa.

No tocante às relações entre a exterioridade da ação e a separação entre direito e moral na dimensão ético-política, Ferrajoli (2006) esclarece, sob o amparo do princípio da materialidade, acerca da necessidade de a exteriorização do evento danoso excluir os atos internos do homem, como forma de tutelar sua liberdade moral, salvaguardando-o da intolerância e de práticas abusivas. Nesse sentido, expõe:

Se o valor político do princípio da materialidade da ação reside na tolerância para com o diferente e na tutela da liberdade de consciência, seu valor jurídico radica em sua insubstituível função garantista, isto é, no fato de que somente graças a ele pode-se configurar o princípio da legalidade como princípio de *estrita* legalidade (FERRAJOLI, 2006, p. 444).

Do exposto, verifica-se que o autor, além de discorrer sobre o valor político do princípio da materialidade, menciona seu valor jurídico, correlacionando-o ao princípio da legalidade em sentido estrito, pois para Ferrajoli (2006):

[...] existe uma correlação biunívoca entre o princípio de legalidade – tanto no sentido amplo como no estrito – e o da materialidade. E isso porque a exterioridade e a materialidade, que supõe necessariamente a legalidade em sentido amplo – sem a qual a ação punível não estaria predeterminada – é, por sua vez, pressuposto da legalidade em sentido estrito, à qual confere o papel específico de garantia de certeza que, como se expôs, é o de uma regra semântica de linguagem normativo-penal que prescreve a taxatividade das proibições legais” (FERRAJOLI, 2006, p. 444).

Noutra senda, considerando que o princípio da materialidade vincula-se à exterioridade da ação delituosa – ideia associada à cognição sensorial do resultado da conduta, de consequência perceptível no plano concreto –, vislumbramos sua incompatibilidade com concepções fundamentadas no direito penal do autor, pois, nessa linha teórica, não se cogita a necessidade de materialização da conduta, visto que se pune a pessoa e não a conduta delituosa.

O princípio da materialidade não se encontra expresso na Carta Magna de 1988. Todavia, é possível extrair sua receptividade da ordem jurídica brasileira por meio dos vínculos indissociáveis que mantém com os princípios constitucionais penais, como tivemos oportunidade de mencionar em relação ao princípio da lesividade e da legalidade em sentido estrito.

A aplicação do disposto no §2º, art. 5º, do texto constitucional corrobora com essa afirmação, ao estabelecer que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

### **2.1.6 Princípio da culpabilidade (*nulla actio sine culpa*)**

No sistema penal garantista de Ferrajoli, o princípio da culpabilidade é representado pelo aforismo *nulla actio sine culpa* – “não existe ação (conduta delituosa) sem culpa” –, destacando-se como uma das garantias relativas à pena e ao delito, de justificação do “quando” e do “que” proibir. Trata-se de um princípio que atua

fundamentalmente na repulsa da responsabilidade penal objetiva e na cominação de penas na medida da culpabilidade do agente.

Ferrajoli (2006) aduz que esse princípio se encontra também expresso nas teses *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla injuria sine culpa*, derivadas da relação com outros axiomas garantistas.

Na modernidade, o princípio da culpabilidade, atrelado à concepção de racionalidade e consciência, é entendido como a decisão preliminar e consciente acerca da vontade de agir, de intencionalmente compreender e proceder em face de uma regra regulativa, em contraposição aos modelos baseados na responsabilidade objetiva (MORAIS DA ROSA, 2015).

Ao tecer comentários acerca do princípio da culpabilidade, Ferrajoli (2006) esclarece que nenhum fato ou comportamento humano pode ser castigado ou proibido se não for fruto de uma decisão intencional, realizada com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer.

Convém frisar que, nos ordenamentos jurídicos primitivos, a responsabilidade penal assentava-se na responsabilidade do agente orientada pelo elemento objetivo – responsabilidade penal objetiva – de natureza solidária em relação aos parentes do ofensor e, até mesmo, da comunidade.

Nesse plano, Ferrajoli (2006) explica que a “vingança de sangue”, da fase arcaica e jusprivativista do direito penal, equiparava, solidariamente, o ofensor e seus parentes para efeito de responsabilidade penal, como consequência quase exclusiva do elemento objetivo da lesão, e não da imputação direta ao autor do delito. Ademais, segundo o autor, no primitivo direito grego, a punição prescindia da voluntariedade do delito, podendo alcançar não somente o ofensor como também seus parentes; no direito hebreu, não se diferenciavam delitos intencionais dos delitos acidentais e eram previstas penas para os filhos e descendentes do réu até a sétima geração.

Outrossim, destaca que, na Idade Média, no antigo direito germânico, “a vingança recaía sobre o ofensor e seus agregados, e, quando não dava lugar ao confronto armado, era resolvido por meio de um pacto privado, em que a indenização era incumbência do réu e de seus parentes, independente da voluntariedade da ação” (FERRAJOLI, 2006, p. 448).

Esses modelos de responsabilidade objetiva, solidária, impessoal, corporativa e desigual, segundo Ferrajoli, eram praticamente desconhecidos do direito penal romano, no qual o princípio da culpabilidade e responsabilidade pessoal foi

consagrado por uma lei de *Numa Pompílio* e perdurou na doutrina e na jurisprudência, salvo contadas exceções, até a compilação justinianeia (FERRAJOLI, 2006).

Podemos dizer que a proeminência da responsabilidade penal subjetiva nos diversos ordenamentos jurídicos, em detrimento da responsabilidade penal objetiva, é inspirada no pensamento penal liberal-iluminista que, entre outros ideais, preconizava a humanização das penas. Tal propósito se contrapõe à responsabilidade pelo resultado, pois a observância de elementos exclusivamente objetivos na imputação de crimes, sem cogitar acerca do dolo ou da culpa, resultaria em punições injustas, arbitrárias e desproporcionais.

Hodiernamente, a responsabilidade objetiva encontra-se praticamente erradicada do direito penal, “sobrevivendo no direito penal anglo-saxão com o nome de *strict liability*, e que é criticada por quase toda a doutrina desses países. Em nossa legislação penal, cremos que não há caso de responsabilidade objetiva (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 469).

No Brasil, a exclusão da responsabilidade penal objetiva na ordem jurídico-penal foi efetivada em 1948, com a reforma da parte geral do Código Penal de 1940, como relata Reale Júnior (2013):

Foi tardia, mas ampla a exclusão da responsabilidade objetiva em nosso Direito Penal, pois o agente, nos crimes qualificados pelo resultado, segundo o Código Penal de 1940, respondia por esta consequência gravosa independente de culpa, disciplina alterada pela Reforma da Parte Geral de 1984. Portanto, a causação de um resultado sem intencionalidade ou sem negligência, em situação de não cognoscibilidade da produção desse resultado, não pode constituir crime, diante do pressuposto da responsabilidade subjetiva. Desse modo, o agente não responde pelo resultado se decorre de caso fortuito ou se é consequência de fatores não cognoscíveis segundo a experiência e o senso comum (REALE JÚNIOR, 2013, p. 39).

Evidentemente que a punibilidade ou agravamento da pena com base exclusivamente na lesão do bem jurídico-penal, sem cogitar dos aspectos subjetivos da conduta indicadora do grau de reprovabilidade, mostra-se incompatível com o princípio da culpabilidade. Logo, mesmo havendo a lesão a bem jurídico alheio, sem culpabilidade não há que se falar em responsabilidade penal do agente.

Podemos dizer que, nos ordenamentos jurídicos garantistas, o princípio da culpabilidade destina-se sobretudo a proteger o agente contra a arbitrariedade da punição baseada exclusivamente no liame causa/efeito, ou seja, considerando exclusivamente a conduta praticada, em detrimento de outros elementos que

constituem condições subjetivas da ação culpável. Dessa perspectiva, poderíamos citar, como exemplo, a injusta privação de liberdade de um imputável que, mediante coação física ou força maior, praticou um crime.

Como consequência da responsabilidade penal subjetiva vinculada ao princípio da culpabilidade, o legislador deve se abster de elaborar figuras delitivas que não permitam abstrair da conduta do agente sua voluntariedade, bem como de estabelecer sanções desprovidas da possibilidade de individualização da pena.

Ao juiz, por sua vez, fica vedado deliberar com base em conjecturas, senão com supedâneo em provas seguras da ocorrência da culpabilidade, do dolo ou da culpa; na aplicação da pena, vincula-se ao exame de circunstâncias de individualização.

Com efeito, o primeiro aspecto a ser observado para a averiguação da responsabilidade penal do agente é sua intenção, sua voluntariedade em relação à conduta. Como informa Batista:

O princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade objetiva. Mas deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja subjetivamente atribuída (BATISTA, 2015, p. 100).

Para Ferrajoli (2006), o significado jurídico de culpabilidade, elaborado pela moderna dogmática jurídica, pode ser decomposto em três elementos, que constituem outras tantas condições subjetivas de responsabilidade no modelo penal garantista, a seguir expostos:

a) a *personalidade*, que designa a *relação de causalidade* que vincula reciprocamente decisão de réu, ação e resultado do delito; b) a *imputabilidade* ou *capacidade penal*, que designa uma condição psicofísica do réu, consistente em sua capacidade, em abstrato, de entender e querer e; c) a *intencionalidade* ou *culpabilidade* em sentido estrito, que corresponde a consciência e a vontade do delito concreto, que podem assumir a forma de dolo ou culpa, segundo a intenção esteja referida à ação e ao resultado ou somente à ação e não ao resultado, não querido nem previsto, embora previsível (FERRAJOLI, 2006, p. 449-450).

Feitas essas considerações, inferimos que a responsabilidade penal subjetiva, segundo o modelo garantista de Ferrajoli, se assenta na conexão e complementariedade dos três elementos descritos, de modo que, por exemplo, não há como responsabilizar criminalmente alguém com capacidade psíquica, ainda que

comprovada a relação de causa/efeito, se não agiu com dolo ou culpa. É necessário, para isso, que os elementos da culpabilidade estejam presentes, “que só haverá quando o sujeito tiver condições psíquicas de se determinar de acordo com o direito, tiver condições de compreender a ilicitude de sua conduta e se tiver possibilidade de, diante das circunstâncias de um determinado fato, adotar conduta diversa à prática de um crime (PACELLI; CALLEGARI, 2020, p. 207).

No sistema garantista de Ferrajoli, o delito e a responsabilidade penal são excluídos nas seguintes situações: a) pelas causas de exclusão da personalidade da ação, como acontece nos fatos alheios ou no caso fortuito; b) pelas causas de exclusão da imputabilidade do autor, como a enfermidade mental ou a menoridade; c) pelas causas de exclusão da culpabilidade em sentido estrito, como a inconsciência involuntária, a força maior, o constrangimento físico ou os diferentes tipos de erro (FERRAJOLI, 2006).

Ferrajoli (2006) destaca quatro fundamentos políticos ou externos do princípio da culpabilidade: a) a reprovabilidade da ação em relação a seu autor; b) a função utilitarista de prevenção geral própria do direito penal, possível apenas nas condutas culpáveis, por meio da prevenção da pena que exerce uma função intimidatória; c) a capacidade de prever e planificar o rumo futuro de nossa vida, partindo da estrutura coativa do direito; d) a ideia de que as ações culpáveis são as únicas que podem ser não somente objeto de reprovação, de previsão e de prevenção, como também as únicas que podem ser lógica e sensatamente proibidas.

Dotti (1999, p.157) assinala que a “culpabilidade é indicada como o primeiro elemento referencial para a fixação judicial da pena ‘conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime’ (CP, art. 59)”.

Com efeito, a relação da culpabilidade com a pena – *nulla poena sine culpa* – é aspecto relevante no estudo do princípio da culpabilidade, pois após comprovada a responsabilidade subjetiva do agente é que será estabelecida a pena justa e proporcional<sup>36</sup> à gravidade da conduta e ao grau de importância do bem jurídico.

Como preconiza Dotti (1999, p. 159), a “proporcionalidade entre a pena e o ilícito toma em consideração o bem jurídico agredido e também as condições e

---

<sup>36</sup> Para Dotti, “a *proporcionalidade da pena* é uma exigência de dupla face. De um lado deve traduzir o interesse da sociedade em impor uma medida penal ‘necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime’ (CP, art.59); de outro, deve garantir ao condenado o direito de não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito” (DOTTI, 1999, p.158-159).

qualidade de seu autor e deve se caracterizar como um fenômeno de equilíbrio possível: *poena commensurari delicto*”.

Ademais, considerando-se a conduta humana o eixo do qual se extrai um resultado que atesta a culpabilidade, concluímos que o princípio da culpabilidade se contrapõe nitidamente ao direito penal do inimigo, pois a exigência de conduta traduzida em ações externas, como premissa de verificação da culpabilidade, contrasta com a absoluta relevância das qualidades pessoais do agente infrator.

No artigo 5º da Constituição brasileira de 1988, evidenciam-se os seguintes dispositivos sobre o princípio da culpabilidade:

Art. 5º - [...]

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena [...]

O dispositivo do art. 5º, XLV, alicerça juridicamente o que a doutrina denomina de *princípio da pessoalidade da pena*, ou seja, a proibição de que a pena seja aplicada a alguém em decorrência de fato alheio, o que demonstra o interesse do legislador na proteção de terceiros que nada tenham a ver com a prática do delito, como ocorria nas sociedades pré-modernas nas quais predominava a responsabilidade penal solidária.

Dessa forma, garante-se tanto a proibição de transmissão da pena para familiares, parentes, amigos ou terceiros em geral, quando exige-se que a lei infraconstitucional preveja a extinção da punibilidade em caso de morte do agente, uma vez que não haveria sentido na continuidade, por parte do Estado, na persecução penal, pela total impossibilidade de aplicação das sanções (MORAES, 2008, p. 293).

Nesse mesmo sentido, o artigo 13 do Código Penal Brasileiro dispõe que somente quem deu causa ao resultado, por ação ou omissão, responde pelo resultado da conduta delituosa. Essa premissa, igualmente, exclui terceiros da responsabilidade penal.

Outrossim, o artigo 19 do mesmo diploma legal, ao dispor que a agravação do resultado deve ser imputada apenas a quem, ao menos culposamente, lhe deu causa, corrobora com a opção do legislador pela responsabilidade penal subjetiva.

Como menciona Dotti (1999, p. 57), “o dogma *nulla poena sine culpa*, expressamente declarado no art. 19 do CP, é uma das exigências elementares do sistema que não acolhe a responsabilidade meramente objetiva, isto é, decorrente da simples relação de causalidade física (CP, art. 13)”.

Retomando as análises dos dispositivos da Constituição brasileira de 1988, acerca do princípio da culpabilidade, verifica-se que o dispositivo do art. 5º, XLVI, representa salvaguarda ao infrator das penas desproporcionais e injustas por meio do denominado *princípio da individualização da pena ou fundamentação da pena*, que vincula o julgamento do acusado à análise das circunstâncias do crime e do grau de culpabilidade do acusado. “Assim, a imposição da pena depende do juízo individualizado da culpabilidade do agente (censurabilidade da sua conduta)” (MORAES, 2013, p. 294).

## 2.2 A transversalidade do princípio da dignidade da pessoa humana

O termo ‘dignidade humana’ evoluiu ao longo da história<sup>37</sup>. Preliminarmente associado à doutrina cristã<sup>38</sup>, ganhou diferentes abordagens em diversos campos do conhecimento, sobretudo no âmbito da religião e da filosofia.

Em nossa pesquisa, utilizaremos o termo no sentido jurídico e como fundamento do *princípio da dignidade da pessoa humana*, inerente aos sistemas democráticos, pois se trata de um “direito subjacente a todas as ordens democráticas,

---

<sup>37</sup> *A different conception of humanitas emerged in Christian theology, superbly captured in the Pauline statement that there is no Greek or Jew, free man or slave. All men are equally part of spiritual humanity, which is juxtaposed to the deity and the inanimate world of nature. They can all be saved through God's plan of salvation. Universal equality—albeit of a spiritual character—a concept unknown to the classics, entered the world stage. But the religious grounding of humanity was undermined by the liberal political philosophies of the 18th century. The foundation of humanity was transferred from God to (human) nature, initially perceived in a deistic and today a scientific manner. By the end of the 18th century, the concept of 'man' came into existence and soon became the absolute and inalienable value around which the whole world revolved. Humanity, man as species existence, entered the historical stage as the peculiar combination of classical and Christian metaphysics* (COSTAS, 2007, p.2).

<sup>38</sup> A justificativa religiosa da preeminência do ser humano no mundo surgiu com a afirmação da fé monoteísta. A grande contribuição do povo da Bíblia à humanidade, uma das maiores, aliás, de toda a História, foi a ideia da criação do mundo por um Deus único e transcendente (COMPARATO, 2015, p.13).

ainda quando não expressamente prevista na constituição, funcionando tanto como justificativa moral quanto como fundamento normativo dos direitos humanos” (BARROSO, 2019b, p. 491) e com vínculo indissociável com os direitos humanos. Ou seja, a “dignidade humana e os direitos humanos são duas faces de uma mesma moeda: uma voltada para a filosofia moral e a outra para o Direito” (BARROSO, 2019b, p. 491).

Nesse propósito, é importante dizer, com base nos ensinamentos de Barroso (2019b), que a dignidade humana se tornou o centro axiológico dos sistemas jurídicos e fonte de irradiação dos direitos humanos somente após a Segunda Guerra Mundial, em um panorama de “reconstrução de um mundo moralmente devastado pelo totalitarismo e pelo genocídio [...]” (BARROSO, 2019b, p. 490).

No mesmo sentido, Comparato (2015) expôs:

Ao emergir da Segunda Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade da pessoa humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos (COMPARATO, 2015, p. 68-69).

Com efeito, explica Barroso (2019) que, após a Segunda Guerra, o conceito de dignidade humana foi incorporado a importantes documentos internacionais, como a Carta das Nações Unidas (1945)<sup>39</sup> e a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), além de numerosos tratados e pactos. Aduz o autor que a expressão *dignidade humana* passou a constar do corpo ou do preâmbulo de boa parte das constituições promulgadas a partir do final dos anos 40 do século passado, a começar pela Alemanha<sup>40</sup>.

Como menciona Piovesan (2018, p. 209), “a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial”. A autora assinala que a internacionalização dos direitos

---

<sup>39</sup> No preâmbulo da Declaração Universal de 1948 consta o reconhecimento da dignidade como inerente a todos os membros da família humana e do valor da pessoa humana. No artigo 1º dispõe que “todos os seres humanos nascem livres em dignidade e em direitos [...]” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948).

<sup>40</sup> Barroso (2019b) informa que a introdução da dignidade humana nas constituições estendeu-se a países como Itália, Japão, Portugal, Espanha, África do Sul, Brasil, Israel, Hungria e Suécia, entre outros. O autor informa, ainda, que em alguns países as referências à dignidade humana são feitas no preâmbulo de constituições, como é o caso da Irlanda, Índia e Canadá.

humanos, ocorrida a partir do pós-guerra, foi uma resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo.

Creo compreendemos que a História é marcada por períodos de enaltecimento do homem, como no âmbito do Iluminismo do século XVIII, mas também por períodos de genocídios e crueldades diversas em relação ao gênero humano – de desconsideração da essência humana universal –, como, por exemplo, na Alemanha nazista nos anos 30 e 40 do século XX.

O período pós-Segunda Guerra, de derrocada das políticas totalitárias no mundo, notadamente em decorrência da derrota dos principais países representantes dos ideais nazifascistas, representa, sem dúvida, um marco na supremacia dos direitos humanos, de afirmação da dignidade da pessoa humana como eixo fundamental no plano internacional, com irradiação aos sistemas jurídicos regionais. Tem como resultado o despertar da consciência mundial acerca da necessidade de se estabelecerem mecanismos jurídicos de proteção contra os desrespeitos e atrocidades cometidas nos períodos bélicos, de instabilidades políticas e de autoritarismo<sup>41</sup>. Nesse plano, ocorre a conexão entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.

Como esclarece Miranda (2009), historicamente, inexistiu uma conexão necessária entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, e a “ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só começa com o Estado social de Direito, e, mais rigorosamente, com a Constituição e grandes textos internacionais subsequentes à segunda guerra mundial, e não por acaso” (MIRANDA, 2009, p. 168).

A dignidade humana é inerente ao ser humano. Como princípio, afigura-se inexoravelmente conectada aos direitos fundamentais positivados nas rígidas constituições das modernas democracias constitucionais. Em face disso, destaca-se o direito como um instrumento patrocinador da dignidade humana em prol de cada cidadão e da sociedade. Para tanto, sobressai a necessidade de se consolidar esse valor supremo no texto constitucional, suporte normativo essencial para a defesa das garantias fundamentais.

---

<sup>41</sup> Nessa linha de raciocínio, Silva assinala que “a tortura e toda sorte de desrespeito à pessoa humana praticadas sob o regime militar levaram o Constituinte brasileiro a incluir a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, conforme o disposto no inc. III do art. 1º da Constituição de 1988 (SILVA, 1998, p. 89-90).

Como assinalou Ferrajoli (2005), a previsão dos direitos fundamentais, no direito positivo de determinada ordem jurídica, por meio da Constituição, é condição de sua vigência naquela ordem e garantia de sua observância por parte do legislador ordinário.

Com base no exposto, pode-se dizer que a teoria garantista de Ferrajoli tem por supedâneo primordial o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista seu compromisso quanto à satisfação dos direitos fundamentais, exprimindo a dimensão da democracia substancial identificada com o paradigma do Estado de direito, em oposição à democracia puramente formal.

No âmbito do garantismo penal, reconhecemos a transversalidade do princípio da dignidade da pessoa humana, nos axiomas apresentados por Ferrajoli, uma vez que estes visam acima de tudo à defesa da vida, da liberdade, da integridade física do acusado e de um processo justo, valores que, quando violados, tendem a criar situações degradantes ao ser humano, as quais conflitam com ideais humanitários e com a dignidade da pessoa humana. Quão aviltante seria, por exemplo, uma pessoa honesta ser privada de sua liberdade por conduta ilícita alheia (situação salvaguardada pelo princípio da culpabilidade), alguém ser apenado por um comportamento pouco habitual, desaprovado por critérios morais (situação salvaguardada pelo princípio da legalidade e da lesividade) ou ser apenado com sanções excessivamente altas ou desproporcionais à lesividade da conduta (situação salvaguardada pelo princípio da legalidade e retributividade).

Vale lembrar que a dignidade da pessoa humana “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida” (SILVA, 1998, p. 92). Disso resulta sua transversalidade no direito.

Para Miranda (2009, p. 172), “de modo direto e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade de todas as pessoas”.

Dessa maneira, desponta a dignidade como um princípio supremo, unificador do gênero humano e extensível a todos os ramos do direito. Como se observa:

Da dignidade humana, se desprende todos os direitos, na medida em que são necessários para que o homem desenvolva sua personalidade integralmente. O ‘direito a ser homem’ é o direito que engloba a todos os demais no direito a ser reconhecido e a viver na e com a dignidade própria da pessoa humana” (CAMPOS, 1991, p.74, apud TAVARES, 2019, p. 458).

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se enunciado no art. 1º, III, da Constituição brasileira de 1988, com a seguinte redação:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – [...]

II – [...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Pelo fato de encontrar-se no rol dos fundamentos do Estado democrático de direito, a dignidade da pessoa humana atua no plano de estrutura do Estado e da organização política e como matriz orientadora do sistema jurídico brasileiro.

Silva esclarece que a dignidade da pessoa humana “se é *fundamento* é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural” (SILVA, 1998, p. 92).

Porém, vale lembrar que esse princípio “não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana” (SILVA, 1998, p. 91).

Cabe destacar o diálogo entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio de humanidade, que na esfera criminal se traduz pela humanização das penas, pois uma pena cruel ou excessiva representa claramente o aviltamento da condição humana, ou seja, a punição (rigorosa) sobre o corpo e não sobre a conduta ilícita anula os direitos fundamentais da integridade física e da vida, resgatando com isso a barbárie punitiva do período pré-humanitário.

Como assinala Bitencourt (2019):

A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e obrigação imposta ao Estado de adotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio da humanidade (BITENCOURT, 2019, p.75).

Em consonância com o princípio de humanidade, a Constituição brasileira de 1988 proíbe pena de morte<sup>42</sup> (art. 5º, XLVII), pena perpétua, de trabalhos forçados, de banimento ou penas cruéis (art. 5º, XLVII), bem como garante o respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX).

Assim, a ordem constitucional brasileira orienta o legislador a evitar penas que retirem do agente sua condição de pessoa humana. “O valor da pessoa humana implica, assim, uma limitação fundamental e perene da constituição e quantificação de toda e qualquer pena, independente das razões utilitárias ou quaisquer outras que venham a surgir” (LIMA, 2012, p. 120).

Em síntese, a introdução da dignidade da pessoa humana na Constituição brasileira de 1988 significa reconhecer sua existência, importância e supremacia na ordem jurídica interna, que reforça a implantação de um sistema penal de humanização das penas, em consonância com a consciência jurídica universal de proteção aos direitos humanos consubstanciada em importantes instrumentos jurídicos internacionais, tais como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em 22 de novembro de 1969, e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 678/1992.

No âmbito penal, o Pacto de São José da Costa Rica fixou enunciados alusivos ao princípio da humanidade das penas, como, por exemplo: a proibição de tortura, penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; a proibição de detenção ou encarceramento arbitrários; o respeito à dignidade inerente do ser humano que se encontre em privação de sua liberdade.

Nesse sentido, todos os princípios de direito penal material e processual penal convergem para a defesa da dignidade da pessoa humana e de seus fundamentos. Significa dizer que cada axioma garantista mantém simbiose com o princípio da dignidade da pessoa humana, ainda porque, como preconiza Kant na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*:

O homem, e, duma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele

---

<sup>42</sup> Sobre esse aspecto, Tavares (2019) tece o seguinte comentário: “O art. 5º, em seu inciso XLVII, a, encontra-se uma exceção direta ao direito à vida. Após declarar que não haverá penas de morte, apresenta referido dispositivo a exceção: ‘salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX’. O artigo mencionado, por seu turno, atribui ao Presidente da República a competência para declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, desde que autorizado pelo Congresso Nacional, ou por ele referendado” (TAVARES, 2019, p. 445).

mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim (KANT, 2019, p. 72).

Assim, o homem, como fim em si mesmo, compõe a base das regras e princípios jurídicos, que, por sua vez, representam sua existência – correlata à ideia de humanidade –, não podendo ser utilizado como meio para arbitrariedades. Desse modo, não há como desvincular os princípios constitucionais do direito penal da dignidade da pessoa humana, núcleo central dos sistemas jurídicos contemporâneos.

### 3. GARANTISMO E EFICIENTISMO PENAL

#### 3.1 Contexto histórico

Como tivemos oportunidade de expor, o garantismo penal identifica-se com o minimalismo penal, paradigma oposto às concepções teóricas que vicejaram no mundo a partir das últimas décadas do século XX, resultante do processo de globalização<sup>43</sup>. Tais concepções preconizam, sob o discurso da ineficiência do sistema penal vigente, a necessidade de expandir o direito penal, a fim de punir os desvios sociais com mais rigor e presteza, atrelando o fator eficácia da punibilidade à necessidade de maior repressão estatal, com base no seguinte raciocínio:

Se o sistema não funciona, o que equivale a argumentar, se não combate eficientemente a criminalidade, é porque não é suficientemente repressivo. É necessário, portanto, manda a “Lei e a Ordem”, em suas diversas materializações públicas e legislativas, criminalizar mais, penalizar mais, aumentar os aparatos policiais, judiciários e penitenciários (ANDRADE, 2006, p. 178).

Significa dizer que o paradigma efficientista preconiza a exacerbação do poder punitivo estatal, com endurecimento das penas e expansão de condutas criminalizáveis, e sobrepõe o fator “eficiência” aos direitos fundamentais. Em síntese, nesse cenário, a eficiência representa punir mais e com mais severidade, em detrimento de um direito penal minimalista.

Com esse paradigma, forma-se um direito penal efficientista, do discurso da lei e da ordem, que se revela na acepção de um direito penal máximo e propõe solucionar os problemas dos novos desafios da criminalidade do mundo globalizado por mecanismos nada democráticos. Nesse ponto, sobressai o crime organizado, especialmente o transnacional, como uma das formas de criminalidade que passou a

---

<sup>43</sup> Destacamos o significado de globalização como sendo “[...] um novo momento de poder planetário correspondente à era da revolução tecnológica, da sociedade da comunicação e do espetáculo caracterizado por transformações nas noções de tempo, espaço e movimento, por transformações econômicas (na esfera da produção e da acumulação de riqueza, e na esfera do mercado e do consumo, com a produção de desemprego estrutural, precariedade e flexibilização do trabalho), transformações políticas (erosão seletiva da soberania e do Estado-nação, do espaço público e da democracia, desestruturação do Estado social), transformações culturais e subjetivas (individualismo possessivo, mercantilização da vida, consumismo radicalizado, sentimento de intolerância para com o Outro, sentimento de insegurança e medo, fragmentação social e de classe)” (ANDRADE, 2016, 38-39).

ser enfrentada por meio de políticas criminais eficientistas, da prisão como *prima ratio* e da flexibilização ou supressão de garantias penais e processuais penais.

Nesse panorama, Ferrajoli (2008b) reconhece na crise do direito penal a quebra das suas funções e fundamentos garantistas, destacando sua incapacidade de produzir regras à altura dos novos desafios da globalização.

As tensões entre o garantismo e o eficientismo se desenvolveram a partir das últimas décadas do século XX, no panorama da globalização, fenômeno vinculado às transformações econômicas e políticas que marcaram o capitalismo após a Segunda Guerra Mundial.

Essas tensões culminaram no neoliberalismo, caracterizado sobretudo pela intervenção estatal mínima no plano econômico e máxima no plano penal – terreno fértil para o desenvolvimento do eficientismo penal –, o que justifica uma breve incursão teórica sobre a evolução do capitalismo a partir do pós-Segunda Guerra, a fim de evidenciar, com mais clareza, o subsequente processo de globalização, sem dúvida o responsável pelo estabelecimento de uma nova ordem social na qual o expansionismo penal assumiu lugar de destaque.

Assim, no presente capítulo, apresentamos um breve panorama do desenvolvimento capitalista pós-Segunda Guerra Mundial e o sucedâneo fenômeno da globalização, em razão do significativo impacto dessas mudanças sobre a produção teórica das ciências sociais, que resultaram em novos critérios de racionalidade do direito penal e das políticas criminais modernas e pós-modernas.

Nesse escopo, a intenção não é pormenorizar as causas da crise do capitalismo do século XX, mas tão somente trazer à tona elementos teóricos de racionalidade e justificação, que possibilitem abstrair da reconfiguração do sistema econômico mundial do pós-Segunda Guerra as forças políticas e econômicas responsáveis pelo expansionismo penal nas últimas décadas daquele século, sob a influência de direito penal máximo em contraposição às teorias minimalistas.

Ademais, essas reflexões também se vinculam às transformações no constitucionalismo do período pós-Segunda Guerra, marcado, no plano político, pela evolução das formas de Estado<sup>44</sup>, do Estado Liberal ao Estado Social, e pelo

---

<sup>44</sup> Nesse ponto, Bonavides (2008) acentua que o Estado, desde a sua inauguração, apresentou três formas imperantes de organização, sendo a primeira o Estado constitucional da separação de Poderes (Estado Liberal); a segunda, o Estado constitucional dos direitos fundamentais (Estado Social); e a terceira, o Estado constitucional da democracia participativa (Estado democrático-participativo). (BONAVIDES, 2008).

delineamento de horizontes para o estabelecimento do Estado democrático-participativo.

Contextualizando, no âmbito econômico, o pós-Segunda Guerra indica um período de acelerado desenvolvimento dos países capitalistas, notadamente dos Estados Unidos – que nessa conjuntura passaram a exercer a hegemonia do mundo capitalista –, marcado pela refutação do paradigma econômico clássico, do liberalismo econômico, e pela progressiva adesão ao modelo capitalista fordista-keynesiano.

Trata-se, portanto, de um período de intervencionismo estatal e de fortalecimento do Estado Social com matriz na Europa, também denominado de Estado do bem-estar social, Estado Providência, *Welfare State* ou Estado constitucional dos direitos fundamentais, caracterizado como:

[...] um Estado que protege todos os seus cidadãos dos caprichos do destino, de desventuras individuais e do medo das humilhações sob todas as formas (medo de pobreza, exclusão e discriminação negativa, saúde deficiente, desemprego, falta de moradia, ignorância), que assombravam as gerações pré-guerra (BAUMAN; BORDONI, 2016, p. 17).

Com base no exposto, oportuno destacar nosso entendimento acerca do objetivo prioritário desse intervencionismo econômico, no sentido de garantir o pleno processo de acumulação de capital, com base no estímulo ao aumento do consumo alavancado pela geração de empregos, razão pela qual o trabalho passou a ter um papel de destaque nesse contexto, com garantia de empregos e políticas protecionistas à classe trabalhadora.

No processo de valorização do trabalho e protecionismo da época, os movimentos sindicais e sociais também contribuíram para acelerar as mudanças nas políticas sociais das democracias constitucionais pós-modernas. Em razão do antagonismo capital/trabalho e da necessidade de conter os conflitos prejudiciais ao desenvolvimento do capital, estabeleceu-se um pacto entre empresários, trabalhadores e governo.

A esse pacto, Gaspar (2014) refere-se como mecanismo de funcionamento daquela fase cumulativa de capital:

O crescimento econômico vigoroso, a geração maciça de empregos, a elevação da renda e a incorporação de milhões de trabalhadores no mercado

---

de consumo verificada nos países centrais do capitalismo não teriam sido possíveis sem a colocação em prática de um mecanismo político, comandado pelos respectivos estados nacionais, pelo qual foi estabelecida uma espécie de pacto social tripartite, englobando governo, empresários e trabalhadores (GASPAR, 2014, p. 269).

Gaspar (2014) explica que o pacto entre governo, empresários e trabalhadores representava a base da existência do *Welfare State*. Por meio desse ajuste, os empresários entravam com os empregos, com salários em níveis aceitáveis e com o repasse – ao menos parcial – dos ganhos de produtividade, bem como com investimentos na elevação da capacidade produtiva. Os trabalhadores, por sua vez, se comprometiam a cumprir as cláusulas previstas em seus contratos de trabalho e a moderar suas reivindicações, circunscrevendo-as nos estritos marcos das economias de mercado. Já o governo entrava como avalista dessas condições e, por intermédio de um sistema tributário fortalecido, se comprometia a transformar receitas fiscais em bens e serviços públicos à classe operária.

Diversos estudos no âmbito das ciências sociais apontam o período pós-Segunda Guerra como de extraordinário crescimento do capital, o qual se estendeu até o início da década de 70. Outrossim, trata-se, ainda, de um período de grande evolução do Estado Social, patrocinador de diversos direitos sociais e trabalhistas.

O historiador Eric Hobsbawn denominou esse período de *Era de Ouro*, em alusão à prosperidade econômica do momento.

A uma Era de Catástrofe, que se estendeu de 1914 até depois da Segunda Guerra Mundial, seguiram-se cerca de 25 ou trinta anos de extraordinário crescimento econômico e transformação social, anos que provavelmente mudaram de maneira mais profunda a sociedade humana que qualquer outro período de brevidade comparável. Retrospectivamente, podemos ver esse período como uma espécie de Era de Ouro, e assim ele foi visto quase imediatamente depois que acabou, no início da década de 70 (HOBSBAWN, 1995, p. 14).

A partir dos anos 70, ao extraordinário desenvolvimento econômico e à acumulação capitalista das décadas anteriores seguem-se uma crise estrutural do capitalismo internacional e a manifestação de uma nova divisão internacional do trabalho e da produção.

“A história dos vinte anos após 1973 é a de um mundo que perdeu suas referências e resvalou para a instabilidade e a crise. E, no entanto, até a década de 1980 não estava claro como as fundações da Era de Ouro haviam desmoronado

irrecuperavelmente” (HOBBSAWN, 1995, p. 312). No plano econômico, esse momento retrata a crise do modelo intervencionista do Estado Social.

Sobre essa fase recessiva do capitalismo, Gaspar (2014) menciona que:

Quando a década de 1970 se inicia, as tensões da economia mundial se amplificam, repercutindo sobre o preço das matérias-primas e, principalmente, sobre o petróleo, insumo energético que constituía o próprio paradigma da civilização do século XX. Nos Estados Unidos, as condições da crise latente convergiam de maneira particularmente explosiva, como não poderia deixar de ser, por sua condição de país-líder da economia global e expressão maior da era do petróleo barato, da dependência do automóvel e dos bens de consumo durável fabricados em boa medida com produtos derivados do petróleo, como o plástico (GASPAR, 2014, p. 278).

No plano social, como afirmou Bauman (2016), os anos que se seguiram ao início da década de 70 foram marcados pela manifestação da incapacidade de os Estados cumprirem suas promessas, ocasião em que a fé e a confiança no poder do Estado Social começaram a ruir.

Portanto, concluímos que a década de 70 representa o marco temporal que separa o *boom* do modelo econômico capitalista pós-Guerra do período de profunda recessão econômica das principais potências capitalistas. Essa crise, que teve reflexos na economia mundial, revelou a falência do paradigma econômico intervencionista e abriu espaço, nas décadas seguintes, para a reconfiguração do processo produtivo sob bases neoliberais.

Com efeito, os anos 80 apontaram para uma nova fase do capitalismo, de tendência neoliberal, marcada pela ampliação internacional dos mercados e derrubada de barreiras – territoriais, políticas e ideológicas – contrárias à expansão capitalista.

Nesse contexto, a dissolução da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) em 1991 representou tanto o fim da polarização mundial capitalismo *versus* socialismo, quanto a expansão da economia de mercado para os países do extinto bloco socialista, inaugurando o domínio mundial do capitalismo neoliberal e acelerando a derrocada do Estado de bem-estar social.

Para Ianni (1994), antes da queda do Muro de Berlim, em 1989 – fato que simboliza o fim da polarização do mundo entre o bloco capitalista e socialista –, havia sinais de que “a agressividade e a expansividade das forças sociais, econômicas, políticas e culturais do capitalismo afetavam duramente o mundo socialista como um todo” (IANNI, 1994, p. 3). Segundo o autor, a desagregação do bloco soviético foi

provocada, em certa medida, também por essa agressividade e expansividade, o que não significa, segundo ele, esquecer ou minimizar os desacertos produzidos no interior daquele sistema.

Foi nesse conturbado cenário econômico de evolução capitalista que o processo de globalização econômica ganhou forma e força, com desdobramentos em outros setores da vida humana. “A globalização é, de certa forma, o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista” (SANTOS, 2001, p. 23).

Compreendemos que a globalização econômica, progressivamente, foi robustecida com a transnacionalização de grupos econômicos, o que propiciou o aumento em escala mundial de transações financeiras com conexões transfronteiriças. “O capital perdia parcialmente sua característica nacional, tais como a inglesa, norte-americana, alemã, japonesa, francesa ou outra, e adquire uma conotação internacional” (IANNI, 2001, p. 55).

Para Gaspar (2015), a aplicação do receituário neoliberal promovido pelo núcleo dos países ricos, liderado pelos Estados Unidos e endossado pelo Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI), produziu um efeito perverso sobre o mercado de trabalho, destruindo centenas de postos de trabalho assalariado, substituídos pelo trabalho precário, terceirizado, com reflexos no aumento do desemprego e do subemprego.

Ianni (1994, p.6) explica que “o mesmo processo de amplas proporções que expressa a globalização do capitalismo expressa também a globalização da questão social”. Desse prisma, podemos destacar o aumento do desemprego em escala global, com diversos desdobramentos negativos no âmbito das relações sociais, entre eles a desestruturação social, o aumento das tensões e a violência urbana. Conforme o autor, “o desemprego estrutural pode implicar a formação da subclasse, uma manifestação particularmente aguda da questão social” (IANNI, 1994, p. 7).

A bem da verdade, reconhecemos que as últimas décadas do século XX foram marcadas por uma nova fase da economia global, caracterizada pelo crescente domínio das grandes corporações transnacionais e pela relativa redução de influência econômica dos Estados nacionais. No âmbito das políticas sociais, manifesta-se pela oposição às políticas de assistência do *Welfare State* – centrada nas classes trabalhadoras e segmentos sociais periféricos –, com mudanças estruturais no mundo do trabalho e das relações sociais.

Em escala mundial, difundiu-se a partir do final da década de 60 do século XX, como ideal de desenvolvimento econômico, o modelo capitalista estadunidense das grandes corporações financeiras e da desregulamentação dos mercados. Esse modelo econômico caracterizado pela exclusão social conduzia cada vez mais à pauperização daquelas populações sem capacidade de consumo, sobretudo dos países periféricos. “*Obviamente, el modelo de sociedad de corporaciones transnacionales es un modelo que no admite redistribución de la renta*” (ZAFFARONI, 2014, p. 13), o que, por conseguinte, resulta na formação de um grande contingente populacional desprovido das mínimas condições de dignidade de vida e trabalho.

Trata-se de um período marcado pela crise do Estado Social, que gradativamente foi sendo absorvido nas teias do neoliberalismo oriundo do processo de globalização econômica. Nesse aspecto, o processo de globalização se coloca “como contraponto das políticas do Welfare State, visto que representa uma lógica altamente concentradora, responsável pela exclusão de grandes contingentes populacionais do mundo econômico, pelo desemprego e pela precarização do mercado de trabalho” (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 24).

Isso significa que sobressaía uma lógica econômica nitidamente contrária à política assistencial do *Welfare State*, cujo resultado é a quebra do equilíbrio entre Estado e sociedade que caracterizava o período anterior. Evidencia-se, desse modo, um “Estado mais comprometido com tudo o que é transnacional, mundial ou propriamente global, reduzindo-se o seu compromisso com as inquietações, reivindicações ou tendências dominantes na sociedade civil” (IANNI, 2012, p. 21), tudo em decorrência da prevalência de interesses econômicos ligados ao capital financeiro e industrial transnacional.

Ianni (2012) relaciona essas mudanças ao processo de desestatização e desregulação da economia nacional, com a promoção simultânea da privatização de empresas produtivas estatais e dos sistemas de saúde, educação e previdência, além da abertura de mercados e facilitação das negociações e associações de corporações transnacionais com empresas nacionais. No plano social, o autor adverte acerca da redefinição, redução ou mesmo eliminação de muitas conquistas sociais de diferentes categorias operárias e outros assalariados, sempre utilizando-se palavras de ordem tais como “mercado”, “produtividade”, “competitividade”, com graves prejuízos para os que são obrigados a vender a sua força de trabalho para viver ou sobreviver.

Portanto, trata-se de um período de transição do Estado social para o Estado neoliberal, marcado pelo abandono de projetos sociais e nacionais em nome do capitalismo global, cujo reflexo mais representativo consiste na predominância econômica e política de forças supranacionais que passam a ditar um novo rumo para o desenvolvimento capitalista apartado das expectativas sociais e trabalhistas da sociedade civil.

Com efeito, o Estado Social teria pela frente duas alternativas, retroagir ao passado e com isso cair na armadilha neoliberal e globalizadora, ou avançar para o futuro, optar pela democracia participativa, inserindo na ordem constitucional direitos fundamentais de diversas gerações já reconhecidos e proclamados pelo constitucionalismo de nosso tempo (BONAVIDES, 2008).

No nosso entendimento, houve um retrocesso, com a prevalência do neoliberalismo e o enfraquecimento do Estado Social – tanto onde ele havia se fortalecido no pós-Guerra, quanto onde era incipiente – e o surgimento de um aparato estatal extremamente punitivo e encarcerador em relação à pobreza, principalmente nos países de economia periférica, onde os reflexos das políticas econômicas das grandes potências capitalistas eram sentidos com amplitude e intensidade. De fato, a globalização introduziu reformulações estruturais no plano político, econômico, social e cultural das sociedades pós-modernas.

Na esteira das consequências sociais e humanas negativas do processo de globalização, Andrade (2016) aponta: a radicalização do fosso que separa países ricos e pobres, centro e periferia, norte e sul do planeta, radicalização da desigualdade social planetária (inclusive nos países centrais), na forma de marginalização, miserabilidade e exclusão social.

No campo penal, o processo de exclusão social se manifestou com a conversão do Estado Social em Estado penal, abrindo-se um extenso espaço para a criminalização da pobreza e de políticas criminais antigarentistas.

Wacquant (2011), na obra *As prisões da Miséria*, retrata a transição estadunidense do Estado Social para o Estado Penal, revelando os caminhos pelos quais a *doxa punitiva* neoliberal, fundamentada em medidas que pretendem criminalizar a pobreza, foi exportada para a Europa e propagou-se para outros continentes.

Segundo o autor, “rastrear a difusão da *doxa* neoliberal e do arco diferencial da penalidade da pobreza dos dois lados do Atlântico nas últimas décadas do século XX

revela muito sobre a transformação do Estado e do poder de classe na era do neoliberalismo hegemônico” (WACQUANT, 2011, p. 23).

Convém mencionar que “a penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países [...]” (WACQUANT, 2011, p. 9).

Com base nesse cenário, somos da opinião de que, em face de populações cada vez mais desassistidas pelo Estado – em um quadro crítico de desemprego, de salários precários, desprovidas de condições mínimas de existência humana, potencialmente sujeitas a um turbilhão de mazelas sociais, representando sérias ameaças à economia de mercado –, o controle penal dos miseráveis tornou-se questão de sobrevivência do modelo econômico das grandes corporações financeiras do mundo globalizado. Como asseverou Zaffaroni (2014, p. 13), “*una sociedad que no redistribuye es una sociedad que necesita control punitivo y esse control punitivo se va agudizando conforme a las distintas realidades [...]*”.

Na sociedade capitalista globalizada, esse controle penal passava a ser exercido por meio de uma política criminal voltada prioritariamente para o encarceramento das massas, fato determinante para elevar a população carcerária a partir do final da década de 70, fenômeno que se intensificou nas décadas seguintes. Nesse sentido, Mathiesen (2003) assinala que:

Durante a primeira parte da década de 1970, a população das prisões de vários países ocidentais diminuiu [...]. Mas no final da década de 1970 e na de 1980, houve uma mudança. A tendência para a diminuição da população nas prisões ocorrida na primeira parte da década de 1970 terminou como “uma curva em forma de U”. No final desta década, a diminuição foi revertida. Durante a década de 1980, os números dispararam. E continuaram na de 1990, dando ao mundo ocidental o índice mais alto, de todos os tempos, da população carcerária. Entre 1979 e 1993, os índices norte-americanos aumentaram de 230 para 532 por 100.000, os canadenses de 100 para 125, os britânicos de 85 para 95, os noruegueses de 44 para 62, os holandeses de 23 para 52, e assim por diante. Além disso, os índices têm aumentado vertiginosamente desde 1993 (MATHIESEN, 2003, p. 81).

Para Bauman (1999), esse cenário de exacerbação quantitativa da população carcerária não se limita a um grupo selecionado de países, mas é quase universal, de modo que pode ser considerado um equívoco buscar explicação nas políticas estatais ou nas ideologias e práticas desse ou daquele partido político. Ou seja, “com toda probabilidade, essas causas estão relacionadas de forma mais do que contingente ao

amplo quadro de transformações conhecidas pelo nome de globalização” (BAUMAN, 1999, p. 123-124). Nesse sentido, Bauman (1999) destaca que:

Uma causa evidente do aumento do número de prisioneiros é a espetacular promoção de questões classificadas na rubrica da “lei e ordem” na panóplia de preocupações públicas, particularmente quando essas difusas preocupações se refletem nas interpretações doutas e autorizadas dos males sociais e nos programas políticos que prometem curá-las (BAUMAN, 1999, p. 124).

Como se pode observar, o controle penal do capitalismo globalizado neoliberal baseia-se na concepção de que a criminalidade violenta de rua é o grande inimigo causador da insegurança individual e coletiva, responsável pela arquitetura de uma sociedade tão encarceradora quanto encarcerada (ANDRADE, 2016).

Do exposto, conclui-se que “ao Estado neoliberal mínimo no campo social e da cidadania passa a corresponder um Estado máximo, onipresente e espetacular, no campo penal” (ANDRADE, 2016, p. 42). No âmbito do sistema penal, a ideologia econômica neoliberal traduziu-se principalmente pelo movimento da lei e ordem, tendo na política da tolerância zero<sup>45</sup> sua maior expressão.

Wacquant (2011) enfatizou que o movimento da lei e ordem:

[...] revela como a transição do Estado social para o Estado penal, conduzida pela guinada dos Estados Unidos para o hiperencarceramento como uma estranha política antipobreza, pressagia o advento de um novo governo de insegurança social, que une a ‘mão invisível’ do mercado de trabalho desregulado ao ‘punho de ferro’ de um aparato punitivo, onipresente e intrusivo (WACQUANT, 2011, p.19).

A política de tolerância zero, surgida nos Estados Unidos na década de 90 – executada na cidade de Nova York pelo prefeito Rudolph Giuliani e por William Bratton, chefe de polícia local –, internacionalizou-se, através da extraordinária expansão mundial de seu arcabouço teórico, impregnado de preconceito étnico-racial e voltado ao hiperencarceramento de segmentos sociais menos abastados.

---

<sup>45</sup> Estratégia baseada na teoria das janelas quebradas – *broken windows theory* –, desenvolvida em 1982 pelos americanos George Kelling e James Wilson, que relaciona desordem e indisciplina com crime. Daí a ideia é consertar os pequenos crimes e desordens para evitar que problemas maiores, de difícil solução, surjam em determinado espaço social. O termo “teoria das janelas quebradas” vem da seguinte metáfora: se um prédio tiver algumas janelas quebradas, e elas não forem reparadas, a tendência é que os vândalos quebrem outras janelas. Assim, os crimes mais graves seriam resultados de uma cadeia de comportamentos desordeiros que necessitam ser corrigidos antes de ganharem dimensões mais graves. Essa política teve grande influência sobre as estratégias de policiamento na década de 90 e, ainda hoje, inspira políticas de segurança pública pelo mundo.

Wacquant (2011) distingue três estágios da difusão transatlântica da “tolerância zero”:

- (i) a gestação, exibição e disseminação de expressões, teses e medidas - tais como “policimento com tolerância zero”, a “teoria da vidraça quebrada”, “a prisão funciona”, etc. - que convergem para punir a marginalidade social e seus correlatos, realizadas por institutos de consultoria americanos e seus aliados nos campos burocráticos e jornalísticos;
- (ii) a importação seletiva dessas expressões, teses e medidas mediante um trabalho de tradução e adaptação ao idioma cultural e à estrutura institucional nacionais, levado a cabo pelos funcionários público e líderes políticos dos diferentes países receptores;
- (iii) a “academização” das categorias da penalidade neoliberal por pesquisas pseudoacadêmicas, feitas sob medida para ratificar a abdicação do Estado social e econômico e legitimar a sustentação do Estado penal (WACQUANT, 2011, p.20).

Wacquant (2011) refere-se a esse processo de internacionalização como sendo a globalização da “tolerância zero”:

De Nova York, a doutrina da “tolerância zero”, instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda – a que se vê, a que causa incidentes e desordens no espaço público, alimentando, por conseguinte, uma difusa sensação de insegurança, ou simplesmente de incômodo tenaz e de inconveniência –, propagou-se através do globo a uma velocidade alucinante. E com ela a retórica militar da “guerra” ao crime e da “reconquista” do espaço público que assimila os delinquentes (reais ou imaginários), sem teto, mendigos e outros marginais a *invasores estrangeiro*, o que facilita o amálgama com a imigração, sempre rendoso eleitoralmente (WACQUANT, 2011, p. 36).

O modelo punitivo de Nova York foi recebido e implantado com entusiasmo em outros países. Como assinala Wacquant (2011, p. 39), “a experiência de Giuliani conquista êmulos apressados em todos os continentes”, concebida como solução extraordinária contra a violência e redução da criminalidade.

Conforme expõe Silva Sánchez (2002), efetivamente, as propostas do movimento de lei e ordem se direcionam no sentido de reclamar uma reação legal, judicial e policial mais contundente contra os fenômenos de delinquência de massas, da criminalidade das ruas, de característica marcadamente patrimonial.

Pelo exposto, podemos inferir que o capitalismo neoliberal foi responsável por exacerbar a pobreza e a miséria das populações periféricas, situação que contribuiu sobremaneira para desordem social e para aumento dos índices de criminalidade das massas.

Com razão, esclarece Silva Sánchez (2002, p. 98) que “[...] os movimentos de capital e mão-de-obra, que derivam da globalização da economia, determinam a aparição no ocidente de camadas de subproletariados, das quais pode proceder um incremento de delinquência patrimonial de pequena e média gravidade”.

Nesse panorama de ameaça ao pleno desenvolvimento do capital, o forte controle punitivo desses segmentos sociais – ainda que se contrapondo aos direitos das liberdades individuais e dignidade humana conquistadas em anos de lutas – apresentava-se como o contraponto necessário para o controle dessas populações.

Todavia, é de extrema importância mencionar que o processo de globalização neoliberal contribuiu não apenas para o crescimento da criminalidade tradicional, mas também para o surgimento e a expansão de novas formas de criminalidade.

Portanto, concluímos que no cenário criado pelo processo de globalização o direito penal se expandiu, convertendo-se de *ultima ratio* para *prima ratio*, para alcançar tanto a crescente criminalidade tradicional quanto as novas formas de criminalidade, tendência que se estende à contemporaneidade.

Nessa linha de raciocínio, é mister destacar que o estabelecimento do “Estado policial” representou a institucionalização de ideais antidemocráticos, consubstanciada na flexibilização ou supressão de direitos fundamentais no campo do direito penal e processual penal, condizente com a linha teórica do efficientismo penal em detrimento dos ideais garantistas.

### **3.2 O garantismo em contraposição ao efficientismo penal ante as novas formas de criminalidade**

A contraposição teórica entre o garantismo e o efficientismo penal desenvolveu-se no panorama do processo de globalização, cenário que propiciou a expansão do direito penal ante os novos desafios da criminalidade da globalização, mas também como forma de controle punitivo de populações sujeitas às vulnerabilidades sociais decorrentes do modelo econômico neoliberal.

Não podemos deixar de concordar com Milton Santos (2001) quando afirma que a globalização se impõe à maior parte da humanidade como uma “fábrica de perversidades”. Destaca o autor o caráter despótico da informação – apropriada por alguns segmentos sociais para satisfazer objetivos particulares e aprofundar os

processos de criação de desigualdades – e o dinheiro, como motor da vida econômica e social, “levando seus tentáculos a todos os aspectos da vida. Por isso, é lícito falar de tirania do dinheiro”.

No âmbito do direito penal, essa perversidade pode ser traduzida pelo discurso jurídico-penal que oculta a realidade do processo de criminalização e das práticas dos órgãos do sistema penal legitimadores de políticas criminais antiguarantistas.

Dessa forma, podemos dizer que as transformações provenientes da globalização econômica tiveram reflexos não apenas na vida cultural, social e política das sociedades pós-modernas, mas também nos sistemas jurídicos globais, com a abertura de fronteiras às novas demandas do capital e a redefinição do papel dos Estados na nova configuração mundial.

Nesse aspecto, vislumbramos que os efeitos da globalização alcançaram os diversos ramos do Direito para legitimar, por meio da ordem jurídica, a nova realidade do mundo globalizado, cujo desenvolvimento pleno exigia a minimização da interferência estatal na economia – exceto se essa ingerência fosse em prol do capital – e a maximização das técnicas de controle das massas, quer fosse para inseri-las como consumidoras ou para reprimi-las como obstáculos ao desenvolvimento capitalista da nova ordem mundial.

Na seara do direito penal, essas transformações significam primordialmente o aumento do controle punitivo, a hiperinflação legislativa e o encarceramento em massa, com base em medidas de flexibilização de direitos e garantias fundamentais historicamente positivadas nos diversos ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos de direito. Como asseveram Callegari e Wermuth (2010):

Enquanto outros ramos do direito vivem momentos de adaptação constitucional, revogação de leis ou apenas regulamentação administrativa, no âmbito do Direito Penal se verifica o contrário: proliferam os tipos penais intangíveis e abstratos; incriminam-se variadas atividades e comportamentos em inumeráveis setores da vida social; aumentam-se indiscriminadamente as penas; relativizam-se os princípios da legalidade e tipicidade mediante a utilização de regras com conceitos deliberadamente vagos, indeterminados e ambíguos; amplia-se extraordinariamente a discricionariedade das autoridades policiais, que passam a invadir esferas outrora reservadas ao Poder Judiciário; e, finalmente, reduzem-se garantias processuais por meio da substituição de procedimentos acusatórios por mecanismos inquisitivos, com a progressiva atenuação do princípio da presunção de inocência (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 9).

Oportuno lembrar que a resposta do Estado neoliberal aos conflitos sociais causados pela implantação da política antissocial consolidou-se através do controle institucionalizado das massas, exercido quase que exclusivamente por meio do sistema penal – pela política de tolerância zero –, justificando-se na necessidade de maximizar a punibilidade como condição *sine qua non* para o desenvolvimento e reequilíbrio econômicos.

Como vimos, a globalização, com sua política neoliberal, contribuiu para impulsionar a criminalidade tradicional, desenvolver novas formas de criminalidade, decorrentes dos avanços tecnológicos, das comunicações e da abertura de fronteiras, bem como para incrementar as atividades da criminalidade econômica e financeira.

Silva Sánchez (2002) afirma que os fenômenos econômicos da globalização e da integração supranacional deram lugar à conformação de novas modalidades de delitos clássicos, assim como à aparição de novas formas delitivas. Destaca, ainda, que a integração supranacional gera uma delinquência contra os interesses financeiros da comunidade (fraude orçamentária – criminalidade alfandegária –, fraude às subvenções), ao mesmo tempo em que contempla a corrupção de funcionários das instituições da integração.

Essas assertivas revelam a progressiva transformação do direito penal clássico, cujo eixo girava em torno da proteção de bens jurídicos individuais – vida, integridade física, liberdade, patrimônio –, de perigo concreto, para o direito penal moderno, voltado também a proteger bens jurídicos universais, supraindividuais, de titularidade difusa. Esse movimento dá ensejo à criação de diversos tipos penais de perigo abstrato, alcançando novas manifestações de criminalidade, sobretudo crimes econômicos, financeiros e ambientais.

Nesse contexto, o direito penal se expandiu, primeiramente para abranger a proteção de bens jurídicos individuais – tais como propriedade, vida, saúde, integridade física –, com o escopo de aumentar o controle social sobre uma população desprovida de recursos econômicos, em prol do desenvolvimento do capital. Posteriormente, a expansão do direito penal foi no sentido de abranger bens jurídicos metaindividuais, alcançando com isso a criminalização dos poderosos.

A esse respeito, assinala Silva Sánchez (2002, p.80) que “a criminalidade da globalização é criminalidade de sujeitos poderosos, caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas também políticos e sociais”. Como traços

marcantes dessa criminalidade, o autor destaca a capacidade de desestabilização geral dos mercados e a corrupção de funcionários e governantes.

A transformação do direito penal clássico para o direito penal moderno pode ser traduzida pelo fenômeno do expansionismo penal, que significa “a criação de novos ‘bens jurídico penais’, ampliação dos espaços de riscos jurídicos penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 21).

Para Silva Sanchez (2002), seria ingênuo situar as causas da expansão do direito penal exclusivamente no plano estatal, na superestrutura jurídico-política. Assim, o autor aponta nessa evolução causas mais profundas, situadas nas raízes do modelo social que se configurava no decorrer das últimas décadas do século XX, culminando na mudança de expectativas em relação ao papel do direito penal, que se revelou pelo aumento na demanda por mais proteção, ou seja, o incremento nas demandas irracionais por punição, acolhidas muitas vezes pela instituições estatais.

Feitos esses comentários acerca do expansionismo penal e antes de contrapormos o garantismo penal ao eficientismo<sup>46</sup>, diante das novas formas de criminalidade, parece-nos imprescindível compreender as duas formas de manifestações do expansionismo penal: o simbolismo e o punitivismo. Trata-se de fenômenos distintos, porém, interconectados, que se encontram no substrato da expansão do direito penal pós-moderno, nem sempre claramente diferenciados pela doutrina.

Nesse sentido, vale mencionar que, para Cancio Meliá (2015), as manifestações da expansão do ordenamento jurídico-penal abrangem essencialmente dois fenômenos: o “direito penal simbólico” e o “ressurgir do punitivismo”. Segundo o autor, os dois conceitos apenas identificam aspectos fenotípicos-setoriais da evolução global e não aparecem de maneira clinicamente limpa na realidade legislativa, sendo insuscetíveis de serem separados nitidamente.

Ademais, os dois fenômenos mencionados, à medida que passaram a influenciar de forma determinante, a partir do final da década de 70 do século XX, a atuação legislativa e a jurisdição de diversos países, resultaram na formação de uma cultura penal de emergência, claramente contraposta aos princípios garantistas,

---

<sup>46</sup> Cumpre ainda ressaltar que o eficientismo penal se compatibiliza com a noção de direito penal máximo e agrega na sua acepção o simbolismo e o punitivismo.

resultando na perda do racionalismo do direito penal e na derrocada do garantismo penal.

O desafio, portanto, proposto na presente tese, é justamente identificar na Lei n. 12.850/2013, Lei de Organização Criminosa, no que concerne aos crimes de *organização criminosa* e de *impedimento ou embaraço da investigação de infração penal*, manifestações desses fenômenos (punitivismo e simbolismo), uma vez que, como veremos no próximo capítulo, trata-se de uma legislação produzida no contexto de hiperinflação legislativa e de flexibilização de direitos fundamentais decorrentes do fortalecimento do estado penal da era global.

Nessa esteira, é possível que o legislador aprove determinada legislação de cunho punitivista apenas na expectativa de efeitos simbólicos. Todavia, essa mesma lei poderá sim ser aplicada a casos concretos e efetivamente surtir efeitos punitivistas.

Conforme explica Cancio Meliá (2015):

O que ocorre é que, na realidade, a denominação <<Direito Penal simbólico>> não faz referência a um grupo bem definido de infrações penais, caracterizadas por sua inaplicabilidade, pela falta de incidência real na <<solução>> em termos instrumentais. Tão só identifica a especial importância outorgada pelo legislador aos aspectos de comunicação política, a curto prazo, na aprovação das respectivas normas. Para tanto, inclusive, podem chegar a estar integrados em estratégias técnico-mercantilista de conservação do poder político, chegando até a criação consciente na população, de determinadas atitudes no que tange aos fenômenos penais que posteriormente são <<satisfeitas>> pelas forças políticas (CANCIO MELIÁ, 2015, p. 87).

Certo é que, independentemente da motivação do legislador na elaboração e aprovação da legislação penal de cunho punitivista, esta tem potencial suficiente para ser aplicada em um caso concreto, sendo factível que “[...] normas que em princípio poderiam ser catalogadas de <<meramente simbólicas>> possam ensejar um processo penal <<real>>” (CANCIO MELIÁ, 2015, p. 87).

Convém mencionar que Hassemer (1995), reconhecendo as dificuldades teóricas de um conceito preciso de *simbólico* ou *legislação simbólica*, indica como consenso global para explicar o fenômeno do direito simbólico a oposição entre a *realidade* e a *aparência*, entre o *manifesto* e o *latente*, entre o *verdadeiramente querido* e o *diversamente aplicado*, tratando-se sempre dos efeitos reais das leis penais. Segundo o autor, o *simbólico* é associado ao *engano*, tanto em sentido transitivo como reflexivo.

Desse modo, Hassemer (1995) identifica o simbolismo penal como aquele no qual as funções latentes predominam sobre as manifestas, do qual se espera que, através da norma e de sua aplicação, se realizem outros objetivos diversos daqueles descritos na norma.

Hassemer (1995) faz referência ao conceito de funções manifestas como as condições objetivas de realização da norma, aquelas que a própria norma alcança com sua formulação, de proteção do bem jurídico previsto em seu conteúdo. Já as funções latentes, segundo o autor, são múltiplas e se sobrepõem parcialmente umas às outras, envolvendo desde a satisfação da necessidade de apaziguamento da população até a demonstração de um Estado forte. A predominância das funções latentes fundamenta o “engano” ou “aparência” da norma, razão pela qual os fins descritos na sua regulação serem diferentes do que se espera dela.

Considerando os pressupostos teóricos mencionados, especialmente com referência aos ensinamentos de Hassemer, compreendemos o simbolismo penal como um fenômeno que pode ser explicado pela atitude voluntária do legislador em dissimular as reais intenções na formulação de determinada norma penal, com o escopo de atender a interesses políticos ou econômicos em detrimento da proteção do bem jurídico-penal ao qual se destina.

Na realidade, pouca ou nenhuma eficácia prática pode-se, a princípio, esperar dessas normas simbólicas, mas tão somente a realização de objetivos não implícitos em seu conteúdo normativo, que pode ser traduzido pelo “[...] encobrimento da incapacidade do Estado no enfrentamento de determinados problemas sociais” (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 10), criando na população a ilusão da segurança por meio de leis penais rigorosas.

Por fim, como assinalou Hassemer (1995), o direito penal simbólico é um fenômeno da crise da política criminal da época, orientada pelas consequências, de modo que direito penal converte-se em instrumento de proteção de bens jurídicos universais e delitos de perigo abstrato, direito que está em conformidade com a imagem de insegurança global e da sociedade de risco. Trata-se, segundo o autor, do direito penal com função de engano e que não cumpre a tarefa de uma política criminal, minando assim a confiança da população na administração da justiça.

É oportuno destacar também os ensinamentos de Ripollés (2003) acerca dos efeitos instrumentais e simbólicos da pena, ao considerar que os primeiros – vinculados ao fim ou função de proteção de bens jurídicos – teriam a capacidade de

modificar a realidade social, prevenindo a realização de comportamentos indesejados, ao passo que os efeitos simbólicos estariam ligados ao fim ou função de transmitir à sociedade determinadas mensagens e conteúdos valorativos.

Não podemos olvidar que, conforme menciona Cancio Meliá (2015), a utilização do direito penal aparece não somente como instrumento para produzir tranquilidade à sociedade, mediante o mero ato de promulgação de normas evidentemente destinadas a não serem aplicadas, mas também com a intenção de promover a efetiva aplicação da lei em processos de criminalização “[...] que conduzem a normas penais novas que sim são aplicadas ou se verifica o endurecimento das penas para normas já existentes. Desse modo, inverte-se o processo havido nos movimentos de reforma das últimas décadas, em que foram desaparecendo diversas infrações” (CANCIO MELIÁ, 2015, p.81).

Na verdade, o direito penal pós-moderno vem sendo utilizado não apenas no sentido de promulgar leis penais simbólicas, mas também voluntariamente, como instrumento punitivista destinado a ser efetivamente aplicado com todo seu rigor a casos concretos.

No sentido de explicar o punitivismo, recorreremos aos ensinamentos de Carrión (2018), que identifica essa manifestação do expansionismo penal como uma corrente penal segundo a qual a função punitiva do Estado deve ser um instrumento de combate duro e eficiente contra a criminalidade, além de ter preferência a qualquer outra opção de política criminológica.

Vale consignar que Carrión (2018) relaciona o punitivismo ao incremento de sanções, criação de novos tipos delitivos, principalmente de perigo, desrespeito e violação de direitos fundamentais, e ao aumento desmensurado das leis penais para solucionar conflitos sociais, indicando que nessa acepção o direito penal apresenta-se como *prima ratio* para todos os problemas sociais.

Para o autor, o punitivismo atenta contra o devido processo legal e contra o princípio da proporcionalidade quando as novas penas previstas não guardam relação com o delito e se apresentam excessivas. Portanto, essa corrente é incompatível com a democracia e ofende a dignidade humana.

Como se observa, o punitivismo tem estreita relação com o direito penal do inimigo que, segundo Cancio Meliá (2015), em referência à teoria de Günther Jakobs, se caracteriza por três elementos: um amplo adiantamento da punibilidade; penas previstas desproporcionalmente altas, especialmente a antecipação da barreira de

punição, que não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada; e determinadas garantias processuais relativizadas ou inclusive suprimidas.

Com base nessas considerações acerca do simbolismo penal e do punitivismo, como manifestações do expansionismo penal, cumpre evidenciar alguns aspectos basilares da contraposição garantismo penal/eficientismo penal.

No panorama da globalização, o desenvolvimento das teorias do garantismo e do efficientismo – com influências marcantes nas políticas criminais pós-modernas – define opções por medidas penais materiais e processuais penais em direções diametralmente contrárias, ou seja, de oposição ao expansionismo penal e de confluência.

Dessa perspectiva, o garantismo penal preconiza um direito penal mínimo e inspira políticas criminais reducionistas, essencialmente vinculadas aos direitos e garantias fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana patrocinados por um Estado constitucional democrático.

O efficientismo penal, por sua vez, preconiza um direito penal máximo que inspira políticas criminais expansionistas, de relativização de direitos e garantias, de ideais antidemocráticos, aproximando-se do modelo de estado autoritário ou totalitário.

Para o efficientismo penal, a eficácia da resposta punitiva está condicionada ao rigor das medidas penais e processuais penais. Atua no sentido de uma “eficácia invertida”, termo utilizado por Andrade (2006), apresentando o sistema penal minimalista a partir de uma crise conjuntural de eficiência.

Porém, no que se refere ao garantismo, o que realmente compromete a eficácia da norma garantista é sua inobservância de sua aplicação pelos órgãos responsáveis. Desse modo, o garantismo não representa obstáculo à eficácia da política criminal minimalista que o sustenta e sim um reforço nos ideais de proteção dos direitos fundamentais, limitando os excessos estatais.

O garantismo penal, conquanto teoria de princípios democráticos e de defesa da dignidade humana, é contrário a qualquer arbitrariedade do poder. O minimalismo penal preconizado por esse paradigma corresponde aos anseios de um direito penal democrático, que reduz a patamares mínimos possíveis a intervenção penal, maximizando, por conseguinte, as liberdades individuais.

Como asseverou Ferrajoli (2002), direito penal mínimo significa condicionado e limitado ao máximo, e corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos ante o arbítrio punitivo, mas também ao ideal de racionalidade e de certeza de que nenhum inocente seja punido.

Vislumbramos que, tendo como base a racionalização, o garantismo visa a impedir os excessos punitivistas, uma vez que a restrição da margem de atuação estatal sobre as liberdades individuais dos cidadãos reduz as possibilidades de abusos aos direitos e garantias fundamentais.

Além do que, ao introduzir a ideia de serem necessárias formas alternativas de composição de conflitos – por meio de outros ramos do direito –, assim como de redução do tempo das penas privativas de liberdade e da limitação da pena de prisão aos casos mais graves, sinaliza no sentido de contrair a população carcerária e não de expandi-la.

Em contraposição a isso, o efficientismo penal preconiza um direito penal como *prima ratio*, concebido como solução para todos os males sociais, a fim de maximizar o controle estatal sobre a liberdade individual, atendendo à lógica (irracional) de que o aumento da repressão do Estado sobre o indivíduo é o remédio mais eficaz para conter a criminalidade. Disso resulta o estímulo na produção legislativa para abranger inúmeros comportamentos considerados desviantes, segundo critérios morais e políticos, e o aumento no rigor das leis existentes.

Dessa forma, concluímos que, no campo da elaboração legislativa, o efficientismo penal conduz à hiperinflação legislativa e ao excesso punitivista, ao passo que o garantismo penal reduz a atuação do legislador, ao reservar o direito penal para situações excepcionais, quando outros ramos do direito se revelem insatisfatórios na solução dos conflitos.

Vale mencionar que a teoria do direito penal do inimigo de Jakobs é manifestação teórica clara do efficientismo penal, receptiva à aplicação de um direito penal de restrições de garantias fundamentais aos “inimigos da sociedade”; ao passo que aos cidadãos se aplicaria o direito penal do cidadão, preservando essas garantias. Verifica-se, nesse plano, a contraposição ao ideário do Estado democrático de direito, que não admite a afronta aos direitos fundamentais, inclusive o tratamento diferenciado entre as pessoas.

Todavia, “é preciso dizer que é visivelmente a intenção de Günther Jakobs salvar a característica de Estado de Direito no direito penal do cidadão, dividindo o

direito penal hoje em vigor num direito parcial ‘do cidadão’ e um ‘direito parcial do inimigo’” (PRITTWITZ, 2004, p. 7).

Certamente que essa pretensão de Jakobs, como asseverou Prittwitz, fracassou, pois, “o direito penal como um todo está infectado pelo direito penal do inimigo; é totalmente impensável a reforma de uma parte do direito penal para voltar a um direito penal do cidadão realmente digno de um Estado de Direito (PRITTWITZ, 2004, p. 7).

No nosso entendimento, a cisão do direito penal – em direito penal do cidadão e do *inimigo* – quebra a necessária unidade do direito penal democrático preconizado pela teoria garantista, posto que relativiza princípios fundamentais para uns e os mantém para outros, gerando uma instabilidade no sistema jurídico, abrindo espaço para normas compatíveis com Estados totalitários.

Para Ferrajoli (2008a), o direito penal do inimigo equivale a uma dissolução do direito penal e violação radical dos direitos fundamentais. “A guerra (e a figura do inimigo) é a negação do Direito, que conhece apenas cidadãos e pessoas e não inimigos. No preciso momento em que se configura o arguido como inimigo, perde-se a legitimidade de o julgar” (FERRAJOLI, 2008b).

Concordamos com Prittwitz quando diz ser visível o dano que Jakobs causou com suas reflexões e seu conceito de direito penal do inimigo, de modo que “regimes autoritários adotarão entusiasmados a legitimação filosoficamente altissonante do direito penal e processual contrário ao Estado de Direito” (PRITTWITZ, 2004, p. 7).

Ademais, é importante frisar que, ao utilizar como critério de punibilidade a pessoa, *in casu*, o “inimigo”, em vez da conduta praticada, a teoria do direito penal do inimigo firma opção pelo direito penal do autor, destacando a periculosidade do agente em detrimento do fato delituoso. Isso implica, entre outras coisas, a antecipação da punibilidade, posto que voltada à personalidade do agente e não ao fato delituoso. Assim, a punibilidade passa a ter como referência, em vez da culpabilidade atinente à conduta, a periculosidade do infrator.

Disso resulta um modelo de antijuridicidade substancial e também formal ou convencional que solicita investigações sobre réus e não sobre crimes, e que corresponde a uma velha e nunca abandonada tentativa totalitária: a concessão ontológica – ética ou naturalista – do crime como mal *quia peccatum* e não apenas *quia proihibitu*, e a idéia que se deva punir não apenas por *aquilo que se fez* mas por *aquilo que se é* (FERRAJOLI, 2006, p. 759).

Nessa linha de raciocínio, a teoria do direito penal do inimigo destaca o *inimigo* como um ser desajustado, que desrespeita o pacto social e, por conseguinte, deve ser afastado do convívio social, legitimando por isso sua exclusão das tutelas jurídicas materiais e processuais embasadas nos direitos fundamentais, como medida de prevenção ante sua periculosidade e em defesa da sociedade. Ou seja, para essas pessoas “[...] é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente” (ZAFFARONI, 2013b, p.11).

Com efeito, vislumbramos, em princípio, que a preponderância do autor sobre o fato delituoso possibilita o diálogo do eficientismo penal com a criminologia positivista – caracterizada pela análise microssociológica do fenômeno criminal, bem como pelo abandono do humanitarismo do sistema penal preconizado por Beccaria<sup>47</sup>. Retoma, assim, a concepção de criminoso fundamentada no paradigma etiológico<sup>48</sup>, do criminoso como pessoa com características biopsicológicas específicas, e orienta a investigação no sentido do comportamento do infrator, o que justifica a intervenção repressiva do Estado, no intuito de proteger os cidadãos “bons” das condutas perigosas dos desajustados, criando um estereótipo do delinquente, *in casu*, o *inimigo* associado aos segmentos sociais mais pobres da população<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> A literatura jurídica tem enfatizado principalmente o humanitarismo de Beccaria, conquanto sua obra *Dos delitos e das penas* denunciar também manifestações do utilitarismo em relação aos fins da pena, expondo a necessidade e utilidade desta para a segurança e ordem social. Nesse sentido, Beccaria justifica a aplicabilidade da pena de morte “[...] nos instantes confusos em que a nação está na dependência de recuperar ou perder sua liberdade, nos períodos de confusão quando se substituem as leis pela desordem; e quando um cidadão, embora sem a sua liberdade, pode ainda, graças às suas relações e aos seu crédito, atentar contra a segurança pública, podendo a sua existência acarretar uma revolução perigosa no governo estabelecido” (BECCARIA, 2014, p.48). Nesse sentido, Duek Marques (2016b) aponta que Beccaria, com amparo na economia política do poder punitivo, segundo critérios de necessidade e utilidade, busca uma relação dialética entre a máxima segurança da coletividade e a máxima liberdade dos súditos. Duek Marques (2016b) menciona a admissibilidade da pena capital por parte de Beccaria, quando o delinquente, mesmo preso, conserve relações que possam colocar em perigo a segurança nacional ou quando sua vida pode comprometer a forma de governo estabelecida. Outro aspecto relevante apontado por Duek Marques é que Beccaria considera a pena de prisão perpétua mais eficaz do que a pena de morte, por esta ser passageira e menos terrível que o exemplo longo e reiterado da privação de liberdade, além de a prisão possibilitar ao infrator recompensar com seu trabalho o mal causado à sociedade.

<sup>48</sup> O discurso etiológico sobre criminalidade é a marca da criminologia positivista, que trabalha com um método causal-determinista fundado na pergunta: por que certas pessoas cometem crimes? Por isso, orienta a investigação para as causas determinantes do comportamento criminoso, uma realidade objetiva estudada como coisa, conforme propõe Durkheim (SANTOS, 2001, p.8).

<sup>49</sup> Nesse mister, vale consignar que o positivismo criminológico surgiu no século XIX na Europa e representou uma ruptura do pensamento liberal-iluminista, notadamente ao retirar o foco do delito e colocá-lo no delinquente e incorporar o determinismo como causa explicativa da criminalidade. Sua projeção para além do continente europeu é irrefutável e, como expôs Zaffaroni (1988, p.169, *apud* BATISTA, 2015, p. 46), generalizou pelo mundo central um estereótipo “a partir de uma perspectiva puramente etiológica, que teve um grande sentido racista e que foi incorporando matizes *plurifatoriais*,

A partir do final do século XX, esse paradigma ganha nova dimensão, ao eleger outras categorias de inimigos, tais como: terrorismo, crime organizado e criminalidade econômico-financeira. O surgimento dessas novas categorias encontra-se intrinsecamente vinculado ao processo de globalização.

Para os fins desta tese, interessa o estudo da criminalidade organizada, fenômeno que, com o processo de globalização, diversificou e potencializou suas atividades ilícitas favorecidas pela flexibilização em escala mundial das transações de recursos financeiros, pelos avanços tecnológicos nas comunicações e transportes, e pela ampliação das fronteiras que facilitou a livre circulação de pessoas, mercadorias e serviços. Nessa senda, “criminalidade organizada, criminalidade internacional e criminalidade dos poderosos são, provavelmente, as expressões que melhor definem os traços gerais da delinquência da globalização” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 80).

No panorama pós-moderno, inferimos que o redimensionamento na acepção do *inimigo* – não mais associado exclusivamente à criminalidade tradicional, das massas, mas também às novas categorias de delinquência, como é o caso da criminalidade organizada – deve-se aos novos estudos de criminologia, especialmente da criminologia crítica<sup>50</sup>, ao se aprofundar nos mecanismos seletivos do sistema penal

---

sem nunca questionar a legitimidade mais ou menos natural da seletividade do sistema penal”. Os criminólogos positivistas aplicavam em suas pesquisas o método experimental das ciências da natureza, baseado na concepção da neutralidade e objetividade científicas ante o fenômeno criminológico. Por conseguinte, essa teoria enfatiza o delito como um fenômeno natural e social passível de ser compreendido pelo método científico e o delinquente como ser perigoso e anormal que ameaça a sociedade, agindo por determinismo e não pelo livre-arbitrio preconizado pela Escola clássica da criminologia.

Encontram-se na doutrina referências a três correntes do pensamento criminológico positivista: *antropológica*, *sociológica* e *jurídica*. A corrente *antropológica* desenvolveu-se com base nas formulações teóricas de Cesare Lombroso (1836-1909) – principalmente a obra de sua autoria intitulada *O Homem Delinquente*, publicada em 1876 – acerca do estudo do “homem delinquente” ou “criminoso nato, isto é, a pessoa com predisposição para delinquir em decorrência de características biológicas e anatômicas. Cesare Lombroso “elaborou a tese de que o delinquente é uma espécie de gênero humano que comete necessariamente crimes, em razão de seus caracteres antropológicos, explicado pelo atavismo” (DUEK MARQUES, 2016a, p.136). A corrente *sociológica* foi inaugurada por Enrico Ferri (1856-1929), cuja obra *A Sociologia Criminal* contesta o livre-arbitrio e “sustenta ser o momento de inaugurar a fase sociológica, com medidas sociais preventivas e repressivas que respondam à gênese do delito de forma mais eficaz e humana na defesa da sociedade” (DUEK MARQUES, 2016a, p. 140). Quanto à vertente *jurídica* do positivismo criminológico, destaca-se como principal teórico Rafael Garofalo (1851-1934), que na sua obra denominada *Criminologia*, entre outras ideias, desenvolveu a concepção de delito natural, compreendido como aquele “válido em qualquer época e em qualquer sociedade. O delito natural é aquele caracterizado pela ofensa ao senso moral, formado pelos sentimentos de piedade e de probidade”. Para Garofalo, “o delinquente típico é totalmente desprovido de altruísmo, ou seja, dos instintos de benevolência e piedade” (DUEK MARQUES, 2016a, p. 142).

<sup>50</sup> O advento da criminologia crítica – no início da década de 70 – marca a mudança do enfoque microssociológico da criminalidade para o macrosociológico, fundamentado em análises estruturais do sistema penal e suas interfaces com o capitalismo. Confere uma perspectiva teórica objetiva, estrutural e funcional aos desvios sociais, “opondo ao enfoque biopsicológico o enfoque macrosociológico, a criminologia crítica historiciza a realidade comportamental do desvio e ilumina a

e retomar o enfoque da criminalidade dos poderosos ou do *colarinho branco*, desenvolvido por Edwin H. Sutherland em *Crime de Colarinho Branco*<sup>51</sup> (*White Collar Crime*). Nessa obra, publicada em 1949, o autor extrai da relação entre economia e controle social os instrumentos de criminalização da pobreza e ocultação da criminalidade dos poderosos<sup>52</sup> ou criminalidade do *colarinho branco*.

Sutherland, ampliando o campo de estudo da criminologia para além das estatísticas oficiais, pretendia comparar a criminalidade nas classes sociais superiores com a criminalidade nas classes inferiores, a fim de desenvolver uma teoria geral adequada sobre a criminalidade (VERAS, 2010, p. 24).

No âmbito da criminalidade organizada, adotamos o entendimento de que os estudos da criminologia crítica acerca de crimes do *colarinho branco* fornecem subsídios para refletir sobre o fenômeno criminológico “crime organizado”, no sentido da sua ocorrência em todos os segmentos sociais e não apenas nos rotulados pelo sistema penal.

Com efeito, evidencia-se o crime organizado das elites relacionado principalmente à corrupção política e à criminalidade econômico-financeira. Certo é que as organizações criminosas tanto podem configurar-se como criminalidade das massas, quanto criminalidade dos poderosos.

Oportuno mencionar que, para Sutherland (2015,p.33-34), “o crime de colarinho branco pode ser definido aproximadamente como um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e alto *status* social no curso de sua atividade”.

Segundo Veras (2010):

Sutherland criou o termo *white collar crime* para dar ênfase à posição social dos criminosos (que seria o fator determinante de seu tratamento diferenciado) e trouxe para o campo científico o estudo do comportamento de

---

relação funcional ou disfuncional com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações de produção e de distribuição” (BARATTA, 2014, p. 160). Do ponto de vista da criminologia crítica, o sistema penal direciona-se apenas para certo grupo de pessoas – os vulneráveis em razão de determinadas características físicas e condições sociais –, não atingindo, teoricamente, as elites sociais.

<sup>51</sup> Nessa obra, Sutherland expôs os resultados da investigação de práticas criminosas nas 70 maiores empresas dos Estados Unidos da época.

<sup>52</sup> A despeito de algumas interpretações na doutrina acerca das diferenças entre criminalidade dos poderosos e do colarinho branco, compreendemos que se trata de categorias semelhantes na medida em que envolvem pessoas de *status* privilegiado, quer seja pelo poder econômico, quer pelo poder político ou atividade que exercem ou ambos fatores, razão de utilizarmos os três termos – criminalidade dos poderosos, das elites e do colarinho branco – como sinônimos, diferenciando-os da criminalidade que envolve *status* sociais inferiores, notadamente de menor poder econômico.

empresários, homens de negócios e políticos como autores de crimes profissionais e econômicos, o que antes não ocorria (VERAS, 2010, p. 24).

Em suas formulações, Sutherland (2015) esclarece que as patologias sociais e pessoais não servem para explicar adequadamente o comportamento criminoso, refutando as teorias gerais do comportamento criminoso fundamentada nessa premissa teórica. Por conseguinte, esclarece que pessoas da classe econômica mais alta estão engajadas em muitos comportamentos criminosos. Porém, em geral, essas condutas permanecem na cifra negra – não computadas nas estatísticas criminais –, pois a administração da justiça criminal não as alcança na mesma medida do que ocorre com as classes mais baixas.

Para Sutherland (2015), a questão significativa sobre o crime de colarinho branco é que ele não está associado à pobreza ou às patologias sociais e pessoais que a acompanham, de modo que sendo possível demonstrar que esses crimes ocorrem com frequência, conclui-se então que a teoria geral que relaciona a criminalidade à pobreza e às suas patologias deve ser vista como inválida.

Com base no exposto, o autor sugere que o estudo dessa categoria de crime possa ajudar na identificação de fatores comuns a ricos e pobres, relevantes para uma teoria geral do comportamento criminoso não mais associada às patologias sociais e pessoais.

Nessa linha de raciocínio, as reflexões de Sutherland acerca dos crimes de *colarinho branco* são de extrema relevância no atual panorama da criminalidade do mundo globalizado, conquanto despontam inúmeras condutas delituosas praticadas pelas elites políticas e econômicas ao redor do mundo. No Brasil, essas práticas delituosas são sintomáticas e revelam o envolvimento desses segmentos sociais com organizações criminosas vinculadas a corrupção e crimes financeiros e tributários. Todavia, é importante destacar que:

Mais de meio século após o trabalho de Sutherland, os crimes do colarinho branco ainda persistem como um vácuo na reação social e as estatísticas certamente continuam refletindo de forma predominante a repressão aos crimes tradicionais contra o patrimônio praticados pelos pobres e estigmatizados (VERAS, 2010, p. 45).

Essa realidade, que coloca a criminalidade do colarinho branco em uma posição privilegiada no processo de criminalização, decorre de diversos fatores, tais como: o poder econômico que facilita a eliminação da ameaça de punibilidade; as

dificuldades dos órgãos de persecução penal de comprovar as atividades ilícitas desse segmento social ante a sofisticação das condutas e dos meios; e a utilização, pela defesa, de subterfúgios da lei processual penal a favor dessa elite. Ademais, nesse plano, Bauman (1999) faz referência à errática e esporádica, ou até mesmo inexistente, vigilância do público no que diz respeito aos crimes do colarinho branco. Segundo o autor, seria preciso uma fraude realmente espetacular, cujas vítimas pudessem ser pessoalmente nomeadas e, ainda assim, um pequeno exército de jornalistas da imprensa popular, para despertar e conservar a atenção do público por mais de um ou dois dias.

Hoje, diante dos desafios da criminalidade da globalização, concluímos que o direito penal se revela concatenado, sobretudo, ao eficientismo penal, que teoricamente abraça todos os segmentos sociais no tocante à criminalização primária e secundária<sup>53</sup>; contudo, no plano concreto, predomina a política criminal destinada à criminalização secundária das massas.

O resultado disso, entre outros, é o fortalecimento do punitivismo estatal que, de fenômeno relacionado primordialmente à criminalidade das massas – consubstanciado principalmente na política de tolerância zero –, adquiriu contornos mais amplos, para abranger, ao menos no âmbito da criminalidade primária, novas formas de criminalidade, não raro relacionadas aos poderosos (econômica, financeira e ambiental), além do terrorismo e do crime organizado.

Portanto, por volta da década de 70 e início dos anos 80, a expansão do direito penal ocorria no sentido de alcançar a pequena e média criminalidade das massas e das ruas. Entretanto, essa onda evolutiva, nos anos 90 e início do século XXI, ganhou amplitude, alcançando também a criminalidade das elites.

Nesse panorama, Baratta (2014) chama a atenção para o interesse das classes subalternas em deslocar a então política criminal para zonas de nocividade social imunes ao processo de criminalização, mas, em muitos casos, socialmente mais danosas do que o desvio criminalizado e perseguido, visando a efetiva penalização desses segmentos, como é o caso da criminalidade econômica, ambiental, dos detentores do poder, etc.

---

<sup>53</sup> Analisando o direito penal como sistema dinâmico de funções, Baratta (2014) identificou três mecanismos do processo de criminalização: o mecanismo da produção de normas (criminalização primária); o mecanismo da aplicação das normas, do processo penal, que compreende a ação dos órgãos de investigação e culmina com o juízo (criminalização secundária); e o mecanismo da execução da pena ou das medidas de segurança.

Como afirmou Silva Sánchez (2002), de uma situação em que se destacava sobretudo “a espada do Estado contra o delinquente desvalido”, passa-se a outra em que se destaca “a espada da sociedade contra a delinquência dos poderosos”. Desse prisma, hodiernamente, não se pode negar, por exemplo, a percepção e o descontentamento social com a corrupção política das elites, que não raro se afigura como organização criminosa. Daí a crescente demanda por parte de diversos segmentos sociais no sentido de criminalizar esses grupos.

Segundo Silva Sánchez (2002), essa mudança pode ser atribuída ao fenômeno de identificação da maioria, pertencente aos níveis inferiores, como vítimas potenciais de delitos - como titulares reais de bens jurídicos individuais e difusos -, mais do que como potenciais autores de delitos. Esse fenômeno é favorecido, segundo o autor, pela conjuntura de uma sociedade majoritariamente de classes passivas, formadas por pensionistas, desempregados, consumidores, aposentados, ou seja, “sujeitos do bem-estar”, em uma conjuntura de crise do Estado-providencial.

A partir de determinado momento, percebe-se que os sujeitos pertencentes aos níveis inferiores da sociedade também são, acima de outras considerações, titulares “reais” de bens jurídicos individuais ou difusos e começam a ver a si mesmos mais como vítimas potenciais do que como autores potenciais. Com isso, aquela aliança um dia pretendida por um certo marxismo, entre delinquência e proletariado, se mostra absurda (SILVA SANCHEZ, 2002).

Como afirmou Silva Sánchez (2002), a profundidade e extensão das bases sociais da tendência expansiva do direito penal do final do século XX nada tem a ver com aquelas que respaldavam o movimento de lei e ordem das décadas anteriores. Assim, conclui o autor que a nova representação social da então tendência expansiva evidenciava um consenso geral, ou quase geral, sobre as “virtudes” do direito penal como instrumento de proteção dos cidadãos, tendo as premissas ideológicas e do movimento de *law and order* se integrado a esse novo consenso.

Dessa forma, “a nova política criminal intervencionista e expansiva recebe as boas-vindas de muitos setores sociais antes reticentes ao direito penal, que agora acolhem como uma espécie de reação contra a criminalidade dos poderosos” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 53).

Portanto, essa nova onda evolutiva de apelo ao direito penal, do final do século XX, foi acolhida tanto pela direita política quanto pela esquerda que antes tecia críticas ao direito penal como instrumento de dominação de classe.

Com efeito, “aqueles que outrora repudiavam o Direito Penal como braço armado das classes poderosas contra as ‘subalternas’ agora clamam precisamente por mais Direito Penal contra as classes poderosas” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 64).

Cancio Meliá (2015), igualmente, faz referência à mudança de atitude da esquerda política, de uma linha que identificava a criminalização de determinadas condutas como mecanismos de repressão, voltados à manutenção do sistema econômico-político de dominação, para uma linha que descobre as pretensões de neocriminalização, especificamente de esquerda: delitos de discriminação, delitos no quais as mulheres são vítimas, etc.

Outrossim, Cancio Meliá (2015) menciona a mudança de atitude também da direita política, que descobre na aprovação de normas penais uma via para adquirir matizes políticas progressistas, e em matéria de política criminal ninguém quer ser conservador, mas progressista (até mais que todos os demais grupos).

Nesse processo de transformações do direito penal ocorrido no final do século XX, no sentido de alcançar a criminalidade dos poderosos, foi fundamental o fato de as massas passarem a se identificar como vítimas de diversos delitos que se revelaram ou se intensificaram com a nova ordem global.

Com base no exposto, podemos inferir que os reflexos dessas transformações foram sentidos tanto no âmbito de um relativo igualitarismo penal, quanto na demanda pela exacerbação do poder punitivo do Estado em face da criminalidade dos poderosos.

A concepção progressista que vislumbra o direito penal como instrumento de reação também aos crimes perpetrados pelos poderosos – como deve realmente ser o direito penal em um Estado democrático de direito –, pode expressar, em algumas ocasiões, excessos punitivistas direcionados aos delitos perpetrados por aqueles segmentos sociais. Nessa linha de raciocínio, oportuno mencionar que “aqueles que por assim dizer querem ‘inverter’ o direito penal, querendo voltá-lo principalmente contra os poderosos, também mostram uma perigosa tendência ao direito penal do inimigo, tendo apenas trocado de inimigo” (PRITTWITZ, 2004, p. 7). Nesse plano, o que se espera é um direito penal compatível com um Estado de direito, que de forma racional e igualitária encontre o equilíbrio ancorado nos direitos e garantias fundamentais.

O controle penal globalizado radicaliza a função simbólica do direito penal, por meio de uma hiperinflação legislativa, não poupando, ainda que simbolicamente, a

própria burguesia nacional (sonegadores, depredadores, corruptos, condutores de veículos, etc.), que se toma também vulnerável em face do poder globalizado do capital (ANDRADE, 2016, p. 41).

Diante desse quadro, a inconsequente e desmensurada demanda por novas condutas criminosas e mais rigor nas normas vigentes resultou em maior atuação do legislador na produção de normas antigarantistas, em contraposição ao convencionalismo penal e estrita legalidade preconizado por Ferrajoli (2006) que prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais, excluindo convenções penais arbitrárias e discriminatórias relativas a pessoas e não a fatos.

É importante mencionar que o incremento do direito penal simbólico e punitivista pós-moderno foi alavancado pelo clima de insegurança e medo em face do aumento da criminalidade tradicional e das novas ameaças à segurança no mundo globalizado, resultando na hiperinflação legislativa com o objetivo de afastar os obstáculos ao desenvolvimento do capital e criar a sensação de segurança e de controle estatal dos conflitos ameaçadores da paz social. Conforme acentua Andrade (2016):

[...] o controle penal globalizado radicaliza a função simbólica do Direito Penal através de uma hiperinflação legislativa, ou seja, a promessa e a ilusão de resolução dos mais diversos problemas sociais através do penal, ao tempo em que redescobre, ao lado dos tradicionais, os novos “inimigos” (o *mal*) contra os quais deve guerrear (terroristas, traficantes, sem-teto, sem-terra, etc.) não poupando, ainda que simbolicamente, a própria burguesia nacional (sonegadores, depredadores ambientais, corruptos, condutores de veículos, etc.), que se torna também vulnerável em face do poder globalizado do capital (ANDRADE, 2016, p.41).

Nesse ponto, evidencia-se o uso abusivo na edição de normas penais de caráter fundamentalmente simbólicas ou para tornar mais rígidas as normas penais vigentes e assim atender à expectativa da sociedade por mais segurança. Esse foi, sem dúvida, um campo fértil para admitir no âmbito penal – por meio da legitimação na doutrina e na legislação – a categoria do *inimigo* ou *inimigos* da sociedade, em contraposição ao direito penal das garantias fundamentais.

Assim, da perspectiva material e processual, sobressaem, nos diversos ordenamentos jurídicos, normas penais de exceção, tais como: a criminalização de atos preparatórios, estabelecimento de regime disciplinar diferenciado e restrições de direitos e garantias fundamentais.

Nessa linha de raciocínio e em consonância com o objeto desta pesquisa, cabe, então, verificar na legislação brasileira acerca do crime organizado – no que se refere aos crimes de organização criminosa e de impedimento ou embaraço à investigação de infração penal (art. 2º, *caput* e §1º, da Lei n. 12.850/2013) – a legitimidade substancial de seus conteúdos.

Da análise até então empreendida, evidenciamos a necessidade de algumas reflexões acerca da teoria da sociedade de risco, formulada pelo sociólogo Ulrich Beck, no livro intitulado *Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade*. Muito embora essa obra tenha sido publicada em 1986, é de irrefutável atualidade e relevância teórica para o exame do eficientismo penal e dos discursos jurídico-penais legitimadores de sistemas penais antiguarantistas.

A mencionada obra de Ulrich Beck retrata com pertinência a pós-modernidade, na qual vislumbra a universalização e democratização dos riscos, indicando que a produção social da riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção de riscos que ameaçam as pessoas em escala mundial.

Dessa perspectiva, os avanços econômicos, tecnológicos e científicos da era pós-moderna são acompanhados de riscos globais – reforçados por discursos midiáticos<sup>54</sup> – que, para Beck (2011), apresentam-se, nesse plano, como efeitos colaterais não intencionais e não desejados.

Segundo a tese de Beck (2011):

As sociedades modernas e seus fundamentos foram abalados pela antecipação de catástrofes globais (mudança climática, crise financeira, terrorismo). Tais percepções dos riscos e incertezas globalmente fabricados caracterizam-se por três aspectos. Primeiro, *deslocalização*: suas causas e consequências não se limitam a um local ou espaço geográfico; em princípio elas são onipresentes; Em seguida, *incalculabilidade*: suas consequências são, em princípio, incalculáveis; no fundo, trata-se de riscos “hipotéticos” ou “virtuais” que se baseiam especialmente em incógnitas cientificamente induzidas e dissensos normativos. Finalmente, *não-compensabilidade*: [...] dada a nova classe de ameaças à humanidade, a lógica da compensação entra em colapso e é substituída pelo princípio da “precaução pela prevenção” (BECK, 2011, p. 364).

Silva Sánchez, ao apreciar o fenômeno do expansionismo do direito penal, estende algumas de suas reflexões às análises do pensamento de Beck. Assinala

---

<sup>54</sup> Conforme esclarece Zaffaroni (2011, p.53) “a globalização foi precedida por uma revolução tecnológica que é, antes de tudo, uma revolução comunicacional. Este formidável avanço permite que se espalhe pelo planeta um discurso único, de características autoritárias, antiliberais, que estimula o poder punitivo muito mais repressivo e discriminatório, agora em escala mundial”.

como uma das consequências negativas do desenvolvimento econômico e avanços tecnológicos da globalização:

[...] a configuração do *risco de procedência humana como fenômeno social estrutural*. Isso, pelo fato de que boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos: riscos mais ou menos diretos para os cidadãos [...] que derivam das aplicações de técnicas dos avanços na indústria, biologia, genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações, etc. Mas também, porque a sociedade tecnológica, crescentemente competitiva, desloca para a marginalidade não poucos indivíduos, que imediatamente são percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 29).

Diante do mencionado progresso oriundo da globalização, importa mencionar, entre outros, como riscos globais de procedência humana que ameaçam em escala mundial todas as pessoas, criando um panorama de insegurança e medo: o terrorismo, a criminalidade organizada transnacional e as mudanças climáticas.

Progressivamente, o aguçado sentimento de insegurança e medo constantes ante a crescente criminalidade – tradicional e de novas formas oriundas da globalização – torna-se o principal fator de pressão sobre o Estado por mais segurança. Como resposta, o recurso ao direito penal por meio da hiperinflação de leis simbólicas e punitivistas, cujo escopo fundamental é apaziguar o medo e garantir uma ilusória sensação de segurança.

Não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva) (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 23).

Portanto, a ênfase dos discursos sociais de risco funciona como mecanismo de legitimação de um direito penal de risco que demanda o redimensionamento de seu campo de incidência e a reformulação do modelo penal clássico empregado na solução dos conflitos. Em outras palavras, isso implica, por um lado, a abrangência das criminalidades transindividuais, transnacionais e de tipos delitivos oriundos dos avanços tecnológicos; por outro lado, implica, igualmente, a relativização dos direitos fundamentais, com aplicação de medidas antigarantistas.

Por todo o exposto, concluímos que o direito penal da globalização se transmuda para um direito penal de risco, expandindo-se tanto em harmonia com política de tolerância zero – de criminalização das massas – quanto no sentido de combate às novas ameaças globais. Como instrumento utilizado para apaziguar a insegurança social ou punir com rigor, o direito penal de risco identifica-se, claramente, com o eficientismo penal, que agrega o punitivismo e o simbolismo.

Dessa perspectiva, somos da opinião de que o garantismo penal é, sem dúvida, o mais importante paradigma de oposição às políticas criminais alinhadas ao eficientismo penal.

Ressaltamos, ademais, que a apreensão desse cenário de colisão entre eficientismo e garantismo do mundo globalizado é de suma importância para extrair da Lei n. 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa) – no tocante aos dispositivos propostos para análise – traços de uma ou outra linha teórica, a serem observados nos conteúdos dos tipos penais em exame.

Desse viés, esclarecemos nosso posicionamento a favor do garantismo penal, por se tratar de uma teoria fundamentalmente de defesa da dignidade humana, alinhada de modo inexorável aos mais elementares preceitos dos Estados constitucionais dos direitos fundamentais – que elevam esses direitos à natureza principiológica, com forte normatividade –, ao contrário do eficientismo penal, que refutamos, por institucionalizar a violação dos direitos e garantias fundamentais, compatibilizando-se com formas autoritárias de poder.

#### 4 LEI N. 12.850/2013 E GARANTISMO PENAL

No capítulo anterior, traçamos o panorama econômico e político no qual se desenvolveu o expansionismo penal, fenômeno de ampliação do direito penal, com reflexos nas legislações que tratam da criminalidade organizada. Cabe agora analisar, nesse contexto, a evolução da legislação penal brasileira sobre o crime organizado e, principalmente, aspectos atinentes à Lei n. 12.850/2013 correlacionados aos crimes de organização criminosa e de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal, previstos, respectivamente, no art. 2º, *caput*, e no §1º do art. 2º, da mencionada lei.

Para tanto, faremos, inicialmente, uma incursão na problemática conceitual, que envolve a locução organização criminosa, e na terminologia, focando as ambiguidades semânticas vinculadas ao fenômeno sociológico e criminológico denominado crime organizado, como condição necessária para a compreensão lógica e coerente do objeto de estudo.

##### 4.1 A problemática da construção teórica de um conceito uniforme de organização criminosa

O presente item tem por escopo explicar sobre as dificuldades em estabelecer um conceito homogêneo de organização criminosa, capaz de abranger suas dimensões local, regional e global. Trata-se de tarefa demasiadamente desafiadora, pois a evolução histórica e as diversidades desses grupos, que assumiram diferentes conotações temporais e espaciais, reverberaram na doutrina, produzindo divergentes pontos de vistas sobre o tema.

Preliminarmente, é importante pontuar que parte da doutrina confunde os termos *organização criminosa*, *crime organizado* e *criminalidade organizada*<sup>55</sup>, tratando-os como sinônimos<sup>56</sup>. Porém, no presente item, nossas reflexões se estendem à expressão organização criminosa, em decorrência de seu vínculo com o

---

<sup>55</sup> Ver no próximo item, que trata da terminologia, a diferença entre os termos organização criminosa, crime organizado e criminalidade organizada.

<sup>56</sup> Nesse sentido se manifestam, por exemplo, Gamil Föpel El Hireche (2008) e Rudá Santos Figueiredo (2008).

direito penal material, uma vez que se relaciona com figura proibitiva de tipo penal. Os demais termos serão objetos de análises nos próximos itens.

Para Ferro (2012), as grandes diversidades das abordagens teóricas, quanto aos conceitos de organização criminosa e crime organizado, não se traduzem na enunciação de conceitos claros e precisos e bem delimitados sobre o objeto. Ou seja, “muitas das definições correntes são contraditórias, algumas são muito genéricas, outras excessivamente restritivas, e todas testemunham a complexidade do fenômeno” (FERRO, 2012, p. 35).

Algumas definições doutrinárias de organização criminosa tentam, por vezes, incorporar as características do fenômeno criminológico em determinado tempo e espaço. Entretanto, as diferentes origens e peculiaridades das organizações criminosas recomendam um estudo globalizante do tema.

A existência de grupos organizados, com características das atuais organizações criminosas – destacando-se a estrutura organizada, pluralidade de agentes, estabilidade ou permanência, hierarquização, divisão de tarefas e práticas ilícitas para obtenção de vantagens –, não é manifestação recente na história da humanidade e nem um fenômeno unidimensional e descomplicado, passível de ser abrangido por um conceito unívoco.

As análises acerca da gênese desses grupos é um dos pontos que evidencia a dificuldade no estabelecimento de um conceito de organização criminosa homogêneo. Interpretação muito difundida na doutrina refere-se ao modelo mafioso como origem de algumas organizações criminosas.

Nesse sentido, Silva (2015) pontua que

a origem da criminalidade organizada não é de fácil identificação, em razão das variações de comportamento em diversos países, as quais persistem até os dias atuais. Não obstante essa dificuldade, a raiz histórico-política é traço comum de algumas organizações, em especial as Máfias italianas, a *Yakuza* japonesa e as Tríades chinesas (SILVA, 2015, p.4).

De fato, encontramos nas literaturas jurídicas e sociológicas referências que apontam raízes históricas seculares de organizações criminosas contemporâneas do modelo das Tríades chinesas, *Yakuza* e Máfia italiana<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Com efeito, os grupos mafiosos, hodiernamente atuantes no cenário mundial –Tríades chinesas, *Yakuza* e Máfia italiana –, evoluíram, modernizaram-se, adquirindo gradualmente contornos de organizações criminosas. Contudo, mantiveram alguns traços originais, tais como o caráter de

Com poucas variações teóricas, a maioria dos estudos acerca da origem das organizações mafiosas aponta como marco temporal os séculos XVI e XVII<sup>58</sup> e, em geral, relacionando-as aos movimentos sociais de resistência ao poder político local, com posterior evolução para manifestações criminosas.

Esses grupos, que simbolizam o modelo de organização criminosa do modelo mafioso<sup>59</sup>, influenciaram a concepção de crime organizado em diversos países. Baltazar Júnior (2010) informa que a expressão crime organizado nasceu e se consolidou nos Estados Unidos, fortemente influenciada pelo paradigma mafioso. Para o autor, esse modelo de organização criminosa caracteriza-se por efetivo domínio territorial, forte hierarquia, monopólio sobre certos mercados ilegais, ingresso de modo ritualístico e pretensões de lealdade feudal e integrada, essencialmente por estrangeiros.

Porém, o crime organizado da máfia representa apenas um dos paradigmas de organização criminosa atuantes na contemporaneidade. Na doutrina jurídico-penal brasileira, alguns autores<sup>60</sup> apontam, além do paradigma mafioso ou tradicional, o paradigma da rede, o empresarial e o endógeno.

Sem fazer referência a essas tipologias paradigmáticas, Ferrajoli (2008b), no artigo intitulado *Criminalidad y Globalización*, destaca a *criminalidade do poder* como uma mutação na fenomenologia dos delitos, de natureza econômica, social e política, proveniente da globalização. Nesse passo, o autor distingue três formas de *criminalidade do poder*, associando-as à criminalidade organizada: a dos *poderes abertamente criminais*, correlacionando-as ao terrorismo e a grande criminalidade das máfias e das camorras; a dos crimes dos *grandes poderes econômicos* (transnacionais), que se manifestam por meio de diversas formas de corrupção, de apropriação de recursos naturais e da devastação do meio ambiente; e, a dos *crimes dos poderes públicos*, se manifesta sob diversas formas de corrupção e apropriação

---

sociedades secretas, com códigos de honra e lei de silêncio. Posteriormente, esses grupos passaram a atuar como verdadeiras organizações criminosas transnacionais. Nesse aspecto, estudos recentes indicam a existência de relações da máfia siciliana com o narcotráfico na América Latina.

<sup>58</sup> *Los historiadores no coinciden sobre los orígenes de la mafia, algunos la hacen remontar al siglo XVII, otros ala época de Napoleón, otros al Reino de las dos Sicilias bajo los Borbones* (CACIAGLI, Mario, p. 101 apud Ferro, 2009, p.76).

<sup>59</sup> O conceito de máfia, que antes se referia apenas ao fenômeno da máfia siciliana, modernamente, adquiriu contornos mais amplos, passando a ser relacionado a qualquer organização criminosa, com características de forte hierarquia, estrutura piramidal, código de ética, leis rígidas e secretas e domínio territorial. Para um conceito e uma compreensão mais abrangentes do paradigma mafioso, conferir a obra *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*, de José Paulo Baltazar Junior.

<sup>60</sup> Nesse sentido se expressam José Baltazar Júnior e Marcelo Batlouni Mendroni.

da coisa pública e tem um vínculo estreito com os poderes econômicos. O autor assinala que são categorias distintas, porém entrelaçadas em decorrência da cumplicidade e instrumentalizações recíprocas entre poderes criminais, poderes econômicos e poderes institucionais.

Cumprindo observar que as formas de *criminalidade do poder* apresentadas por Ferrajoli, correspondem, respectivamente, aos paradigmas tradicional, empresarial e endógeno, conquanto o autor não tenha feito referência a essas denominações.

Corroborando com o exposto, Gomes (2012)<sup>61</sup>, cita que Ferrajoli delineou três grupos de crime organizado: dos *poderes criminais privados*, que consiste na exploração da miséria e no que se refere ao mercado das drogas ou migrações, explora a mão de obra barata do miserável, do necessitado, otimizando seus lucros e benefícios; da *criminalidade organizada empresarial*, decorrente dos poderes econômicos nacionais ou transnacionais, que atua, por exemplo, contra o meio ambiente e contra o mundo financeiro; e da *criminalidade organizada estatal* – relacionada aos poderes públicos dos políticos, dos juízes, policiais, fiscais, etc.

Retomando as reflexões acerca dos paradigmas de organização criminosa, apresentados pela maioria da doutrina, infere-se que o paradigma empresarial pressupõe a existência de uma empresa lícita que, paralelamente às suas atividades lícitas, aproveita a estrutura hierárquica empresarial para atividades ilícitas, relacionadas, sobretudo, aos crimes financeiros, econômicos e ambientais.

O paradigma endógeno, por sua vez, é associado às organizações criminosas que nascem no interior das instituições ou órgãos públicos<sup>62</sup>, em todos os poderes do Estado; são organizações formadas “essencialmente por políticos e agentes públicos de todos os escalões, envolvendo, portanto, necessariamente, crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública (corrupção, concussão, prevaricação etc.)” (MENDRONI, 2016, p. 29).

Quanto ao paradigma da rede, podemos dizer que não há rigidez hierárquica. O elemento que ganha destaque é a cooperação entre os agentes da organização no sentido do lucro pessoal, bem como as habilidades desses membros para

---

<sup>61</sup> Informações extraídas do artigo de Luiz Flavio Gomes, intitulado “Criminalidade organizada e democracia por Ferrajoli”, no qual o autor sintetizou a *lectio doctoralis* de Luigi Ferrajoli sobre o tema “criminalidade organizada e democracia”, exposta no dia 27 de junho de 2012, ao receber o título de *Doctor Honoris Causa*, da Universidad Nacional de Tu cuman (Argentina). (GOMES,

<sup>62</sup> No nosso entendimento, essas organizações criminosas têm origem tanto dentro quanto fora das instituições públicas. Nesse último caso, a participação de agentes públicos ocorre posteriormente, com cooptação para as atividades ilícitas do grupo.

determinadas atividades de interesse do grupo. Não exige também ritos para o ingresso, nem tem pretensões de monopólio, razão pela qual atua em territórios propícios à prática de determinados delitos, ou seja, “se aproveita das oportunidades que surgem em cada setor e em cada local” (MENDRONI, 2016, p. 29), para estabelecer conexões com outras associações de criminosos

Mingardi (1998), por seu turno, reconhece a existência de dois modelos de organização criminosa: o tradicional ou territorial e o empresarial. Quanto ao primeiro, o autor o vincula principalmente às máfias e elenca 15 características desse modelo: atividades ilícitas, atividades clandestinas, hierarquia, previsão de lucro, divisão do trabalho, uso da violência, simbiose com o Estado, mercadorias ilícitas, planejamento empresarial, uso da intimidação, venda de serviços ilícitos, clientelismo, lei do silêncio, monopólio pela violência, controle territorial.

Em relação ao modelo empresarial, o autor destaca como característica marcante transportar para o crime métodos empresariais, ao mesmo tempo em que deixa de lado qualquer resquício de conceitos como honra, lealdade, obrigação, etc. Além disso, segue a tendência de especialização e dispersão das atividades criminais, montagem de empresas ilícitas para dar lucro, e de relações que não passam por vínculos familiares ou étnicos. Com base em dados fornecidos pela *Pennsylvania Crime Commission*, Mingardi (1998) cita como principais atividades do crime organizado empresarial: jogo, tráfico, lavagem de dinheiro e receptação.

Com efeito, podemos dizer que os precursores mais remotos de organizações criminosas contemporâneas se referem às antigas máfias chinesa, italiana e japonesa – Tríade chinesa, *Yakuza* e Máfia italiana –, correspondentes ao paradigma mafioso que, atualmente, convive com modelos de organizações criminosas de origens diversas. Portanto, como visto, é um equívoco atribuir a origem de todas as organizações criminosas contemporâneas ao paradigma mafioso.

Em outras palavras, esse paradigma é o único de evolução histórica secular. Todavia, não pode ser aplicado como explicação para a origem do crime organizado em todos os países.

Segundo Baltazar Junior (2010), o fato de não serem considerados diferentes paradigmas de organizações criminosas – o paradigma da rede, o empresarial e o endógeno, que coexistem com o paradigma mafioso – e a obsessão pelo paradigma mafioso são fatores que dificultam a internacionalização de um conceito de crime organizado.

A tentativa de explicar a origem das organizações criminosas segundo o modelo da máfia<sup>63</sup>, em países que não foram berços do paradigma mafioso, dificultou, durante muito tempo, a percepção de outros modelos de organizações criminosas, bem como reforçou a concepção teórica da inexistência desses grupos em vários países.

É importante considerar que foi na Itália e nos Estados Unidos que se desenvolveu o fenômeno específico da máfia, cuja estrutura influenciou a abordagem da moderna criminalidade organizada em todo o mundo (BALTAZAR JUNIOR, 2010).

Pelo exposto, infere-se que a evolução histórica das organizações criminosas ligadas ao paradigma mafioso conduz a conceitos inadequados para outras variantes desses grupos, especialmente aqueles que surgiram nas últimas décadas do século XX, com o processo de globalização, vinculados a delitos financeiros, tributários, ambientais, de corrupção e lavagem de dinheiro.

Imperioso, pois, também reconhecer que as transformações econômicas, políticas e tecnológicas, oriundas do processo de globalização das últimas décadas do século XX, imprimiram complexidade ainda maior às organizações criminosas. Nesse cenário econômico-social, as atividades desses grupos foram potencializadas e diversificadas, bem como surgiram novos grupos de igual natureza<sup>64</sup>, dificultando mais ainda a elaboração de um conceito de organização criminosa capaz de abranger seus diferentes matizes<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> As organizações mafiosas, retratam um modelo de organização criminosa de raízes histórico-políticas com atuação na contemporaneidade. Contudo, merecem destaque outros grupos de criminosos diferentes do modelo mafioso, citados na doutrina como possíveis raízes do crime organizado em países sem a tradição histórica das máfias, como, por exemplo, conforme assinalado por Baltazar Junior, as Cruzadas e os chamados cavaleiros assaltantes, os contrabandistas e os piratas que atuavam nos séculos XVII e XVIII e o bandoleirismo espanhol, comum na Europa dos séculos XVII e XVIII, com base nos estudos de Mapelli Cafarena, Michael Woodiwiss e Gonzalo Quintero Olivares. Ainda, na doutrina brasileira, Eduardo Araújo Silva, na obra *Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/2013*, destaca o cangaço como precursor da criminalidade organizada no país.

<sup>64</sup> Segundo Baltazar Junior, “até a década de oitenta, o crime organizado era visto como um fenômeno circunscrito à Itália e aos Estados Unidos, eventualmente estendido ao Japão, China, Rússia e Colômbia, sendo de rara utilização no restante da Europa. É somente nas duas últimas décadas do século passado, com o fenômeno da globalização e, em especial, pela expansão do tráfico de drogas e do mercado de emigração ilegal para os países ricos, que a criminalidade organizada passa a ser percebida como um problema mundial” (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p.102-103).

<sup>65</sup> Nas reflexões teóricas sobre o tema *crime organizado e globalização*, chamam a atenção as abordagens quase que exclusivamente com foco na dimensão transnacional do fenômeno. Contudo, não podemos olvidar que o uso de novas tecnologias, a facilidade nas comunicações e a flexibilidade de transações financeiras para lavagem de dinheiro tenham um impacto também significativo na atuação de organizações criminosas nacionais. Obviamente que as inovações da globalização tanto facilitam as atividades ilícitas das organizações criminosas nacionais, quanto estimulam o surgimento de novos grupos.

A expansão internacional da atividade econômica e a abertura ou globalização dos mercados são acompanhadas da correlativa expansão ou globalização da criminalidade, que frequentemente apresenta caráter transnacional, podendo-se afirmar que a criminalidade organizada é a da globalização (CHOCLÁN MONTALVO, 2000, *apud* CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 96).

Nas reflexões teóricas sobre o tema crime organizado e globalização, o foco é na dimensão transnacional do fenômeno. Porém, cabe salientar que as inovações tecnológicas e abertura de mercados provenientes da globalização também impactaram qualitativa e quantitativamente nas organizações criminosas nacionais. Assim, o conceito de organização criminosa deve necessariamente compreender tanto a dimensão transnacional quanto a nacional.

Sem dúvida que o crime organizado transnacional, em relação ao crime organizado nacional, tem auferido maiores benefícios das transformações oriundas da globalização e da inexistência de uniformização do tema no ordenamento jurídico-penal dos vários países. Além disso, esse segmento criminológico apresenta maiores dificuldades de repressão, em virtude das conexões complexas, amplitude das redes internacionais envolvidas e poder financeiro.

Significa dizer que, no panorama de expansão e diversificação das atividades das organizações criminosas – nacionais e transnacionais – das últimas décadas do século XX, destaca-se a dificuldade de elaboração de um conceito de organização criminosa suficiente para incorporar todos os elementos estruturais dos diversos grupos.

Nessa linha de raciocínio, Baltazar Junior (2010) explica que:

Embora reconhecida a sua necessidade, é grande a dificuldade na elaboração de um conceito doutrinário de crime organizado ou organização criminosa, afirmando parcela da doutrina que essa tarefa é inviável, ao argumento de que se pretende, com tal conceituação, apreender realidades muito díspares, que não comportariam reunião sob uma única formulação (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 97-98).

As diversas tentativas de definir pormenorizadamente o que seja uma organização criminosa foram também expostas por Mendroni (2016) que, nesse sentido, cita, entre outras, as seguintes definições:

***FBI – Federal Bureau of Investigation:***

*Qualquer grupo tendo algum tipo de estrutura formalizada cujo objetivo primário é a obtenção de dinheiro através de atividades ilegais. Tais grupos mantêm suas posições através do uso de violência, corrupção, fraude ou extorsões, e geralmente têm significativo impacto sobre os locais e regiões do País onde atuam.*

**INTERPOL:**

*Qualquer grupo que tenha uma estrutura corporativa, cujo principal objetivo seja o ganho de dinheiro através de atividades ilegais, sempre subsistindo pela imposição do temor e a prática da corrupção.*

**FNSIC – Fundo Nacional Suíço de Investigação Científica:**

*Há crime organizado [transcontinental] quando uma organização, cujo funcionamento se assemelha ao de uma empresa internacional, pratica uma divisão de tarefas muito rigorosa, dispõe de estruturas hermeticamente separadas, concebidas de forma metódica e durável, e quando procura obter o máximo de lucros possível cometendo infrações e participando na economia legal. Para tal, a organização recorre à violência, à intimidação, e procura influenciar a economia e a política. Apresenta, geralmente, uma estrutura fortemente hierarquizada e dispõe de mecanismos eficazes para impor as suas regras internas. Os seus protagonistas são, além do mais, altamente intercambiáveis.*

**ONU:**

*Organização de grupos visando à prática de atividades econômicas; laços hierárquicos ou relações pessoais que permitem que certos indivíduos dirijam o grupo; o recurso à violência, à intimidação e à corrupção; e à lavagem de lucros ilícitos.*

**UE – União Europeia:**

*Associação estruturada de mais de duas pessoas estabelecida durante um período de tempo e que atue de maneira concertada com o fim de cometer delitos punidos com pena privativa de liberdade ou medida de segurança de privação de liberdade de ao menos 4 anos, consistindo estes delitos um fim em si mesmos ou um meio de obter benefícios patrimoniais e influir de maneira indevida no funcionamento da autoridade pública.*

**Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional:**

*Grupo criminoso organizado – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material*

(MENDRONI, 2016, p.16-17, grifos do autor).

Arremata o autor dizendo não ser possível definir, com absoluta exatidão, o que seja organização criminosa, com base em conceitos estritos ou mesmo em exemplos de condutas criminosas, pois, segundo ele, não se pode engessar o conceito,

restringindo-o a uma ou outra infração penal, em razão do incrível poder variante das organizações criminosas.

Dessa forma, a elaboração de um conceito universal de organização criminosa pela comunidade jurídica internacional<sup>66</sup> colide com a multiplicidade de manifestações e com o quadro evolutivo que esses grupos apresentam no plano local, regional e global.

É importante considerar que as “organizações criminosas possuem características próprias que não devem ser desprezadas ou minimizadas na formulação de um conceito de crime organizado e este fenômeno não se encontra no mesmo estágio em todos os países” (FERRO, 2012, p. 37).

Por assim dizer, a busca por um conceito universal de organização criminosa é inútil. Entretanto, é possível estabelecer algumas características fundamentais desses grupos, que servem de parâmetros para identificá-los no plano universal, bem como orientar conceitos correlatos nos planos jurídicos internos. Nesse sentido, destacamos que,

[...] se evidencia que la mayoría de los ordenamientos e instrumentos internacionales coinciden al momento de precisar el concepto de criminalidade organizado, como la manifestación criminal conformada por varias personas y caracterizada por la permanencia, animo delictivo, organización funcional, comisión de delitos graves y utilización de medios violentos o que afecten gravemente bienes jurídicos relevantes, para de este modo lograr sus finalidades. Además de lo anterior, suele ser común em las organizaciones criminales organizadas el ánimo de lucro y los efectos transnacionales de sus comportamientos delictivos [...] (BARBOSA, 2016, p.126).

Com efeito, nos ordenamentos jurídico-penais internos, despontam com certa frequência as seguintes características de organização criminosa: pluralidade de agentes, estabilidade, ânimo delitivo, estrutura funcional, prática de delitos graves, objetivo de lucro ou vantagem e o uso da violência.

Até então, foi possível notar as dificuldades no estabelecimento de um conceito homogêneo de organização criminosa, pelas razões expostas. No próximo item, pretendemos evidenciar as diferenças entre organização criminosa, associação

---

<sup>66</sup> Nesse aspecto, João Luiz Moraes Rosa (2018) associa esse interesse da comunidade internacional à necessidade de delimitação do fenômeno para melhor compreendê-lo e controlá-lo. Citando a lição de André Luís Callegari: “Assim, ante a criminalidade organizada, atualmente em franco desenvolvimento devido à globalização e aos avanços tecnológicos, depara-se com a necessidade de definir esse tipo de organização criminal para saber-se com enfrentá-la, mas sem descuidar das garantias penais e processuais penais” (CALLEGARI, 2009, p. 23 apud ROSA, 2018, p. 78).

criminosa, crime organizado, criminalidade organizada e crime organizado transnacional. Para tanto, o termo organização criminosa será retomado na análise comparativa com as referidas expressões e na abordagem das divergências da doutrina pátria quanto à semântica dos termos.

#### **4.2 Terminologia: organização criminosa, associação criminosa, criminalidade organizada, crime organizado e crime organizado transnacional**

No Brasil, com a vigência da Lei de Organização Criminosa (Lei n. 12.850/2013), alguns termos relativos ao fenômeno criminológico crime organizado têm sido empregados com bastante frequência, na mídia e em diversos meios sociais.

Todavia, não raro essas expressões se referem à linguagem do senso comum, em detrimento de seus reais significados jurídico-normativos, criminológicos e sociológicos. Nesse sentido, destacam-se os seguintes termos: organização criminosa, criminalidade organizada, crime organizado transnacional, associação criminosa e a própria locução crime organizado.

Em face de a temática da tese ter correlação com o fenômeno crime organizado, é de se reconhecer a importância de submeter as referidas expressões ao estudo terminológico, a fim de defini-las em consonância com os preceitos técnicos-científicos.

Considerando que o homem não vive no meio social sem desenvolver ideias acerca dos fenômenos sociais que o cercam, é certo que “quando uma nova ordem de fenômenos se torna objeto de ciência, aqueles encontram-se já representados no espírito, não só por imagens sensíveis, mas também por espécies de conceitos grosseiramente formados” (DURKHEIN, 2007, p. 15).

É preciso constituir inteiramente conceitos novos, apropriados às necessidades da ciência e com o auxílio de uma terminologia especial. O conceito vulgar não é inútil ao cientista, pois serve de indicador, informando que existe em alguma parte um conjunto de fenômenos reunidos sob uma mesma denominação e que, portanto, devem provavelmente ter características comuns. Tendo em conta que o conceito vulgar nunca deixa de ter contato com os fenômenos, ele às vezes nos indica, de maneira geral, em que direção devem ser buscados. Porém, como ele é

grosseiramente formado, é natural que não coincida exatamente com o conceito científico (DURKHEIN, 2007).

A esse respeito, é mister refletirmos sobre o significado de organização criminosa, criminalidade organizada, crime organizado, crime organizado transnacional e associação criminosa, sob a égide do direito e, subsidiariamente, da sociologia e criminologia<sup>67</sup>.

Nesse sentido, quando forem abordados os crimes de organização criminosa e de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal, previstos na Lei n. 12.850/2013, a clareza semântica possibilitará uma abordagem condizente com a lógica interpretativa e a racionalidade, proporcionando a construção do conhecimento jurídico integrado à realidade social.

No Brasil, a difusão conceitual dos mencionados vocábulos, ocorrida nos últimos anos, tem como principal vetor a multiplicidade de inquéritos e ações criminais referentes a esquemas de corrupção na administração pública. São redes e conexões estruturalmente organizadas, envolvendo agentes públicos e grupos empresariais, com finalidade de desvio de verbas públicas, por meio de práticas ilícitas, tais como: fraudes em processos licitatórios, corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro e evasão de divisas.

Importante destacar que as organizações criminosas relacionadas à corrupção política representam apenas uma das vertentes do crime organizado atuante no território nacional, haja vista que subsistem fortemente outras práticas ilícitas, tais como: tráfico de armas e drogas, tráfico humano e biopirataria.

Não obstante o fato de muitas organizações criminosas manterem conexões com instituições públicas e seus agentes, o vínculo com o setor público não é elemento essencial. Nesse plano, é importante frisar que, como expressam Masson e Marçal (2015), a participação de políticos e agentes públicos nas organizações criminosas não é característica exigida para configurar o grupo.

No Brasil, as organizações criminosas do modelo endógeno, ou seja, associado à participação de políticos e agentes públicos, ganhou relevo com o advento da Lei n. 12.850/2013, que deslocou o foco da criminalidade organizada das massas para a

---

<sup>67</sup> Isso porque o estudo que se propõe a analisar a legislação que trata de um fenômeno criminológico multifacetado, como é o caso do crime organizado, não pode abrir mão dos conceitos semânticos adotados por outras áreas do conhecimento, pois são referenciais teóricos imprescindíveis para interpretações claras e amplas da própria legislação sobre o tema.

criminalidade organizada dos poderosos – segmento que, historicamente, mantinha-se à margem do sistema punitivo. Desde então, o tema relativo à criminalidade organizada das elites destacou-se no cenário interno, em decorrência da efetiva aplicação dos meios de obtenção de provas previstos no referido diploma legal – notadamente da colaboração premiada –, ampliando, por conseguinte, as investigações policiais, o número de ações penais e as condenações relativas a essa criminalidade.

Conforme expõe Pereira (2017), antes estávamos preocupados tão somente com as atuações de organizações criminosas, a exemplo do Primeiro Comando da Capital; hoje, direcionamos nossas atenções para as relações espúrias e criminosas entre agentes estatais e políticos que passam a laborar internamente, muito próximos ao crime organizado, representando uma corrosão irreversível das instituições governamentais.

O exposto retrata sinteticamente o panorama nacional das discussões acerca do fenômeno criminológico em análise, no qual ganha destaque o uso, por diferentes setores sociais, das locuções organização criminosa, criminalidade organizada, crime organizado, crime organizado transnacional e associação criminosa, cujas peculiaridades serão evidenciadas na sequência.

Assim, retomando o raciocínio preliminar acerca da terminologia, evidencia-se, por vezes, a errônea utilização do termo organização criminosa como sinônimo de associação criminosa e vice-versa.

Ocorre que o termo organização criminosa não se confunde com associação criminosa – conforme será exposto no item 4.2.4 –, pois, do ponto de vista normativo, esta corresponde ao tipo penal descrito no artigo 288 do Código Penal Brasileiro, ao passo que aquela corresponde ao grupo descrito no artigo 1º, §1º, da Lei n. 12.850/2013 e também ao tipo penal do artigo 2º, *caput*, da mencionada lei, com a denominação de crime de organização criminosa.

Ou seja, no sistema jurídico brasileiro, organização criminosa refere-se à associação de pessoas com as características descritas no art.1º, §1º, da Lei n. 12.850/2013<sup>68</sup>. Essa definição complementa os conteúdos dos crimes de organização

---

<sup>68</sup> “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” (art. 1, §1, da Lei n. 12.850/2013).

criminosa (art. 2º, *caput*) e de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal (art. 2º, §1º), sendo, portanto, imprescindível compreender seu significado normativo para estudar os referidos delitos da ótica garantista. Ademais, contribui para elucidar as diferenças em relação ao crime de associação criminosa, do artigo 288 do Código Penal Brasileiro.

No tocante aos demais termos – criminalidade organizada, crime organizado e crime organizado transnacional –, estes, como veremos, remetem principalmente a reflexões de cunho criminológico e sociológico, diferentemente do significado normativo.

Tanto é verdade que, na Lei n. 12.850/2013, o legislador brasileiro não fez qualquer referência ao termo crime organizado ou criminalidade organizada, mas tão somente à expressão organização criminosa, definindo-a para efeitos de composição das infrações penais correlatas. Em outras palavras, o foco conceitual da Lei n. 12.850/2013 direcionou-se no sentido de definir organização criminosa e não crime organizado ou criminalidade organizada.

No âmbito da criminologia, encontramos concepções que refutam a existência do crime organizado, associando-o a discursos de legitimação do simbolismo e da seletividade do sistema penal, refutando a necessidade de um conceito jurídico-penal de organização criminosa. Nesse sentido, se manifestam Raúl Eugenio Zaffaroni e Juarez Cirino dos Santos.

Noutra esteira, destacam-se concepções como de Jorge de Figueiredo Dias, que reconhecem a existência do crime organizado no plano empírico, como fenômeno sociológico ou criminológico, porém, também descartam a necessidade de um tipo penal específico para abranger o referido fenômeno, se inclinando pela suficiência do delito de associação criminosa

Por fim, alguns autores, como Luigi Ferrajoli, reconhecem a existência do crime organizado porém, tecem críticas às políticas criminais de flexibilização das garantias constitucionais no tratamento dessa forma de criminalidade, preconizando o restabelecimento dos direitos e garantias fundamentais.

A primeira concepção baseia-se na *teoria do mito*. Conforme explica Baltazar Junior:

Para o *discurso do mito* não existem organizações criminosas, sendo o conceito uma criação ou categoria forjada a partir da história e dos casos norte-americanos e italiano e exportada para os países periféricos; de modo

imperialista, por meio de acordos ou da pressão internacional” o conceito de organização criminosa é tratado como sendo uma criação ou uma categoria forjada a partir da história e dos casos norte-americano e italiano, de modo imperialista, exportados para os países periféricos, por meio de acordos ou pressão internacional, a impor aos demais países soluções inadequadas e alheias à sua tradição (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p.77).

Para essa corrente, a criação do tipo penal de organização criminosa é desnecessária, só servindo para reforçar os discursos eficientistas de legitimação de um direito penal e processual penal autoritário – de combate ao inimigo – e simbólico, acobertando a incapacidade estatal ante os problemas sociais decorrentes das políticas neoliberais.

Nessa linha de raciocínio, alguns autores afirmam que o tipo penal de associação criminosa é suficiente para abranger as condutas criadas pelo crime de organização criminosa. Para El Hireche e Figueiredo (2015), por exemplo, no que concerne ao seu eixo central, o tipo penal organização criminosa nada tem de diferente da associação criminosa, de modo que sua tipificação não passa de medida simbólica, com a criação de um delito cuja pena é muito maior em relação àquelas associações criminosas. Para esses autores, sob a pretensa proteção de bens jurídicos, escamoteia-se um discurso de combate a certas classes de pessoas, certos grupos de pessoas, que seriam representantes do crime organizado, reclamando por maiores punições e redução de direitos.

De acordo com Santos (2002), o conceito de crime organizado, do ponto de vista jurídico-penal, seria desnecessário, pois não designaria nada que já não estivesse contido no conceito de bando ou quadrilha, um tipo de crime contra a paz pública previsto em qualquer código penal. Leciona o autor que existem dois discursos sobre crime organizado estruturados nos polos americano e europeu do sistema capitalista globalizado: o discurso americano sobre *organized crime*, definido como conspiração nacional de etnias estrangeiras, e o discurso italiano sobre *crimine organizzato*, que tem por objeto de estudo original a máfia siciliana.

Ainda segundo o autor, o estudo desses discursos pode contribuir para desfazer o mito do crime organizado, difundido pela mídia, pela literatura de ficção e por políticos e instituições de controle social, e, desse modo, reduzir os efeitos danosos do conceito de crime organizado sobre os princípios de política criminal do direito penal do Estado democrático de direito.

Zaffaroni, por sua vez, ao tratar o crime organizado como categoria frustrada, assinala que:

O transporte de uma categoria frustrada ao campo da lei penal não é mais que uma criminalização que apela para uma ideia difusa, indefinida, carente de limites certos e, por fim, uma lesão ao princípio da legalidade, isto é, a primeira e fundamental característica do direito penal liberal ou de garantias. Ainda que desde a lógica científica ou fracasso da categorização devesse determinar que a mesma não passasse de uma tentativa no campo criminológico, a lógica política opera de outra maneira e, por fim, o crime organizado fez sua entrada na legislação penal, com a previsível consequência de introdução de elementos de direito penal autoritário. O conceito fracassado em criminologia foi levado à legislação para permitir medidas penais e processuais penais extraordinárias e incompatíveis com as garantias liberais” (ZAFFARONI, 2010, p. 106).

Conforme exposto, Zaffaroni assinala que o crime organizado, como categoria frustrada, foi levado ao campo da legislação penal para atender a uma lógica política de pretensões autoritárias, baseada em medidas de restrições e flexibilizações de garantias penais e processuais penais.

Dias (2008), igualmente, se manifesta pela desnecessidade e inconveniência do delito de “criminalidade organizada”<sup>69</sup>. O autor entende que a juridificação penal do fenômeno extrapenal da criminalidade organizada não passa, necessariamente, pela consagração, nos ordenamentos jurídicos, do crime de “criminalidade organizada”.

Dias (2008), por sua vez, compreende a criminalidade organizada como um fenômeno social, econômico, político e cultural, fruto da sociedade contemporânea, com relevância jurídico-penal; contudo, não serve ao propósito de criação de uma categoria de crime. Para o autor, a relevância jurídico-penal da criminalidade organizada compreende “um simples conceito jurídico *instrumental* ou *conceito-meio*, que se liga, em determinadas condições e pressupostos, à prática ou ao propósito de praticar determinados tipos de crimes já existentes no ordenamento jurídico-penal” (DIAS, 2008, p.14).

Assim, segundo expõe o autor, como *conceito instrumental* ou *conceito-meio*, a criminalidade organizada deve ligar-se, antes de tudo, ao crime de *associação criminosa*, sem confundir-se com esse crime ou limitar-se a ele, representando, na verdade, um *plus*, uma exigência adicional determinante de consequências jurídicas – substantivas, processuais, jurídico-internacional – de particular intensidade e

---

<sup>69</sup> Nesse aspecto, observamos que Dias (2008) trata a criminalidade organizada, ao mesmo tempo, como sinônimo de tipo penal e como fenômeno múltiplo – social, econômico, político e cultural.

gravidade, de crimes da associação de particular natureza e gravidade. Por meio da restrição conceitual proposta, Dias espera que a legislação alcance, diante dos riscos globais, a preservação dos direitos individuais fundamentais e a defesa da dignidade humana.

Ainda, nesse plano, Callegari e Wermuth (2011), reconhecendo a existência do crime organizado, identificam nas políticas criminais contemporâneas de repressão a essa forma de criminalidade manifestações do Direito Penal do inimigo, reveladas de dois aspectos, na configuração dos tipos: primeiramente, da opção do legislador, por definições abertas, com traços próximos aos do crime habitual ou da formação de quadrilha, em decorrência da dificuldade de um conceito legal de organização criminosa. O segundo traço consiste no afastamento de critérios dogmáticos de imputação individual de responsabilidade, próprios do direito penal clássico, pelo modelo de responsabilidade coletiva de cada um dos membros da organização

A propósito, no que se refere ao reconhecimento do crime organizado no plano empírico, alguns autores relacionam o incremento desse fenômeno ao processo de globalização e aos avanços tecnológicos, para então analisá-lo do aspecto das teorias do direito penal do autor.

Para Ferrajoli (2008b), a criminalidade organizada sempre existiu, sendo que com o processo de globalização adquiriu desenvolvimento transnacional, importância e peso financeiro sem precedentes. O autor reconhece o caráter ameaçador desses grupos, enfatizando aqueles grupos de sujeitos poderosos, ligados as elites dirigentes - tanto econômicas quanto políticas -, porém, refuta o tratamento da questão por meio do direito penal máximo, de violações de garantias fundamentais, que golpeia mais duramente os pobres e marginalizados, e propõe a mutação do direito penal no sentido de um programa garantista, expondo que:

Frente a esta crisis regresiva del derecho penal es hoy necesaria y urgente una batalla política y cultural en torno a un programa de derecho penal garantista. Un programa de ese tipo, que he llamado de derecho penal mínimo, debería intentar restituir del derecho penal su naturaleza de instrumento costoso, como extrema ratio, y por otro lado su papel de ley del más débil dirigida a la minimización de la violencia y a la tutela de bienes fundamentales (FERRAJOLI, 2008b, p. 26).

No sentido sociológico, o crime organizado ou criminalidade organizada evidencia-se como fenômeno social, resultante da interação humana em sociedade, portanto, incompatível com um conceito engessado na norma penal-objetiva, haja

vista o caráter dinâmico das relações humanas. Fica claro, nesses termos, que a expressão crime organizado é sinônimo de criminalidade organizada, pois ambas são fenômenos sociológicos com as mesmas características.

Dessa perspectiva, o crime organizado ou criminalidade organizada, examinado da ótica sociológica, apresenta-se como um fenômeno tanto local quanto global, razão por que é possível referir-se, por exemplo, à criminalidade organizada ou ao crime organizado na América Latina ou à criminalidade organizada no mundo, independentemente da definição legal nos sistemas jurídico-penais nacionais.

Interessante mencionar que na língua inglesa desponta a predileção pelo uso da expressão crime organizado (*organized crime*), ao passo que na literatura francesa a predileção é pelo uso da expressão criminalidade organizada (*criminalité organisée*) (SALLA, 2008). Nesse ponto, Salla (2008), reportando-se aos ensinamentos de Daniel Fontanaud (2002), explica que a preferência da literatura francesa pela expressão criminalidade organizada vincula-se ao significado do termo criminalidade, compreendido como um conjunto heterogêneo de crimes, ao mesmo tempo inseridos nos processos de confrontação social entre os mecanismos de controle e os setores delinquentes, ao passo que o vocábulo crime se refere em língua latina à esfera dos comportamentos individuais.

Ainda do viés sociológico, Salla (2008) assevera que os termos crime organizado e criminalidade organizada “referem-se aos níveis mais complexos de estruturação e organização de determinados indivíduos para prática de ações ilegais” (SALLA, 2008, p.2-3), enquanto que os conceitos de associações criminosas e de organizações criminosas seriam usados para caracterizar os estágios iniciais na constituição de estruturas mais complexas da criminalidade organizada.

Desse modo, evidencia-se que algumas associações criminosas não evoluem estruturalmente, apenas limitam-se a desenvolver suas atividades ilícitas por meio de estruturas organizacionais mínimas, não se constituindo, portanto, em criminalidade organizada; outras, as organizações criminosas, evoluem estruturalmente, tornando-se mais complexas.

Pelo exposto, é possível notar que, para Salla, crime organizado e criminalidade organizada são termos equivalentes, relacionados às redes ilícitas mais complexas, ao passo que as associações criminosas correspondem a uma estrutura organizacional mais simples, se comparada às organizações criminosas, posto que

estas evoluem para a criminalidade organizada. Trata-se de definições de cunho sociológico, por esse motivo o autor não vincula os termos ao sentido jurídico-penal.

No *Dicionário de Sociologia* de Allan G. Johnson (1997) consta a seguinte definição de crime organizado:

O crime organizado (syndicated, em inglês) é um sistema que se distingue por uma estrutura complexa, que lembra mais uma ORGANIZAÇÃO FORMAL do que um conjunto indefinidamente entrelaçado de criminosos. As organizações de criminosos têm uma cadeia hierárquica de comando, uma DIVISÃO DE TRABALHO complexa que inclui um sistema de administração, um sistema formal para manutenção de registros e regras claramente elaboradas que se espera que sejam seguidas por todos - todas as quais são características de organizações formais. Tornando-se organizações criminosas mais complexas, o mesmo acontece com as variedades de crimes que cometem, tais como tráfico de drogas, com sua estrutura complicada de aquisição, processamento, transporte e venda, ou infiltração em empresas legítimas através de uma vasta rede de recursos. Algumas dessas formas de crime organizado são constituídas até mesmo como franquias, de modo muito parecido com cadeias de lanchonetes e outras redes comerciais (JOHNSON, 1997, p. 58).

Ainda no campo da sociologia, alguns estudiosos relatam as dificuldades do cientista social para construir o objeto sociológico e a categoria analítica da criminalidade organizada. Nesse sentido, Schabbach (2013) explica que:

Entre os percalços para a conformação do crime organizado como problema sociológico está a sua própria conceituação, que permanece polêmica desde o século XIX. Até hoje inexistente uma definição apropriada que esclareça as características organizacionais, a gama de atividades desenvolvidas, ou o perfil dos membros (SCHABBACH, 2013, p. 280).

No âmbito da doutrina jurídica brasileira, inexistente um consenso quanto às diferenças entre organização criminosa, crime organizado e criminalidade organizada, havendo até mesmo a aceitação dos termos como sinônimos, ora vinculando-os à fórmula legal de tipo penal, ora ao fenômeno sociológico e criminológico.

No que diz respeito ao termo crime organizado, podemos atribuir sua difusão global à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (2000) ou Convenção de Palermo<sup>70</sup>, ao grafar em sua nomenclatura o referido termo.

---

<sup>70</sup> A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado, aprovada em novembro de 2000, denominada também de Convenção de Palermo, constitui-se no principal instrumento jurídico de direito internacional de prevenção e repressão ao crime organizado transnacional. No Brasil, esse instrumento normativo foi aprovado pelo Decreto legislativo n. 231, de 29 de maio de 2003, e ratificado por meio do Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Esse documento contém diversas diretrizes de prevenção

Extraímos dessa Convenção Internacional as expressões crime organizado, criminalidade organizada transnacional e grupo criminoso organizado, com diferentes conotações. No artigo 1º, por exemplo, consta que o objetivo da Convenção “consiste em promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional”, portanto, a criminalidade organizada adquire o sentido de fenômeno sociológico.

De outra parte, no título do art. 5º, faz referência à “criminalização da participação em grupo criminoso organizado”<sup>71</sup>, ou seja, vincula a participação em “grupo criminoso organizado” à infração penal, postulado que serve de parâmetro para definir o correspondente tipo penal na legislação interna, adequando-se à participação em organização criminosa.

Oportuno mencionar que a anteposição da palavra crime ao termo crime organizado poderá conduzir à errônea vinculação deste a um tipo penal incriminador. Ocorre que a expressão crime organizado não se refere a um tipo penal, mas ao fenômeno sociológico e criminológico que se manifesta com a prática de diversas infrações penais, perpetradas pelas organizações criminosas.

Ou seja, sua configuração encontra-se circunscrita a um conjunto de atividades ilícitas, por exemplo, corrupção, lavagem de dinheiro, fraudes diversas, tráfico de drogas, etc., mas não a uma conduta adstrita a um tipo penal específico, de modo que o uso do termo crime organizado ou criminalidade organizada como tipo penal é inadequado.

Portanto, infere-se que os membros das organizações criminosas não praticam o crime organizado, mas reúnem-se para obter vantagens ilícitas, formando um grupo criminoso – as organizações criminosas – com características definidas no respectivo ordenamento jurídico-penal. Para atingir seus objetivos, os membros desses grupos praticam determinadas infrações penais, compreendidas como condutas descritas claramente na norma jurídica, em consonância com o princípio da legalidade.

Na verdade, as organizações criminosas são um meio para a prática de diversas infrações penais. Porém, sua criminalização autônoma depende de um tipo

---

e repressão a serem observadas pelos países signatários na elaboração das legislações internas e políticas criminais de combate ao crime organizado transnacional.

<sup>71</sup> De acordo com a Convenção de Palermo, grupo *criminoso organizado* é aquele estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material (artigo 2º, a, da Convenção de Palermo).

penal próprio, do contrário, só poderemos falar de criminalidade organizada ou crime organizado.

Para Prado (2013), contudo, o crime organizado só tem viabilidade ou relevância quando efetivamente ancorado em uma norma penal que sobre ele disponha, seja na forma de um tipo penal correspondente, seja na forma de uma causa de aumento de pena. Do contrário, segundo o autor, verifica-se a existência de uma criminalidade organizada ou de organizações criminosas – com relevância jurídico-penal –, mas não seria possível constatar a existência, no mundo jurídico, do crime organizado.

Como se pode observar, a existência do crime organizado requer um tipo penal preexistente, diferentemente da criminalidade organizada e das organizações criminosas, que, segundo ele, dispensam a definição de tipo penal.

Gomes (2013), por sua vez, indica que o conceito de crime organizado foi dado pela Lei n. 12.850/2013, ao compreender tal conceito como sendo a soma da descrição de organização criminosa do art. 1º, §1º, com os requisitos do art. 2º, que estabelece o tipo penal. Ou seja, significa dizer que, para o autor, o crime organizado forma um conjunto que abrange a definição legal de organização criminosa mais as condutas típicas de “promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa” (art. 2º da Lei n. 12.850/2013).

Pereira (2016) apresenta três alternativas para a construção do conceito de crime organizado inspirado nos ensinamentos de Jaques de Camargo Pentead. Destacamos, dessas alternativas, a concepção de que o ponto de partida para definir o crime organizado é a noção de organização criminosa; assim, o crime organizado, para o autor, consiste no conjunto de crimes praticados pelas organizações criminosas.

Como se observa, não há um consenso na doutrina brasileira quanto à diferenciação entre crime organizado, criminalidade organizada e organização criminosa.

Em síntese, não obstante as divergências doutrinárias, compreendemos que as locuções crime organizado e criminalidade organizada são sinônimas e referem-se ao fenômeno sociológico correspondente aos desvios sociais, passíveis de receber o tratamento como infração penal.

Portanto, independentemente da definição legal ou do tratamento jurídico, o crime organizado ou criminalidade organizada subsiste, simbolizando, genericamente, as atividades das organizações criminosas nacionais ou transnacionais.

#### **4.2.1 Divergências quanto ao conceito de organização criminosa no ordenamento jurídico brasileiro**

Antes da vigência da Lei n. 12.850/2013, havia uma lacuna interna quanto à definição legal de organização criminosa e do tipo penal correspondente. Com efeito, o conceito oriundo da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo - foi adotado por grande parcela da doutrina nacional e por diversos tribunais brasileiros, que não viam qualquer óbice jurídico na utilização desse conceito.

Nesse contexto, o Conselho Nacional de Justiça recomendou (Recomendação n. 3, de 3 de maio de 2006) ao Sistema Judiciário Federal e aos Tribunais de Justiça dos Estados, a adoção do conceito de crime organizado estabelecido na Convenção de Palermo.

Ocorre que a criminalização desses grupos de delinquentes, com base na Convenção de Palermo, indicava a violação do princípio da legalidade – *nulla poena, nullum crimen sine lege* –, haja vista que a competência exclusiva do Poder Legislativo na elaboração de normas penais fora substituída injustificadamente pelas decisões políticas de juízes e tribunais.

Acerca do inadequado uso do conceito de organização criminosa da Convenção de Palermo na ordem jurídica interna, Gomes (2009) aponta, na manifestação do Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus n. 77.771-SP, os seguintes vícios:

1º) a definição de crime organizado contida na Convenção de Palermo é muito ampla, genérica, e viola a garantia da taxatividade (ou de certeza), que é uma das garantias emanadas do princípio da legalidade;

2º) a definição dada, caso seja superada a primeira censura acima exposta, vale para nossas relações com o direito internacional, não com o direito interno; de outro lado, é da essência dessa definição a natureza transnacional do delito (logo, delito interno, ainda que organizado, não se encaixa nessa definição). Note-se que a Convenção exige "(...) grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando

concertadamente com o propósito de cometer **uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção**, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material". Todas as infrações enunciadas na Convenção versam sobre a criminalidade transnacional. Logo, não é qualquer criminalidade organizada que se encaixa nessa definição. Sem a singularidade da transnacionalidade não há que se falar em adequação típica, do ponto de vista formal;(grifo do autor)

3º) definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o Direito penal interno em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da *lex populi*) (GOMES, 2009, *on line*).

De fato, as observações feitas por Gomes, concernentes à decisão do Habeas Corpus n. 77.771-SP, são pertinentes e retratam com clareza o desacerto na apropriação do conceito da Convenção de Palermo para suprir a omissão legislativa interna, notadamente no que diz respeito à violação do princípio da taxatividade.

Acompanhando a evolução do pensamento jurídico sobre o tema, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 96007-SP<sup>72</sup>, em 12 de junho de 2012, firmou entendimento pela ilegalidade de empregar o conceito da Convenção de Palermo no plano jurídico interno, ante o postulado constitucional da reserva legal insculpido no art. 5º, inciso XXXIX, indicando que somente lei discutida e aprovada pelo Congresso Nacional teria o condão de conceituar organização criminosa e tipificar o correspondente crime.

Em 2015, esse entendimento foi corroborado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento da Ação Penal n. 470 – conhecida como Processo do Mensalão –, ante a refutação do conceito de organização criminosa da Convenção de Palermo, condenou os réus por associação criminosa (art. 288 do Código Penal Brasileiro) em concurso material com os delitos praticados no âmbito da associação.

Importante esclarecer que durante muito tempo a crítica da doutrina jurídico-penal brasileira se circunscrevia em dois aspectos da legislação brasileira em vigor<sup>73</sup>:

---

<sup>72</sup> Na ação penal n. 1063/2006, que tramitava na Primeira Vara Criminal da Comarca de São Paulo - SP, líderes da Igreja Renascer em Cristo foram denunciados pela prática do crime de lavagem de dinheiro, conduta realizada por meio de organização criminosa, delito então previsto no art. 1º, VII<sup>72</sup>, da Lei n. 9.613/1998, que requeria como antecedente o crime de organização criminosa, sendo então aplicado ao caso o conceito de organização criminosa da Convenção de Palermo. Todavia, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal acatou os fundamentos da defesa, concedendo por unanimidade a ordem de *habeas corpus* aos acusados, com base no entendimento de atipicidade da conduta em razão da inexistência do crime de organização criminosa no ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>73</sup> Referentes à Lei n. 9.034/95 – sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas – e Lei n. 12.694/2012 – sobre o processo e o

a omissão do legislador brasileiro quanto ao conceito de organização criminosa e as limitações de qualquer conceito dado pela norma penal objetiva para um fenômeno complexo, de difícil ou mesmo inalcançável conceito material.

Atualmente, perdura apenas o segundo aspecto, visto que a Lei n. 12. 850/2012 supriu a omissão no tocante ao conceito de organização criminosa e ao tipo penal equivalente.

Nesse sentido, Faccioli (2018) afirma que não há um perfil comum, único, que inclua todas as características do crime organizado, tanto aqui no Brasil, como em qualquer outra parte do mundo. Expõe o autor que as estruturas criminosas têm experiências singulares, áreas de atuação específicas, níveis de organização e atuação consolidados ao longo dos tempos, *know-how* acumulado entre ambientes e povos desconformes, hierarquização e cadeia de comando singular, além de distintas bases territoriais de domínio-influência (FACCIOLI, 2018).

Favaro (2008) menciona que o conceito de organização criminosa se mostra impreciso, e que a dificuldade de conceituação do termo deve-se à diversidade das atividades ilícitas desses grupos. O autor chama a atenção também para as divergências doutrinárias acerca da existência ou não das organizações criminosas, destacando que alguns doutrinadores, como El Hireche, negam a existência dessas organizações, ao afirmar que não se pode conceituar o inexistente (FAVARO, 2008).

Baltazar Junior (2010) reconhece a necessidade de um conceito de organização criminosa, porém, afirma ser grande a dificuldade de se elaborar um conceito doutrinário de crime organizado ou organização criminosa, em decorrência da polarização do debate criminológico e político criminal, marcado pelo radicalismo e por forte carga ideológica e política (BALTAZAR JUNIOR, 2010). Assim, diante das divergências teóricas acerca do conceito de organização criminosa, o autor sustentava, antes da vigência da Lei n. 12.850/2013, a necessidade de uma intervenção legislativa interna que fixasse os contornos legais para essa definição.

Esses contornos foram introduzidos no âmbito normativo interno por meio da Lei n. 12.850/2013, que definiu no art. 1º, §1º, organização criminosa nos seguintes termos:

---

juízo colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, entre outras alterações.

§ 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.

Não obstante a Lei n. 12.850/2013 tenha definido organização criminosa, as discussões e divergências doutrinárias acerca do conceito de organização criminosa persistiram na doutrina, direcionando-se então ao próprio conceito normativo.

Nesse sentido, Prado (2013) assevera que a elaboração de um conceito de organização criminosa que culmine em um estreitamento de seu amplo e variável âmbito de atividades é inapropriada. Destaca o autor ser impossível elaborar um conceito de organização criminosa para cada grupo de atividades ilícitas que sejam seu objeto.

Segundo Greco Filho (2014), não é adequado a lei estabelecer requisitos para que uma associação ou grupo se constitua em organização criminosa, uma vez que as organizações são muito diferenciadas. Assim, segundo Greco Filho, uma definição redigida restringiria o conceito, tornando impossível, em princípio, sua identificação em face de exigências rígidas e expressas. Preconiza o autor a necessidade de um conceito fluido.

Na mesma esteira, Nucci (2015) assevera que o conceito de organização criminosa é complexo e controverso, tal como a própria atividade do crime nesse cenário. Aduz o autor que não se pretende obter uma definição tão abrangente quanto pacífica, mas um horizonte a perseguir, com bases seguras para identificar a atuação da delinquência estruturada que visa ao combate de bens jurídicos fundamentais para o Estado Democrático de Direito.

Pereira (2016), por sua vez, referindo-se às organizações criminosas como crime organizado, declara que não existe uma única definição de crime organizado, pois ela deve abranger aspectos sociológicos e perfis normativos de descrição. Assim, segundo ele, o conceito de crime organizado tende a reunir um sem-número de variáveis, as quais devem abarcar vários elementos que vão da pluralidade de seus agentes ao cometimento de atividades ilícitas, coexistentes com outras de caráter lícito.

Para Rosa (2018, p. 77), “uma consequência inarredável dessa marca de volatividade da criminalidade organizada é a dificuldade de fixar sua delimitação

jurídico-penal e, assim, de estabelecer um conceito útil e viável ao Direito Penal, o conceito de organização criminosa”. Porém, prossegue o autor dizendo que, apesar dessas dificuldades, não se deve furtar à tarefa de delimitar os contornos jurídicos para o fenômeno da criminalidade organizada.

Todavia, por diversas razões, a maioria dos autores reconhece a importância do conceito de organização criminosa disposto no art. 1º, §1º da Lei n. 12.850/2012. Por exemplo, em comentário à Lei n. 12.850/2013, Nucci destaca que “é indiscutível a relevância da conceituação de organização criminosa, não somente para fins acadêmicos, mas pelo fato de se ter criado um tipo penal específico para punir os integrantes dessa modalidade de associação” (NUCCI, 2015).

Prado (2013) não vê como impertinente delimitá-la conceitualmente, sobretudo para se evitar que haja um arbítrio excessivo do aplicador do Direito no momento de decidir o que constitui ou não uma organização criminosa.

Outrossim, Bitencourt e Busato (2014) asseveram que essa definição legal é de extrema relevância em nosso ordenamento jurídico, na medida em que impede que se continuem praticando, repetidamente, inúmeras injustiças, sobretudo nas investigações criminais, que são pré-processuais, nas quais se invocava indevidamente a existência de “grandes organizações criminosas” para justificar o emprego abusivo de meios coercitivos excepcionais, os quais deveriam ser reservados para a criminalidade complexa, cometida por organizações criminosas, cujo conceito era inexistente, e para a prática do crime de lavagem de capitais.

Em suma, apesar das críticas direcionadas ao conceito de organização criminosa da Lei n. 12.850/2013, evidencia-se um consenso quanto à importância da norma penal material, do qual extraímos as seguintes funções do conceito: delinear as características centrais e requisitos das organizações criminosas; servir de horizonte teórico para segurança jurídica; estabelecer limites ao poder punitivo, evitando excessos; e afastar a impunidade de poderosas organizações criminosas, que se beneficiavam da inexistência de um conceito legal.

Feitas essas considerações, passamos à análise do art. 1º, §1º, da Lei n. 12.850/2013, como fonte normativa de informação semântica do vocábulo organização criminosa, elemento fundamental para compreender os crimes de organização criminosa e de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal da ótica garantista.

#### 4.2.2 Definição legal de organização criminosa na Lei n. 12.850/2013

No sistema jurídico brasileiro, a definição de organização criminosa encontra-se disposta no art. 1º, §1º, da Lei n. 12.850/2013, *in verbis*:

§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.

Sem dúvida que a fluidez das organizações criminosas dificulta um conceito homogêneo para esses grupos. Porém, o mérito da Lei n. 12.850/2013 é indiscutível, ao estabelecer parâmetros de identificação desses grupos no plano concreto.

Ademais, essa definição legal de organização criminosa complementa as normas penais em branco do art. 2º, *caput*, e do §1º, que tratam dos crimes de organização criminosa e impedimento ou embaraço da investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

Disso resulta a importância de compreendermos alguns aspectos dessa definição legal, sem o que, no tocante a esses delitos, o princípio da legalidade estaria comprometido pela imprecisão decorrente da incompletude da norma.

Com base nesse diploma legal, são frequentemente narradas na doutrina<sup>74</sup> as seguintes características das organizações criminosas: associação de pessoas com

---

<sup>74</sup> Entre outros, Prado (2013), considerando a atual disposição normativa, cita, como elementos que compõem a estrutura de uma organização delitativa: a associação de pelo menos quatro pessoas; estrutura ordenada com divisão de tarefas, ainda que informalmente; finalidade de obtenção direta ou indireta de vantagem de qualquer natureza; prática de infrações penais, cujas penas máximas excedam quatro anos, ou tenham caráter transnacional. Da mesma forma, Greco Filho (2014) destaca como requisitos para caracterizar uma organização criminosa: a associação (reunião com ânimo associativo) de quatro ou mais pessoas; estrutura ordenada com divisão de tarefas ainda que informalmente; e a finalidade de obter vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes punidos, na pena máxima, com mais de quatro anos ou de caráter transnacional. Com base na etimologia do termo *organização*, Nucci (2015) descreve organização criminosa como a associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo preestabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes. Pereira (2016) ressalta que não há como dissociar crime organizado de características como a pluralidade de agentes que, atuando coletivamente na prática permanente e reiterada de crimes para obtenção de lucro e/ou poder, forma uma organização estável, a qual opera racionalmente com a finalidade de obter lucros, por meio de atividades ilícitas. Sousa (2015) extraiu das características do crime organizado um *núcleo essencial*, ou seja, pontos comuns de qualquer organização criminosa de que se tenha conhecimento. São elas:

ânimo de durabilidade, estrutura organizada, divisão de tarefas, prática de delitos de natureza grave e obtenção de vantagens ilícitas.

Cotejando a definição de organização criminosa da Lei n. 12.850/2013 com a de grupo criminoso organizado da Convenção de Palermo, nota-se que o legislador brasileiro, ao contrário do texto da Convenção, não fez qualquer menção, como um dos elementos essenciais, à temporalidade do grupo. Essa omissão, todavia, não afasta a necessidade de continuidade da organização criminosa (caráter estável), conforme reconhecido pela doutrina pátria.

Com base na definição legal de organização criminosa, inferimos que o termo organização criminosa compreende uma estrutura organizacional similar à organização empresarial: hierarquizada, ordenada, com divisão de tarefas e a finalidade de atingir objetivos bem definidos. Entretanto, as organizações criminosas diferem das organizações empresariais formais, pois são constituídas à margem da lei e se destinam à prática de condutas ilícitas.

Na redação do destacado dispositivo, o legislador utilizou a expressão “associação de 4 (quatro) ou mais pessoas” – crime de concurso necessário (plurissubjetivo) –, que designa reunião de pessoas com *animus* associativo, reportando à ideia de vínculo estável e duradouro, em oposição ao vínculo ocasional do concurso de pessoas.

No que se refere ao número mínimo de participantes (quatro pessoas) exigido para configurar uma organização criminosa, a Lei n. 12.850/2013 “vai na contramão da tendência legislativa internacional” (MASSON; MARÇAL, 2015, p.25), que em geral estabelece o número mínimo de três membros. Importa mencionar que a Convenção de Palermo estabeleceu igualmente o número mínimo de três membros para se configurar um *grupo criminoso organizado*.

Nesse aspecto, Greco e Freitas (2019) destacam que a recente reforma do Código Penal da Espanha estabeleceu como critério numérico para a formação de uma organização criminosa a reunião de “mais de 2 (duas) pessoas”.

Segundo Greco e Freitas (2019), esse critério numérico também aparece entre o rol de indicadores apontados pela União Europeia para orientar e delimitar o conceito de crime organizado. Concluem os autores que o conceito brasileiro “foi mais tímido do que aquele estabelecido na Convenção de Palermo e também não seguiu a esteira

---

a pluralidade de agentes, a estabilidade ou permanência, a finalidade de lucro e a organização estrutural.

dos demais países, especialmente os europeus, que admitiram como possível uma organização de apenas 3 (três) pessoas” (GRECO; FREITAS, 2019, p. 36).

Prosseguindo nas análises do conceito de organização criminosa da Lei n. 12.850/2013, cabe destacar ainda o uso da expressão “associação estruturalmente ordenada”, compreendida pela operacionalização das atividades no interior das organizações criminosas, mediante planejamento, divisão e execução de tarefas, com base na hierarquia estrutural<sup>75</sup>, de onde emana mandamentos de ações de seus mais altos escalões, distribuídas para níveis inferiores.

Quanto à menção de informalidade das atividades da organização criminosa, significa ser desnecessário cumprir atos específicos, de algum requisito formal, para constituição do grupo e divisão de tarefas. Nesse aspecto, Silva (2015) assinala que a intenção do legislador foi deixar claro que os integrantes da organização não precisam atuar de forma meticulosamente organizada, bastando seguir ordens verbais.

Masson e Marçal (2015) entendem que a locução “ainda que informalmente” indica notória dispensabilidade de constituição formal do grupo. Ou seja, “não se exige, tampouco, que a organização criminosa possua regras escritas disciplinando a conduta de seus membros ou mesmo estatutos informais, tal como os possuem o PCC (primeiro comando da capital) e a japonesa Yakuza” (MASSON; MARÇAL, 2015, p. 27).

No tocante ao “objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza”, inferimos que essa vantagem pode ser econômica ou não, porém, deve ser sempre ilícita em razão da própria natureza criminosa da organização. Como assinala Nucci (2015, p. 14), “o ponto faltoso da lei é a ausência de especificação da *ilicitude*, pois é absolutamente ilógico o crime organizado buscar uma meta lícita”. Acrescente-se ainda que essa vantagem pode ser tanto *direta* quanto *indireta*. Vantagem *direta* é aquela obtida com a execução da conduta criminosa, e *indireta* quando, desenvolvida a conduta criminosa, a vantagem provém de outras fontes.

A parte final do art. 1º, §1, da Lei n. 12.850/2013, ao condicionar a existência das organizações criminosas à prática de infrações penais, cujas penas máximas

---

<sup>75</sup> Greco e Freitas, com supedâneo nos ensinamentos de Joaquim Herrera e Francisco Javier Rodriguez, assinalam que a estrutura hierárquica “não é uma característica necessária de uma organização criminosa, embora apareça com frequência na maioria das organizações” (GRECO; FREITAS, 2019, p. 19). Para os autores, existem organizações criminosas que atuam em rede, fora da estrutura hierárquica do tipo piramidal.

sejam superiores a quatro anos, gera controvérsias na doutrina. Primeiro, porque aparentemente não abrange as contravenções penais<sup>76</sup>, espécies de infrações penais que não comportam penas máximas superiores a quatro anos. Segundo, porque exclui expressamente da norma todos os crimes com penas inferiores a quatro anos<sup>77</sup>.

Nesse ponto, concluímos que o legislador utilizou como medida da gravidade do desvio social e da periculosidade da organização o *quantum* sancionatório das infrações penais praticadas pelo grupo. Portanto, infere-se do exposto que a periculosidade da organização criminosa vincula-se notadamente à prática de crimes graves<sup>78</sup>.

No nosso entendimento, o estabelecimento desse critério para configurar uma organização criminosa não deixa de ser um limite ao poder punitivo estatal. Do contrário, se remetido exclusivamente à periculosidade da organização, sem fixar um critério objetivo para os delitos perpetrados pelo grupo, resultaria em juízos ético-valorativos e não cognitivos, em contraposição à racionalidade e à normatividade do sistema garantista.

Além da exigência da pena mínima para infrações penais praticadas pela organização criminosa, o destacado dispositivo faz alusão aos crimes transnacionais, sem exigência de pena mínima, sendo suficiente a natureza de crime transnacional. Essa medida revela-se pertinente, pois diversas organizações criminosas transnacionais atuam no território nacional, dedicando-se a atividades que configuram crimes com incidência sancionatória inferior à exigida pela lei (pena superior a quatro

---

<sup>76</sup> Parte da doutrina se manifesta pela abrangência das contravenções. Nesse sentido, Silva (2015) menciona a possibilidade de cumular a contravenção penal com outros delitos com pena superior a quatro anos, para efeito de aplicabilidade da Lei n. 12.850/2013. Para Nucci, “[...] é evidente poder existir uma organização criminosa voltada à prática de jogos de azar (contravenção penal) ou de furto simples (pena máxima de quatro anos)” (NUCCI, 2015, p.14-15). No sentido contrário, para Mendroni, “a Lei restringiu o alcance da configuração, limitando-a à prática de crimes, portanto não qualquer infração penal, deixando de fora aquelas que atuam exclusivamente no âmbito das contravenções penais” (MENDRONI, 2016, p. 24).

<sup>77</sup> Masson e Marçal (2015) explicam que, para um setor doutrinário, a Lei n. 12.850/2013 pecou, ao vincular a caracterização de uma organização criminosa a infrações penais, com penas superiores a quatro anos, pois “[...] não são propriamente os crimes decorrentes da atuação da organização que lhe conferem a condição de macrocriminalidade, pelo seu alto potencial lesivo, mas a organização em si.” (MASSON; MARÇAL, 2015, p. 25). Nucci adverte que “[...] Não há sentido em se limitar a configuração de uma organização criminosa, cuja atuação pode ser extremamente danosa à sociedade, à gravidade abstrata de infrações penais” (NUCCI, 2105, p.14).

<sup>78</sup> Nesse ponto, alguns autores sustentam a necessidade de considerar a periculosidade da organização e não os delitos cometidos por esse grupo. Assim, para Ferro, “não são exatamente os delitos decorrentes da atuação da organização criminosa que lhe conferem a condição de macrocriminalidade, pelo seu alto potencial lesivo, mas a organização em si, com os seus laços espúrios com o Poder Público ou algum(ns) de seus agentes” (FERRO, 2014, p. 39).

anos), como ocorre com as organizações criminosas ligadas à prática de crimes ambientais, cuja maioria das penas abstratas é inferior a quatro anos.

Logo, ante a maior dificuldade em reprimir os grupos transnacionais, em relação aos grupos nacionais, nada mais coerente do que, por meio de norma jurídica, estabelecer maior rigor legislativo para essas situações.

Por todo o exposto, concluímos que se afiguram como elementos basilares das organizações criminosas, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro: a associação composta de quatro ou mais pessoas; a estrutura ordenada; a divisão de tarefas; o caráter estável do grupo; a obtenção de vantagem ilícita; o poder de intimidação; e as infrações com penas superiores a quatro anos.

Outros elementos são desdobramentos contingenciais, como é o caso da infiltração no aparato estatal<sup>79</sup>, da participação de agentes públicos, da conexão com outras organizações criminosas e da coação mediante violência.

Nessa linha de raciocínio, é importante consignar que os desdobramentos, logicamente por não serem elementos estruturais, não se manifestam em alguns grupos. Isso porque cada organização criminosa opera de forma específica, de modo que é possível traçar a espinha dorsal do fenômeno criminológico, mas não as atividades operacionais de cada grupo.

Por fim, concluímos que a definição de organização criminosa, do art. 1º, §1º, da Lei n. 12.850/2013, atende ao princípio da legalidade formal e não apresenta elementos valorativos ou características arbitrárias e discriminatórias, incidindo sobre fatos e não sobre pessoas. Portanto, vincula juízes e tribunais, ao vedar, no plano interno, a utilização de outros instrumentos jurídicos definidores do termo, como outrora ocorreu com o uso do conceito da Convenção de Palermo.

---

<sup>79</sup> Ana Luiza Ferro, Rogério Greco e Paulo Freitas são alguns dos autores que assinalam como características essenciais das organizações criminosas a infiltração nas estruturas estatais e a corrupção de agentes públicos. Nesse sentido, Ana Luiza Ferro cita Ivan Luiz da Silva e Paulo César Correa Borges, por meio das seguintes explicações: “O crime de quadrilha ou bando é a associação estável e permanente composta por, no mínimo, quatro pessoas com o fim específico de cometimento de uma série indeterminada de crimes. Diferem do crime organizado pelo fato de não conterem como elemento essencial a organização empresarial e a característica da infiltração no Estado para corrompê-lo. Assim, não se confundem. **O conceito de organização criminosa é muito mais amplo e mais sofisticado que o de quadrilha e bando; criminologicamente são inconfundíveis e seria um crasso equívoco igualá-los**” (SILVA, 1998, p. 53, apud FERRO, 2009, p. 353, grifo da autora). “Embora normalmente tenham liderança, que organiza a ação do grupo, as quadrilhas ou bandos são formados para a prática de delitos, sem nenhuma ligação com o Estado, sem uma ação global e sem conexões com outros grupos, e jamais possuirão um caráter transnacional” (BORGES, 2002, p. 20 apud FERRO, 2009, p. 353, grifo da autora).

Porém, não podemos olvidar que o tratamento da criminalidade organizada na Lei n. 12.850/2013 tem recebido críticas da doutrina, associadas aos discursos do risco, da emergência e do simbolismo, contrários, até mesmo, à tipificação do delito de organização criminosa<sup>80</sup>. São questões a serem analisadas do prisma da teoria garantista, no que se refere aos crimes de organização criminosa e de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal, temas a serem abordados no item 4.4.

#### **4.2.3 Definição de organização criminosa transnacional e de crime organizado transnacional**

O processo de globalização econômica contribuiu tanto para o recrudescimento da criminalidade tradicional no plano interno, quanto dos crimes transfronteiriços, principalmente, no tocante ao crime organizado relacionado ao tráfico de substâncias entorpecentes, tráfico de armas, tráfico de pessoas, lavagem de dinheiro e biopirataria.

A despeito da origem remota das organizações criminosas, constata-se que nas últimas décadas do século XX ocorreu uma vertiginosa evolução qualitativa e quantitativa do fenômeno em âmbito global, acentuando-se o caráter transnacional desses grupos.

Para Albanese (2012), o crime organizado transnacional pode ser considerado a moderna extensão do crime organizado da globalização.

Pereira (2016) aponta que a prática de delitos transnacionais, impulsionada pela globalização econômica, experimentou grande crescimento, na mesma proporção em que aumentaram os lucros obtidos por meio dessas atividades ilícitas. Assevera o autor que os avanços tecnológicos e financeiros têm ampliado o mercado global e, com ele, as atividades do crime organizado.

É certo que existe uma tendência em associar o crime transnacional ao crime organizado transnacional, razão por que é importante identificar as diferenças entre as duas categorias.

---

<sup>80</sup> Para El Hireche e Figueiredo, “a figura do crime organizado não é mais do que expressão vazia, que se relaciona com uma Política Criminal de enfrentamento do inimigo (através do Direito Penal do Inimigo), legitimada nas emergências, permeada de seletividade e com funções eminentemente simbólicas” (EL HIRECHE; FIGUEIREDO, 2015, p. 177).

Nesse sentido, trazemos a lume o significado de infração transnacional, com base nos parâmetros extraídos da Convenção de Palermo, indicados no artigo 3<sup>a</sup>, 2, a, b, c, d, como sendo aquela que:

- a) For cometida em mais de um Estado;
- b) For cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado;
- c) For cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou
- d) For cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado.

Conforme o exposto, podemos observar que a definição de infração transnacional remete a condutas ilícitas com conexões e/ou desdobramentos em mais de um Estado. Ainda, infere-se que as infrações transnacionais não comportam necessariamente a atuação de organizações criminosas, de outro modo, as organizações criminosas têm como característica inarredável a prática de crimes transnacionais.

Nesse sentido, é possível afirmar que o crime transnacional pode ser praticado por organizações criminosas ou por pessoa ou pessoas, sem qualquer vínculo com grupos organizados. À guisa de exemplificação de crimes transnacionais unissubjetivos (que podem ser praticados por uma ou mais pessoas), sem quaisquer vínculos com o crime organizado transnacional, podemos citar os crimes cibernéticos, como o preconceito racial e a pedofilia difundidos na rede mundial de computadores.

De acordo com Davin (2004), a criminalidade transnacional distingue-se da denominada criminalidade “doméstica” ou nacional, que não ultrapassa os limites geográficos de determinado Estado.

Davin (2004) também menciona a distinção entre criminalidade internacional e transnacional, ao esclarecer que a principal característica da primeira é violar leis ou regulamentos internacionais, enquanto, na segunda, violam-se leis ou regulamentos de, pelo menos, dois ordenamentos jurídicos nacionais.

Crime transnacional também não se confunde com crime internacional. Este, segundo Albanese (2012), corresponde a crimes contra a humanidade que podem ou não envolver vários países. Como exemplos desses crimes, o autor menciona: o genocídio, o terrorismo e as violações de direitos humanos. Crimes, segundo ele, em

geral, não motivados pelo lucro, que é o objetivo central de todos os crimes transnacionais.

Quanto à definição de crime organizado transnacional, reportamos novamente ao artigo 2º, a, da Convenção de Palermo, que define grupo criminoso organizado, termo correlato a crime organizado transnacional, como sendo grupo estruturado<sup>81</sup> de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando de comum acordo, com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves<sup>82</sup> ou enunciadas na Convenção, no intuito de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

É notório que o aludido dispositivo da Convenção não definiu de forma direta e clara o crime organizado transnacional, mas destacou elementos essenciais para caracterizá-lo. Assim, no que se refere às organizações criminosas transnacionais é possível denominá-las, com base no art. 1º, a, da Convenção de Palermo, de grupos criminosos organizados.

Callegari e Wermuth (2009) veem no conceito da Convenção de Palermo imprecisão na definição de organização criminosa. Assim, assinalam que, “como o conceito é vago, verifica-se que a própria Convenção estabelece a definição dos elementos normativos do tipo que o integram (‘infração grave’, ‘grupo estruturado’, ‘bens’, ‘produto do crime’ etc.)” (CALLEGARI; WERMUTH, p. 14, 2009), ou seja, a Convenção supre o conteúdo vago do dispositivo.

A bem da verdade, tanto o conceito de crime organizado transnacional, do art. 2, a, da Convenção de Palermo, quanto o conceito de organização criminosa da legislação brasileira (Lei n. 12.850/2013) não são suficientes para estabelecer um consenso teórico acerca desse instituto, dada a impossibilidade de concentrar, em um único conceito, os vários paradigmas de organizações criminosas existentes no mundo.

Na doutrina pátria, como vimos, prevalece a dificuldade de um conceito uníssono de organização criminosa, mesmo após a vigência da Lei de Organização Criminosa de 2013. Porém, maior dificuldade reside no conceito de organização criminosa transnacional, por se tratar de fenômeno criminal muito mais complexo e

---

<sup>81</sup> Grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada (artigo 2, c, da Convenção de Palermo).

<sup>82</sup> Infração grave – ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior (artigo 2, b, da Convenção de Palermo).

multifacetado, em comparação com as organizações criminosas atuantes em território nacional.

Pereira (2016) ressalta que o crime organizado não pode ser compreendido como um mal apenas de determinado lugar, pois, segundo o autor, as organizações criminosas costumam atuar em diversos países. Prossegue afirmando que o crime organizado mais moderno é transnacional, porque opera além das fronteiras geográficas e sempre busca os melhores mercados e os melhores prestadores de serviço, especialmente os serviços bancários.

De fato, a transnacionalidade caracteriza a maioria das organizações criminosas, mas não todos os grupos. É certo que, atualmente, as organizações criminosas transnacionais têm maior destaque no cenário mundial. Porém, é possível constatar efetivamente a atuação de organizações criminosas limitada às fronteiras de apenas um Estado, porém, a regra é a atuação transnacional.

No Brasil, muito se divulga acerca da atuação de organizações criminosas nacionais e transnacionais ligadas ao tráfico de drogas. Contudo, é possível identificar também a transnacionalidade em organizações criminosas que aparentemente só atuam em território nacional – como é o caso daquelas ligadas à corrupção política, o que fica bastante claro na habitual prática de transferir valores monetários, desviados ilicitamente dos cofres públicos, para paraísos fiscais no exterior – e as conexões com outras atividades ilícitas no plano transnacional.

Em linhas gerais, pode-se dizer que as organizações criminosas transnacionais se caracterizam pela amplitude geográfica de suas ações, que envolvem, no mínimo, dois países, transcendendo fronteiras nacionais e até mesmo intercontinentais. Somam-se a isso as demais características descritas nos tratados e convenções internacionais e nas legislações nacionais.

Fica claro que as reflexões teóricas acerca da transnacionalidade das organizações criminosas ou do crime organizado conduzem necessariamente às bases territoriais de atuação desses grupos, de modo que a tentativa de definir crime organizado transnacional ou organizações criminosas transnacionais, do ponto de vista das atividades perpetradas por esses grupos, permanece um desafio para a doutrina, em decorrência do horizonte de múltiplas e intrincadas ações.

#### 4.2.4 Definição de associação criminosa e diferenças em relação à organização criminosa

A associação de pessoas para a prática de delitos tem origem remota e indeterminada. Ferro (2009) atribui ao Código Napoleônico de 1810<sup>83</sup> a “enunciação, em feição hodierna, de um tipo legal estabelecendo como crime autônomo a associação criminosa ou a quadrilha ou bando” (FERRO, 2009, p. 103), que serviu de inspiração para diversos estatutos jurídicos,

[...] a exemplo dos estatutos italianos vigentes no período anterior à unificação política do país, como o parmense, de 1820 (art. 264); o albertino, de 1847; o toscano, de 1853 (art. 421); o sardo, de 1859 (arts. 426 e 430); dos italianos do período pós-unificação, caso do Código Zanardelli, de 1889 (arts. 248a 251), e do Codice Penale atual (art. 416); dos códigos alemão (§ 129), argentino (art. 210) e chileno (arts. 292 a 295 bis), entre muitos outros (FERRO, 2009, p. 103).

Para Bittencourt e Busato (2014), associação – ou quadrilha ou bando (associação criminosa) – sempre existiu nas comunidades sociais, estando presente em praticamente todas as formas de criminalidade e, talvez, possua certo aprimoramento ou modernização qualitativa e quantitativa nas suas formas de execução.

Porém, assinalam os autores que, “no direito brasileiro, os Códigos criminais do século XIX – Código Criminal do Império de 1830 e Código Penal de 1890 – não consagravam essa figura delituosa” (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 28), o que só ocorreu com a edição do Código Penal de 1940.

Ainda, no Brasil, outros autores identificam grupos de delinquentes organizados no século XVIII, na Capitania de Minas Gerais<sup>84</sup>, e no final do século XIX, no Nordeste brasileiro, com o movimento do cangaço<sup>85</sup>.

Nesse processo evolutivo, os bandos armados que inspiraram o legislador a introduzir no Código Penal de 1940 o crime de Quadrilha ou Bando (art. 288) eram muito diferentes das atuais associações criminosas. Bitencourt e Busato (2014)

---

<sup>83</sup> Sobre o delito de associação criminosa, Bitencourt e Busato igualmente escrevem que, “a partir do Código Penal francês de 1810 (art. 265), essa figura delituosa passou a integrar muitos dos códigos de outros países, que foram editados após essa data” (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 28).

<sup>84</sup> Ver ANASTASIA, Carla. *A geografia do crime: Violência nas Minas Setecentistas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.

<sup>85</sup> Ver ARAÚJO, Eduardo Silva. *Crime Organizado: Procedimento Probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.

resgatam os ensinamentos de Nelson Hungria acerca dos grupos de delinquentes organizados contemporâneos à edição do Código Penal Brasileiro, conforme exposto:

No Brasil, à parte o endêmico *cangaceirismo* do sertão nordestino, 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 ou menos frequentes as quadrilhas de rapinantes noturnos, de salteadores de bancos em localidades remotas, de *abigeatores* (ladrões de gado), de moedeiros falsos, de contrabandistas e, últimamente (sic), de ladrões de automóveis (HUNGRIA, 1959, p. 175-176 apud BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 30).

É cediço que as mudanças estruturais nas sociedades produzem novas relações sociais que, por sua vez, atuam no âmbito da criminalidade, para seu apaziguamento ou acirramento. Desse modo, a evolução histórica da sociedade brasileira foi acompanhada do aprofundamento das questões relacionadas à criminalidade em vários aspectos, entre eles, a atuação dos grupos de delinquentes em associação eventual ou permanente, os quais passaram de pequenos grupos, tais como “ladrões de gado”, “salteadores de bancos em localidades remotas” e “moedeiros falsos”, aos atuais bandos armados que, por exemplo, invadem e roubam residências, bancos e comércios em geral, roubam cargas e veículos ou se dedicam ao tráfico de drogas e armas de fogo.

Durante décadas, a aplicação do art. 288, do Código Penal Brasileiro, na criminalização de grupos de criminosos para a prática de delitos, mostrou-se funcional, de modo que, por mais de 60 anos, o dispositivo em tela vigeu sem qualquer modificação ou críticas acerca da manifestação de um direito penal preventivo, de antecipação da tutela.

Na década de 90, com o recrudescimento, reestruturação e diversificação das atividades de grupos de criminosos, impôs-se a necessidade de adequar os sistemas jurídicos nacionais às novas manifestações da delinquência em associação.

Essa necessidade não passou despercebida pelo legislador brasileiro, quando da elaboração da Lei n. 12.850/2013. Nesse sentido, o art. 24 do referido diploma legal alterou o art. 288 do Código Penal Brasileiro, que na sua versão original dispunha:

Quadrilha ou bando

Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:  
Pena: reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.  
Parágrafo único: A pena aplica-se em dobro se a quadrilha ou bando é armado.

Com a nova redação, a nomenclatura do delito de quadrilha ou bando foi alterada para “associação criminosa”, com a seguinte configuração:

#### Associação Criminosa

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:  
Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

É possível que essa mudança seja interpretada como medida punitivista, pois a redução do número de participantes, de no mínimo quatro para três, pode ensejar a ideia de restrição da tolerância estatal com esse tipo de criminalidade, acarretando o aumento no rigor punitivo; com isso, mais grupos de delinquentes seriam caracterizados como associações criminosas. Todavia, não parece ter sido essa a intenção do legislador, mas sim estabelecer um critério inicial de diferenciação do crime de associação criminosa em relação ao crime de organização criminosa, para o qual foi previsto o mínimo de quatro participantes.

Portanto, não se vislumbra na mudança do artigo 288 qualquer intenção punitivista do legislador, tanto é verdade que no parágrafo 1º consta um abrandamento na sanção penal quando se tratar de associação criminosa armada, haja vista que, na redação anterior, aplicava-se o dobro da pena, e na nova redação aplica-se até a metade da pena. No tocante à causa de aumento da pena, quando a associação criminosa tiver a participação de criança ou adolescente, é razoável concluir que a intenção do legislador foi proteger a criança e o adolescente contra a exploração e a violência da criminalidade, por meio de penas mais rigorosas que possam desestimular esse tipo de conduta ilícita.

Para avançar no sentido da diferenciação entre o tipo penal de associação criminosa (art. 288 do Código Penal Brasileiro) e de organização criminosa (art. 1º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013), destacamos inicialmente que alguns autores, como El

Hireche e Figueiredo (2015), não veem diferenças entre os dois institutos. Assim, assinalam que

o discurso do 'crime organizado' ou 'de organização criminosa', em verdade, trata de figura não diferente [...] da novel 'associação criminosa' inaugurada pela lei 12.850/2013, com contornos gongóricos que lhe dão discurso de emergência, simbólicos e de Direito Penal do Inimigo (EL HIRECHE; FIGUEIREDO, 2015, p. 153).

Porém, considerando-se o conteúdo dos tipos penais de associação criminosa (art. 288 do Código Penal Brasileiro) e organização criminosa (art. 2º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013), identificam-se diferenças elementares entre os dois institutos. Nesse sentido, destacamos que, na associação criminosa, o núcleo do tipo penal é composto da forma verbal “associarem-se”, complementado com o fim específico “de cometer crimes”, o que indica a voluntariedade dos agentes em aderir a um grupo que planeja a prática de determinados crimes, como, por exemplo, roubo, extorsão e sequestro (objetivo imediato). Em outras palavras, o objetivo imediato desses agentes é a prática do crime, que eventualmente poderá resultar em vantagens materiais (objetivo mediato).

O crime de organização criminosa, por sua vez, tem por núcleo do tipo penal as condutas de “promover”, “constituir”, “financiar” ou “integrar”, o que significa dizer que o termo associação, quando aplicado às organizações criminosas, tem conotação mais ampla e complexa. Não é o simples associar para prática de crimes, mas, sobretudo, a participação por meio de condutas bem definidas; e quando o agente adere à organização criminosa, não tem por foco a prática de crimes, mas, fundamentalmente, a obtenção de vantagens de qualquer natureza. Nesse propósito, os crimes funcionam como meios para a obtenção das vantagens almejadas.

Importante também destacar que na associação criminosa a adesão ao grupo é sempre pessoal, ao passo que na organização criminosa admite-se até mesmo a participação “por interposta pessoa”.

A estrutura ordenada e a divisão de tarefas são características das organizações criminosas. Embora seja possível notar divisões de tarefas, numa dimensão menos complexa, em algumas associações criminosas é certo que “a associação criminosa não requer a organização estruturalmente ordenada e tampouco se caracteriza pela divisão de tarefas. Essa distinção decorre da precisão

conceitual emitida pelo texto da Lei n. 12.850/2013” (BITENTCOURT; BUSATO, 2014, p.32).

Por fim, a configuração do tipo penal de organização criminosa remete à prática de infrações penais, com penas superiores a quatro anos ou de caráter transnacional. De outra parte, o crime de associação criminosa refere-se apenas ao cometimento de crimes, sem estabelecer parâmetros mínimos de pena e nem o caráter de transnacionalidade.

Luiz Flávio Gomes destaca as seguintes diferenças entre associação criminosa e organização criminosa:

(a) só existe a segunda quando a associação pretende praticar crimes com pena máxima superior a quatro anos ou que tenha caráter transnacional. Se o grupo pretende praticar crimes de menor intensidade, pode ser enquadrado eventualmente no art. 288;

(b) o art. 288 exige três ou mais pessoas; o novo crime de organização criminosa requer quatro ou mais pessoas;

(c) a finalidade da associação criminosa (art. 288) é a de cometer crimes; a finalidade da organização criminosa é a de, ou indiretamente, obter 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;

(d) o art. 288 fala em crimes; a organização criminosa fala em "infrações penais", que abrange tanto crimes como contravenções (e há contravenção punida com pena superior a 4 anos);

(e) o art. 288 não exige estrutura ordenada nem divisão de tarefas; isso faz parte da nova organização criminal (GOMES, 2013?, p. 4).

Oportuno mencionar, conforme exposto no item 4.2.2, que alguns autores indicam, como elementos essenciais da diferenciação entre organizações criminosas e outras associações ilícitas, o vínculo estabelecido com o Poder Público e seus agentes. Entretanto, as análises do conteúdo do tipo penal de organização criminosa não fazem referência, direta ou indireta, a essa característica.

Nesse ponto, concordamos com Masson e Marçal (2015), ao afirmarem que a presença de servidores públicos não é *conditio sine qua non* para constituir uma organização criminosa, sob o argumento de que o concurso de funcionário público em uma organização criminosa é causa de aumento de pena (art. 2, §4º, II, da Lei n. 12.850/2013). Assim, concluem que, não havendo essa participação, afasta-se a causa de aumento de pena e não o tipo penal.

Não podemos deixar de mencionar outra importante alteração no art. 288, do Código Penal, instituída pela Lei n. 12.720/2012, que acrescentou ao diploma penal o dispositivo 288-A, referente ao crime de “Constituição de milícia privada”, *in verbis*:

Constituição de milícia privada

Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.

No nosso entendimento, a introdução no ordenamento jurídico-penal brasileiro do crime de “Constituição de Milícia Privada” apresenta-se como remédio jurídico de efeitos simbólicos, no campo da expansão do Direito Penal das últimas décadas. Isso porque, ante a crescente relação das milícias com a violência urbana e a incapacidade do Estado de garantir efetivamente a segurança dos cidadãos, especialmente das populações submetidas diretamente à ação desses grupos, a solução para a problemática seguiu o caminho da criação de lei simbólica, na intenção de apaziguar a sociedade e criar o falso clima de segurança. Vale lembrar que:

Efetivamente a simbologia jurídico-penal atende a funções não-declaradas do poder de punir, promovendo não só a inflação do poder de punir, do poder do Estado intervir nas esferas individuais das pessoas [...] como também retirando o foco, ainda que momentaneamente dos reais problemas. (EL HIRECHE;FIGUEIREDO, 2015,p.161).

Trata-se de norma penal em branco, de modo que a falta de definição de “organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão” e de clareza em seu conteúdo viola manifestamente o princípio garantista da legalidade, tornando esse instituto inócuo em sua proposta de repressão às milícias privadas<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> Na justificativa do Projeto de Lei n. 68/2012, que deu origem à Lei n. 12.720/2012, encontra-se a definição de milícia nos seguintes termos: “Milícia, na experiência brasileira contemporânea, é a designação genérica de organizações armadas com poder de polícia e que formalmente não integram as forças armadas ou de segurança pública, apesar de seus integrantes, muitas vezes, fazerem parte dessas organizações oficiais”. O texto da justificativa do projeto de lei, também menciona que, “no Rio de Janeiro, as milícias são geralmente grupos formados em comunidades urbanas de baixa renda, como conjuntos habitacionais e favelas, sob a alegação de combater o narcotráfico, mas mantendo-se com os recursos financeiros provenientes da venda de proteção da população carente. Na cidade fluminense, esses grupos são formados por policiais, bombeiros, vigilantes e militares, fora de serviço ou ainda na ativa. Muitos deles são moradores das comunidades que controlam e contam com o

Para Bitencourt (2012?), a tipificação desse crime representa uma afronta ao princípio da legalidade estrita, ao não definir “*organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão*”, dificultando gravemente a segurança exigida em um Estado Democrático de Direito. Esclarece ainda o autor que o legislador criou uma nova modalidade de *reunião de pessoas para delinquir*, olvidando-se, contudo, de estabelecer o número mínimo de participantes; com isso, gerou insegurança inaceitável para um direito penal da culpabilidade, fundado em seus dogmas históricos.

Por fim, Bitencourt (2012) assinala que, na realidade, o legislador devia ter conceituado e definido o significado dos grupos que elenca, atendendo, assim, ao princípio da taxatividade estrita, e que a questão se situa especialmente na grande dificuldade, inclusive doutrinária e jurisprudencial, em estabelecer exatamente os conceitos dessas novas figuras.

Não é intenção neste item pormenorizar e discorrer exaustivamente acerca dos elementos caracterizadores do crime de associação criminosa e de constituição de milícia privada, mas tão somente abordar alguns aspectos do crime de associação criminosa, de modo a esclarecer que as alterações feitas no art. 288 do Código Penal pela Lei n. 12.850/2013 serviram para delimitar de forma inequívoca a atuação de grupos criminosos com características de associação criminosa, diferenciando-os de organização criminosa, razão pela qual consideramos cumprido o objetivo proposto para o presente item.

#### **4.2.5 Diferenças entre o crime de organização criminosa e concurso de pessoas**

No direito brasileiro o concurso de pessoas encontra-se disposto no artigo 29 do Código Penal, *in verbis*:

##### Do Concurso de Pessoas

Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

---

respaldo de políticos”. Porém, na lei, omitiu-se o conceito desse vocábulo, que não encontra no ordenamento jurídico brasileiro qualquer definição.

§1º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§2º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

A doutrina divide esse instituto em *concurso eventual* e *concurso necessário*. O primeiro, relacionado aos crimes *unissubjetivos*, ou seja, aos crimes passíveis de serem praticados por uma única pessoa, mas que eventualmente podem ser praticados em concurso de duas ou mais pessoas, como, por exemplo, os crimes de furto, roubo, estelionato, etc.

De outra parte, o *concurso necessário* relaciona-se aos crimes *plurissubjetivos*, que só podem ser praticados por duas ou mais pessoas, caso dos delitos de rixa (art. 137 do Código Penal) e associação criminosa (art. 288 do Código Penal).

Isso significa que o crime de organização criminosa não se adequa ao *concurso eventual*, em razão de caracterizar-se como crime plurissubjetivo, pois exige uma pluralidade de agentes (no mínimo quatro pessoas). Além disso, no *concurso eventual*, a associação dos agentes é temporária e se destina à prática de um ou mais crimes de qualquer natureza, ao passo que o crime de organização criminosa se caracteriza pela estabilidade e permanência e pela prática de infrações penais com penas máximas superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.

No nosso entendimento, o crime de organização criminosa também não se coaduna ao *concurso necessário*, considerando que, neste, “a ação típica é uma só, mas cada participante realiza uma conduta que pode ou não ser convergente com a do outro ou dos outros, com vistas à prática desta ação típica forçosamente coletiva” (REALE JUNIOR, 2013, p. 323).

Ocorre que o crime de organização criminosa pressupõe a prática de múltiplas ações típicas, e cada participante atua para obter vantagens ilícitas e não com a finalidade de praticar determinado crime. Além disso, esse crime se consuma com a simples participação no grupo – promovendo, constituindo, financiando ou integrando –, independentemente de o participante praticar ou não qualquer delito no âmbito da organização.

Oportuno mencionar que, para Nucci (2020), o artigo 29 do Código Penal, que trata do concurso de pessoas, como norma de extensão da punibilidade, não é

aplicável aos crimes plurissubjetivos, pois a presença de duas ou mais pessoas é garantida pelo tipo penal.

Ademais, Callegari e Wermuth (2009, p.31) assinalam que a “regra do concurso de pessoas está pensada para a reunião eventual de agentes que buscam a realização da mesma infração penal, isto é, unem esforços entre si, com o mesmo objetivo típico”. Segundo esses autores, o concurso de pessoas é um *minus* em relação à organização criminosa, pois nesta a valoração das tarefas e da estrutura organizacional é fundamental para o êxito final das atividades do grupo, ao passo que no concurso de pessoas esses fatores não importam necessariamente para a prática do fato criminoso.

Em sentido contrário se manifesta Dotti (2009), com supedâneo nos ensinamentos de Antônio Sérgio Pitombo, ao assinalar que organização criminosa é “um *concurso de pessoas qualificado* pelo número mínimo de quatro sujeitos culpáveis, com maior ou menor poder de atuação violenta ou astuciosa e que desenvolvem, em caráter estável e permanente, atividades com o fim de cometer crimes” (DOTTI, 2009, p. 8). Porém, como vimos, o número mínimo de membros para caracterizar a organização criminosa encontra-se inscrito no próprio tipo penal, não se tratando de qualificadora do concurso de pessoas. Nessa linha de raciocínio, podemos dizer que, no crime de organização criminosa, o concurso de pessoas é inerente à estrutura do tipo penal.

Pelas razões expostas, inferimos que o crime de organização criminosa não se confunde com concurso de pessoas. Primeiro, porque se trata de crime plurissubjetivo, portanto, não abrangido pelo art. 29 do Código Penal Brasileiro, criado para o *concurso eventual*; segundo, porque a pluralidade de agentes faz parte da estrutura do delito, sendo desnecessário aplicar a regra do art. 29 do Código Penal; terceiro, porque a culpabilidade do agente, de que trata o mencionado art. 29, é substituída pela equiparação de autoria e participação no tipo penal de organização criminosa, ou seja, quem pratica qualquer das condutas descritas no tipo penal é considerado coautor do crime de organização criminosa, sendo aplicada a regra da culpabilidade apenas no tocante aos crimes praticados no âmbito da organização criminosa; quarto, porque no concurso de pessoas os objetivos convergem para a realização de uma mesma infração penal, enquanto no tipo penal de organização criminosa o que se constata é a reunião de pessoas com o objetivo de obter vantagens ilícitas e, nesse escopo, praticam mais de uma infração penal; e, por último, no

concurso de pessoas, diferentemente do crime de organização criminosa, a estrutura organizacional e a divisão de tarefas não são elementos imprescindíveis para a consecução dos objetivos do grupo, embora possam existir em menor grau naquele instituto.

### **4.3 Evolução da legislação de repressão ao crime organizado no ordenamento jurídico brasileiro**

A legislação brasileira acerca do crime organizado teve como marco inicial a Lei n. 9.034/98. Posteriormente, foi promulgada a Lei n. n. 12.694/2012, que embora tenha definido organização criminosa, tratou apenas de aspectos relativos à formação de colegiado em 1º grau de jurisdição para julgamento dessas organizações.

Neste item, não temos a pretensão de analisar integralmente o conteúdo das referidas leis, mas tão somente de traçar um panorama geral da evolução legislativa interna referente ao crime organizado, culminando com a análise do contexto político-social em que foi promulgada a Lei n. 12.850/2013.

#### **4.3.1 Lei n. 9.034/1995**

No Brasil, a legislação sobre o crime organizado foi inaugurada com a edição da Lei n. 9.034/1995. Na redação da ementa desse diploma legal constava: “Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”.

O advento da Lei n. 9.034/98 ocorreu no panorama de recrudescimento das ações das organizações criminosas nacionais e transnacionais, das últimas décadas do século XX, sob efeito das transformações do mundo globalizado.

Nesse cenário, o sentimento coletivo de insegurança, diante dos avanços da criminalidade no país, reverberou na política criminal pós-moderna do Estado brasileiro, resultando na hiperinflação legislativa, que atendia à seguinte função: criar um aparente clima de tranquilidade na sociedade (efeito simbólico da lei) ou de intimidação, com a edição de leis mais rigorosas ou o agravamento das penas de

delitos já tipificados na norma jurídico-penal (efeito punitivista). Essa política criminal em nada contribuiu para reduzir os índices de criminalidade no país.

Em face disso, sobressai a seguinte indagação: a Lei n. 9.034/95 foi criada para atender apenas à função de apaziguar a sensação de insegurança decorrente das atividades do crime organizado no país<sup>87</sup>?

No âmbito da legislação de repressão ao crime organizado no Brasil, com a edição da Lei n. 9.034/95, o que parecia ser um instrumento jurídico inovador apresentou-se insuficiente para o propósito ao qual se destinava, que era munir os órgãos de persecução penal de um instrumento jurídico eficaz na repressão às organizações criminosas atuantes no país.

Considerando as diversas impropriedades e confusões da norma, não surpreende chegarmos à conclusão de que se tratava de lei simbólica ou de teor punitivista. Como assinala Baltazar Junior, “a solução de não conceituar ou tipificar, adotada na Lei n. 9.034/1995, embora criticada pela doutrina, não é isolada e, na época, até pode ter sido conveniente por possibilitar uma maior flexibilidade no âmbito de aplicação das medidas investigativas ali elencadas” (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 147).

É certo que a Lei n. 9.034/1995 nasceu com anomalias jurídicas. Publicado o texto normativo, não tardou para os doutrinadores apontarem diversas falhas em seu conteúdo. Destas, as mais incisivas no campo do direito penal material foram no sentido de não terem definido organização criminosa e nem criado o tipo penal correspondente, contraditando o princípio da legalidade.

Assim, como vimos, a ementa da Lei n. 9.034/95 fez referência à utilização de meios operacionais para prevenir e reprimir ações praticadas por *organizações criminosas*. Contrapondo-se a isso, o art. 1º estabelecia que essa lei definia e regulava os meios de prova e procedimentos investigatórios referentes ao crime resultante de *quadrilha ou bando*.

Para Gomes e Silva (2015), naquele panorama, organização criminosa resumia-se impropriamente ao crime de quadrilha ou bando. Porém, conforme exposto no item anterior, o crime de organização criminosa não se confunde com o crime de quadrilha ou bando, do art. 288, do Código Penal Brasileiro.

---

<sup>87</sup> Principalmente do crime organizado vinculado aos presídios e ao narcotráfico, com origem nos anos 70 do século XX, com plena expansão de suas atividades nas décadas seguintes.

Ademais, o legislador fez referências ao termo organizações criminosas em outros dispositivos da Lei n. 9.034/95, como no tocante à ação controlada que consistia em “*retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado [...]*” (art. 2º, II), bem como nas disposições gerais, artigos 4º, 5º, 6º e 7º:

Art. 4º Os órgãos da polícia judiciária estruturarão setores e equipes de policiais especializados no combate à ação praticada por **organizações criminosas**. (grifo nosso)

Art. 5º A identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por **organizações criminosas** será realizada independentemente da identificação civil. (g.n.)

Art. 6º Nos crimes praticados em **organização criminosa**, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria. (g.n.)

Art. 7º Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na **organização criminosa**. (g.n.)

Pelo exposto, fica bastante claro que o legislador equivocadamente equiparou as organizações criminosas às quadrilhas ou bandos, grupos associativos de características muito diversas daquelas. Acerca dessa manifesta confusão jurídica, Silva (p. 22, 2015) tece o seguinte comentário:

Assim, ao limitar a definição de organização criminosa, o legislador equiparou o tratamento de quadrilha que praticam pequenos ou médios crimes (furto, receptação de toca-fitas, roubo e receptação de relógios) a grandes organizações que se dedicam ao crime organizado (tráfico de substâncias entorpecentes e de armas, grandes fraudes fiscais) em frontal contradição com a tendência contemporânea de separar as diversas modalidades de crimes. Por outro lado, esse critério restringiu a aplicação do conceito de crime organizado em relação a determinados casos, nos quais os delitos praticados por pessoas desvinculadas de bandos ou quadrilhas possam configurar-se como “crime organizado”, comprometendo assim a punibilidade desses indivíduos.

Para Greco Filho, a “Lei 9.034/95 introduziu no Brasil a figura de organização criminosa, sem defini-la, contudo, e muito menos tratá-la como um fato criminoso em si, diferentemente do que ocorreu em outras legislações” (GRECO FILHO, 2014, p.07).

No mesmo sentido, Queiroz asseverou que:

A Lei nº 9.034/95 entrou em vigor no dia 3 de maio de 1995, natimorta, principalmente por não definir crime organizado, a não ser no caso de “quadrilha ou bando”, tipificado pelo artigo 288 do CP. Sua impropriedade jurídica, principalmente no campo do Direito Penal, certamente acarretará sua rejeição do interior do ordenamento jurídico pátrio, onde ingressou de maneira defeituosa (QUEIROZ, 1998, p.37).

Com efeito, a omissão da Lei n. 9.034/1995, no que tange à definição de organização criminosa e do tipo penal incriminador, foi bastante favorável a esses grupos, na medida em que eram tratados juridicamente como quadrilhas ou bandos, segundo o art. 288 do Código Penal Brasileiro, embora representassem características diversas.

Porém, é importante mencionar que as críticas da doutrina se estendem não apenas à parte penal material da lei, mas também à parte processual. Entre essas críticas, Grinover (1997) aponta inconstitucionalidades no art. 3º e parágrafos em relação ao sistema processual acusatório adotado no Brasil. Eis a crítica de Grinover (1977):

Uma peculiaridade traçada para o crime organizado, pela mesma lei, consiste na atribuição, ao juiz, de poderes de busca e colheita da prova coberta pelo sigilo constitucional ou legal, encarregando-se pessoalmente da diligência, recoberta, por sua vez, de segredo (art. 3.º). A disposição, que parece ter tido a intenção de conferir maior tutela à intimidade (devendo sempre observar-se os limites constitucionais fixados para essas provas), foi muito mal recebida pela comunidade jurídica, tendo sido acoimada de inconstitucional em face da transformação do juiz num inquisidor, com o que se estaria violando o modelo acusatório, de processo de partes, previsto na Lei fundamental, ao distinguir nitidamente a função de acusar e julgar, instituindo para seu exercício carreiras distintas. Com a agravante de que o juiz penal brasileiro é monocrático e de que o mesmo magistrado das diligências vai julgar o mérito. Por tudo isso, os próprios juízes não têm aplicado a disposição, que já se tornou letra morta (GRINOVER, 1997, p.07).

Em 11 de abril de 2001, entrou em vigor a Lei n. 10.217/2001, que alterou os artigos 1º e 2º da Lei n. 9.034/1995. Nessa senda, o criticado art. 1º, da Lei n. 9.034/95, passou a ter a seguinte redação:

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**. (NR) (g. n.)

A alteração feita no art. 1º, após sete anos de vigência da Lei n. 9.034/95, ainda que tardiamente, representou o reconhecimento da citada impropriedade grafada no dispositivo. Assim, os crimes de quadrilha ou bando e de organização criminosa passaram a ser compreendidos como institutos autônomos.

No entanto, a omissão do legislador em definir organização criminosa persistiu, de modo que os procedimentos de caráter excepcional e meios de prova disciplinados pela Lei n. 9.034/95 não poderiam ser aplicados ao crime de organização criminosa, inexistente naquele contexto, mas tão somente ao crime de quadrilha ou bando.

Segundo Gomes e Silva (2015), diante da bipartição verificada no art. 1º, da Lei n. 9.034/95, que coloca quadrilha ou bando de um lado e organização criminosa de outro, a expressão organização criminosa ficou sem uma definição legal, gerando uma crise de eficácia em relação aos artigos da Lei n. 9.034/1995, bem como em relação ao artigo 1º, inciso VII, da Lei n. 9.613/98 (Lei de Lavagem de Capitais em sua redação originária), que exigia para sua aplicabilidade uma definição de organização criminosa.

Portanto, a Lei n. 10.217/2001 não afastou os principais embaraços para a efetividade da Lei n. 9.034/95, ou seja, a falta de definição de organização criminosa e a criação de um tipo penal incriminador para esses grupos, medida *sine qua non* para o atendimento ao princípio garantista da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição Brasileira de 1988, sob o preceito de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Como consequência dessa omissão do legislador brasileiro quanto à definição de organização criminosa, diversos juízes e tribunais passaram a adotar para tanto o conceito de grupo criminoso organizado da Convenção de Palermo, que posteriormente se revelou inapropriado do ponto de vista jurídico, conforme já mencionado.

O primeiro instrumento normativo interno que definiu organização criminosa foi editado após mais de uma década de vigência da Lei n. 9.034/95: trata-se da Lei n. 12.694/2012. Porém, como veremos na sequência, essa lei não revogou a Lei n. 9.034/95, não tipificou o delito de organização criminosa e também não tratou de medidas processuais específicas para esses grupos.

No âmbito da legislação brasileira, as dificuldades em criminalizar as organizações criminosas só foram superadas, definitivamente, com o advento da Lei n. 12.850/2013. Entre as várias inovações, essa lei definiu organização criminosa e

tipificou as condutas correlatas, além de ter revogado expressamente a Lei n. 9.034/95.

#### **4.3.2. Lei n. 12.694/2012**

A Lei n. 12.694/2012<sup>88</sup> foi promulgada em 24 de julho de 2012. Destacamos, a seguir, sua ementa:

Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nº9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências.

Como se pode observar, essa lei possibilita a formação de colegiado para os processos e julgamentos em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas. Ou seja, essa lei, entre outras medidas, faculta ao juiz de 1º grau de jurisdição a oportunidade de propor a formação de colegiado, formado por três juízes de 1º grau (um deles o juiz do processo), para o julgamento das ações relativas às organizações criminosas.

O principal objetivo dessa lei foi estabelecer mecanismos materiais e processuais de proteção aos magistrados e membros do Ministério Público, em face de eventuais riscos inerentes aos trabalhos jurisdicionais de repressão ao crime organizado. Assim, na sua proposição, destacou-se como vantagem a redução da personalização do processo e dos riscos de pressões ou retaliações contra o juiz individual.

Porém, “não resta dúvida que a novidade processual nasce num ambiente normativo de combate à insegurança, visando dar maior proteção aos julgadores e aos promotores de justiça [...], sem a preocupação – devida – quanto às garantias e a própria eficiência” (NICOLITT, 2013, p. 264).

Em defesa da Lei n. 12.694/2012, a Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) alega não haver qualquer norma constitucional vedando a proposta de

---

<sup>88</sup> A origem da Lei n. 12.694/2012 relaciona-se à Sugestão n. 258/2006 (SUG 258/2006), da Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), apresentada ao Congresso Nacional em 2006.

formação de colegiado por juiz monocrático no exercício da jurisdição em primeiro grau. Ao contrário, destacou que os artigos 106 e 109 da Constituição Federal referem-se aos "juízes federais", no plural. Além disso, a Ajufe também declarou que a medida não atenta contra o direito individual ao contraditório por parte do acusado ou condenado, mas resulta em garantias adicionais, pressupondo que, por meio do colegiado, os riscos de erros judiciais sejam menores.

Porém, noutra linha de raciocínio, alguns autores, como, por exemplo, El Hireche e Figueiredo (2008), asseveram que a formação de colegiados em 1ª instância para julgamento das organizações criminosas implica a relativização do princípio da identidade física do juiz, traços do direito penal do inimigo e do direito penal de emergência.

De fato, a lei representa uma afronta ao princípio constitucional do Juiz Natural, pois promove "a designação de órgão para caso determinado, permitindo alteração na estrutura judiciária a partir de circunstâncias e conveniências" (NICOLLIT, 2013, p. 265).

Todavia, no nosso entendimento, essa relativização do princípio da identidade física do juiz não tem relação com o discurso do inimigo, mas sim com o real sentimento de insegurança gerado por ameaças e represálias concretas desses grupos contra as autoridades constituídas<sup>89</sup>.

Tanto é que a gota d'água para aprovação da lei foi a execução, em 2011, da juíza Patrícia Acioli, titular da 4ª Vara Criminal de São Gonçalo/Rio de Janeiro, que julgava processos envolvendo grupos de criminosos, como grupos de extermínio,

---

<sup>89</sup> Nesse sentido, destacamos a seguinte justificativa, extraída do Projeto de Lei n. 996/2015, que propõe alteração no art. 121 do Código Penal Brasileiro, para prever como homicídio qualificado aquele praticado contra membros do Ministério Público e magistratura, no exercício de sua função ou por causa dela: "Acompanhamos estarecidos nos noticiários a execução sumária de policiais, juízes, promotores de justiça no exercício de suas funções ou em razão delas. No estado do Pará, por exemplo, doze promotores de Justiça e seis juízes estão sob proteção policial em todo estado, tendo que andar escoltados por policiais militares por conta de ameaças decorrentes do crime organizado [...]. Também em 2003 foi assassinado a tiros o juiz Alexandre Martins Filho, que atuava na 5ª Vara de Execuções Penais de Vitória, no Espírito Santo. Ele integrava missão especial de combate ao crime organizado e foi o responsável pela transferência do líder da facção no estado. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2012 havia no Brasil pelo menos 180 juízes ameaçados de morte. Quatro foram executados. Dados da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) revelam que 538 juízes abandonaram a carreira em 2012. Um dos principais motivos alegados foi à insegurança. **Salienta-se que a escolta pessoal, dentre outras medidas protetivas previstas pela Lei nº 12.694/2012, decorreu do assassinato da juíza Patrícia Acioli, de 47 anos, em Niterói (RJ), que foi morta por dois homens encapuzados que dispararam pelo menos 16 tiros. Patrícia Acioli investigava o crime organizado na região**" (PROJETO DE LEI N. 996/2015, grifo nosso).

milícias e correlatos, fato que contribuiu para acelerar a promulgação da mencionada lei.

Um dos pontos cruciais da Lei n. 12.694/2012, que recebe críticas da doutrina, refere-se ao art. 1º, §6º, que dispõe sobre o sigilo do voto divergente, nos seguintes termos:

Art. 1º - [...]

§6º As decisões do colegiado, devidamente fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os seus integrantes, serão publicadas sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro”.

No nosso entendimento, o referido dispositivo fere o princípio constitucional do contraditório e ampla defesa e da publicidade dos atos processuais, pois, em caso de condenação, a limitação ao acesso aos pontos contraditórios das decisões do colegiado torna-se uma barreira à ampla defesa do réu.

É importante ainda destacar que a mencionada lei, de evidente natureza processual, constituiu-se no primeiro diploma legal interno a definir organização criminosa, conforme segue:

Art. 2º - 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.

Ocorre que a redação do mencionado dispositivo utiliza a expressão “para os efeitos desta Lei”, para então definir organização criminosa, remetendo ao entendimento de que essa definição só teria aplicação no âmbito da própria lei.

Assim, para Gomes e Silva (2015), a Lei n. 12.694/2012, em vez de prever que o aludido conceito serviria para todos os fins legais, colocando termo final ao vácuo conceitual, expressou que o conceito de organizações criminosas por ela disciplinado serviria unicamente para os fins de formação de juízo colegiado em 1º grau de jurisdição.

Com a promulgação da Lei n. 12.850/2013, estabelecendo um novo conceito de organização criminosa, a doutrina se dividiu entre os autores que defendem a coexistência, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, de dois conceitos de

organização criminosa<sup>90</sup>, ou seja, os conceitos da Lei n. 12.694/2012 e da Lei n. 12.850/2013, sob a justificativa de que essa norma jurídica, por não ter revogado expressamente o art. 2º daquele diploma legal, teria preservado sua vigência<sup>91</sup>, e os autores que defendem a existência de um único conceito<sup>92</sup>, por entenderem que o §1º do art. 1º da Lei n. 12.850/2013 revogou o art. 2º da Lei n. 12.694/2012, pois regula inteiramente e sem ressalvas o conceito de organização criminosa – com base no art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, sob a premissa de que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” –, ao passo que a lei anterior o definia tão somente para os seus próprios efeitos. Além disso, afirmam que a Lei n. 12.850/2013 disciplina de forma mais abrangente os procedimentos relativos ao crime organizado<sup>93</sup>.

Em síntese, segundo a concepção de conceito único, com a superveniência da Lei n. 12.850/2013, o conceito de organização criminosa da Lei n. 12.694/12 foi revogado tacitamente, de modo que o único conceito de organização criminosa existente, no ordenamento jurídico brasileiro, é aquele do art. 1º, §1º, da Lei n. 12.850/2013.

Nesse sentido, Gomes e Silva (2014) mencionam que, com o advento da Lei n. 12.850/2013:

[...] desapareceu do ordenamento jurídico válido o conceito dado pela Lei 12.694/2012. A nova lei regulou a matéria (organização criminosa) de forma integral. Essa é uma das formas de revogação da lei anterior. Dois conceitos sobre a mesma essência só gerariam confusão. Também por esse motivo é melhor a interpretação do conceito único: o novo. Agregue-se outro argumento, de política criminal: se o legislador, por razões de política criminal, optou na nova configuração legal pelo número mínimo de 4 pessoas, é preciso respeitar essa decisão política. E se ela integra o conceito de crime organizado, não há como o juiz aplicar o conceito anterior da Lei 12.684/12, que foi construído sob a égide de outras escolhas de política criminal. A posterior derroga a anterior (GOMES; SILVA, 2015, p. 41).

---

<sup>90</sup> Seguem essa linha de pensamento, entre outros, Ricardo Antonio Andreucci, Fernando Capez e Rômulo Andrade Moreira.

<sup>91</sup> “Essa orientação se alicerça no fato de a LCO não haver observado o art. 9º, da Lei Complementar 95/1998, segundo a qual ‘a cláusula de revogação deverá enumerar expressamente as leis ou disposições legais revogadas’” (MASSON; MARÇAL, 2015, p. 22).

<sup>92</sup> Esse é o entendimento de Luiz Flávio Gomes, Marcelo Rodrigues da Silva, Ana Luiza Ferro, Roberto César Bitencourt, Paulo César Busato, Rogério Greco, Paulo Freitas, Renato Brasileiro de Lima, Rogério Sanchez Cunha e Ronaldo Batista Pinto.

<sup>93</sup> Masson e Marçal (2015) lembram ainda que o inciso IV (primeira parte), do art. 7º, da Lei Complementar n. 95/1998 dispõe que “o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei”.

Bitencourt e Busato (2014), ao justificarem a vigência apenas do conceito de organização criminosa da Lei n. 12.850/2013, levam em consideração a premissa legal de que lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria tratada na lei anterior, com base no §1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657/42).

Em outra esteira, Andreucci (2017) defende a dupla definição de organização criminosa: uma com base no art. 2º da Lei nº 12.694/12, para efeitos dessa própria lei, a ser adotada para fins do processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição, de crimes praticados por organizações criminosas; outra, a ser adotada para os demais efeitos, com base na definição do art. 1º, §1º, da Lei n. 12.850/2013.

Do nosso ponto de vista, o pensamento mais coerente com a ordem jurídica interna e os princípios garantistas corresponde à existência de um único conceito de organização criminosa, ou seja, do art. 1º, §1º, da Lei n. 12.850/2013, com supedâneo nos argumentos técnicos-normativos apresentados. Nesse ponto, concordamos com Masson e Marçal (2015, p. 23) que “a existência de dois conceitos de organização criminosa evidenciaria grave ameaça à segurança jurídica”. Acrescente-se a isso o fato de que um duplo conceito contraditaria a estrita legalidade e a estrita jurisdicionabilidade, comprometendo a validade substancial da norma.

É patente que, antes da vigência da Lei n. 12.850/2013, a legislação penal brasileira era omissa e confusa no tocante a aspectos relativos às organizações criminosas, o que, além de dificultar as atividades de persecução penal em relação a esses grupos, contribuía para fomentar práticas jurisdicionais antigarantistas.

A Lei n. 12.850/2013 representou um divisor de águas quanto à criminalização das organizações criminosas no país, inaugurando uma nova fase de persecução penal, na qual o protagonismo desses grupos na vida social e econômica do país passou a enfrentar a barreira de uma legislação específica, até então inexistente no cenário jurídico brasileiro.

#### **4.3.3 Lei n. 12.850/2013**

No antagônico panorama de expansão das ações de grupos de criminosos organizados – no final do século XX e início do século XXI –, evidenciava-se,

progressivamente, a necessidade de normatizar em um instrumento jurídico interno o conceito de organização criminosa e o tipo penal correspondente.

O compromisso internacional assumido pelo Brasil em 2004, com a assinatura da Convenção de Palermo, as pressões dos órgãos de persecução penal por uma legislação mais eficaz de repressão às organizações criminosas e, especialmente, as reivindicações dos movimentos sociais que ganharam as ruas do Brasil, em 2013, serviram de forças propulsoras para aprovação da Lei n. 12.850/2013.

Eduardo Araújo da Silva, no livro *Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13*, fornece alguns dados acerca das discussões e do processo legislativo que deram origem à citada lei, uma vez que participou da elaboração do anteprojeto, atuando como representante do Ministério Público de São Paulo no grupo de trabalho *crime organizado e narcotráfico*, na Comissão Mista Especial do Congresso Nacional (2002), formada por 20 deputados e 20 senadores.

Naquela conjuntura, Silva (2015) menciona a grande quantidade de projetos de lei relativos à violência, em trâmite no Congresso Nacional. Naquele período, segundo o autor, encontravam-se em curso 138 propostas na Câmara dos Deputados e 108 no Senado Federal, o que levou a referida Comissão Especial a decidir pela criação de sete subcomissões, divididas em razão da matéria. Uma das subcomissões, da qual foi membro, era encarregada do tema *crime organizado, narcotráfico e lavagem de dinheiro*.

Os grupos de trabalhos, que faziam parte da subcomissão referente ao *crime organizado, narcotráfico e lavagem de dinheiro*, eram formados por diversos profissionais e instituições. Os trabalhos dessa subcomissão resultaram no anteprojeto de lei que deu origem ao Projeto de Lei n. 150/2006, oriundo do Senado Federal, de autoria da senadora Serys Slhessarenko, protocolado naquela Casa do Congresso Nacional, em 26 de maio de 2006, e remetido à Câmara de Deputados em 9 de dezembro de 2009. Posteriormente, houve a junção desse projeto ao Projeto de Lei n. 6578/2009, transformado depois na Lei ordinária n. 12.850/2013.

Um aspecto fundamental, que desponta de todo esse processo de elaboração e aprovação da Lei n. 12.850/2013, é o prolongado transcurso do projeto até a promulgação da lei.

Em face do compromisso internacional assumido pelo Brasil com a assinatura da Convenção de Palermo e do visível aumento das ações do crime organizado no

país, nada justifica que um projeto de tamanha envergadura tenha permanecido tantos anos tramitando no Congresso Nacional.

Com efeito, da apresentação do Projeto de Lei n. 150/2006 ao Senado Federal em maio de 2006, até a promulgação da Lei n. 12.850/2013, em agosto de 2013, foram sete anos de trâmite. Acrescente-se a esse período mais quatro anos de discussões do tema na subcomissão sobre o crime organizado, de 2002 a 2006, fase precedente à apresentação do Projeto de Lei ao Senado Federal. Ou seja, foram doze anos de tramitação no Parlamento, período no qual proliferavam diversas organizações criminosas de norte a sul do país, beneficiando-se da falta de uma legislação interna que definisse organizações criminosas e os tipos penais correspondentes.

Em 2006, enquanto o projeto de lei era discutido na subcomissão sobre o crime organizado, o país foi surpreendido por ações de violência orquestradas por uma das maiores facções criminosas do Brasil – o Primeiro Comando da Capital-PCC –, no Estado de São Paulo. Esse fato teve reflexos nos trabalhos da comissão que analisava o projeto, pois, na semana seguinte da rebelião, a comissão apresentou ao Senado Federal o Projeto de Lei n. 150/2006, dando início aos trâmites do processo legislativo que culminaria, anos mais tarde, na Lei n. 12.850/2013.

Na realidade, a apresentação do Projeto de Lei n. 150/2006 ao Senado Federal, naquele panorama de crise, se justificava como uma resposta simbólica à onda de violência que gerava um estado de insegurança coletiva. Tanto é verdade que, contornada a crise na segurança pública, o Projeto de Lei n. 150/2006 seguiu novamente a passos lentos.

Muito embora a atmosfera conflituosa do mês de maio de 2006 tenha deixado transparente a ameaça do crime organizado dos presídios brasileiros, ainda assim, naquela ocasião, não houve interesse do Parlamento em aprovar uma legislação que tratasse do tema de forma ampla e satisfatória.

Um segundo aspecto que merece reflexão diz respeito à conjuntura da edição da Lei n. 12.850/2013 – promulgada em 2 de agosto de 2013. Isso porque, no início de agosto daquele ano, o Brasil era palco de diversas manifestações sociais, iniciadas dois meses antes, que ocuparam as ruas de várias cidades do país, revelando insatisfação popular em torno de questões de interesse local e nacional.

Nessas manifestações, convocadas pelas redes sociais, ecoavam vozes por mudanças, trazendo à baila uma pluralidade de temas e reivindicações, como: redução da tarifa do transporte coletivo, os enormes gastos de verbas públicas com a

Copa do Mundo de 2014, melhorias na educação e sistema de saúde, mais segurança e combate à corrupção, entre outras bandeiras reivindicatórias.

Nesse horizonte de crise social, cabe indagar: em que medida as manifestações de rua de junho e julho de 2013 tiveram influência na aprovação de algumas leis em meados daquele ano, entre elas a Lei n. 12.850/2013? Não é difícil perceber a correlação entre esses fatos. O nexos pode ser extraído do teor de algumas reivindicações dos movimentos de rua e do pacote de medidas aprovadas pelo Congresso Nacional, como resposta emergencial à crise instalada, entre elas a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013) e a Lei n. 12.850/2013.

As milhões de pessoas que foram às ruas em junho de 2013 não pediram a aprovação da Lei 12.850, que regulou as delações premiadas. Mas a mudança legal – parte do pacote aprovado pelo Congresso em resposta aos protestos – abriu o caminho para que o número de prisões temporárias e preventivas e os flagrantes de corruptos acusados de desvio de verbas públicas no País fosse multiplicado por quatro de 2013 para 2016 (ESTADÃO, 2017, *on line*).

Ao conectar a aprovação da Lei n. 12.850/2013 àquelas manifestações populares, destacamos tanto a demanda social por medidas mais austeras contra a corrupção e a crescente criminalidade – uma das pautas dos movimentos reivindicatórios de 2013 –, quanto o propósito velado que alimentava alguns segmentos políticos, com representação no Congresso Nacional, em punir os manifestantes por meio da Lei de Organização Criminosa.

Nesse cenário, irrompem discursos favoráveis à aplicação do direito penal do inimigo<sup>94</sup> direcionado aos membros de organizações criminosas, discursos acirrados no tocante à persecução penal por atos de corrupção na administração pública, manifestando-se por meio de concepções punitivistas, em desacordo com os limites e garantias constitucionais.

Conforme alerta Zaffaroni (2013b), tanto o crime organizado quanto a corrupção são funcionais para habilitar o poder punitivo e a intromissão do Estado no sentido do autoritarismo e do abandono dos princípios fundadores da democracia.

---

<sup>94</sup> Na perspectiva do estabelecimento do direito penal do inimigo, evidencia-se a tendência de se introduzirem no ordenamento jurídico normas materiais e processuais de exceção, como a criminalização de atos preparatórios, restrição das garantias processuais dos acusados, estabelecimento de regime disciplinar diferenciado, de restrições de direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal.

Nesse plano, autores como El Hireche e Figueiredo (2015) criticam as figuras delitivas de organização criminosa, associação criminosa e de milícias, previstas na Lei n. 12.850/2013, apontando-as como manifestações do direito penal do inimigo e do direito penal de emergência, com carga de simbolismo e seletividade.

Para esses autores, existe, no tratamento do crime organizado, um discurso oficial, no qual se faz referência a uma pretensa proteção de bens jurídicos, e um discurso escamoteado de combate a certos grupos de pessoas – diferentes dos bandos, quadrilhas ou associações criminosas –, ou seja, seriam essas pessoas representantes do crime organizado, reclamando, por isso, punições mais severas e restrição de direitos na persecução penal.

No tocante à funcionalidade simbólica da Lei n. 12.850/2013, os autores assinalam que serviu para “apaziguar, criar uma falsa sensação de segurança contra um inimigo demonizado e não tratado em sua exata dimensão, seja no que concerne nos seus contornos ou nas suas causas” (EL HIRECHE, FIGUEIREDO, 2015, p. 161).

De outra parte, Rosa (2018) recusa a hipótese de que a Lei n. 12.850/2013 recebeu influência do direito penal do inimigo, posto que não observa em seu texto a despersonalização dos agentes das práticas delituosas e não vislumbra a intenção desses agentes de recusar ou destruir o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesses termos, é mister analisarmos os crimes de organização criminosa e impedimento ou embaraço da investigação de infração penal da Lei n. 12.850/2013, de forma crítica, com supedâneo nos princípios penais garantistas, para então confirmar ou rechaçar a influência do eficientismo penal na elaboração dessas figuras delitivas, análise a ser desenvolvida na sequência.

#### **4.4 Garantismo penal e as definições legislativas dos crimes de organização criminosa e impedimento ou embaraço da investigação de infração penal**

Conforme exposto, as transformações econômicas, sociais e políticas das últimas décadas do século XX foram responsáveis por relevantes mudanças no direito penal, que se revelaram na crise desse campo do direito.

Ferrajoli (2008b) identifica nessa crise dois aspectos: a perda da credibilidade do direito e sua incapacidade de resposta racional aos novos desafios impostos pela globalização.

Está en crisis, en primer lugar, la credibilidad del derecho. Disponemos actualmente de muchas cartas, constituciones y declaraciones de derechos estatales, continentales, internacionales. Los hombres son hoy, por tanto, incomparablemente más iguales, en derecho, que en el pasado. Y sin embargo son también, de hecho, Hay un segundo e incluso más grave aspecto de la crisis: la impotencia del derecho, es decir, su incapacidad para producir reglas a la altura de los nuevos desafíos abiertos por la globalización. Si tuviera que aportar una definición jurídica de la globalización, la definiría como un vacío de derecho público a la altura de los nuevos poderes y de los nuevos problemas, como la ausencia de una esfera pública internacional, es decir, de un derecho y de un sistema de garantías y de instituciones idóneas para disciplinar los nuevos poderes desregulados y salvajes tanto del mercado como de la política (FERRAJOLI, 2008b, p.17-18).

No bojo dessas transformações, desenvolveram-se duas tendências do direito penal e da política criminal: o direito penal do risco e o direito penal do inimigo<sup>95</sup>, que fomentaram políticas criminais antiguarantistas.

Desse prisma, a expansão do direito penal, no sentido de alcançar novas formas de criminalidade – por exemplo, a tributária, a financeira, o crime organizado e o terrorismo –, funda-se na ideia da antecipação da tutela penal para punir comportamentos perigosos e não fatos concretos. “A prevenção, que no direito penal clássico era no máximo um fim paralelo de justiça penal, torna-se o paradigma penal dominante. Dentro deste desenvolvimento caem gradativamente os princípios da uniformidade e da igualdade de tratamento reconhecidos como assegurados” (HASSEMER, 2003, p. 58).

Hassemer (2003) esclarece que o direito penal moderno se afasta do centro ideal do direito penal clássico, ou seja, “das tradições democráticas da determinação e da subsidiariedade do Direito Penal, bem como o crime de dano como a forma normal de comportamento delitivo” (HASSEMER, 2003, p. 55).

Nesse sentido, o autor tece diversas críticas ao direito penal moderno, principalmente em relação ao seu caráter preventivo, ao tratamento da moderna criminalidade por meio de tipologias penais de perigo abstrato e à falta de precisão na discriminação dos bens jurídicos protegidos.

No tocante à legislação penal sobre a criminalidade organizada, Hassemer (2003) destaca, entre outras manifestações, a influência quase que exclusiva de interesses preventivos, manifestados pelo aumento das cominações penais, pela

---

<sup>95</sup> Prittwitz (2004) destaca a interdependência entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo. Para o autor, o direito penal do risco descreve uma mudança no modo de entender o direito penal e de agir dentro dele, resultado de uma época estrutural irreversível. O direito penal do inimigo, por sua vez, é a consequência fatal de um direito penal do risco que se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada.

expansão dramática dos meios de coação na instrução penal e pela introdução de uma “testemunha principal”.

Sobre as transformações do direito penal moderno, Ferrajoli (2006) faz referência à tendência de ampliação de bens protegidos. Aponta o incremento de delitos sem danos contra entidades abstratas; o aumento incontrolável de delitos contravencionais e de bagatela; a ampliação indeterminada de bens tutelados mediante termos vagos e imprecisos; a utilização de termos valorativos, que derogam a estrita legalidade dos tipos penais e oferecem amplo espaço à discricionariedade judicial; a crescente antecipação da tutela, mediante a configuração de delitos de perigo abstrato, definidos pelo caráter hipotético e até improvável do resultado lesivo e pela descrição aberta e não taxativa da ação, que foram expressas por fórmulas como “atos preparatórios”, “dirigidos a” ou “idôneos para pôr em perigo” ou semelhantes.

Segundo Ferrajoli (2006), essa “mutação substancial do modelo de legalidade penal” altera as técnicas punitivas do direito penal clássico, para introduzir aquelas de personalização do direito penal de emergência orientado pelo paradigma do inimigo.

São numerosas as figuras de qualificação penal que permitiram essa personificação, entre as quais o autor cita “os delitos associativos – bandos armados, associações subversivas, insurreição armada contra os poderes do Estado, associação do tipo mafioso ou camorrista –, a categoria do concurso moral e a agravante da ‘finalidade de terrorismo’ como desvalor subjetivo da atividade delituosa” (FERRAJOLI, 2006, p. 758-759).

Essas fórmulas, elásticas e de sentidos variados, que pela sua indeterminação empírica e conotação subjetiva e valorativa são passíveis de serem usadas como caixas vazias, dão corpo a hipóteses sociológicas ou teoremas político-historiográficos elaborados segundo a personalidade dos imputados ou a interpretação ideológica conspiratória do fenômeno terrorista ou mafioso (FERRAJOLI, 2006).

Ferrajoli (2006) esclarece que o direito penal é um remédio extremo, excluindo de sua incidência os delitos de mera desobediência, os que lesionam bens não essenciais ou os que são, só em abstrato, presumidamente perigosos.

Portanto, podemos dizer que o direito penal da globalização passou a incorporar elementos do paradigma do inimigo, tais como antecipação da punibilidade, mitigação ou supressão de garantias penais e processuais penais e penas desproporcionais e excessivas.

Essas mudanças indicam, inicialmente, o afastamento do direito penal do paradigma garantista que, ao contrário, recomenda ao legislador, na escolha do bem jurídico a ser tutelado e na criminalização da conduta, um posicionamento racional, apartado do moralismo e pautado na criação de tipos penais que se refiram a fatos e não a pessoas, delimitando as condutas ilícitas da forma mais objetiva possível e consoante o respeito às garantias fundamentais, como condição da sua legitimidade jurídica substancial.

Ademais, o modelo penal garantista, ao preconizar o direito penal como *ultima ratio*, vai de encontro à política criminal efficientista, caracterizada pela maximização dos riscos e conseqüente promoção de tipos penais sem muito critério de materialização para solucionar diversos problemas da sociedade pós-moderna. Nesse aspecto, ocorre o incremento de tipos penais em branco, formais, vagos e de perigo abstrato, bem como a flexibilização de direitos e garantias fundamentais.

Não é por outra razão que o crime organizado – um dos fenômenos criminológicos de relevo na pós-modernidade – tem sido analisado da perspectiva do direito penal do inimigo, porquanto o uso de técnicas legislativas para antecipar a tutela penal, visando à proteção da sociedade contra um perigo iminente, contra inimigos<sup>96</sup> e fontes de riscos à segurança social, justificaria, nesse viés teórico, a aplicação de medidas antigarantistas.

Algumas dessas características do direito penal moderno apontadas por Ferrajoli e Hassemer, entre outros autores, encontram-se na configuração dos crimes de organização criminosa e de impedimento ou embaraço na investigação de infração penal, previstos na Lei n. 12.850/2013, o que nos leva a questionar se os conteúdos desses tipos penais estão em descompasso com os princípios penais garantistas.

Assim, considerando o exposto, a análise de ambos os delitos tem por referencial o paradigma garantista de Ferrajoli, consubstanciado em um modelo epistemológico constituído pelo convencionalismo penal, vinculado à legalidade estrita, e pelo cognitivismo processual de estrita jurisdiccionariedade, opondo-se ao modelo inquisitivo do substancialismo penal, baseado na concepção ontológica ou substancialista do desvio penalmente relevante, e do decisionismo processual,

---

<sup>96</sup> Günther Jakobs (2015), ao fazer referência às categorias de criminosos que podem ser classificados como *inimigos*, menciona, entre outros, os indivíduos que praticam a criminalidade organizada, retomando a concepção do direito penal do autor, que criminaliza a pessoa, a personalidade e não a conduta.

relativo ao caráter subjetivo do juízo e da imputação da sanção, de natureza autoritária e não cognitiva.

Por se tratar de um estudo que tem por foco as garantias penais, interessa ao nosso estudo notadamente o convencionalismo penal, como parâmetro para definição legal das infrações penais. Esse elemento constitutivo do modelo epistemológico garantista, com supedâneo no princípio da legalidade estrita, recomenda ao legislador observar o caráter empírico ou fático das hipóteses dos desvios puníveis.

Assim, somente as figuras empíricas e objetivas de comportamento “estarão na realidade em condições de determinar seu campo de aplicação, de forma tendencialmente exclusiva e exaustiva” (FERRAJOLI, 2006, p. 39).

Em outras palavras, prescrevem ao legislador a taxatividade e a precisão das formulações legais, propondo uma técnica legislativa específica, dirigida e excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter “constitutivo” e não “regulamentar” do desvio punível” (FERRAJOLI, 2006).

Em suma, de acordo com o modelo penal garantista, o legislador, ao designar determinado comportamento como infração penal, não pode basear-se em critérios ontológicos ou de cunho moral, mas sim em formulações de hipóteses de desvios bem determinados e vinculados à culpabilidade do agente. Nesse sentido, sua tarefa, despojada de qualquer moralismo ou subjetivismos, é imprescindível para elaboração de tipos penais que designem fatos e não valores, como enunciado pelo paradigma garantista.

No plano do cognitivismo processual, o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio punível equivale ao princípio da reserva legal, destinada aos juízes como “pressuposto necessário para a aplicação de uma pena, segundo a clássica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*” (FERRAJOLI, 2006, p. 38), e não ao comportamento reconhecido em cada ocasião como imoral ou anormal.

Assim, esse princípio submete o juiz à lei, de modo que este não pode qualificar como delito condutas que considere imorais ou merecedoras de sanções, mas tão somente aquelas designadas na lei penal como pressupostos de uma pena.

É certo que na determinação legal do desvio punível se estabelece um liame indissolúvel entre o convencionalismo penal e o cognitivismo processual. Assim, muito embora as garantias processuais não sejam o foco de nossa pesquisa, ratificamos a

necessidade de reconhecer sua conexão e interdependência com as garantias penais materiais.

Ferrajoli apresenta o cognitivismo processual como condição de efetividade do convencionalismo penal, por meio da estrita jurisdicionariedade – que, por sua vez, pressupõe a estrita legalidade –, baseada em juízo penal cognitivo (de fato) e recognitivos (de direito), sujeitos à verificação empírica.

Em síntese, ainda que o objetivo da pesquisa seja estabelecer um paralelo entre os tipos penais do art. 2º, *caput*, e §1º da Lei n. 12.850/2013, e os axiomas penais garantistas consubstanciados no texto constitucional de 1988, a abordagem alcançará, ainda que sucintamente, alguns axiomas garantistas processuais penais em virtude do mencionado vínculo indissolúvel entre as duas dimensões – penal e processual penal –, que quase sempre exigem uma análise bidimensional no tocante aos estudos dos fenômenos criminológicos.

Entre os dois conjuntos de garantias, Ferrajoli (2006) aponta nexos estruturais e funcionais:

As garantias penais, ao subordinar a pena aos pressupostos substanciais dos crimes – a lesão, a conduta e a culpabilidade – são, tanto efetivas quanto mais estes forem objetos de um juízo, em que sejam assegurados ao máximo a imparcialidade, a verdade e o controle. É por isso que as garantias processuais, e em geral as normas que disciplinam a jurisdição, são ditas também ‘instrumentais’ no que tange as garantias e às normas penais, estas chamadas, por sua vez, ‘substanciais’. A correlação funcional é além disso biunívoca, uma vez que as garantias penais podem, por seu turno, ser consideradas necessárias para garantir juízos não arbitrários [...] (FERRAJOLI, 2006, p. 495).

Conclui o autor que tanto as garantias penais como as processuais valem não apenas por si mesmas, mas, principalmente, como garantias recíprocas de efetividade. Ou seja, as garantias penais seriam inócuas na ausência de garantias processuais, assim como não há que se falar em realização de garantias processuais na ausência de infrações penais dissonantes dos princípios penais garantistas.

É justamente essenexo estrutural e funcional entre os axiomas garantistas que refuta análises fragmentadas desses elementos (penais e processuais penais). Porém, isso não obsta uma pesquisa com ênfase em uma de suas dimensões, da forma proposta no presente estudo.

Importante destacar, que não é o caso de aprofundarmos as análises sobre os princípios garantistas processuais penais, tema que foge da proposição da presente

tese, mas tão somente, quando indispensável, tecermos comentários acerca desses princípios.

Nesse desiderato, identificamos, no conteúdo dos crimes de organização criminosa e de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal, elementos que, em princípio, denotam a contraposição ao modelo penal garantista, tais como a presença de características relacionadas aos *crimes de perigo abstrato, vagos, formais, de mera conduta e da desproporcionalidade da pena*.

Portanto, a proposta consiste em analisar esses elementos característicos no tocante aos conteúdos dos crimes de organização criminosa e de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal, para identificar se comprometem ou não os postulados penais garantistas.

Tais elementos são tipos penais elementares, que perpassam todo o conteúdo da Lei n. 12.850/2013, com reflexos na seara processual penal, nas garantias fundamentais, por exemplo, da liberdade individual e de dignidade da pessoa humana. Exigem, portanto, que suas configurações correspondam ao modelo normativo do Estado de direito.

#### **4.5 O crime de organização criminosa (art. 2º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013) e os preceitos penais garantistas**

Preliminarmente, é oportuno ratificar nossa posição acerca da percepção da existência do crime organizado como fenômeno criminológico e sociológico e da necessidade do tipo penal de “organização criminosa”, com configuração diversa do crime de “associação criminosa. Na sequência, do viés proposto, iniciamos as abordagens teóricas acerca da estrutura normativa do tipo penal de organização criminosa previsto no art.2º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013.

Nesse plano, por se tratar de crime classificado na doutrina como norma penal em branco, de perigo abstrato, de mera conduta e crime vago, a análise do referido dispositivo deve, necessariamente, cingir-se a reflexões relativas a esses pontos, em virtude de indicarem características incompatíveis com os princípios constitucionais garantistas.

Não menos importante, a despeito da exígua manifestação doutrinária, é a análise acerca da sanção penal estabelecida para o crime em exame, considerando

que penas demasiadamente gravosas colidem com o princípio da intervenção mínima, um dos pilares do modelo penal garantista.

Nesse propósito, a ideia consiste também em refletirmos sobre a hipótese de o delito de organização criminosa apresentar-se como manifestação do eficientismo penal, expresso no direito penal do inimigo.

Nessa linha de pensamento, El Hireche e Figueiredo assinalam que “a positivação do delito de organização criminosa na Lei nº 12.850/2013 se afigura como manifestação clara e inequívoca de Direito Penal do Inimigo, do Direito Penal de Emergência, com as marcas da seletividade e do simbolismo” (EL HIRECHE; FIGUEIREDO, 2015, p.151). Ressaltam os autores que “o combate ao crime organizado está indelevelmente ligado ao chamado Direito Penal do Inimigo, sobretudo considerando a utilização cada vez mais do rigor penal e da diminuição de direitos como Política Criminal” (EL HIRECHE; FIGUEIREDO, 2015, p. 155).

Para Gomes (2020), no tocante à Lei n. 12.850/2013, o legislador brasileiro fez opção pelo modelo clássico do direito penal, com algumas determinações ou omissões questionáveis (que tangenciam o direito penal ou processual do inimigo). Esclarece, porém, que o legislador não teve o propósito de introduzir na referida lei o direito penal ou processual penal do inimigo e que alguns dispositivos podem até dar margem para esse tipo de interpretação, que ele denomina de “aberrante”, mas pondera tratar-se de algo absolutamente inconstitucional. O autor arremata sua abordagem dizendo que o intérprete pode ou não entender os novos dispositivos da Lei n. 12.850/2013 da perspectiva do direito penal do inimigo.

Do exposto, inferimos que, em se tratando de dispositivo representativo do direito penal do inimigo, a questão sai da órbita do direito e ingressa no campo da ilegitimidade jurídica substancial. Como adverte Ferrajoli (2008a), o direito penal do inimigo corresponde a uma dissolução do direito penal, uma vez que a contradição entre guerra e direito é algo insanável. Para o autor, essa teoria é uma negação do direito e uma resposta irracional e ineficaz aos problemas de segurança.

Em face dessas premissas, destacamos nos itens seguintes, aspectos imprescindíveis para revelarmos o viés teórico subjacente ao tipo penal em estudo, correlacionando-os à estrita legalidade do tipo penal, que corresponde à efetiva satisfação dos direitos fundamentais.

#### 4.5.1 A definição legal do crime de organização criminosa e o princípio garantista da legalidade

A Lei n. 12.850/2013, assim como as demais leis infraconstitucionais sobre o crime organizado no país, foi discutida, aprovada e editada no contexto do Estado democrático de direito. Isso implica dizer que essa produção legislativa foi gerada num sistema jurídico de bases garantistas, que têm como um dos pilares do sistema penal o princípio da legalidade no plano formal (mera legalidade) e substancial (legalidade estrita).

No plano formal, o princípio da legalidade foi observado por toda a legislação brasileira sobre o crime organizado no Brasil – Lei n. 9.034/95, Lei n. 10.217/2001, Lei n. 12.694/2012 e Lei n. 12.850/2013 –, não havendo que se falar em inobservância da legalidade formal dos dispositivos dessas leis, haja vista que seus textos foram discutidos e aprovados pelo Poder Legislativo, na forma exigida pelo texto constitucional, ou seja, correspondem ao plano da legitimidade jurídica formal.

Ocorre que vivemos em um Estado de direito e não em um Estado legal de direito – onde validade e vigência das normas se confundem –, de modo que a mera formalidade da lei não é suficiente para a realização plena do princípio da legalidade, que demanda também o cumprimento da legalidade substancial para a tutela dos direitos fundamentais e o afastamento do poder arbitrário.

O princípio da mera legalidade “se limita precisamente a exigir que o exercício de qualquer poder tenha como fonte a lei qual condição *formal* de legitimidade” (FERRAJOLI, 2006, p. 791). No tocante ao crime de organização criminosa, essa condição de legitimidade, vinculante das decisões judiciais, foi atendida pelo art. 2º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013, *in verbis*:

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.

Ao tipificar o delito de organização criminosa, esse dispositivo estabelece garantia apenas de vigência da norma – legitimidade jurídica formal. Vale lembrar que, no âmbito do paradigma garantista, diferentemente do modelo teórico clássico kelseniano, a validade da norma condiciona-se não apenas ao plano formal (da

vigência), mas, sobretudo, ao plano substancial, com observância dos conteúdos substanciais constitucionais.

Assim, importante indagar se a construção normativa do mencionado crime de organização criminosa revela critérios empíricos, objetivos e em correspondência com os preceitos constitucionais, conferindo, por conseguinte, validade substancial à norma. Assunto a ser desenvolvido nos próximos itens.

No âmbito das sanções penais, o princípio garantista da legalidade estabelece a necessidade de correlação entre a pena e ilícito, corolário do princípio da retributividade – *nulla poena sine crimine* –, vinculando a pena em abstrato ao fato delituoso e não a condições pessoais do agente.

Nesse sentido, o artigo 2º, *caput*, ao estabelecer para o crime de organização criminosa a pena de “reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas”, conquanto desproporcional e excessiva, atende ao princípio da retributividade apenas no campo formal e vincula a incidência da pena em abstrato à prática da conduta delituosa.

Resolve-se, assim, a questão do “quando punir” – considerando que o delito em exame se assenta em uma lei válida do ponto de vista formal – e exclui-se da incidência da norma a pessoa cuja conduta não se adequa ao tipo penal de organização criminosa, ainda que seu comportamento seja suspeito ou repulsivo moralmente.

Porém, cabe destacar que, no modelo penal garantista, penas desproporcionais e excessivas também comprometem a legitimidade substancial da norma, o que remete o estudo à análise de outros elementos que compõem o tipo penal de organização criminosa.

#### **4.5.2 O crime de organização criminosa do enfoque da classificação de norma penal em branco**

É cediço que nem sempre encontramos nos sistemas jurídico-penais normas de conteúdo completo, com a descrição precisa da conduta ilícita (preceito primário) e sua respectiva sanção (preceito secundário), passíveis de serem integralmente aplicadas sem necessidade de recorrer-se a outros expedientes normativos ou administrativos.

Com efeito, a característica de plenitude da norma não é encontrada nas normas penais em branco, haja vista que são “normas de conteúdo incompleto, vago, impreciso, também denominadas normas imperfeitas, por dependerem de complementação por outra norma jurídica (lei, decreto, regulamento, portaria, resolução etc.), para concluírem a descrição da conduta proibida” (BITENCOURT, 2016, p. 213).

Nesse mesmo sentido, Reale Júnior (2003, p. 101) define norma penal em branco como “norma incompleta, cuja tipificação vem a ser completada por legislação editada posteriormente pelo poder Executivo ou pelo próprio Legislativo”.

Como se pode observar, a estrutura da norma penal em branco impõe ao intérprete o recurso a outra norma legislativa ou administrativa para completar o sentido do seu conteúdo, sem o qual não terá qualquer eficácia.

Essa espécie normativa apresenta-se desprovida de clareza e precisão no seu conteúdo, presumindo-se, com isso, sua incompatibilidade com o princípio da estrita legalidade, que recomenda ao legislador, na elaboração dos tipos penais, “a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais” (FERRAJOLI, 2006, p. 39).

Contudo, a norma penal em branco não significa absolutamente “uma espécie de caixa vazia, preenchida em cada ocasião dos conteúdos mais arbitrários” (FERRAJOLI, 2006, p. 100), pois, como veremos, sua legitimidade dependerá da existência de uma norma complementar irrefutável e da sua configuração como norma penal em branco homogênea.

Nesses termos, o exame do crime de organização criminosa do art. 2º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013 indica tratar-se de norma penal em branco no tocante ao preceito primário, haja vista que é composta do termo “organização criminosa”, impondo a necessidade de complemento.

Todavia, é importante mencionar que nem toda norma penal em branco viola necessariamente o princípio da taxatividade. Essa análise remete à classificação da norma penal em branco como *homogênea* ou *heterogênea*.

Norma penal em branco homogênea compreende aquela cujo complemento é oriundo de lei da mesma hierarquia da norma complementada, por conseguinte, proveniente do Poder Legislativo; e *heterogênea* quando o complemento advém de ato oriundo dos outros poderes.

No tocante à configuração da norma penal em branco *homogênea*, não se questiona a legitimidade dessas normas, visto que tanto a lei penal em branco quanto

seu complemento situam-se no mesmo nível normativo, ajustando-se, assim, ao princípio da legalidade.

De outra parte, tratando-se de norma penal em branco heterogênea, ou seja, quando a complementação da lei se situa na produção normativa de um órgão não competente constitucionalmente para tarefa legiferante, parte da doutrina<sup>97</sup> questiona sua legitimidade, alegando violação do princípio da legalidade.

Uma vez que o art. 2º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013, que trata do crime de organização criminosa, afigura-se como lei penal em branco *homogênea* e *homovitelina*, não cabe falar em violação do princípio garantista da taxatividade, conquanto o complemento de seu preceito primário ocorreu no seu nascedouro<sup>98</sup>, ou seja, na própria Lei n. 12.850/2013, no art. 1º, §1º, que define organização criminosa.

Assim, ao suprir sua incompletude de forma imediata e ampla, o dispositivo referente ao crime de organização criminosa da Lei n. 12.850/2013 não dá margem para o preenchimento arbitrário do termo organização criminosa, atendendo, nesse aspecto, amplamente ao princípio garantista da legalidade.

#### **4.5.3 O crime de organização criminosa do enfoque da classificação de crime de perigo abstrato**

No contexto da sociedade de risco, o legislador, ao elaborar determinados tipos penais, tal como o crime de organização criminosa, presume o perigo e dispensa prova da lesão ao bem jurídico tutelado, sendo suficiente para configurar o delito a prática da conduta descrita.

Como menciona Reale Júnior (2013), em determinados tipos penais, o legislador presume a periculosidade da situação, ainda que efetivamente nenhuma

---

<sup>97</sup> Nilo Batista, Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar expressam esse ponto de vista, conforme pode ser conferido na obra *Direito Penal Brasileiro, vol. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003*. Os autores consideram, nesse plano, que a lei penal em branco heterogênea, ao permitir que seu complemento advenha de autoridade desprovida do poder legiferante penal, incide em uma delegação legislativa constitucionalmente proibida.

<sup>98</sup> Como exposto por Cleber Masson e Vinícius Marçal (2015), o artigo em exame “encerra uma lei penal em branco em sentido lato ou homogênea de qualidade homovitelina. Isso porque o significado da expressão ‘organização criminosa’ é desvendado pelo art. 1º, §1º, da mesma lei. A norma penal em branco é homogênea em razão de o complemento possuir a mesma natureza jurídica (lei) e provir do mesmo órgão que elaborou a lei penal incriminadora (Poder Legislativo Federal – art. 22, I da CR/1988). É, ainda, homovitelina, porquanto a lei incriminadora e seu complemento (outra lei) encontram-se no mesmo diploma normativo (a Lei do Crime Organizado)” (MASSON; MARÇAL, 2015, p.31).

periculosidade tenha afetado o bem jurídico tutelado. Basta, apenas, a realização da ação, considerando inerente a esta a periculosidade, a julgar por aquilo que em geral decorre da experiência normal.

Essa técnica punitiva segue os passos da política criminal mundial contemporânea, que, diante dos efeitos ameaçadores da sociedade de risco, promoveu significativas alterações no direito penal, entre as quais, como já assinalado anteriormente, a tarefa de prevenir a ameaça futura, de modo que, “no lugar de um Direito Penal que reacionava *a posteriori* contra um feito lesivo individualmente delimitado, surge um Direito Penal de gestão punitiva dos riscos em geral [...]” (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 21).

A tarefa de prevenção aos riscos futuros atribuída ao direito penal deve ser analisada principalmente da ótica do princípio garantista da lesividade, que recomenda a intervenção penal apenas quando a conduta do agente for capaz de lesar ou colocar em perigo concreto e iminente bem jurídico alheio.

Feitas essas observações, importa inquirir se o crime de organização criminosa coloca em perigo concreto e iminente o bem jurídico paz pública ou se realmente constitui-se em crime de perigo abstrato.

É importante mencionar que as expressões perigo concreto e iminente não se confundem com perigo presumido ou perigo abstrato; naquele, há um risco efetivo de ocorrência de dano relevante; neste, a conduta descrita no tipo penal é suficiente para a consumação do delito, ou seja, corresponde à mera desobediência à lei, sem atentar para real possibilidade de perigo.

Tratando-se de crime de perigo concreto, é necessário “ser demonstrada a situação efetiva de risco ocorrida no caso concreto ao bem jurídico protegido. O perigo é reconhecível por uma valoração da probabilidade de superveniência de um dano para o bem jurídico que é colocado em uma situação de risco” (BITENCOURT, 2019a, p. 295).

Por sua vez, “o perigo abstrato pode ser entendido como aquele que é presumido *juris et de jure*. Nesses termos, o perigo não precisa ser provado, pois seria suficiente a simples prática da ação que se pressupõe perigosa” (BITENCOURT, 2019a, p. 295).

No mesmo sentido, Pacelli e Callegari (2019, p. 200) definem os crimes de perigo abstrato como sendo “aqueles em que basta que a conduta seja perigosa em

geral para algum bem jurídico, ainda que não chegue a colocá-lo em perigo de lesão próxima ou imediata”.

No tocante ao delito de organização criminosa, identificamos que o legislador brasileiro, por razões de política criminal, pressupôs que a existência desses grupos apresenta-se como uma ameaça, um risco potencial à segurança da sociedade, independentemente da prática de delitos no âmbito da organização ou da comprovação de um risco iminente de lesão à paz pública (bem jurídico protegido). Justifica-se, com isso, a orientação para antecipar a intervenção punitiva estatal adotada na Lei n. 12.850/2013, de modo que, para configuração do delito, é suficiente qualquer das condutas de *promover, constituir, financiar* ou *integrar* uma organização criminosa. Esse fato demonstra a sobreposição da defesa social em detrimento das garantias e direitos fundamentais.

Isso significa dizer que não é necessário provar a lesão ao bem jurídico tutelado – o sentimento relacionado à paz pública – proveniente das condutas delituosas das organizações criminosas, contrapondo-se, portanto, ao princípio da lesividade – *nulla necessitas sine injuria* –, que exige lesão a um direito alheio, bem como ao princípio da materialidade – *nulla injuria sine actione* –, ante a ausência de ações externas, evidenciando a lesão, o dano ao direito alheio. Tampouco há necessidade da ocorrência de ameaça concreta e iminente ao bem jurídico tutelado. A punibilidade é justificada pela potencial possibilidade de ocorrência de um evento futuro, a prática de delitos pelos membros da organização criminosa.

Disso resulta que o crime de organização criminosa (art. 2<sup>a</sup>, *caput* da Lei n. 12.850/2013) pode ser classificado como crime de perigo abstrato, pois “basta a presunção do perigo oferecido à sociedade pela simples existência da organização criminosa, sem necessidade de que algum dano seja produzido e de que tal periculosidade seja comprovada” (FERRO, PEREIRA, GAZZOLLA, 2014, p. 49).

Reale Júnior (2014) indica a existência de duas concepções doutrinárias divergentes quanto aos crimes de perigo abstrato e perigo presumido: a primeira, que entende não existirem crimes de perigo abstrato, mas tão somente crimes de perigo presumido pelo legislador e sujeitos à prova em contrário; a segunda, que pugna pela diferença entre ambos os perigos, sendo o crime de perigo presumido o resultado da presunção do legislador e o de perigo abstrato decorrente de uma periculosidade ínsita à ação.

Nessa linha de raciocínio, Reale Júnior explica que o crime de perigo abstrato se confunde com o crime de perigo presumido; o perigo não é presumido pelo legislador e sim encontra-se ínsito na conduta, de acordo com o revelado pela experiência. Para ele, “no crime de perigo abstrato, o legislador, adstrito à realidade e à experiência, torna puníveis ações que atendam (sic) a natureza das coisas; trazem ínsito um perigo ao objeto da tutela” (REALE JÚNIOR, 2013, p. 276).

Evidenciamos a dificuldade de adequação de um crime de perigo abstrato ao preceito garantista da lesividade e materialidade. Essa questão, contudo, é relativizada por Reale Júnior (2013), quando diz que o crime de perigo abstrato é também crime de perigo presumido *iuris tantum*, ou seja, admite prova em contrário da inexistência do perigo, só assim o autor consegue ver a possibilidade de adequação da figura do perigo abstrato à exigência da lesividade, dentro de um direito penal garantista.

O direito penal contemporâneo, segundo o autor, encontra-se diante do desafio de limitar os crimes de perigo abstrato, que beiram a inconstitucionalidade por ausência de lesividade. Contudo, reconhece que em alguns delitos é impossível discriminar taxativamente todas as situações de perigo, bem como provar o perigo – nesse sentido cita o crime de tráfico de entorpecentes –, de modo que essas situações conduzem irremediavelmente à criação de crimes de perigo abstrato.

Estendidas as reflexões do autor ao crime de organização criminosa, a experiência revela diversas consequências sociais e econômicas provenientes da atuação das organizações criminosas, impossíveis de serem taxativamente indicadas em qualquer dispositivo jurídico penal incriminador.

Com efeito, é inviável prever todas as condutas possíveis para o delito em exame, bem como vinculá-lo a resultados específicos, pois o bem jurídico tutelado tem natureza abstrata. Porém, banir esse delito da ordem jurídico-penal brasileira foge à razoabilidade, diante dos múltiplos efeitos deletérios provenientes da atuação de poderosas organizações criminosas que atuam no país.

Na verdade, crimes de perigo abstrato destinados à tutela de bens jurídicos extremamente relevantes à coletividade, como é o caso da paz pública no crime de organização criminosa, exigem um olhar mais acurado quanto à necessidade de sua reformulação para adequá-los às exigências dos princípios garantistas, sobretudo da lesividade.

Nesse plano, Ferrajoli (2006) propõe reestruturar alguns delitos de perigo abstrato, para adequá-los ao princípio da lesividade, por meio da reconfiguração como delitos de lesão ou de perigo concreto, segundo mereça o bem em questão uma tutela limitada ao prejuízo ou antecipada à mera colocação em perigo.

Porém, o autor ressalva dessa reestruturação alguns delitos de perigo abstrato, pela impossibilidade de efetivação dessa medida sem adentrar em esquemas normativos do tipo penal do autor. Cita, como exemplos, as condutas de associação, conspiração, instigação em relação a determinados delitos contra a segurança interior do Estado, provocação, insurreição e guerra civil (FERRAJOLI, 2006), e propõe, por conseguinte, a supressão destes da ordem jurídico-penal, pois, segundo o autor:

[...] implicam duplicar a responsabilidade pelos delitos comuns, dos quais são apenas um meio, operando, de fato, como delitos de “suspeita” que ocupam o lugar de outros mais concretos, não submetidos ao juízo por falta de provas, com a conseqüente violação de todas as garantias processuais (FERRAJOLI, 2006, p. 440).

Questionamos se realmente o crime de organização criminosa, sendo crime de perigo abstrato, deve ser suprimido da ordem jurídica interna por violação aos princípios da lesividade e materialidade ou reestruturado em bases garantistas como crime de perigo concreto.

Nesse sentido, compreendemos que os delitos de perigo abstrato, quando utilizados para criminalizações úteis e necessárias, são suscetíveis de reestruturação em bases garantistas, caso do crime de organização criminosa. Nesse plano, deve-se considerar a participação em organização criminosa do agente que pratica infrações penais no âmbito do grupo.

Atento aos problemas da técnica legislativa de composição de tipos penais de perigo abstrato como instrumento do moderno direito penal e reconhecendo a necessidade de tratamento diferenciado aos problemas da criminalidade moderna, como, por exemplo, da criminalidade organizada, Hassemer (2003) propõe a criação de um novo ramo do direito, o direito de intervenção, que estaria localizado entre o direito penal e o direito administrativo, entre o direito civil e o direito público, e seria destinado à tutela dos bens jurídicos supraindividuais provenientes da modernidade.

Nessa proposta alternativa, do direito de intervenção, Hassemer (2003) assinala a disposição de garantias e regulações menos exigentes do que ocorre no direito penal, com sanções menos intensas aos indivíduos; seria um direito moderno

normativamente menos grave e adequado para acolher problemas especiais da sociedade moderna.

No tocante ao direito penal, Hassemer (2003) preconiza sua destinação a proteger garantias clássicas, com base na tradição da filosofia política do Iluminismo, voltada à tutela de bens jurídicos individuais. Em razão disso, o autor destaca que todas as lesões aos bens jurídicos individuais clássicos, bem como os perigos graves e visíveis – citando como exemplo a formação de associações criminosas e as subversões –, pertenceriam ao direito penal.

Considerando que o crime de organização criminosa, conquanto tratar-se de criminalidade moderna, configura-se como delito associativo e representa graves e visíveis perigos, infere-se, de acordo com o pensamento de Hassemer, que não estaria excluído da tutela do direito penal clássico.

Nessa linha de raciocínio, Hassemer (2003) entende que um código penal não pode renunciar aos bens jurídicos universais ou a alguns bens jurídicos universais; todavia, defende ser preciso formular esses bens do modo mais preciso possível, a fim de funcionalizá-los pelos bens jurídicos individuais.

Silva Sanchez (2002) identificou três velocidades no direito penal moderno. Segundo o autor, a primeira velocidade destina-se à manutenção rígida dos princípios político-criminais do modelo penal clássico, das regras de imputação e dos princípios processuais; a segunda velocidade, para os casos de penas de privação de direitos ou pecuniárias, com a flexibilização daqueles princípios e regras, proporcional à menor intensidade da sanção; a terceira velocidade está alinhada ao direito penal do inimigo – combinando pena de prisão com a relativização de garantias processuais, a fim de fazer frente aos fenômenos excepcionalmente graves, que possam justificar-se em termos de proporcionalidade e que não ofereçam perigo de contaminação do direito penal “da normalidade” (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

Acrescenta o autor que o direito penal de segunda velocidade – consubstanciado na ideia de substituição da pena privativa de liberdade por penas pecuniárias e privativas de direitos – se ocuparia da criminalidade moderna, oriunda da sociedade de risco.

As soluções apresentadas por Luigi Ferrajoli, Winfried Hassemer e Jesús-Maria Silva Sánchez são exemplos significativos de concepções doutrinárias divergentes acerca do tratamento jurídico das novas formas de criminalidade configuradas como crimes de perigo abstrato.

No plano jurisdicional brasileiro, os tipos penais de perigo abstrato têm sido recepcionados nos tribunais, sem questionamentos acerca da violação de princípios constitucionais garantistas. Nesse sentido, destacamos trecho da manifestação do ministro relator Gilmar Mendes, no *Habeas Corpus* 106.163/RJ:

***A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, ambiente, saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias à efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional*** (grifos do Ministro Relator).

Como podemos observar, a jurisprudência pátria reflete a concepção de que a mera conduta, sem lesão ao bem jurídico, tem relevância penal desde que o legislador escolha racionalmente os bens jurídicos a serem protegidos dentro dos limites da proporcionalidade.

O desafio é sanar o contraste entre a necessidade de proteger bens jurídicos supraindividuais oriundos das transformações do mundo globalizado e os princípios garantistas que fundamentam um Estado democrático de direito.

Nesse ponto, compreendemos que a tutela penal de muitos bens jurídicos supraindividuais se mostra exagerada, como ocorre em relação a alguns delitos ambientais. Porém, não podemos ignorar que o radicalismo teórico, dominado pelo discurso do *inimigo*, rejeita qualquer possibilidade de esses delitos serem reestruturados em bases garantistas, refutando a busca de um equilíbrio entre o papel punitivo do Estado, os direitos fundamentais dos cidadãos e o interesse da coletividade.

Assim, em um primeiro momento, retomando as lições de Reale Júnior sobre os crimes de perigo abstrato, nada obsta a classificação doutrinária do crime de organização criminosa na posição de crime de perigo presumido *iuris tantum*, ou seja, presume-se o perigo até prova ao contrário.

Porém, é importante mencionar que Gomes (2012), no artigo *Criminalidade organizada e democracia por Ferrajoli*<sup>99</sup>, sintetizou o pensamento do jusfilósofo italiano sobre criminalidade organizada e democracia, evidenciando que Ferrajoli reconhece a existência de organizações criminosas poderosas que atentam contra as raízes do Estado e da democracia, bem como do fracasso do sistema penal atual na repressão a esses grupos. Gomes (2012) destaca que Ferrajoli apresentou como resposta a esse insucesso do sistema penal as seguintes propostas:

1) Direito penal mínimo: o Direito Penal não pode ser usado para punir bagatelas, ou seja, só contam com merecimento penal as agressões graves contra bens jurídicos relevantes. A máquina judiciária não deve cuidar de coisas pequenas;

2) Direito internacional: no âmbito da esfera pública mundial impõe-se criar um direito penal transnacional à altura da criminalidade organizada também mundial. O Tribunal Penal Internacional está apenas começando suas funções jurisdicionais. Ainda continua muito “saboteado” [pelos Estados Unidos, por exemplo]. Impõe-se ampliar sua competência para poder julgar outros crimes: terrorismo, tráfico de armas, tráfico transnacional de drogas, golpes de Estado etc. São crimes que as Justiças locais não têm capacidade de julgar. Impõe-se, de outro lado, observar a máxima independência dos órgãos jurisdicionais e persecutórios. Juízes e membros do Ministério Público deveriam desenvolver uma espécie de “politização” voltada para aplicar a lei contra todos [não somente contra os pobres];

3) Direito penal reduzido: é preciso acabar com a inflação de leis penais, abolir as contravenções penais, contemplar expressamente na lei o princípio da ofensividade (lesividade), prever a exigência de representação para os crimes patrimoniais [ao menos no que diz respeito aos crimes cometidos sem violência], incrementar a previsão e o uso das penas alternativas e introduzir a “reserva de código” (todos os crimes previstos num único código), dificultando-se a sua alteração. Diante de um legislador desordenado, nada melhor que a reserva de código (GOMES, 2012, p. 3-4).

Isso denota claramente que Ferrajoli considera o crime organizado como agressão grave contra bem jurídico relevante, sendo favorável a reprimenda penal desses grupos – principalmente em nível global –, consoante o estabelecimento de medidas penais garantistas, como, por exemplo, o direito penal mínimo, a criação de um direito penal transnacional, a despolitização e ampliação da competência do Tribunal Penal Internacional, a observância da máxima independência dos órgãos de persecução penal, as penas alternativas e a “reserva de código”.

---

<sup>99</sup> Nesse artigo, Luiz Flávio Gomes expõe o pensamento de Ferrajoli sobre a criminalidade organizada, com base na apresentação da sua *lectio doctoralis* com o tema “criminalidade organizada e democracia”, realizada no dia 12 de julho de 2012, por ocasião do recebimento do título *Doctor Honoris Causa*, da Universidad Nacional de Tucuman (Argentina).

Dessa forma, apesar da classificação do delito de organização criminosa como crime de perigo abstrato, concluímos que o tratamento jurídico-penal desse crime não se contrapõe ao paradigma garantista de Ferrajoli, mas deve se adequar aos seus postulados fundamentais, por meio da reestruturação em bases garantistas, como caminho para a superação da contraposição aos princípios da lesividade e materialidade.

#### **4.5.4 O crime de organização criminosa do enfoque da classificação de crime de mera conduta e crime vago**

Crimes de mera conduta são aqueles em que o tipo penal requer somente uma determinada conduta, ativa ou passiva, sem descrever qualquer resultado (PACELLI; CALLEGARI, 2019). Desse modo, a desnecessidade de resultado para a consumação do delito indica a violação dos princípios da lesividade e da materialidade.

A classificação doutrinária do crime de organização criminosa como de *mera conduta* se deve à inexistência de vínculo de resultado nas condutas descritas no art. 2º, *caput*, da Lei n.12.850/2013. O crime se consuma com a prática de qualquer das condutas descritas (promover, constituir, financiar e integrar uma organização criminosa).

Contudo, a questão exige análise no âmbito do bem jurídico tutelado pelo crime de organização criminosa, da paz pública ou paz social. Esse bem dificulta a percepção do perigo ou dano causado pela ação ilícita, pois corresponde a sentimentos e sensações, dados associados à subjetividade.

Na obra *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/2013*, Bitencourt e Busato (2014) rememoram os ensinamentos de Arturo Rocco (1932) acerca dos sentidos objetivo e subjetivo da paz pública, que denotam as diferenças entre ordem pública e paz pública propriamente dita. O primeiro sentido (objetivo) corresponde à “ordem social”, à ordem nas relações da vida em sociedade, resultante das normas jurídicas (particularmente penais), que regulam essas relações; abrange, portanto, a paz, a tranquilidade e a segurança sociais. O segundo sentido (subjetivo) corresponde ao sentimento coletivo de confiança na ordem jurídica; significa que o ordenamento jurídico penal protege a paz pública como bem jurídico em si mesmo considerado.

Para Bitencourt e Busato (2014), a paz pública, em sentido subjetivo, difere de ordem pública, sendo, segundo eles, aquela consequência desta. Desse modo, citando o magistério de Giuseppe Maggiore (2000) acerca dos dois significados de paz pública, os autores mencionam que esta “objetivamente significa a coexistência harmônica e pacífica dos cidadãos sob a soberania do Estado e do Direito; subjetivamente, indica o sentimento de tranquilidade pública, a convicção de segurança social, que é a base da vida civil. Nesse sentido, ordem é sinônimo de paz pública” (MAGGIORE, 2000, p. 441 apud BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 96).

Os autores esclarecem que a lei brasileira tutela a paz pública no sentido subjetivo, “considerando como seu conteúdo a *sensação vivenciada e internalizada pela coletividade de segurança e confiança nas instituições públicas*, transformando esse sentimento coletivo no verdadeiro bem jurídico relevantemente tutelado” (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 96). Nesse ponto, concordamos com os autores acerca da distinção entre paz pública e ordem pública.

Conceito semelhante a paz pública é a paz jurídica, referida por Liszt (2006) como a consciência da seguridade do direito, a confiança no poder de proteção da ordem jurídica. Segundo o autor, a ofensa à paz pública ocorre quando essa confiança é perturbada, ainda que transitoriamente, pelo receio de violências contrárias ao direito; a paz pública é comprometida quando existe a possibilidade imediata de essa confiança ser perturbada.

Oportuno observar que a perturbação do sentimento de paz pública, em geral, não é tão clara, principalmente quando se trata da criminalidade organizada das elites – vinculadas aos crimes financeiros, tributários e de corrupção. Nessas situações, o sentimento que aflora na coletividade, ao tomar conhecimento das ações desses grupos, é de indignação<sup>100</sup> ante a corrupção, ao enriquecimento ilícito e aos danos causados ao erário público. Muito embora não se trate diretamente de um sentimento de insegurança, sobressai, nesse plano, a desconfiança nas instituições públicas em razão das condutas ilícitas de seus agentes.

Porém, é importante considerar que as atividades da criminalidade das elites ligadas à corrupção afetam, ainda que indiretamente, a paz social, na medida em que

---

<sup>100</sup> Em geral, a população só toma conhecimento desses fatos por meio da divulgação midiática e quando já existe o procedimento policial ou judicial instaurado contra os membros dessas organizações criminosas. Na ausência de persecução penal ou impunidade, ocorre o acirramento na desconfiança da coletividade nas instituições públicas.

contribuem para a deficiência na prestação de serviços públicos essenciais, de saúde, educação, segurança pública e transportes públicos.

No que se refere à criminalidade organizada das massas – vinculadas aos presídios, aos grupos de extermínio, aos roubos de cargas, ao tráfico de drogas –, é indiscutível o poder de intimidação e violência sobre a sociedade, colocando à prova com frequência o sentimento de segurança e confiança depositados na instituições públicas, fato que, sem dúvida, afeta diretamente a paz pública.

Em ambas as situações, o bem jurídico tutelado no crime de organização criminosa sofre lesões ou ameaças de lesões, embora com diferentes manifestações no mundo exterior.

Portanto, não se pode olvidar que as atividades das organizações criminosas das elites degradam o sentimento de paz pública tanto quanto aquelas das organizações criminosas das massas, uma vez que a perturbação da paz pública subjetiva é resultado do sentimento negativo coletivo causado pela violação do ordenamento jurídico.

Assim, não é só o sentimento de medo e insegurança diante da criminalidade organizada das massas que expressa a paz pública violada, mas também o sentimento gerado pela violação do ordenamento jurídico decorrente da perpetração de delitos que aparentemente não afetam a paz pública, a exemplo dos crimes contra o erário público, que resultam em prejuízos sociais graves, como os crimes de corrupção política.

É patente que as atividades das organizações criminosas das massas e das elites causam danos irreversíveis à coletividade. Esses prejuízos são concretos, basta olhar para a realidade social com manifestas expressões do medo, da falta de tranquilidade e da indignação em face da corrupção política.

Nesse plano, Ferrajoli (2008b) associa a criminalidade organizada à criminalidade do poder, indica sua gravidade e sua potencial ameaça não apenas à democracia e aos direitos fundamentais, mas também a paz social.

A tutela da paz pública, no tocante ao crime de organização criminosa da Lei n.12.850/2013, deve ser analisada no plano da necessidade de proteção contra agressões de natureza grave.

Consoante o princípio garantista da necessidade, a incidência do controle punitivo mínimo se justifica apenas como remédio extremo para condutas de maior gravidade, afastando proibições e penas supérfluas. Porém, esse controle tem como

limites os direitos fundamentais, de modo que nem a defesa social pode sobrepor-se a esses direitos.

Sobre o crime vago, compreende-se como aquele no qual o sujeito passivo é a coletividade ou “tem como sujeito passivo um ente destituído de personalidade” (MASSON; MARÇAL, 2015, p. 37). São termos utilizados para identificá-los no polo passivo: a *sociedade*, a *coletividade*, o *Estado*.

Segundo Hassemer (2003), esses crimes, assim como os delitos de perigo abstrato, reduzem a longo prazo a clareza e a percepção do injusto, que passam a ser não mais que o resultado de uma pura avaliação técnica.

Como podemos inferir do disposto no art. 2º, *caput*, da Lei de Organização Criminosa, o sujeito passivo é a coletividade, ainda porque o bem jurídico tutelado – a paz pública – é universal, com vítimas indeterminadas. Significa que esse crime corresponde ao conceito de crime vago, seguindo a tendência do direito penal moderno de proteção de bens jurídicos universais.

Contudo, vale ressaltar que o sujeito passivo do crime de organização criminosa não se limita ao Estado ou a coletividade, inclui também “aqueles que sofrem diretamente com as atividades praticadas pela organização criminosa” (GRECO; FREITAS, 2019, p. 55). Desse modo, a existência de um sujeito passivo determinado, implica na relativização da natureza de crime vago.

Além disso, a interpretação sistemática do dispositivo permite concluir pela harmonia com a Constituição de 1988, em razão do art. 5º, XLIII recepcionar crimes vagos, ou seja, o tráfico de drogas, o terrorismo e os crimes hediondos – sendo alguns desses pertinentes à classificação de crimes vagos. Acrescente-se a isso o fato de que a Lei n. 13.964/2019 incluiu o crime de organização criminosa no rol de crimes hediondos, afastando qualquer dúvida quanto a sua receptividade pelo texto constitucional.

#### **4.5.5 Elemento normativo do tipo penal organização criminosa**

Conforme explica Bitencourt, “elementos normativos são aqueles para cuja compreensão é insuficiente desenvolver uma atividade meramente cognitiva, devendo-se realizar uma atividade valorativa” (BITENCOURT, 2019a, p. 362).

Depreende-se do exposto que esses elementos implicam juízos não cognitivos, antigarantistas, consubstanciados em uma concepção “não formalista nem convencional, mas sim ontológica ou substancialista do desvio penalmente relevante” (FERRAJOLI, 2006, p. 44-45).

No crime de organização criminosa, a doutrina<sup>101</sup> aponta como elemento normativo do tipo o uso da expressão “pessoalmente ou por interposta pessoa”. Em geral, a conduta delituosa é praticada pessoalmente pelo agente, excepcionalmente por intermédio de outras pessoas.

Na primeira hipótese, o vocábulo “pessoalmente” não apresenta dificuldades interpretativas, sendo possível compreendê-lo por meio de atividade meramente cognitiva. Significa “por si próprio”, “realizado diretamente pela pessoa”, logo não se trata de elemento normativo.

Na segunda hipótese, a expressão “por interposta pessoa” demanda interpretação valorativa, afigurando-se como elemento normativo. A introdução dessa expressão no crime de organização criminosa indica cautela do legislador em face dos “inúmeros casos de agentes que, realmente, tomam parte de organismos criminosos valendo-se de um ‘laranja’ – nome vulgar para *interposta pessoa*” (NUCCI, 2015, p. 22).

Todavia, o uso da expressão “por interposta pessoa” não significa abrir o conteúdo da norma para interpretações diversas, até mesmo autoritárias, mas tão somente adequar o termo à realidade empírica e à utilidade jurídica, limitando seu significado aos preceitos garantistas e à mínima discricionariedade necessária.

Excluir o termo “interposta pessoa” do dispositivo resultaria na violação do princípio da culpabilidade, pois eximiria de responsabilidade penal o agente que, por meio de outra pessoa, concorreu efetivamente para as atividades da organização criminosa.

Nesse ponto, vale lembrar que Ferrajoli (2012) reconhece “certo grau de discricionariedade judicial como traço inevitável e fisiológico da jurisdição, conexo à natureza linguística das normas jurídicas [...]” (FERRAJOLI, 2012, p. 246). Da perspectiva garantista é importante assinalar que a discricionariedade, quando admitida para não incorrer no decisionismo judicial, deve ser a mínima possível e cingir-se nos limites das garantias constitucionais.

---

<sup>101</sup> Nesse sentido, Ana Luiza Ferro (2014) e Guilherme de Souza Nucci (2015).

#### 4.5.6 O crime de organização criminosa e o princípio da proporcionalidade da pena

Conduta ilícita e pena são dois elementos basilares do direito penal, interconectados e contidos estruturalmente no tipo penal. Nesse sentido, a pena deve ter por base quantitativa a conduta descrita na norma e sua equiparação com as demais hipóteses previstas no ordenamento jurídico-penal democrático, sem o que se desqualifica como sanção legítima, ingressando na seara da desproporcionalidade.

Para Ferrajoli, o princípio da proporcionalidade da pena, expresso na máxima *poena debet commensurari delicto*, tem por fundamento lógico e axiológico os princípios da legalidade e da retributividade (FERRAJOLI, 2006).

Assim, no modelo penal garantista, a pena desproporcional e excessiva, ainda que ancorada em norma formalmente válida (vigente), afronta os princípios da legalidade estrita e da retributividade. Maximizar o poder e minimizar a liberdade individual se contrapõe aos direitos fundamentais – principalmente da dignidade da pessoa humana –, incompatibilizando-se com o paradigma garantista.

Além disso, a garantia da retributividade da pena não se vincula à vingança ou à transformação moral do condenado, ainda porque, com a separação entre direito e moral, “o direito penal abdicou de punir atitudes que representam meros estados de ânimo pervertido, condições pessoais ou comportamentos imorais, perigosos ou hostis, deixando o desvio de ser valorado *quia peccatum (mala in se)*” (CARVALHO S., 2001, p. 36).

O mal da pena para Ferrajoli diferencia-se do mal da pena preconizado pelos teóricos da prevenção geral e especial. Nesse sentido, segundo Liszt, “a pena é o mal que, por intermédio dos órgãos da administração da justiça criminal, o Estado inflige ao delinquente em razão do delito” (LISZT, 2006).

Assim, para Liszt, a pena atua como força de prevenção geral, refreando as tendências criminosas e reforçando o sentimento de confiança dos cidadãos no direito; como prevenção especial, atua com efeito de intimidação ou segregação temporária ou perpétua do delinquente. Sobre o ofendido, a pena proporciona a satisfação de que o mal causado não fica impune.

No tocante à prevenção especial, o autor assevera que a pena tem por finalidade converter o delinquente em pessoa útil à sociedade, refreando os maus instintos ou modificando seu caráter. Ocorre que essa concepção de pena se choca

com o princípio da proporcionalidade, pois, ao aplicar a sanção penal, considera os efeitos da intimidação em detrimento da lesão ou perigo de dano da conduta.

Porém, Ferrajoli refuta qualquer função da pena no sentido de reeducação, ressocialização ou de absoluta defesa social. Para o autor, “a ameaça legal da retribuição penal pode prevenir somente a prática de fatos delituosos, não a subsistência das condições pessoais ou de *status*, como são a periculosidade ou a capacidade de delinquir ou outras semelhantes” (FERRAJOLI, 2006, p. 339).

Ferrajoli (2006) reconhece que, embora a pena seja um mal, ela é justificável somente no caso de o condenado extrair dela o benefício de ser poupado de punições informais imprevisíveis, incontroladas e desproporcionais.

Desse modo, “a pena é justificada como um *mal menor* – ou seja, somente se menor, menos aflitiva e menos arbitrária – se comparada com outras reações não jurídicas, que, é lícito supor, se produziriam na sua ausência [...]” (FERRAJOLI, 2006, p.312).

Da ótica garantista, a pena deve ser a mínima possível. Penas privativas de liberdade excessivamente altas se contrapõem ao postulado da dignidade da pessoa humana, pois esta “permanece, independentemente de seus comportamentos, mesmo quando ilícitos e sancionados pela ordem jurídica (MIRANDA, 2009, p. 174).

Na contramão dessa linha de raciocínio, convém lembrar que o Direito Penal do inimigo, de Günther Jakobs, tem como uma de suas características a desproporcionalidade das penas e sua incidência sobre determinado perfil de delinquente, ou seja, aquele que representa potencial fonte de perigo.

Conforme exposto no capítulo antecedente, para Jakobs, a criminalidade organizada deve ser tratada da ótica do direito penal do inimigo, pois os integrantes das organizações criminosas rompem com contrato social, “não oferecendo uma garantia cognitiva mínima de comportamento fiel ao Direito”, por isso devem ser tratados como inimigo, justificando medidas gravosas, como as penas desproporcionais. Portanto, nessa linha de raciocínio, se justificaria a sanção penal do crime de organização criminosa da Lei n. 12.850/2013.

Porém, consoante o paradigma garantista, o postulado da proporcionalidade ganha destaque como limite ao poder punitivo estatal, assegurando o equilíbrio entre proteção coletiva e os direitos fundamentais do acusado. Como diz Ferrajoli,

o valor da pessoa humana, impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e a quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas (FERRAJOLI, 2006, p. 364).

Assim, a proporcionalidade da pena deve ser sempre observada nas fases legislativa, judicial e da execução. Na produção legislativa, no momento da construção do tipo penal, quando o legislador atribui à conduta uma pena mínima e máxima em abstrato; na fase judicial, na aplicação da pena ao caso concreto; na fase de execução, no momento da análise de circunstâncias que podem agravar ou abrandar a pena.

No presente estudo, interessa a proporcionalidade da pena na fase legislativa, ocasião em que o legislador, para fixar a sanção ao correspondente tipo penal, considera o bem jurídico protegido, o impacto individual ou coletivo das potenciais lesões sobre esse bem, o desvalor social do comportamento e a equiparação normativa.

No crime de organização criminosa, do art. 2º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013, o legislador estabeleceu a pena em abstrato de três a oito anos de reclusão e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. Nesse ponto, poucos doutrinadores têm-se insurgido quanto à desproporcionalidade da pena desse delito<sup>102</sup>.

Greco e Freitas (2019), de certa forma, justificam a necessidade de sanção mais severa. Advertem que o legislador, ao punir o crime de organização criminosa, não fez a opção de punir simples atos preparatórios e sim a criação de uma estrutura extremamente sofisticada, com potencial lesivo para a prática de crimes graves, uma estrutura “capaz de impactar sobremaneira a sociedade, lesando e levando perigo de lesão a diversos bens jurídicos” (GRECO; FREITAS, 2019, p.53).

Todavia, corroboramos com o entendimento acerca da desproporcionalidade da pena privativa de liberdade do crime de organização criminosa, pelas seguintes razões:

- i. A pena de três a oito anos de reclusão – do crime autônomo – é somada às penas dos delitos correspondentes à participação de cada membro da organização criminosa (concurso material).

---

<sup>102</sup> Nucci (2015) foi um dos poucos doutrinadores a considerar as penas do crime de organização criminosa elevadas, em razão de não admitirem transação ou suspensão condicional do processo.

- ii. Ela impossibilita a suspensão condicional do processo, benefício previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/95 para os crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano.
- iii. A desproporcionalidade da pena em relação aos delitos contra a paz pública, dos artigos 286, 287 e 288 do Código Penal Brasileiro, que têm, igualmente, como bem jurídico tutelado a paz pública.

Sobre o primeiro ponto, trata-se de uma sanção rigorosa para um delito autônomo que não exige qualquer resultado naturalístico. Além do que, o rigor punitivo também é patente se considerarmos o fato da pena da participação na organização criminosa ser somada à de outros delitos praticados pelo agente no âmbito das atividades da organização.

Ademais, os parágrafos 2º, 3º e 4º do art. 2º da Lei n. 12.850/2013<sup>103</sup> preveem causas especiais de aumento e agravamento da pena, as quais, com alguma redução e adequação, seriam suficientes para abranger condutas mais graves, sem necessidade do rigor punitivo do *caput*.

Sobre o segundo ponto, significa dizer que um agente, membro da organização criminosa, mesmo sem ter praticado qualquer delito proveniente da organização, não poderá usufruir da medida despenalizadora do art. 89 da Lei n. 9.099/95. Porém, mais grave ainda é o fato de que poderá ser decretada sua prisão preventiva – atendidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal<sup>104</sup> –, pois a pena privativa de

---

<sup>103</sup> As redações desses parágrafos prescrevem: “§ 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo. § 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução. § 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços): I - se há participação de criança ou adolescente; II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal; III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior; IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes; V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização” (LEI N. 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013, que “Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências”). Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2020.

<sup>104</sup> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941, que instituiu o Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)> Acesso em: 13 jun. 2020).

liberdade máxima cominada para o crime de organização criminosa é superior a quatro anos (art. 313, I, do Código Processual Penal).

No tocante ao aspecto da proporcionalidade da pena privativa de liberdade do crime de organização criminosa, em cotejo com as sanções dos crimes contra a paz pública previstos no Código Penal, verificamos as seguintes situações: para delitos de incitação ao crime (art. 286) e apologia de crime ou criminoso (art. 287), o legislador estabeleceu penas privativas de liberdade semelhantes, de três a seis meses de detenção, indicando tratar-se de crimes de gravidade equivalentes; para o crime de associação criminosa (art. 288), a pena prevista é de um a três anos de reclusão, o que significa um desvalor maior da conduta em relação aos mencionados crimes do art. 286 e 287. Desse modo,

(...) ainda que seja impossível medir a gravidade de um delito singularmente considerado, é possível, no entanto, afirmar conforme o princípio de proporcionalidade, que do ponto de vista interno se dois delitos são punidos com a mesma pena, é porque o legislador considera-os de gravidade equivalente, enquanto se a pena é mais severa do que a prevista para outro, o primeiro delito é considerado mais grave do que o segundo. Disso segue-se que se do ponto de vista externo dois delitos não são considerados da mesma gravidade ou estima-se menos grave que outro, contraria o princípio de proporcionalidade que sejam castigados com a mesma pena ou, pior ainda, o primeiro com pena mais elevada do que a prevista para o segundo. Em todos os casos, o princípio de proporcionalidade equivale ao princípio de igualdade em matéria penal (FERRAJOLI, 2006, p. 370).

Quanto ao crime de organização criminosa, verifica-se que o desvalor da conduta foi superior ao dos demais crimes contra a paz pública referenciados no Código Penal, revelando o ponto de vista interno em relação à gravidade maior.

Desse prisma, o maior rigor punitivo para o crime de organização criminosa revela desproporcionalidade quando comparada a outros delitos que também protegem a paz, uma vez que “a diminuição das penas é condição necessária para justificar sua utilização como instrumento de proteção penal dos bens jurídicos” (FERRAJOLI, 2006, p. 434).

Além disso, fica patente que o legislador, no tocante ao crime de organização criminosa, não cogitou acerca de circunstâncias empíricas, como, por exemplo, do agente que participa da associação ou organização criminosa, sem, contudo, praticar delitos perpetrados pelo grupo ou concorrer significativamente para as atividades

ilícitas. Isso revela a tendência em estender o poder punitivo estatal a fatos sem relevância jurídica e desvinculados da culpabilidade do agente.

Ademais, Gomes (2013?) chama a atenção para o fato de que o crime-meio, de organização criminosa, com pena de três a oito anos de reclusão, pode ser punido mais severamente que os crimes-fins, considerando-se a possibilidade de crimes-fins, com pena máxima de cinco anos, poderem fazer parte do conceito de organização criminosa.

Por fim, é preciso frisar que a desproporcionalidade da pena do crime de organização criminosa se contrapõe ao princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciada na ordem jurídico-constitucional brasileira como fundamento da República Federativa do Brasil e por meio de dispositivos relacionados aos direitos fundamentais.

Cabe lembrar que, para Ferrajoli (2005), a universalidade dos direitos fundamentais diz respeito a todas as pessoas em igual medida, equivalendo ao princípio da igualdade. Contudo, isso não significa dizer a igualdade de sanção para delitos de diferentes níveis de gravidade, mas sim a igualdade na aplicação das garantias constitucionais a todos os delinquentes, independentemente de perfil ou *status*.

Outra questão relevante consiste em saber se o crime de organização criminosa, previsto na Lei n. 12. 850/2013, destina-se a punir simples intenções e desejos, em razão de o delito se consumir com a mera participação no grupo.

Assim, quando o agente ingressa na organização criminosa, *promovendo, constituindo, financiando* ou *integrando*, sua intenção é obter vantagens indevidas, ciente de que para isso terá de cometer infrações penais por meio da organização. No entanto, o legislador presumiu a predisposição do agente na prática de futuras infrações penais, indicando a punição de intenções.

As intenções se contrapõem às ações e comprometem o valor da certeza na determinação do desvio punível. Haveria, assim, violação aos princípios garantistas da lesividade e da materialidade, que remetem à necessidade de exteriorizar a conduta, para dela extrair a lesão ao bem jurídico alheio. Por conseguinte, afeta também o princípio da culpabilidade, que expressa a necessidade de ações externas como premissa para verificar a culpabilidade do agente.

Dessa perspectiva, é mister trazermos à reflexão o pensamento de Beccaria, no sentido de que, embora as leis não possam castigar as intenções, “não deixa de

ser verdadeiro que uma ação que seja o princípio de um crime e que atesta a vontade de o cometer ser castigada, porém com um castigo mais brando do que o que se deveria aplicar se o crime se tivesse efetivado (BECCARIA, 2014, p. 43).

Com referência à participação em organização criminosa, uma vez que a consumação do delito prescinde da prática de infrações penais pelo grupo, “bastando apenas a constituição da organização e participação nas suas atividades, ainda que de forma indireta” (SILVA, 2015, p. 28), a sanção penal imposta à simples participação no grupo representa, de fato, a punição de intenções, em contraposição aos princípios garantistas da legalidade estrita, da lesividade, da materialidade e da culpabilidade, demandando a reformulação nos termos propostos no próximo item.

#### **4.5.7 Sugestão de nova redação para o crime de organização criminosa do art. 2º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013**

Concluimos que o crime de organização criminosa, previsto no art. 2º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013, não corresponde à concepção do direito penal do inimigo. Isso porque não vislumbramos em seu conteúdo importantes traços do punitivismo e nem do simbolismo penal; o mais próximo dessa concepção é o excesso punitivo para um crime autônomo que dispensa o resultado naturalístico. Porém, verificamos alguns elementos que conduziram a interpretações inconsistentes da doutrina, daí a sugestão de reconfigurar seu conteúdo no sentido mais próximo possível dos postulados garantistas.

Por todo o exposto, como sugestão de reformulação do art. 2º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013, para adequá-lo ao paradigma penal garantista, apresentamos a seguinte texto:

Art. 2º Participar, pessoalmente ou por interposta pessoa, de organização criminosa, concorrendo para a prática das infrações penais do grupo.

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Nessa redação, o verbo *participar*<sup>105</sup>, embora remeta a múltiplas condutas, foge de critérios meramente valorativos, em razão de condicionar a participação do agente a fatos concretos, consistentes na prática de uma ou mais infrações penais no âmbito da organização criminosa, excluindo de seu conteúdo hipóteses de participação sem relevância jurídica, ou seja, sem que o agente tenha concorrido significativamente para as atividades ilícitas do grupo.

Vale recordar que os verbos nucleares do crime de organização criminosa são: *promover*, *constituir*, *integrar* e *financiar*. Assim, *integrar* e *constituir* configuram participação no crime de organização criminosa desde que essas ações resultem na prática de infrações penais no âmbito do grupo; *financiar* exige a relevância do custeio, de modo a concorrer efetivamente para as atividades ilícitas do grupo.

A conduta de *promover*, por seu turno, em virtude de sua indeterminação normativa, que dificulta correlacioná-la às atividades concretas da organização criminosa, só seria abrangida pelo verbo nuclear *participar* se o agente, além de promover, fizer parte da estrutura do grupo, concorrendo nos termos do dispositivo.

Assim, a *promoção* no sentido de dar publicidade aos atos da organização criminosa<sup>106</sup>, sem participação do agente na estrutura do grupo<sup>107</sup>, apenas para auferir vantagens ilícitas, se submeteria à reprimenda estatal por meio de outros tipos penais, como, por exemplo de “apologia de crime ou criminoso”, prevista no art. 287 do Código Penal Brasileiro.

A omissão do *nomen juris* no tipo penal visa a manter a harmonia estrutural da norma, decorrente da opção do legislador da Lei n. 12.850/2013 em não grafar com títulos os delitos abrangidos pela lei. Porém, vale mencionar que o título “Participação em Organização Criminosa” condiz com o conteúdo sugerido para o art. 2º, *caput*.

Optamos pela pena privativa de liberdade semelhante a que foi cominada para o crime de associação criminosa (art. 288 do Código Penal) – um dos crimes contra a paz pública -, pois, conforme manifestamos no item anterior, a soma da pena do crime

---

<sup>105</sup> Como observa Silva (2015), “participar de alguma forma da organização criminosa implica na prática do crime” (SILVA, 2015, p. 28), porquanto o autor optou pelo *nomen juris* de “participação em organização criminosa”. Nucci (2015), por sua vez, entende que o verbo integrar bastaria para abranger os demais verbos do núcleo do tipo penal de organização criminosa, pois “quem promove ou constitui uma organização criminosa, naturalmente a integra; quem financia, igualmente a integra, mesmo como partícipe” (NUCCI, 2015, p. 20).

<sup>106</sup> Para Greco e Freitas, o verbo promover significa dar “publicidade, enaltecer os atos praticados pela organização criminosa” (GRECO; FREITAS, 2019, p. 54).

<sup>107</sup> Para Silva (2015), promover organização criminosa “importa em fomentar de qualquer modo, ainda que não faça parte da estrutura da organização” (SILVA, 2015, p. 28).

de organização criminosa com a (s) pena (s) do (s) crime (s) praticado (s) pelo agente, por meio da organização criminosa, apresenta-se desproporcional e excessiva. Pela sugestão de reformulação do tipo penal é exigido que o agente tenha concorrido significativamente para as atividades ilícitas do grupo criminoso, o que significa dizer que sempre haverá a referida soma das penas.

Cientes da necessidade de o direito penal intervir na repressão às organizações criminosas, sem perder de vista os fundamentos do Estado democrático de direito, o objetivo da sugestão é contribuir para adequar o tipo penal em análise aos postulados garantistas e servir de referencial teórico para novas reflexões sobre o tema.

#### **4.6 O crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal (art. 2º, §1º, da Lei nº 12.850/2013) e os preceitos penais garantistas**

Após tipificar o crime de organização criminosa no artigo 2º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013 – com respectiva sanção –, o legislador brasileiro criou um tipo penal equiparado a este, dispondo:

§1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

A observância dos princípios penais garantistas, no tocante a esse tipo penal, se constitui em um dos pontos mais polêmicos da Lei n. 12.850/2013. A doutrina aponta no conteúdo desse delito características que a princípio denotam elementos da epistemologia antigarantista, como, por exemplo sua classificação como crime de perigo abstrato, crime vago e de mera conduta.

Nesse sentido, Bitencourt e Busato (2014) afirmam que:

Trata-se de um tipo penal excessivamente aberto, vago e impreciso, ensejando dúvidas exegéticas. Indiscutivelmente essa descrição típica é extremamente aberta e gera absoluta insegurança sobre quais seriam os atos ou procedimentos que poderiam representar, por exemplo, embaraço à investigação criminal, gerando perplexidade ao intérprete (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 186).

De acordo com a doutrina, a fórmula legal do delito em questão indica ausência de clareza, o que pode significar uma contraposição insanável ao convencionalismo penal, corolário da estrita legalidade, que exige a prevalência do caráter empírico ou fático na elaboração legal do desvio punível.

Ressalte-se que a ausência de clareza na configuração de qualquer delito penal tem expressivo impacto na seara jurisdicional, haja vista que a imprecisão abre espaço para práticas abusivas e violadoras das garantias penais e processuais penais baseadas em interpretações judiciais valorativas, contrárias, portanto, ao cognitivismo processual.

Nesse sentido, reconhecemos a necessidade de reflexões acerca desses e outros relevantes elementos que configuram o delito em estudo, como parâmetros norteadores do ponto de vista da adequação ou inadequação da norma aos postulados garantistas.

Nessa linha, também destacamos as críticas dirigidas ao tipo penal em exame, no que diz respeito à violação dos princípios da materialidade, da proporcionalidade da pena, do *nemo tenetur se detegere* e do *ne bis in idem*, que se interconectam às garantias penais.

Em face disso, analisaremos, do viés garantista, pontos cruciais do delito de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal. Para tanto, é imprescindível fazer uma incursão na dogmática e na hermenêutica jurídica em decorrência das múltiplas interpretações que o tipo penal em exame suscita.

#### **4.6.1 A definição legal do crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal e o princípio garantista da legalidade**

Primeiramente, a abordagem será relativa ao *nomen juris* do mencionado tipo penal, a fim de justificar nossa opção pelo título *impedimento ou embaraço da investigação de infração penal*<sup>108</sup> e não *obstrução da justiça*, tampouco qualquer outro título que utilize o termo *persecução penal*<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Eduardo Araújo da Silva (2015) intitula o tipo penal do art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013 de *crime de impedimento ou embaraçamento da investigação*, sem, contudo, manifestar-se acerca dos limites da incidência do termo *investigação de infração penal*. Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato (2014) denominam de crime de impedir ou embaraçar investigação criminal e preconizam que o tipo penal refere-se apenas à fase pré-processual.

<sup>109</sup> Por exemplo, Cleber Masson e Vinícius Marçal denominam o delito do art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013 de *crime de impedimento ou embaraçamento da persecução penal*.

Ocorre que o uso do termo *persecução penal* no *nomen juris* do crime previsto no art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013, como enunciado por Cleber Masson e Vinícius Marçal na obra “Crime Organizado” (2015) – com a denominação de crime de impedimento ou embaraçamento da persecução penal –, expressa a ideia de que o tipo penal abrange as fases pré-processual e processual. Nessa esteira, Ana Luiza Ferro de Almeida utiliza o termo *obstrução à persecução penal*, já Ronaldo Batista Pinto e Renee de Souza utilizam o termo *obstrução da persecução penal*.

A opção pelo *nomen juris* não teria qualquer relevância jurídica não fosse o fato de ser resultado da interpretação extensiva de seu conteúdo, na medida em que confere ao termo “investigação de infração penal” um alcance maior que o desejado pelo legislador. Em razão disso, contribui para interpretações jurisdicionais igualmente extensivas, em contraposição à interpretação restritiva recomendada pelo modelo penal garantista.

Todavia, o recurso ao sentido literal e lógico-sistemático do termo “investigação de infração penal” denota a limitação do dispositivo à fase pré-processual, razão pela qual refutarmos a nomenclatura baseada na interpretação extensiva que alcança a fase judicial. Essa temática interpretativa será mais bem desenvolvida no item 4.6.4, que trata da interpretação extensiva do termo “investigação de infração penal”.

Além disso, é importante dizer que a utilização do *nomen juris* crime de obstrução da justiça vincula-se igualmente à interpretação extensiva do tipo penal e designa gênero de infração penal, conforme será exposto no item 4.6.3.

Feitas essas considerações, podemos dizer que o tipo penal de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal afigura-se como norma formalmente válida, já que integra um diploma jurídico elaborado, discutido e aprovado regularmente pelo Poder Legislativo, e também estabelece a conduta como condição para se aplicar a sanção correspondente – *nulla poena et nullum crimen sine lege* –, comportando à submissão dos juízes a determinação abstrata do desvio punível.

No tocante ao princípio da estrita legalidade – *nulla poena sine crimine et sine culpa* –, é imprescindível examinar o conteúdo integral da norma, com base nos conhecimentos relativos à teoria garantista, à dogmática jurídica e à hermenêutica jurídica.

#### **4.6.2 O crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal do enfoque de norma penal em branco**

A estrutura na norma penal em branco, como vimos no item 4.5.2, exige complemento normativo por outra norma legislativa ou administrativa. *In casu*, pressupõe-se a violação do princípio garantista da taxatividade, que recomenda normas penais completas e precisas.

Tomando-se por referência o crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal, da Lei n. 12.850/2013, sobressaem duas manifestações de normas penais em branco: quanto ao preceito primário, ao referir-se ao termo “organização criminosa”; e quanto ao preceito secundário, relativo à sanção, porquanto tem por referência a pena de outro delito.

No que se refere ao preceito primário, é oportuno reportar as mesmas observações feitas quando tratamos do crime de organização criminosa, cuja conclusão foi tratar-se de norma penal em branco homogênea<sup>110</sup> e homovitelina. O complemento de tal norma foi satisfeito prontamente por dispositivo constante no mesmo estatuto jurídico, compatibilizando-se, nesse ponto, com a objetividade de seu conteúdo.

Quanto ao preceito secundário, quando a lacuna se refere a sanção e não a conduta, ocorre o que a doutrina denomina de norma penal em branco revés, inversa ou invertida, que no caso do artigo em exame em nada prejudica, no plano formal, sua aplicabilidade, pois seu complemento se encontra no próprio artigo. Porém, não podemos deixar de consignar a desproporcionalidade da sanção, que compromete a validade substancial da norma.

Por fim, conclui-se que, suprida a complementação da norma de forma ampla e imediata, não há qualquer prejuízo ao princípio da legalidade formal. De outra parte, a legalidade substancial requer análise de outros elementos de seu conteúdo.

#### **4.6.3 A utilização do *nomen juris* obstrução da justiça**

---

<sup>110</sup> Ainda porque o preceito secundário da norma penal em branco só pode ser complementado por meio de lei emanada do Congresso Nacional e não por fontes diversas dessa, de modo que não se pode falar em norma penal em branco heterogênea quando se trata de preceito secundário.

A omissão do legislador quanto à nomenclatura dos tipos penais não acarreta, por si só, qualquer prejuízo para as garantias penais e processuais penais. Ainda porque, diferentemente dos delitos previstos no Código Penal Brasileiro, os delitos descritos nas leis especiais, em geral, não comportam títulos específicos, mas tão somente a descrição da conduta com as respectivas sanções e outras circunstâncias de cunho processual. Assim, a Lei n. 12.850/2013 segue similar estrutura normativa, não contendo o *nomen juris* dos crimes do art. 2º, *caput*, e §1º.

Verifica-se que, na doutrina jurídico-penal brasileira, alguns autores nomeiam o crime de impedimento ou embaraço da investigação como infração penal de crime de obstrução da justiça ou utilizam termos similares (obstrução à justiça, obstrução de justiça). Nessa esteira se manifestam, entre outros, Guilherme de Souza Nucci, João Luiz Moraes Rosa, Adriano Teixeira, Luciano Feldens, Rogério Greco e Paulo Freitas.

Porém, o título do delito como obstrução da justiça é empregado sem cogitar acerca do seu significado como gênero, que comporta diversas infrações penais, e não no sentido de uma espécie de crime.

No âmbito interno, é muito provável que a introdução do termo obstrução da justiça tenha influência do ordenamento jurídico-penal norte-americano. Nesse aspecto, Andreucci (2016) informa que, nos Estados Unidos, o crime de obstrução da justiça, nas cortes federais, é tipificado das mais diversas formas, desde a obstrução às ordens da corte até a retaliação (vingança) contra um juiz federal.

Além disso, existem no direito norte-americano várias outras modalidades de obstrução da justiça tipificadas em leis estaduais, que atendem às peculiaridades locais de cada estado da federação.

Outrossim, Santos (2017, p.1) assinala que “o conceito de obstrução da justiça é originário do sistema penal norte-americano, no qual designa um conjunto de condutas que interferem no normal funcionamento da justiça criminal”. O autor explica que no ordenamento jurídico daquele país a obstrução da justiça não é um tipo legal de crime, mas um conceito que designa um conjunto de crimes contra a administração da justiça americana – cujos correlatos, na legislação penal brasileira, aparecem no capítulo dos crimes contra a administração da justiça.

Assim, segundo Santos (2017), a tradução descontextualizada do conceito para o sistema penal brasileiro produziu o efeito nefasto de permitir a imputação do gênero obstrução da justiça como se constituísse uma conduta típica específica.

Certo é que o ordenamento jurídico norte-americano, que serviu de inspiração para o legislador brasileiro, contempla uma variedade de condutas e tipos penais que caracterizam o crime de obstrução de justiça, ficando claro que o termo corresponde a um conceito genérico, criado para abranger diversos tipos penais.

Tal como na doutrina, a jurisprudência brasileira emprega a nomenclatura obstrução da justiça para o crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal. Nesse sentido, colacionamos trechos de decisões monocráticas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que revelam essa concepção:

[...] Tem-se nos presentes autos denúncia, ofertada pelo Ministério Público Federal, em face de D. I. B, Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, e OUTROS, pela **suposta prática dos crimes previstos nos artigos 2º, § 1º (obstrução da justiça), c/c § 4º, II (concurso de funcionário público), e art. 19 (imputação falsa), todos da Lei 12.850/2013**, e nos arts. 299 (falsidade ideológica) e 348 (favorecimento pessoal), na forma do art. 70 (concurso formal), todos do Código Penal (STJ. Ação Penal n. 936/ DF 2019/0280056-5. Ministro Rel. Raul Araújo, data da publicação: 18/3/2020, grifo nosso).

[...] **O tipo imputado aos pacientes incrimina a conduta de obstrução de justiça (§ 1º do artigo 2º da Lei 12850/2013) e tem sido objeto de crítica da doutrina em razão da descrição vaga e imprecisa do comportamento punível.** Trata-se de questão já submetida ao Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5567), na qual se reclama afronta ao princípio da legalidade em razão de o tipo possuir redação extremamente aberta, também se criticando a desproporcionalidade do preceito secundário[...] (STJ. RHB n. 124344 /RJ. Ministro Rel. Ribeiro Dantas, data da publicação: 7/4/2020, grifo nosso).

É importante esclarecer que o termo obstrução de justiça não corresponde a um tipo penal específico e sequer consta expressamente na legislação brasileira. No sentido amplo, o vocábulo justiça relaciona-se às atividades dos órgãos da justiça, do Ministério Público e da polícia. Assim, obstruir a justiça significa criar impedimentos às atividades de persecução penal.

Corroborando com o exposto, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, Convenção de Palermo, trata da obstrução de justiça no art. 23 como medida de criminalização<sup>111</sup>. Estabelece que cada país signatário deverá

---

<sup>111</sup> No mesmo sentido, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, assinada em 9 de dezembro de 2003, na cidade de Mérida, no México, da qual o Brasil é signatário<sup>111</sup>, trata de obstrução de justiça no art. 25, estabelecendo que cada país signatário deverá adotar medidas legislativas para qualificar como delito: a) o uso da força física, ameaças ou intimidação, ou a promessa, o oferecimento ou a concessão de um benefício indevido para induzir uma pessoa a prestar falso testemunho ou a atrapalhar a prestação de testemunho ou a apartação de provas em processos relacionados com a

adotar medidas legislativas e outras consideradas necessárias para conferir o caráter de infração penal aos seguintes atos, quando cometidos intencionalmente:

- a) O recurso à força física, a ameaças ou a intimidação, ou a promessa, oferta ou concessão de um benefício indevido para obtenção de um falso testemunho ou para impedir um testemunho ou a apresentação de elementos de prova num processo relacionado com a prática de infrações previstas na presente Convenção;
- b) O uso da força física, ameaças ou intimidação, ou a promessa, o oferecimento ou a concessão de um benefício indevido para induzir uma pessoa a prestar falso testemunho ou a atrapalhar a prestação de testemunho ou a apartação de provas em processos relacionados com a prática dos delitos qualificados de acordo com essa Convenção<sup>112</sup>.

Como se pode observar, as condutas descritas nesse dispositivo da Convenção de Palermo como espécies de obstrução de justiça são passíveis de ocorrer tanto na fase do inquérito quanto na judicial.

Em síntese, é importante esclarecer que não refutamos o uso da expressão obstrução da justiça na seara penal, mas sim seu uso inadequado para tipificação penal. Preconizamos que o termo deve ser empregado como gênero que abrange diferentes tipos penais, caso do crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal, bem como dos crimes contra a Administração da Justiça previstos no título XI, capítulo III, do Código Penal Brasileiro, entre os quais a denúncia caluniosa (art. 339), o falso testemunho ou a falsa perícia (artigos 342 e 343) e a coação no curso do processo (art. 344).

Nos crimes contra a Administração da Justiça, o bem jurídico protegido – a administração da justiça – não se refere exclusivamente ao processo judicial, mas também à fase pré-processual.

Para exemplificar o exposto, o crime de denúncia caluniosa consiste em “dar causa à **instauração de investigação policial**, de processo judicial, instauração administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente” (art.339 do Código Penal, grifo nosso);

---

prática dos delitos qualificados de acordo com essa Convenção; b) o uso da força física, ameaças ou intimidação para atrapalhar o cumprimento das funções oficiais de um funcionário da justiça ou dos serviços encarregados de fazer cumprir-se a lei em relação com a prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

<sup>112</sup> CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm)>. Acesso em set 2020.

no crime de falso testemunho, a conduta consiste em “fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em **processo judicial, ou administrativo, inquérito policial**, ou em juízo arbitral” (art. 342 do Código Penal Brasileiro, grifo nosso).

Em suma, uma vez aceito o termo obstrução de justiça no âmbito jurídico-penal brasileiro, seu emprego deve designar sempre um conjunto de condutas ilícitas destinadas a criar obstáculos à persecução penal. Significa dizer que seu emprego como *nomen juris* do crime previsto no art. 2, §1º, da Lei n. 12.850/2013, reflete interpretação extensiva do tipo penal.

Destaque-se que a Lei n. 12.850/2013 contempla seis tipos penais que se amoldam ao gênero obstrução da justiça. Além do crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal, também se alinham a esse gênero os crimes ocorridos na investigação e na obtenção da prova, artigos 18 a 21 e parágrafo único<sup>113</sup>.

Outra incongruência do emprego do título obstrução de justiça ao crime do art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013 refere-se ao fato de que apenas o verbo impedir se coaduna com o vocábulo obstrução. *Impedir* significa obstruir, criar obstáculos; *embaraçar*, por sua vez, significa atrapalhar, dificultar. O primeiro faz cessar a investigação de infração penal em curso; o segundo, entretanto, nada obsta, apenas cria dificuldades. O embaraço pode evoluir, impedindo o transcurso normal das investigações criminais, quando então implica a ocorrência da conduta de impedir.

Nesse sentido, trouxemos algumas opiniões da doutrina sobre as diferenças entre impedir e embaraçar:

Os verbos se assemelham, no entanto, é possível notar uma sutil diferença entre ambos, haja vista que *impedir* parece mais grave, por acarretar a cessação do objeto almejado, *embaraçar*, por sua vez, sugere uma ação menos drástica, denotando o esforço de atrapalhar ou causar dificuldade para o curso do objeto, sem inviabilizá-lo totalmente” (MASSON; MARÇAL, 2015, p. 55).

---

<sup>113</sup> Art. 18. Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito. Art. 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas. Art. 20. Descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes. Art. 21. Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo e parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, de forma indevida, se apossa, propala ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta Lei. (LEI N. 12.850/2013, DE 12 DE AGOSTO DE 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2020.

Embora os dois verbos possam ser, usualmente, empregados como sinônimos, é possível a identificação de uma sutil diferença de tom entre eles. *Impedir* é mais grave, levando à cessação do objeto visado. Já *embaraçar* sugere uma ação mais fraca, denotando o esforço de gerar empecilho ou complicação para o curso do objeto, sem chegar a inviabilizá-lo completamente (FERRO, 2014, p. 53).

Embaraçar é menos grave que impedir, ou seja, é absorvida pela ação de impedir. A ação de embaraçar (dificultar) representa um estágio menos avançado que a ação de impedir; aliás, são condutas progressivas. Esta última equivale ao impedimento absoluto da investigação criminal. Na realidade, há certa redundância entre os verbos nucleares “embaraçar” e “impedir”, o que indica, por si só, que apenas um deles seria suficiente para tutelar o bem jurídico que se pretende preservar (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 179).

Os verbos do tipo, de ordem alternativa, são: *impedir* (obstar, interromper, tolher) e *embaraçar* (complicar, perturbar, causar embaraço). Na realidade os termos são sinônimos, mas se pode extrair, na essência, a seguinte diferença: impedir é mais forte e provoca cessação; embaraçar é menos intenso, significando causar dificuldade. Tanto faz se o agente pratica um deles ou ambos os verbos, pois incide em crime único (NUCCI, 2015, p. 24).

Embora os mencionados verbos (impedir e embaraçar) tenham significados muito próximos, a conduta de embaraçar não tem o sentido de obstaculizar algo, mas tão somente atrapalhar ou confundir; funciona como um caminho, uma tentativa de impedir o prosseguimento do processo investigatório. Afinal, que outra pretensão teria o agente que embaraça, senão a de interromper o prosseguimento das investigações criminais?

Em suma, apenas a conduta de impedir amolda-se ao sentido de obstrução de justiça. O verbo embaraçar, por sua vez, pode de ser traduzido como tentativa de obstrução de justiça.

Nesse ponto, concordamos com Bitencourt e Busato (2014, p.181) de que “há certa redundância entre os verbos nucleares “embaraçar” e “impedir”, o que indica, por si só, que apenas um deles seria suficiente para tutelar o bem jurídico que se pretende preservar”. Desse modo, entendemos que ou o verbo impedir ou obstruir seria suficiente para configurar o delito, sendo o embaraço abrangido pela tentativa de obstrução.

Por todo o exposto, refutamos o uso do termo obstrução de justiça como nomenclatura do delito do art. 2º, §1º, da Lei de Organização Criminosa, admitindo-o somente em referência a um instituto genérico que abrange diversos tipos penais, inclusive o referido crime na modalidade de impedir.

#### 4.6.4 A interpretação extensiva da expressão *investigação de infração penal*

Em um sistema penal garantista, é inadmissível a aplicação da analogia *in malam partem*. Do mesmo modo, deve ser evitada a interpretação extensiva dos tipos penais, posto que reverberam na maximização da punibilidade e minimização da liberdade individual, contrapondo-se ao direito penal mínimo.

Entretanto, parte da doutrina<sup>114</sup>, por meio da interpretação extensiva, tem estendido o termo investigação de infração penal, contido na letra do crime de impedimento ou obstáculo da investigação de infração, a fim de abranger, além da fase pré-processual, a fase processual.

Portanto, a questão cinge-se à técnica interpretativa aplicada na análise do tipo penal em exame, que ultrapassou os limites semânticos do termo investigação de infração penal. Nesse plano, é importante salientar que, na interpretação extensiva, deve-se respeitar o “*limite semântico do texto legal*, além do qual não se pode estender a punibilidade, pois deixa de ser interpretação para ser analogia” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 162).

O modelo penal garantista, além de repudiar a interpretação extensiva, recomenda a interpretação restritiva e não dispensa a interpretação gramatical, quando interligada a outras espécies de interpretações (por exemplo, a lógica e a sistemática).

Com efeito, “a letra da lei jamais deve ser descartada quando está em jogo a imposição de uma sanção penal: *nullum crimen sine lege*. Ao contrário do que normalmente se pensa, a interpretação gramatical não ignora a *ratio legis* por completo” (REALE JÚNIOR, 2013, p. 204-205).

Nesse plano, o ponto primordial da interpretação do crime em exame consiste em extrair da norma jurídica o seu real sentido (*mens legis*) expresso na vontade do legislador (*mens legislatoris*), quando do uso da expressão investigação de infração penal.

Na interpretação extensiva, a análise sustenta que o conteúdo da norma do art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013 diz menos do que a real intenção do legislador (*mens legislatoris*), o que justificaria estender seu significado para alcançar plenamente a

---

<sup>114</sup> De acordo com esse entendimento, podemos citar, entre outros, Cleber Masson e Vinícius Marçal, Luiz Flávio Gomes, Guilherme de Souza Nucci e Rogério Sanchez da Cunha.

suposta situação que o legislador, por descuido ou equívoco, deixou fora da abrangência da lei.

Feitas essas considerações, é pertinente justificar nosso ponto de vista sobre a limitação da norma à fase pré-processual, refutando concepções contrárias.

Assim, quando Nucci<sup>115</sup> (2015) diz que impedir ou embaraçar *processo judicial* se encaixa no tipo penal do art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013, pois se o *menos* é punido (perturbar a mera investigação criminal), o *mais* (processo instaurado pelo mesmo motivo) também deve ser punido, não cogita da existência de outros dispositivos do ordenamento jurídico-penal brasileiro que podem ser utilizados para esse controle, por exemplo: fraude processual (art. 347 do CPB), falso testemunho ou falsa perícia (art. 342 do CPB) e coação no curso do processo (art. 344 do CPB).

Preconizando igualmente a necessidade da interpretação extensiva do crime de impedimento ou embaraço da investigação criminal e olvidando a existência de outros tipos penais do gênero obstrução de justiça que podem abranger a fase processual, Rogério Sanchez Cunha, Ronaldo Batista Pinto e Renee do Ó Souza questionam: “de que modo podemos admitir ser crime a obstrução da investigação (fase preliminar da persecução penal) e atípico o embaraço do processo penal dela derivado (fase principal da persecução penal)?” (CUNHA; PINTO; SOUZA, 2020, p. 21).

Não se trata de atipicidade, mas de subsunção da conduta a tipos penais que se encontram em outros diplomas legais, pois “o processo judicial ou fase processual, propriamente dita, que não foi abrangido por esse tipo penal, tem outros mecanismos de proteção e controle amparados pelo Poder Jurisdicional, e sob o manto do devido processo legal” (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 186).

Noutra esteira, Lima (2016) argumenta que o apontado modelo interpretativo extensivo do tipo penal do art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013 trata-se de analogia *in malam partem*. Segundo ele, houve um lapso do legislador na elaboração do referido tipo penal, conquanto tenha feito uso tão somente do termo investigação, deixando de incluir o processo judicial. Dessa forma, o autor não admite qualquer construção

---

<sup>115</sup> Abordagem similar pode ser atribuída a Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p.54), que expõem: “Ainda que o § 1º somente aluda à investigação penal, sem mencionar expressamente o processo judicial, sob uma perspectiva teleológica, é inegável a inferência de que atende mais plenamente ao fim colimado pela norma a compreensão de que o objeto em questão não se resume à primeira etapa da persecução penal (a investigação, que é o *minus*), englobando também a sua etapa subsequente e mais importante (o processo judicial, que é o *plus*), já que o bem jurídico tutelado é a administração da justiça, para a qual ambas as etapas concorrem”(FERRO, 2014, p. 54).

hermenêutica para introduzir o processo judicial na referida figura delituosa, sob pena de analogia *in malam partem* e consequente violação ao princípio da legalidade (LIMA, 2016).

Discordamos da interpretação de Lima (2016) no tocante à analogia *in malam partem*, pois não se trata de lacuna ou omissão do legislador a ser preenchida pelo intérprete, mas apenas de interpretação extensiva, alcançando no texto da lei um significado de infração penal que o legislador não tinha a intenção de transmitir.

Certo é que tanto a interpretação extensiva quanto a analogia *in malam partem* se contrapõem ao modelo penal garantista, que preconiza um direito penal mínimo, de limitação máxima do poder punitivo estatal. Essa é a ideia extraída dos ensinamentos de Ferrajoli (2006):

A analogia encontra-se excluída se é *malam partem*, enquanto é admitido caso seja *in bonam partem*, aos estar sua proibição dirigida, conforme o critério geral do *favor rei*, a impedir não a restrição, mas somente a extensão por obra da discricionariedade judicial do âmbito da punibilidade. Disso segue-se em termos mais gerais o dever de interpretação restritiva e a proibição de interpretação extensiva das leis penais (FERRAJOLI, 2006, p. 351).

Ademais, como veremos, a integração das interpretações gramatical, sistemática e lógica, para a análise do tipo penal em estudo, corroboram cabalmente a manifesta imprecisão das aludidas interpretações da dogmática jurídica.

De outra parte, alguns autores, entre os quais Cezar Roberto Bitencourt, Paulo César Busato e João Luiz Moraes Rosa, preconizam que a incidência do dispositivo se limita ao plano da investigação policial e rechaçam a interpretação extensiva.

Nessa esteira, Bitencourt e Busato assinalam que o texto do art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013 “não abrange a denominada fase processual, isto é, o chamado processo judicial, cuja denúncia (peça inicial) baseia-se exatamente nos elementos coletados pela ‘investigação criminal’ que o dispositivo sub examine visa proteger” (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p.186).

No âmbito da jurisprudência dos Tribunais Superiores, destacamos que a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus n. 487.962 - SC (2019/0000702-9), posicionou-se favorável à abrangência do processo judicial no crime de impedimento ou embaraço da investigação penal relativa às organizações criminosas, nos seguintes termos:

[...] A tese de que a investigação criminal descrita no art. 2º, § 1º, da Lei n. 12.850/13 cinge-se à fase do inquérito, não deve prosperar, eis que as investigações se prolongam durante toda a persecução criminal, que abarca tanto o inquérito policial quanto a ação penal deflagrada pelo recebimento da denúncia. **Com efeito, não havendo o legislador inserido no tipo a expressão estrita "inquérito policial", compreende-se ter conferido à investigação de infração penal o sentido de persecução penal, até porque carece de razoabilidade punir mais severamente a obstrução das investigações do inquérito do que a obstrução da ação penal.**

Ademais, sabe-se que muitas diligências realizadas no âmbito policial possuem o contraditório diferido, de tal sorte que não é possível tratar inquérito e ação penal como dois momentos absolutamente independentes da persecução penal. [...] (STJ. HABEAS CORPUS: HC n. 487.962 SC 2019/0000702-9. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em: 28/5/2019) (grifo nosso).

No recurso, a defesa alegava a atipicidade da conduta do réu condenado em primeira instância pelo tipo penal do art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013. Argumentou-se que a fase de investigação já estava superada e o delito não abrange a fase judicial.

Porém, em contraposição à defesa, o Tribunal conferiu ao dispositivo abrangência que não corresponde ao verdadeiro sentido da norma, estendo-o à ação penal. No referido HC, o ministro relator, Joel Ilan Paciornik, em seu voto, deixou claro que não via razoabilidade em interpretar o dispositivo restritivamente, excluindo a fase judicial.

No entanto, não se trata de interpretação extensiva, haja vista que o termo investigação de infração penal não abre para interpretações elásticas e nem diz menos do que o legislador pretendia dizer.

Essa interpretação vincula-se ao modelo de direito penal máximo e de violação do princípio da reserva legal, uma vez que estende o poder punitivo para casos não abrangidos pela lei.

Ademais, a decisão no HC n. 487.962 - SC retrata juízo valorativo do critério de justiça, ao considerar razoável punir mais severamente a obstrução das investigações do inquérito do que a obstrução da ação penal. Com isso, viola o princípio da retributividade estrita, que não admite a punibilidade com base em conduta não descrita em um tipo penal – *nulla poena sine crimine*.

É importante salientar que o juízo de valor nas decisões judiciais representa “uma técnica de esvaziamento das garantias penais e processuais penais por parte dos juízes [...] (FERRAJOLI, 2006, p. 121). Ademais, em consonância com o modelo garantista, a discricionariedade do juiz deve ser dirigida, não para estender, mas para

excluir ou reduzir a intervenção penal quando não motivada por argumentos cognitivos seguros.

Em contraposição ao mencionado juízo de valor, podemos argumentar que a obstrução na fase do inquérito policial é mais grave do que na ação penal, haja vista que a conduta de obstar o curso da investigação criminal prejudica a instauração de uma futura ação penal, pois sem provas não há processo, e sem processo não há pena – *nulla acusatio sine probatione nulla poena sine iudicium*.

Por fim, e não menos importante, o ministro relator do HC n. 487.962-SC acrescenta que:

[...] também no **curso da ação penal são feitas investigações e diligências objetivando a busca da verdade real, sendo certo que as investigações feitas no curso do inquérito, como no da ação penal, se diferenciam, primordialmente, no que diz respeito à amplitude do contraditório, ampla defesa e o devido processo legal**. Ressalta-se que a persecução penal é contínua não havendo de se falar em estancamento das investigações com o recebimento da denúncia. (STJ. HABEAS CORPUS: HC nº 487.962 SC 2019/0000702-9. Voto do Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik) (grifo nosso).

Nesse ponto, importante destacar que investigação de infração penal ou investigação criminal não se confunde com instrução processual penal ou instrução criminal<sup>116</sup>, fase processual na qual o juiz irá colher as provas para seu convencimento e determinar outras diligências<sup>117</sup> que julgar imprescindíveis para elucidação dos fatos. Ou seja, tecnicamente, o poder instrutório do juiz destina-se a produzir provas e não a investigar o delito.

Feitas essas ponderações, apresentamos na sequência os fundamentos teóricos e interpretativos do nosso ponto de vista em defesa da limitação do crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal à fase extrajudicial, ou seja, do inquérito policial e do procedimento de investigação criminal instaurado pelo

---

<sup>116</sup> “INSTRUÇÃO CRIMINAL. Dir. Proc. Pen. Fase do processo penal destinada a apurar a existência, espécie e circunstâncias do crime, e sua autoria” (SIDOU, 2016, p. 330).

<sup>117</sup> Convém mencionar que “a regra do art. 156, II, do CPP (com a redação da Lei nº 11.690/2008), que autoriza o juiz a determinar diligências imprescindíveis ao esclarecimento da verdade, dá-se durante o curso do processo judicial e visa atender ao princípio do favor rei, ou seja, **o juiz somente poderá buscar provas se for em favor do réu**. Ora, se o juiz pode conceder, de ofício, ordem de habeas corpus concedendo liberdade, não há razão para se pensar que ele não poderia buscar uma prova que inocentasse o réu. Do contrário, viola-se, gravemente, o sistema acusatório” (RANGEL, 2020, p. 49).

Ministério Público<sup>118</sup>. Para tanto, recorreremos às interpretações gramatical e sistemática do dispositivo.

Importa consignar que “as normas não são como mônadas isoladas, pois integram um conjunto normativo, cumprindo examiná-las nas relações existentes entre elas e o próprio conjunto a que pertencem, pois é desta análise que se poderá defluir o seu significado” (REALE JÚNIOR, 2013, p. 88).

Nesse escopo, destacamos os seguintes pontos que corroboram a interpretação literal e sistemática do art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013:

- i. Investigação de infração penal corresponde à investigação criminal, procedimento deflagrador da fase preliminar da persecução penal que, por sua vez, se integraliza com a ação penal – recebida a denúncia ou queixa. Assim, investigação criminal e ação penal não se confundem, posto que são fases distintas da persecução penal.
- ii. De acordo com a Constituição Brasileira de 1988, a apuração de infrações penais é da competência da polícia federal, como polícia judiciária da União (art. 144, §1º, I e IV) e das polícias civis dos Estados, como polícias judiciárias dos Estados (art. 144, §4º). Nesse plano, apurar significa *esclarecer, verificar, averiguar*, ou seja, *investigar* infrações penais.
- iii. O art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal Brasileiro aponta que as polícias judiciárias não têm o monopólio da investigação de infrações penais, estendendo, inclusive, essa atribuição também aos órgãos administrativos<sup>119</sup> e ao Ministério Público, nos limites estabelecidos pelo texto constitucional.
- iv. O sistema acusatório brasileiro separa as funções de investigar, acusar e julgar, portanto não admite a figura do juiz inquisidor. O exercício da função de investigação do Judiciário é incompatível com a imparcialidade e independência. Ainda porque não existe previsão

---

<sup>118</sup> O Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento acerca da constitucionalidade e legitimidade do Ministério Público para conduzir diretamente investigação criminal (Ver RE 593.727).

<sup>119</sup> Nesse sentido, acrescentem-se, entre outras, as atividades de investigação realizadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, §3º da Constituição de 1988), pela Receita Federal, pelos Tribunais de Contas e pelos órgãos administrativos de proteção ambiental como o Ibama.

constitucional para investigações criminais pelo Poder Judiciário brasileiro.

Essas premissas vinculam-se ao modelo processual acusatório, assentado no contraditório e na ampla defesa do processo, e contribuem para um julgamento justo, ancorado nos direitos e garantias fundamentais, compatível com o modelo processual garantista e em oposição ao sistema inquisitório.

Para Ferrajoli (2006), o sistema processual acusatório tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes, sendo o julgamento um debate paritário, iniciado na acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção.

No direito brasileiro, vige o sistema acusatório (cf. art. 129, I, da Constituição de 1988), pois a função de acusar foi conferida ao Ministério Público e, em casos excepcionais, ao particular. Não temos a figura do juiz instrutor, pois a fase pré-processual é a do inquérito policial, e este é presidido pela autoridade policial. Durante o inquérito policial, o sigilo e a inquisitividade imperam, porém, uma vez instaurada a ação penal, o processo torna-se público, contraditório, e são asseguradas aos acusados todas as garantias constitucionais (RANGEL, 2020, p.46).

Somente no sistema inquisitivo, próprio dos sistemas jurídicos antidemocráticos, o juiz concentra as funções de investigar, acusar, defender e julgar, indicando que esse sistema expressa “total incompatibilidade com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito e, portanto, deve ser banido das legislações modernas que visem assegurar ao cidadão as mínimas garantias de respeito à dignidade da pessoa humana” (RANGEL, 2020, p.42).

Quanto ao sistema inquisitório, Ferrajoli (2006) o caracteriza como todo sistema processual no qual o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo o julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos e limitados o contraditório e os direitos da defesa.

Em síntese, podemos dizer que as interpretações gramatical e sistemática indicam que investigação de infração penal não tem o mesmo sentido de persecução penal, bem como, em um sistema penal garantista, a função precípua do Judiciário

não é investigar infrações penais – o que só ocorre excepcionalmente<sup>120</sup> – e sim processar e julgar, preservando os direitos e garantias fundamentais do acusado.

Ademais, quando o legislador inseriu no dispositivo do §1º, art. 2º, da Lei n. 12.850/2013 o termo “investigação de infração penal”, não tinha a intenção de abranger o “processo penal”. Caso fosse essa a intenção do legislador, teria feito referência à persecução penal, tal como fez no artigo 3º do mesmo diploma legal, *in verbis*:

Art. 3º **Em qualquer fase da persecução penal**, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal (grifo nosso).

De outra forma, quando o legislador quis individualizar cada uma das fases da persecução penal, utilizou as expressões *investigação e investigação criminal* para a fase preliminar; e *procedimento criminal, instrução processual e processo criminal* para a fase secundária. Como se observa nos seguintes dispositivos:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a **investigação criminal**, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o **procedimento criminal** a ser aplicado (grifo nosso).

Art. 2º [...]

<sup>120</sup> O artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal prevê uma excepcionalidade no tocante à possibilidade de o Poder Judiciário exercer atividade de investigação. Dispõe o artigo que: “Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro”. O § 1º dispõe que: “Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente” (REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020). Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2020. O art. 43 do Regimento Interno do STF fundamentou, recentemente, a abertura do inquérito n. 4781, que investiga notícias fraudulentas (as *fake news*) e consequentes ataques à Suprema Corte.

§5º Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à **investigação** ou **instrução processual** (grifo nosso).

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com **a investigação** e com **o processo criminal**, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados (grifo nosso).

Art. 21. Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de **investigação** ou do **processo**: (grifo nosso)

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Portanto, com base em uma linguagem técnico-jurídica<sup>121</sup>, não restam dúvidas de que os vocábulos *investigação de infração penal* ou *investigação criminal*, que constam nos vários dispositivos da Lei n. 12.850/2013, têm conexão apenas com a fase de investigação policial ou ministerial.

Com efeito, “a descoberta da *mens legislatoris* da norma jurídica pode e deve ser pesquisada em conexão com as demais do estatuto onde se encontra “(FRANÇA, 1988, p. 29).

Assim, “investigando o sentido global do direito, que a lei expressa apenas parcialmente” (BITENCOURT, 2019a, p. 206), o significado técnico-jurídico de *investigação de infração penal* no sistema jurídico brasileiro encontra-se intrinsecamente relacionado à expressão *investigação criminal*.

No magistério de Rosa (2018):

Investigação criminal não é processo penal, relação tridimensional estabelecida entre autor, juiz e réu, circunstância não prevista na norma [...] Há tempos, o legislador pátrio conhece a distinção entre investigação criminal e processo penal, tanto que quando pretendeu abranger as duas situações no tipo penal o fez expressamente, a exemplo do que se vê nos crimes de coação no curso do processo e fraude processual (Código Penal, arts. 344 e 347, caput e parágrafo único (ROSA, 2018, p.171).

---

<sup>121</sup> O dicionário jurídico, da Academia Brasileira de Letras Jurídicas define investigação e investigação criminal nos seguintes termos: “INVESTIGAÇÃO. S. f. (Lat. investigatio) Indagação, busca, pesquisa em torno de um fato ou de um aprendizado. Cognatos: investigar (v.), examinar minuciosamente; investigador (adj. e s. m.), que ou quem pesquisa ou examina. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. Dir. Proc. Pen. Diligência procedida pela autoridade policial para elucidação de um delito. Cognatos, n. acep.: investigado (adj. e s. m.), pessoa submetida a investigação; suspeito de ato ilícito; investigador (s. m.), agente de polícia. Cf. inquirito policial (SIDOU, 2016, p. 37).

Considerando-se que “a interpretação sistemática pode realizar-se não apenas com referência ao conjunto integrado pela norma, mas também em face de outras leis e em face da Constituição” (REALE JÚNIOR, 2013, p. 89), para melhor elucidar o exposto, trazemos à baila o artigo 5º, da Constituição Brasileira de 1988, e o art. 282 do Código de Processo Penal:

Art. 5º [...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de **investigação criminal** ou **instrução processual penal** (grifo nosso).

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para **a investigação** ou a **instrução criminal** e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais (grifo nosso).

Ainda, alinhados à interpretação sistemática, poderíamos citar diversos dispositivos legais que ratificam nossa concepção. Para exemplificar, trouxemos à reflexão a Lei n. 13.964/2019, que criou a figura do juiz das garantias<sup>122</sup> e estabeleceu, no artigo 3º, ser este o “responsável pelo controle da legalidade da **investigação criminal** e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário” [...] (grifo nosso).

Essa legislação deixa claro o significado do termo em foco, evidenciando-se a inadequação da interpretação extensiva para abranger a ação penal, posto que o exercício da atividade do juiz das garantias se restringe logicamente à fase pré-processual.

Feitas essas considerações, cabe ressaltar que nossa interpretação do art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013 não é extensiva, para ampliar seu sentido, tampouco restritiva, para restringir o termo investigação de infração penal, pois a norma não abriu o termo para interpretações valorativas.

Na verdade, trata-se de interpretação gramatical ou literal e sistemática ou lógico-sistemática da norma, resultando em uma interpretação declarativa<sup>123</sup>, haja

<sup>122</sup> A Lei n. 13.964/2019 alterou o Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941), incluindo o artigo 3º-B, que criou o juiz das garantias e estabeleceu sua competência.

<sup>123</sup> De acordo com Rubens Limongi França, a interpretação declarativa “é aquela cujo enunciado coincide, na sua amplitude, com aquele que, à primeira vista, parece conter-se nas expressões do dispositivo. O intérprete limita-se a simplesmente declarar que a *mens legislatoris* não tem outras balizas, senão aquelas que, desde logo, se depreendem da letra da lei” (FRANÇA, 1988, p. 30).

vista que, no nosso entendimento, o conteúdo da norma elegeu um termo técnico-jurídico cujo significado pode ser extraído da própria norma ou do ordenamento jurídico geral.

Como assina Bitencourt (2016), a interpretação sistemática procura identificar o verdadeiro sentido da lei em seu aspecto mais geral, dentro do sistema legislativo, no conjunto geral do sistema que a engloba. Além do que, explica só ser possível apreender o verdadeiro sentido de uma norma por meio da interpretação contextualizada.

Oportuno ainda mencionar que o método de interpretação literal ou gramatical, pelo qual optamos em conjunto com o sistemático ou lógico-sistemático, é fundamental como ponto de partida do processo interpretativo. Como expõe Bitencourt:

No processo interpretativo como um todo, partindo do aspecto literal, o intérprete envolve-se com a lógica e procura descobrir os fundamentos político-jurídicos da norma em exame. Procura relacionar a lei que examina com outras que dela se aproximam, ampliando seu ato interpretativo (BITENCOURT, 2019a, p. 206).

Não se trata de um modelo interpretativo alinhado ao positivismo jurídico legalista, exegético, baseado fundamentalmente na interpretação literal da norma, ainda porque nossa análise, até o momento, não abrange o conteúdo integral da norma penal em exame, mas apenas um de seus aspectos, ou seja, o da interpretação do termo investigação de infração penal.

A bem da verdade, “o intérprete que se atém à letra fria da lei como único critério, sem se preocupar com os demais, é um mau intérprete ou um mau aplicador do texto legal, é um ‘formalista’. No entanto, normalmente, quase sempre se inicia o processo interpretativo pela interpretação gramatical” (BITENCOURT, 2019a, p. 204).

Em outras palavras, significa dizer que interpretações divergentes sobre determinada locução, citada de forma precisa e com frequência no sistema jurídico interno, comprometem a harmonia semântica, criam inseguranças e instabilidades nas decisões judiciais, mais ainda quando, no próprio estatuto legal em que se encontram, a mesma palavra apresenta significado usual em outros de seus dispositivos. É o que ocorre com a locução investigação de infração penal.

Assim, com base nas interpretações literal e sistemática, é possível afirmar que o termo investigação de infração penal apresenta significado inequívoco. Nesse

sentido, a semântica relativa a esse termo não compromete o conteúdo da norma penal no tocante às premissas garantistas, pois não há imprecisão em seu significado, mas sim equivocada interpretação extensiva do termo.

No próximo item, trataremos dos demais elementos que compõem o crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal como condição necessária para afirmarmos ou refutarmos seu vínculo com o paradigma garantista de Ferrajoli.

#### **4.6.5 O crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal do enfoque de crime de forma livre e aberto**

O princípio da legalidade estrita ou da taxatividade recomenda que a descrição do desvio punível e respectiva sanção seja precisa e completa, fechando-se para interpretações valorativas ou extensivas.

Todavia, por vezes, a realidade impõe desafios ao legislador na formulação dos tipos penais, pois determinadas ofensas a bens jurídicos se manifestam de múltiplas e inimagináveis formas. Por conseguinte, o legislador, por mais diligente que seja, não consegue prever todas as hipóteses possíveis, razão pela qual recorre à fórmula dos crimes formais.

Os crimes de homicídio (art. 121 do Código Penal) e lesão corporal (art. 129 do Código Penal), por exemplo, pertencem ao rol dos crimes formais, pois podem ser cometidos de variadas formas. Quem mata pode fazê-lo por arma de fogo, por asfixia, por envenenamento, etc.; a lesão corporal pode ser causada por arma de fogo, golpes de faca, socos, pontapés, etc. Com efeito, embora de forma livre, ninguém duvida da necessidade de se positivarem esses delitos para a proteção dos bens jurídicos tutelados pela norma.

Em linhas gerais, a classificação doutrinária do delito como de forma livre significa que o legislador não estabeleceu forma(s) específica(s) de realização da conduta típica, admitindo sua ocorrência por qualquer meio. Esses delitos não se confundem com o tipo penal aberto, pois tanto podem se apresentar como tipo penal aberto quanto fechado, conforme veremos na sequência.

Tipo penal aberto é aquele que contém elementos normativos ou subjetivos, de modo que, para adquirir sentido e ser aplicado, depende da interpretação desses

elementos. O tipo penal fechado, por sua vez, é constituído somente de elementos descritivos, que não dependem de complementação do intérprete para que sejam compreendidos (NUCCI, 2020).

Como exemplo de delito de forma aberta, Nucci (2020) cita o tipo penal denominado de ato obsceno (art. 233 do Código Penal), que exige do intérprete um juízo valorativo em relação ao vocábulo obsceno, juízo que não é meramente descritivo, mas normativo. Seguindo a doutrina majoritária, o autor conclui dizendo que, em geral, os tipos culposos são abertos.

De outra parte, como exemplo de tipo penal fechado, Nucci (2020) cita o homicídio, sinalizando que os dois elementos que compõem esse tipo penal (matar alguém, art. 121 do Código Penal) são puramente descritivos, ou seja, descreve a conduta sem exigir valoração do intérprete além do que consta no vernáculo. Isso implica dizer que o homicídio é crime de forma livre e também fechado.

O tipo penal fechado se relaciona aos elementos descritivos ou objetivos-descritivos, que excluem as valorações. São “identificados pela simples constatação sensorial, isto é, podem facilmente ser compreendidos somente com a percepção dos sentidos. Referem-se a objetos, seres, animais, coisas ou atos perceptíveis pelos sentidos” (BITENCOURT, 2019a, p. 361).

Os elementos normativos que compõem o tipo penal *aberto* se destinam a:

[...] descrever objetos, situações, circunstâncias ou estados que somente podem ser compreendidos através de um juízo de valor, como é o caso do uso das expressões “fútil” (art. 121, § 1o, II); “decoro” (art. 140); “alheio” (arts. 155; 157); “documento” (arts. 297; 298; 299); “funcionário público” (arts. 312; 331 e 333); “vulnerável” (arts. 217, 225, parágrafo único) etc. (BITENCOURT, 2019a, p. 362).

Portanto, o tipo aberto implica sempre um juízo de valor, são elementos “para cuja compreensão é insuficiente desenvolver uma atividade meramente cognitiva, devendo-se realizar uma atividade valorativa” (BITENCOURT, 2019a, p. 362).

Acerca dos elementos normativos do tipo penal, Reale Júnior assinala que “constituem elementos de conteúdo variável, aferidos a partir de outras normas jurídicas, ou extrajurídicas, quando da aplicação do tipo ao fato concreto” (REALE JÚNIOR, 2013, p. 141).

Aduz o autor que, apesar do conteúdo variável, definível por meio da compreensão e não da percepção, esses elementos não destoam na estrutura do tipo,

tanto é que complementam o quadro da ação considerada delituosa, ao lado dos elementos objetivos e subjetivos.

Além disso, o tipo penal aberto pode ser composto de elemento normativo especial de ilicitude, que atua na antecipação da valoração da ilicitude. Acerca desse elemento, Bitencourt (2019a) cita expressões tais como:

“indevidamente” (arts. 151, § 1o, II; 162; 192, I; 316; 317; 319 etc.); “sem justa causa” (arts. 153; 154; 244; 246; 248); “sem permissão legal” (art. 292); “sem licença da autoridade competente” (arts. 166 e 253); “fraudulentamente” (art. 177, caput); “sem autorização” (arts. 189; 193; 281 e 282); “documento” (arts. 297; 298; 299); “funcionário público” (arts. 312; 331 e 333); “decoro” (art. 140); “coisa alheia” (arts. 155; 157) etc. (BITENCOURT, 2019a, p. 362).

Feita essas considerações, concluímos que os tipos penais fechados são os que melhor representam a segurança de um modelo penal garantista, por não serem compostos de elementos normativos. Conseqüentemente, não suscitam interpretações valorativas que refletem na insegurança e incerteza das decisões judiciais.

Os tipos penais fechados harmonizam-se com a estrita jurisdicioriedade, atendendo “às condições de verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias, em virtude de seu caráter assertivo, e sua comprovação empírica, por meio de procedimentos que permitem tanto a verificação como a refutação” (FERRAJOLI, 2006).

Ao contrário, tratando-se de definições legais indeterminadas, como acontece com os elementos normativos que compõem os tipos penais abertos, a atividade jurisdicional recai na discricioriedade valorativa do juiz. Porém, essa discricioriedade, desde que seja racional, necessária e a mínima possível, não se choca com o modelo garantista.

Nesse ponto, Ferrajoli (2006) esclarece não existir um silogismo judicial perfeito no modelo penal garantista – por ser um modelo limite e amplamente idealista –, que permita a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis, sempre havendo espaços de poder específicos e em parte insupríveis. Ante esse espaço de discricioriedade, o que se espera da atividade jurisdicional é o máximo de proximidade possível do fato empírico e da verdade e certeza processual.

Conforme o exposto, é possível esclarecer se o crime de impedimento ou embaraço da investigação criminal caracteriza-se como tipo penal aberto ou fechado e de que modo isso implica, da ótica garantista, a ilegitimidade do tipo penal.

Nesse propósito, analisaremos preliminarmente o uso da expressão *de qualquer forma*, que antecede a conduta de embaraçar:

§1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, **de qualquer forma**, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa (grifo nosso).

Em referência a essa expressão, Bitencourt e Busato advertem que “deixa em aberto um universo incalculável de possibilidades, que somente a casuística poderá nos indicar” (BITENCOURT; BUSATO, p. 180).

Para Prado (2019, p. 485), “a expressão de qualquer forma constitui cláusula genérica, ampla, imprecisa, de cunho valorativo, que abrange todo e qualquer comportamento capaz de embaraçar as investigações”.

Nucci assinala que “a expressão de qualquer forma é elemento normativo do tipo, de fundo cultural, sendo mesmo desnecessária, afinal, volta-se à conduta embaraçar, que significa perturbar. O seu significado já representa algo aberto, passível de se concretizar de qualquer modo” (NUCCI, 2015, p. 24).

Para o autor, determinadas normas são compostas de termos de interpretação valorativo-cultural “que expressam situações de difícil descrição, na maior parte das vezes complexas, comportando várias maneiras de se realizar. Os termos de valoração cultural podem indicar aspectos da experiência humana cotidiana, assim como avaliações ligadas a outras ciências extrapenais” (NUCCI, 2020, p. 79). Como exemplo, o autor cita o termo *estado puerperal* contido no tipo penal do infanticídio, para descrever um período de sensações físico-psicológicas da parturiente impossível de comportar uma narração integral, fase por fase.

Para Ferro, Pereira e Gazzola (2012), o termo de “qualquer forma” reforça a natureza de crime de forma livre, aplicável aos dois núcleos verbais, impedir e embaraçar. Contudo, a autora classifica esse termo como elemento normativo do tipo penal em exame.

É possível observar que o uso do termo de qualquer forma vem sendo indicado na doutrina como elemento normativo de cunho valorativo-cultural. Isso implica o seguinte questionamento: o crime de impedimento ou embaraço da investigação de

infração penal é tipo penal aberto? Considerando que a doutrina classifica o termo de qualquer forma como elemento normativo<sup>124</sup> e que apenas os tipos penais abertos possuem elemento normativo, não há como negar tal proposição com base nessa premissa.

Porém, na verdade, a expressão remete à classificação do delito como de forma livre e não à interpretação valorativa. É desnecessário o uso do termo de qualquer forma na configuração do delito, haja vista que este continuaria sendo de forma livre na ausência dessa expressão.

Com efeito, não somente o verbo embaraçar mas também o verbo impedir – ainda que sem a anteposição do referido termo – atraem inúmeras hipóteses de condutas, inviabilizando que o legislador preveja todas as hipóteses possíveis, por mais diligente que fosse.

Ademais, a classificação do crime como *de forma livre* não é parâmetro suficiente de ilegitimidade do tipo penal; assim fosse, todos os delitos com essa classificação seriam questionáveis do ponto de vista da legitimidade substancial.

É certo que, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, diversos delitos admitem a *forma livre*, sem, contudo, comprometerem sua validade substancial, caso dos crimes de advocacia administrativa (art. 321 do Código Penal), de fraude processual (artigo 347 do Código Penal) e de favorecimento pessoal (art. 348), entre tantos outros.

Não existindo elemento normativo no tipo penal de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal, não há que se falar de *crime aberto*. Para tanto, seria necessária a existência em seu conteúdo de um elemento que exigisse a interpretação valorativa do juiz.

Outrossim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5567, ajuizada pelo Partido Social Liberal (PSL), na qual é arguida a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei n. 12.850/2013, questiona a violação ao princípio da legalidade no dispositivo referente ao crime (art. 2º, do §1º), pois, de acordo com o impetrante, “não indica nem individualiza com clareza quais condutas (empiricamente constatáveis) poderiam configurar o delito em questão”. Alega que “a descrição típica é extremamente aberta

---

<sup>124</sup> Luiz Régis Prado, Guilherme de Souza Nucci e Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato classificam o tipo penal de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal como *crime aberto*.

e gera absoluta insegurança sobre quais seriam os atos ou procedimentos que poderiam representar”.

Como se observa, o autor da mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade argumenta que a descrição típica do delito de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal gera insegurança jurídica, posto que abre para interpretações diversas quanto aos atos ou procedimentos que abrange.

Nessa linha de raciocínio, podemos inferir que o dispositivo só seria fechado caso o legislador tivesse previsto todos os atos e procedimentos que configurariam as condutas de impedir e embaraçar, o que se revela impossível tanto quanto prever os meios de realização de inúmeros delitos previstos no Código Penal e em leis especiais, classificados como crimes *de forma livre*.

Por todo o exposto, concluímos que o crime do art. 2º, §1º, da Lei de Organização Criminosa é crime *de forma livre e fechado*, pois, considerando o conceito de Nucci (2020) acerca de tipo penal *aberto*, este não é composto de elementos normativos, que exigem juízo de valor. Soma-se a isso o fato de que os verbos impedir e embaraçar descrevem condutas perceptíveis por meio da tarefa de cognição, de modo que enunciam elementos descritivos.

#### **4.6.6 O crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal e o princípio da proporcionalidade da pena**

Até o momento, vimos que alguns elementos estruturais do tipo penal de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal apontados na doutrina como contraposição às premissas garantistas, na verdade, revelam determinadas técnicas interpretativas que sugerem tratar-se de um tipo penal cuja descrição da conduta é excessivamente aberta a interpretações valorativas.

Surge, porém, a necessidade de analisar a sanção penal do crime de impedimento ou embaraço da investigação e infração penal, pois “a norma incriminadora é constituída de dois momentos, a descritiva da conduta proibida ou exigida e a descritiva da sanção correspondente, formando um todo incindível, pois não se compreende o preceito típico sem sanção ou esta sem o preceito” (REALE JÚNIOR, 2013, p.78).

Assim, tecidas as considerações sobre a descrição da conduta proibida, é imprescindível analisar também as penas vinculadas a essa conduta. Nesse plano, cabe destacar que o tema sanção penal é norteado tanto pelo direito penal quanto pelo direito processual penal. Refletir apenas no campo da pena em abstrato, sem fazer qualquer referência à dimensão processual, não esclarece o real alcance do princípio da proporcionalidade.

Reconhecemos que a pena privativa de liberdade, de três a oito anos de reclusão, estabelecida para o tipo penal do art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013, é desproporcional, pois impõe sanções idênticas para esse delito e para o de organização criminosa (artigo 2º, caput).

Desse prisma, podendo o sujeito ativo desse crime ser, além do membro da organização, qualquer pessoa, não é razoável punir ambos com penas semelhantes. Quem não faz parte de uma organização criminosa, não concorrendo para sua formação e para a prática dos delitos perpetrados pelo grupo criminoso, mas tão somente impede ou embaraça a investigação de infração penal, merece tratamento penal menos rigoroso.

Nesse cenário, pode-se imaginar a situação de pessoas que não fazem parte da organização criminosa, mas procedem na prática do delito no intuito de acobertar as atividades delituosas de terceiros, como, por exemplo, de um ente querido.

Nesse caso, não há proporcionalidade na sanção de condutas com graus de lesividades diferenciadas. Não é razoável punir, com base na mesma pena em abstrato aplicada ao membro da organização criminosa, o agente que impede ou embaraça a investigação de infração penal, sem contudo fazer parte efetivamente do grupo.

Mas isso implica dizer que se trata de dispositivo de natureza punitivista, tendo em conta que penas desproporcionalmente altas<sup>125</sup> caracterizam o Direito Penal do inimigo? Nesse sentido, o autor não buscou um equilíbrio no estabelecimento da pena em abstrato. A escolha política, de punir igualmente condutas com diferentes graus de lesividade, se identifica com a desproporcionalidade das penas.

---

<sup>125</sup> Segundo Jakobs, o Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, contata-se um amplo adiamento da punibilidade [...]. Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas [...]. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas (CÂNCIO MELIÁ, 2015, p. 90).

Ainda, a desproporcionalidade das penas relacionadas ao crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal da Lei n. 12.850/2013 revela-se também ao cotejarmos esse dispositivo com o dos tipos penais dos artigos 18 a 21 do mesmo diploma legal, *in verbis*:

#### **Dos Crimes Ocorridos na Investigação e na Obtenção da Prova**

Art. 18. Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 20. Descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 21. Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta Lei.

Essas condutas, conforme exposto anteriormente, se adequam ao gênero *delitos de obstrução da justiça* e apresentam sanções proporcionais quando comparadas entre si. Contudo, distanciam-se da pena privativa de liberdade, de três a oito anos de reclusão, cominada ao crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal, que não deixa de também adequar-se ao mesmo gênero de delitos.

É patente, todavia, o excesso punitivo desse dispositivo em relação aos tipos penais do gênero obstrução de investigação e de justiça, que se encontram no mesmo estatuto jurídico do crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal, ou seja, na Lei n. 12.850/2013.

Podemos notar que a pena privativa de liberdade relativa ao crime do art. 2º, §1º, dessa lei é de três a oito anos de reclusão, ao passo que as penas “Dos Crimes

Ocorridos na Investigação e na Obtenção de Provas” variam de um a quatro anos de reclusão para os delitos dos artigos 18 a 20, e de seis meses a dois anos de reclusão para os delitos do art. 21, *caput*, e do parágrafo único.

Nesse aspecto, Prado (2019) chama a atenção para o fato de o delito do art. 2º, §1º, não constar no rol dos “Crimes Ocorridos na Investigação e na Obtenção de Provas”, da seção V, da Lei n. 12.850/2013, apesar de amoldar-se àquele conjunto de crimes. Trata-se, segundo o autor, de contradição dentro de uma mesma lei, que revela imprecisão técnica e irreflexão no tratamento da matéria, contribuindo para a desproporcionalidade da pena.

Outrossim, a mesma desproporcionalidade pode ser constatada cotejando-se a pena privativa de liberdade do crime do art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013 com os crimes do gênero obstrução da justiça, constantes no Código Penal Brasileiro.

Assim, a ação de impedir ou atrapalhar investigação de infração penal sobre organização criminosa, por meio da comunicação falsa de crime, sujeita-se à pena privativa de liberdade de três a oito anos de reclusão. A mesma conduta voltada a investigar, por exemplo, uma associação criminosa sujeita-se à pena privativa de liberdade de detenção, de três meses a dois anos, referente à Comunicação Falsa de Crime ou Contravenção, prevista no art. 340 do Código Penal Brasileiro. Outrossim, o falso testemunho ou falsa perícia, que tenha por escopo atrapalhar a investigação de infração penal, desde que não seja relativa à organização criminosa, tem por pena, em abstrato, a reclusão de dois a quatro anos e multa, conforme art. 342 do Código Penal Brasileiro.

Com efeito, a doutrina é unânime em apontar a desproporcionalidade da pena do crime do art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013. Essa desproporcionalidade implica a contraposição ao modelo garantista de prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas.

Do mesmo modo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5567, já referida no item anterior, o autor da ação (PSL), entre outras inconstitucionalidades, aponta a violação ao princípio da proporcionalidade, ao cominar para o “delito de obstrução de investigação de organização criminosa”, pena semelhante à do crime de organização criminosa. É pleiteada, liminarmente, a suspensão da vigência do dispositivo, com eficácia retroativa e a suspensão de inquéritos, ações penais e decisões judiciais fundamentados no referido dispositivo.

É importante frisar que prevalece no Supremo Tribunal Federal a tese da inadmissibilidade de intervenção do Judiciário em opção política do legislador quanto à cominação da pena em abstrato; por conseguinte, não cabe ao Judiciário intervir para abrandar a pena.

O direito penal, segundo expõe Ferrajoli, tem por finalidade prevenir os delitos e as penas excessivas e arbitrárias. Essa finalidade legítima, “conjuntamente, a ‘necessidade política’ do direito penal enquanto instrumento de *tutela dos direitos fundamentais*, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto *bens* que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições” (FERRAJOLI, 2006, p. 312).

Como já exposto no item 4.5.5, Ferrajoli (2006) reconhece a pena como um mal, em virtude do seu caráter aflitivo e coercitivo, porém considera um mal justificável desde que o condenado possa extrair dele o benefício de ser poupado de punições informais imprevisíveis, incontroladas e desproporcionais.

A pena do delito do §1º, do art. 2º, da Lei n. 12.850/2013 é excessivamente gravosa para uma conduta de potencial lesivo baixo, que não justifica tamanho rigor punitivo, atentando contra os princípios da proporcionalidade, taxatividade e da dignidade da pessoa humana.

Nesse plano, reconhecemos a exacerbação do *jus puniendi* estatal e da intervenção desmensurada no campo das liberdades individuais, elementos que embasam modelos inquisitivos, baseados no substancialismo penal e contrários ao modelo minimalista preconizado por Ferrajoli.

#### **4.6.7 O crime de impedimento ou embaraço da investigação do enfoque de crime material e formal**

Crime material é aquele vinculado a um resultado decorrente da ação humana descrita no conteúdo da norma penal, ou seja, sua consumação depende de um resultado lesivo ao bem jurídico tutelado; não ocorrendo esse resultado, configura-se a tentativa.

O crime formal, por sua vez, independe de resultado naturalístico para sua consumação, sendo suficiente a ação do agente movido pela vontade de praticar a conduta lesiva.

Bitencourt (2019) considera mais adequada, em função da técnica legislativa utilizada na redação dos tipos penais, a classificação de crimes de resultado, em alusão ao crime material, e crimes de mera conduta, para o crime formal.

Segundo o autor, o elemento a ser considerado, nesse âmbito, é a exigência, para a consumação do crime, da produção de algum tipo de resultado: nos crimes materiais podem ser diferenciadas as espécies de resultado, enquanto nos crimes de mera conduta, a simples ação ou omissão já é suficiente para sua consumação.

Os crimes formais ou de mera conduta, por não exigirem um resultado exterior, se contrapõem ao princípio garantista da materialidade ou exterioridade da ação – *nulla injuria sine actione* –, princípio fundamentado em “ações e não em idealizações ou comportamentos interiores, assim garantindo o máximo grau de correspondência empírica dos tipos penais concretos àquelas normativos, possibilitando desta maneira a verificação e a falsificação fatural” (FERRAJOLI, 2006, p. 650).

No tocante ao crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal, extraímos da doutrina majoritária<sup>126</sup> a tendência de classificá-lo como:

- a) crime material na conduta de impedir;
- b) crime formal na conduta de embaraçar.

Disso resulta que a conduta de impedir a investigação de infração penal somente se consuma quando ocorre o resultado naturalístico, ou seja, a ação do agente paralisa efetivamente a investigação criminal; sem esse resultado, pode-se cogitar da tentativa.

De outra parte, no embaraço, a consumação não exige que o ato perturbe ou atrapalhe o transcurso das investigações, basta a prática de qualquer ato nesse sentido.

Greco e Freitas assinalam que a modalidade embaraçar “se consuma com a simples prática de conduta embaraçosa, ainda que ela não leve à consumação de nenhum resultado final” (GRECO; FREITAS, 2019, p. 62).

Em sentido contrário, Teixeira e Feldens se manifestam pela abrangência de delito de resultado ou crime material, tanto para o verbo impedir quanto para o verbo embaraçar, pois, segundo os autores:

---

<sup>126</sup> Nessa linha de pensamento se manifestam, entre outros, Ana Luiza Ferro, Guilherme de Souza Nucci, Rogério Greco e Paulo Freitas, Cleber Masson e Vinícius Marçal.

A leitura direta do tipo penal sugere tratar-se de um delito de resultado, pois as condutas descritas são “impedir” e “embaraçar” investigação de infração penal que envolva organização criminosa. A lei não fala em atos tendentes a ou com potencial para impedir ou embaraçar, mas já se refere diretamente ao resultado dessas ações, qual seja, o impedimento e o embaraço — tal qual nos clássicos crimes de resultado como homicídio (“matar alguém”), lesão corporal (“ofender a integridade corporal ou saúde de outrem”) etc.(TEIXEIRA; FELDENS, 2019, p. 2).

Concordando com essa linha de raciocínio, acrescentamos que o delito se consuma quando resulta no embaraço ou na paralisação da investigação, de modo que não se dispensam esses resultados, como ocorre com os crimes formais. Assim, por se tratar de crime material, não há que se falar em violação dos princípios garantistas da lesividade e da materialidade.

Na verdade, a conduta de embaraçar é desnecessária no conteúdo da norma, pois se assemelha à tentativa de impedir a investigação, de modo que a conduta poderia ser absorvida como tentativa. Para Bitencourt e Busato, “há certa redundância entre os verbos nucleares ‘embaraçar’ e ‘impedir’, o que indica, por si só, que apenas um deles seria suficiente para tutelar o bem jurídico que se pretende preservar” (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 179).

Entendemos que o verbo embaraçar “representa um estágio menos avançado que a ação de impedir” (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 179), da qual infere-se que a intenção final não seja outra senão a de paralisar a investigação de infração penal, resultado que poderá ou não acontecer.

Pelo exposto, entendemos que a conduta de impedir bastaria para configurar o delito do art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013, sendo a conduta de embaraçar mera tentativa de paralisar as investigações. Sem dúvida, isso resolveria as divergências da doutrina quanto às classificações de crime de perigo material e formal atribuídas ao mencionado delito.

#### **4.6.8 O crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal e os princípios do *ne bis in idem* e *nemo tenetur se detegere***

É mister observar outros dois princípios correlacionados às garantias penais e processuais penais do modelo garantista que implicam interpretações dissonantes na doutrina. Trata-se dos princípios do *ne bis in idem* – o direito de não ser punido duas

ou mais vezes pelo mesmo fato – e do *nemo tenetur se detegere* – referente ao direito de não incriminação.

Embora muito mais condizentes com o direito processo penal do que com o direito penal material<sup>127</sup>, não podemos deixar de fazer referência a esses princípios, pois formam o conjunto de críticas da doutrina direcionadas ao crime do art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013, bem como incidem de forma reflexa nas garantias penais.

Ademais, refletir sobre esses institutos é imprescindível para se ter ampla visão do nosso objeto de estudo, em face das relações intrínsecas entre as garantias penais e processuais penais, muitas vezes difíceis de serem fragmentadas sem comprometer a cientificidade do trabalho.

O princípio do *ne bis in idem*, segundo Pacelli e Callegari (2019), consiste na proibição de sancionar penalmente por mais de uma vez o mesmo agente, caso essa sanção seja decorrente do mesmo fato e do mesmo fundamento daquela já aplicada. Portanto, os autores esclarecem que “qualquer apenamento dúplice ao agente, pelo mesmo fato, se consubstanciaria em excesso punitivo por parte do Estado”.

Para Pacelli e Callegari (2019, p.186), “a ocorrência do *ne bis in idem* violaria o princípio da legalidade, pois, com a primeira punição do agente, é satisfeita a imposição legal da pena ao fato, motivo pelo qual a reaplicação da reprimenda ultrapassa o limite legalmente determinado”.

Quanto ao delito em exame, as críticas direcionadas à possibilidade de ocorrer dupla punibilidade não merecem prosperar, pois, muito embora a conduta possa ajustar-se igualmente a outros tipos penais previstos em outros estatutos jurídicos, deve prevalecer o princípio da especialidade.

Assim, por exemplo, fazer declaração falsa em inquérito policial que investiga organização criminosa, no intuito de atrapalhar as investigações, adequa-se tanto ao

---

<sup>127</sup> No Superior Tribunal de Justiça, o ministro Rogério Schiatti Cruz, relator do Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus n. 106.983 – SP, assinalou a existência de garantias de direito material e processual no princípio do *ne bis in idem*, nos seguintes termos: “Embora o *ne bis in idem* tenha origem mais ligada à sua vertente processual, muitos diplomas legais tendem a deixar clara sua dupla face de garantia: de um lado, o princípio possui abrangência nitidamente material, a conferir ao acusado o direito de não ser *punido* duas vezes pelo mesmo fato; de outro lado, fala-se no aspecto processual, pelo qual se assegura ao réu o direito de não ser *processado* duas vezes pelo mesmo fato. Importante distinção entre os aspectos material e processual do *ne bis in idem* reside nos efeitos e no momento em que se opera essa regra. Sob a ótica da proibição de dupla persecução penal, a garantia em tela impede a formação, a continuação ou a sobrevivência da relação jurídica processual, enquanto que a proibição da dupla punição impede tão somente que alguém seja, efetivamente, punido em duplicidade ou que tenha o mesmo fato, elemento ou circunstância considerados mais de uma vez para definir-se a sanção criminal” (AgRg no RHC 106.983/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/4/2020, DJe 30/4/2020).

crime de falso testemunho do art. 342 do Código Penal Brasileiro, quanto ao de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal do art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013, cuja pena é mais gravosa.

Prevalece, nesses casos, o crime previsto na Lei n. 12.850/2013, em decorrência de o princípio da especialidade da norma recomendar, no caso de conflito de normas penais sobre um só fato, que seja aplicada a norma especial, visto que derroga a norma geral.

A violação do princípio do *ne bis in idem*, que afeta diretamente o princípio da legalidade, vincula-se à tarefa jurisdicional, de modo que somente um julgador punitivista, diante de um aparente conflito de normas, se arvoraria em punir duplamente o agente sem considerar o princípio da especialidade e sem observar que, “com a primeira punição do agente, é satisfeita a imposição legal da pena ao fato, motivo pelo qual a reaplicação da reprimenda ultrapassa o limite legalmente determinado. A primeira sanção somada à segunda resulta em uma sanção não prevista em lei” (PACELLI; CALLEGARI, 2019, p. 179).

Desse prisma, é importante dizer que “qualquer apenamento dúplice ao agente, pelo mesmo fato, se consubstanciaria em excesso punitivo por parte do Estado” (PACELLI; CALLEGARI, 2019, p. 179). Por conseguinte, representa a maximização do poder punitivo estatal, que ultrapassa os limites impostos pelas constituições democráticas.

O princípio *nemo tenetur se detegere*, por sua vez, significa que ninguém é obrigado a se autoincriminar, produzindo provas contra si mesmo. No ordenamento jurídico brasileiro, esse princípio foi recepcionado pela Carta Magna de 1988, que no art. 5º, LXIII, estabelece a todas as pessoas privadas de sua liberdade o direito ao silêncio, fato que repercute na produção de provas e no direito de defesa.

Em razão disso, não se admitem na ordem jurídica interna provas geradas pela violação de direitos fundamentais do acusado, como é o caso do direito constitucional ao silêncio, da inviolabilidade do direito à vida e à liberdade (art.5º, *caput*, da CF/88) e da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da Constituição brasileira de 1988).

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) consagra igualmente o referido princípio, ao estabelecer que “toda pessoa tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem confessar-se culpada” (art. 8º, 2, g).

Por assim dizer, a admissibilidade da autoincriminação em um sistema jurídico funcionaria como meio arbitrário de extrair dos acusados, na fase investigatória e processual, dados probatórios sem qualquer respeito às garantias constitucionais penais e processuais penais, situação injustificável em um Estado democrático de direito.

Como consectário do princípio constitucional da isonomia, o direito a não incriminação, consagrado na ordem constitucional brasileira, é extensível a todos os investigados, acusados ou réus. Nesse plano, vale mencionar que os agentes, participantes das organizações criminosas, que se encontram sob investigação ou procedimento judicial, têm igualmente asseguradas essa e as demais garantias constitucionais, entre as quais a ampla defesa e o direito à não autoincriminação.

Assim, diante dos procedimentos criminais instaurados em desfavor de qualquer membro desses grupos, “certamente, não se pode pretender restringir os direitos constitucionais da ampla defesa, de não produzir prova contra si mesmo e de não se autoincriminar” (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 179).

É importante esclarecer que a garantia do direito de defesa e da não autoincriminação não deve ser confundido com o delito de impedimento ou embaraço das investigações de infrações penais, acarretando injusta criminalização. Nesse plano, não se pode olvidar que “eventualmente, possa haver justa causa para a interrupção ou suspensão do andamento do procedimento investigatório criminal, e, conseqüentemente, possa afastar, legitimamente, essa proibição legal” (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 183), como, por exemplo, quando o investigado recorre a medidas judiciais para fazer cessar uma investigação criminal abusiva.

Nesse aspecto, Bitencourt e Busato chamam a atenção para o fato de que o legislador poderia ter acrescentado no texto legal o advérbio “indevidamente”, uma vez que, eventualmente, podem ocorrer circunstâncias especiais que legitimem ou justifiquem impedir o andamento de investigação criminal, ou mesmo retardá-la, devidamente.

Entretanto, concluem os autores que a ausência dessa elementar normativa não impede que se reconheça a existência de circunstâncias especiais que legitimem a imposição de obstáculos à investigação criminal, inclusive como exercício de defesa legítima de seu autor” (BITENCOURT; BUSATO, 2014).

No nosso entendimento, a ausência do elemento normativo “indevidamente”, anteposto aos verbos impedir e embaraçar, não prejudica o sentido da norma. Porém,

caso constasse no texto legal, corroboraria para precisão da figura delitiva, em conformidade com o princípio da legalidade estrita.

Com efeito, coibir condutas legítimas dos investigados representa flagrante violação de direitos fundamentais, incompatível com um sistema penal garantista. “Portanto, membro da organização criminosa que oferecer dificuldades à investigação criminal ou apresentar empecilhos à sua desenvoltura não responderá por este crime, estará exercendo sua ampla defesa e o direito de não se autoincriminar” (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 177), desde que não atue com excessos no exercício desses direitos.

Como afirma Silva (2015), é necessário cautela com o direito à não autoincriminação, resultante do direito ao silêncio. Um fato como a destruição de provas pelo próprio investigado, para evitar sua incriminação, se não constituir outro crime, como dano ou furto, eventualmente até pode ensejar um decreto cautelar de prisão, mas não corresponde ao tipo penal em análise.

Em síntese, a conduta do agente, membro de organização criminosa, que cria obstáculos à investigação de infração penal acerca do grupo criminoso organizado, será legítima apenas se essa conduta for respaldada nas garantias e nos limites constitucionais para sua defesa contra arbitrariedades, do contrário não se trata do exercício do direito à não incriminação, mas sim de subsunção ao tipo penal do art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013.

Ou seja, diante de investigações criminais sobre organizações criminosas conduzidas legalmente, os excessos no exercício dos direitos de defesa e de não autoincriminação configuram o delito de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal. “O princípio garantidor do direito ao silêncio e à não autoincriminação, nessa perspectiva, não confere ao réu/ investigado imunidade para a prática de crimes, voltados contra o bem jurídico que o tipo penal [...] pretende proteger” (ROSA, 2018, p. 173).

Ocorre que, inobstante a ordem jurídica constitucional brasileira encontrar-se fundamentada no Estado democrático de direito, tendo recepcionado os princípios do *ne bis in idem* e do *nemo tenetur se detegere*, a incorporação de concepções punitivistas e antigarantistas na interpretação doutrinária e jurisprudencial da Lei n. 12.850/2013 afigura-se como potencial obstáculo ao pleno exercício dos direitos fundamentais.

#### 4.6.9 Sugestão de nova redação para o crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal do art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013

Constatamos que o tipo penal de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal, previsto no art. 2º, §1º da Lei n. 12.850/2013, em razão de sua equiparação ao crime de organização criminosa, é inadequado, pois se diferencia desse tipo penal em vários aspectos. Trata-se de espécie de obstrução de justiça, que tem recebido da doutrina e jurisprudência interpretações que não condizem com os parâmetros garantistas, sobretudo no tocante a interpretação extensiva do termo investigação de infração penal.

No escopo de adequar esse tipo penal aos princípios penais garantistas, propomos introduzir na seção V, “Dos Crimes Ocorridos na Investigação e na Obtenção de Provas”, o art. 21A, com a seguinte redação:

Art. 21-A. Obstruir, indevidamente, a investigação de infração penal que envolva organização criminosa

Pena: reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa

Optamos pelo verbo *obstruir*, pois, semanticamente, não deixa dúvidas quanto ao sentido de *paralisar*, bem como à natureza de crime material. Excluímos o verbo *impedir*, por ter correlação com *obstruir*, e o verbo *embaraçar*, por entendermos que se trata de tentativa de obstrução das investigações de infração penal.

Acrescentamos o termo “indevidamente”, no intuito de afastar da incidência desse tipo penal aquelas condutas baseadas no legítimo exercício de defesa, protegendo assim as garantias constitucionais dos investigados.

A introdução do tipo penal entre os “Crimes Ocorridos na Investigação e na Obtenção de Provas” se justifica por ter a mesma natureza desses delitos, ou seja, configura-se como crime de obstáculos à investigação criminal sobre organizações criminosas, contemplando situações não abrangidas pelos demais dispositivos

Omitimos o *nomen juris* do delito, em virtude de os demais delitos dessa seção não terem recebido do legislador títulos específicos, porém, sugerimos o emprego do *nomen juris* “obstrução da investigação de infração penal sobre organização criminosa.

No que diz respeito às sanções, sugerimos reduzir a pena privativa de liberdade de três a oito anos de reclusão, para um a quatro anos de reclusão, a fim de adequá-las às sanções cominadas aos demais crimes da seção. Pretendemos, com isso, ajustar a sanção penal ao princípio da proporcionalidade.

Assim, esperamos que essa sugestão de reformulação do tipo penal do art. 2º, §1º da Lei n. 12.850/2013, bem como sua justificação teórica fundamentada nas análises desenvolvidas da pesquisa, possa contribuir como referencial para outras discussões sobre o tema.

## CONCLUSÃO

As últimas décadas do século XX foram marcadas por mudanças econômicas e políticas estruturais em nível global, com reflexos nas condições de vida humana e na produção das várias áreas do conhecimento. Essas mudanças iniciaram na década de 70, com a crise do modelo econômico intervencionista e a implantação, na década de 80, do modelo neoliberal.

No campo do direito penal, a orientação política e ideológica foi no sentido de expandir esse ramo do direito para abranger novas situações fáticas e proteger novos bens jurídicos, especialmente aqueles vinculados a direitos transindividuais, proporcionando a abertura dos sistemas penais para hiperinflação legislativa na forma do direito penal de emergência, consubstanciado na admissão de novas figuras delitivas de caráter simbólico e no punitivismo, manifestado no endurecimento das leis penais.

Com efeito, as legislações sobre as “novas formas de criminalidade” ou macrocriminalidade, sobretudo o crime organizado e o terrorismo, retratam essa tendência global. Assim, não raro, encontram-se na doutrina críticas a essa tendência expansionista do direito penal.

Do ponto de vista do direito penal material, essas críticas se reportam a elementos antigarantistas na configuração das figuras delitivas correlacionadas a esses fenômenos criminológicos, consubstanciados, sobretudo, em tipos penais com penas desproporcionais e excessivas, abertos, de perigo abstrato e vagos. No tocante ao processo penal, indicam a debilitação de garantias processuais, como, por exemplo, da ampla defesa e da presunção de inocência.

Nesse contexto, Silva Sanchez (2002) enuncia não ser difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante, em todas as legislações, no sentido de introduzir novos tipos penais e agravar os já existentes, compreendidos no marco geral da restrição, ou de “reinterpretar” as garantias clássicas do direito penal substantivo e do direito processual penal.

Assim, a doutrina se inclina a assinalar, nessas legislações, elementos atrelados ao paradigma do direito penal do inimigo, do jusfilósofo alemão Günther Jakobs. Nessa linha de raciocínio, os membros das organizações criminosas e os terroristas são idealizados como fontes de perigos, como personificação do “inimigo”,

despojados da categoria de pessoa em decorrência da quebra do contrato social, justificativa para o tratamento penal diferenciado, baseado na restrição ou supressão de direitos e garantias fundamentais, representação própria dos Estados autoritários.

Acolhido por teóricos brasileiros, o paradigma do inimigo sustenta reflexões teóricas sobre alguns estatutos jurídicos internos, sobretudo em relação à Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), à Lei Antiterrorismo (Lei n. 13.260/2016) e à Lei de Crime Organizado (Lei n. 12.850/2013). Desses diplomas legais, elegemos, como objeto de nossa pesquisa, a Lei n. 12.850/2013, da qual extraímos um dispositivo, que corresponde a dois tipos penais incriminadores – art. 2º, *caput*, e §1º –, analisados à luz da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli.

Dessa forma, foi possível confrontar seus conteúdos com os axiomas penais materiais que formam o sistema garantista (SG) – princípios da retributividade, da legalidade, da necessidade, da lesividade, da materialidade ou exterioridade da ação e da culpabilidade ou responsabilidade pessoal –, bem como com os princípios constitucionais de direito penal substancial.

Afinal, em um estado democrático de direito, não se admitem legislações contrárias às garantias e aos direitos fundamentais, premissa que a teoria garantista de Ferrajoli nos ensina com bastante propriedade.

Para este estudo, lembramos do magistério de Silva Sanchez (2002), ao afirmar a existência de uma expansão “razoável” e “desarrazoada” do direito penal”. Resta, portanto, revelar qual o lugar da Lei n. 12.850/2013 no contexto do expansionismo penal, sendo a análise dos referidos tipos penais importante passo na construção desse conhecimento, que ultrapassa aspectos meramente jurídicos, decorrentes de sua natureza multidimensional.

O desafio de estudar os dois tipos penais nucleares da Lei n. 12.850/2013 – crime de organização criminosa e crime de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal –, exigiu a renúncia de concepções ideológicas que pudessem nos conduzir a lançar os conteúdos analisados no campo das legislações e dispositivos antigarantistas, sem qualquer cogitação quanto à possibilidade de adequá-los à realidade de um mundo em constantes mutações e aberto a diversas e imprevisíveis manifestações do comportamento humano.

Destacamos, então, que nossa pesquisa se cingiu ao estudo dos crimes do artigo 2º, *caput*, e do artigo 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013, do prisma do direito penal

substancial e da classificação doutrinária indicativa de inconstitucionalidades e características do direito penal do inimigo nesses dispositivos.

Como conseqüência das análises desenvolvidas, evidenciaram-se os seguintes pontos:

1. A teoria do garantismo penal, do jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, representa um dos mais expressivos referenciais teóricos para análises sobre debilidades das garantias do direito penal que recaem nas figuras delitivas que compõem os ordenamentos jurídico-penais de Estados democráticos de direito. Esse modelo teórico, com supedâneo no convencionalismo penal e estrita legalidade, vincula o legislador, na determinação abstrata do desvio punível, a condições fáticas ou empíricas, de modo que refuta técnicas legislativas arbitrárias e discriminatórias, relativas à moral, às condições pessoais, à “personalidade perigosa” do acusado em benefício da defesa social, e não a fatos. Nesse sentido, “o convencionalismo penal comporta a rígida separação entre o direito e outros critérios extrajurídicos de qualificação ou de valoração, além da igualdade dos sujeitos e dos âmbitos seguros de liberdade negativa (FERRAJOLI, 2006, p. 46). Nesse plano, consideramos que as escolhas dos desvios puníveis pelo legislador têm natureza política, mas não podem subsistir quando avessas às proposições garantistas. Assim, Ferrajoli (2006) esclarece que a lei não pode qualificar como penalmente relevantes hipóteses indeterminadas de desvios, mas tão somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais e, por sua vez, aditados à culpabilidade do agente. Conquanto assentado na força normativa das Constituições rígidas, esse paradigma estabelece a proteção dos direitos e garantias fundamentais e a limitação do poder punitivo estatal, de modo que possibilitou, por meio dos axiomas penais garantistas – apresentados na obra de Ferrajoli intitulada *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal* –, a análise crítica dos conteúdos dos tipos penais de organização criminosa e impedimento ou embaraço da investigação de infração penal da Lei n. 12.850/2013, para então cotejá-los com os princípios penais garantistas contemplados na Constituição brasileira de 1988.

2. Ao tratar o crime organizado como *inimigo* a ser combatido em um estado de guerra, flexibilizando ou retirando-lhe direitos e garantias fundamentais, Günther Jakobs contribuiu para o tratamento jurídico antigarantista das legislações

penais sobre esse fenômeno criminológico, inspirando legisladores de diversas partes do mundo. Com boas razões, Ferrajoli enuncia que o paradigma do inimigo viola radicalmente os direitos fundamentais e representa uma resposta irracional e ineficaz aos problemas contemporâneos de segurança, tal como para o enfrentamento do crime organizado.

3. As concepções doutrinárias que apontam o crime de organização criminosa previsto na Lei n. 12.850/2013 como expressão do direito penal do inimigo e que, por conseguinte, apregoam a desnecessidade de um tipo penal de organização criminosa, bem como sua abrangência pelo crime de associação criminosa, do art. 288 do Código Penal Brasileiro, refletem o radicalismo de um discurso jurídico-penal desprovido de uma análise contextual do fenômenos criminológico, que possa dar conta da sua real dimensão no plano concreto.

4. Compreendemos que não se devem tratar todas as legislações e dispositivos legais sobre o crime organizado como manifestação do direito penal do inimigo, sem antes contextualizar a problemática criminológica e submeter os dispositivos legais a profundas reflexões acerca da razoabilidade, da necessidade e das premissas garantistas. Nesse sentido, analisamos os tipos penais do art. 2º, *caput*, e do art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013, reavaliando o peso ideológico da linha de pensamento do direito penal do autor.

5. No Brasil, o tema *crime organizado* vem despertando, progressivamente, o interesse de pesquisadores e estudiosos do direito penal e processual penal, principalmente após a edição da Lei n. 12.850/2013. O estudo do crime organizado, seja do ponto de vista criminológico, sociológico ou jurídico, suscita sempre divergências e imprecisões no tocante a terminologia, conceitos, origens e características das organizações criminosas. Apesar das opiniões divergentes que circundam o tema, concluímos que o crime organizado e a criminalidade organizada são expressões que apresentam a mesma semântica; ambos compreendem o fenômeno sociológico, com repercussão no plano jurídico. As organizações criminosas, por sua vez, são grupos bem estruturados de delinquentes, dedicados à prática de infrações penais definidas em lei. Quanto às origens das organizações criminosas, cumpre ressaltar que não são um fenômeno novo, sendo o paradigma

mafioso sua mais remota expressão, porém, esse modelo não faz parte do processo evolutivo do crime organizado em todos os países. No tocante às características das organizações criminosas, evidenciou-se que não há como estabelecer um conjunto de características que possam abranger toda a complexidade do fenômeno criminológico, porém, apesar das suas diversas formas de manifestações, podemos destacar como características presentes em praticamente todas as organizações criminosas: a pluralidade de agentes, a estabilidade, o ânimo delitivo, a estrutura funcional, a prática de delitos graves, o objetivo de lucro ou vantagem e o uso da violência.

6. Os estudos da criminologia crítica, ao se aprofundarem nos mecanismos seletivos do sistema penal da sociedade capitalista pós-moderna, forneceram subsídios teóricos que contribuíram para reflexões sobre o crime organizado, de uma perspectiva macrosociológica e abordando três aspectos fundamentais: a) a relação entre o incremento do crime organizado – a partir das últimas décadas do século XX – e o fortalecimento do modelo econômico capitalista neoliberal e do correspondente processo de globalização; b) a evidente incidência da criminalidade em todos os segmentos sociais, contrapondo-se à política de estigmatização das massas, inspirada no paradigma etiológico, demonstrando que a criminalidade organizada se estende a todos os segmentos sociais e não apenas aos rotulados pelo sistema penal, e; c) o processo de criminalização das massas e das elites em face do discurso da igualdade do direito penal da era pós-moderna.

7. Os tipos penais elencados na nossa pesquisa resultaram da evolução legislativa interna sobre o crime organizado, que culminou com a Lei n. 12.850/2013. Nesse plano, a prolongada inexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, de um conceito de organização criminosa e do tipo penal correspondente só foi suprida plenamente com a promulgação da Lei n. 12.850/2013. Esse período de vácuo legislativo evidenciou a violação do princípio garantista da legalidade, que assumiu forma concreta por meio da jurisprudência brasileira, no tocante ao uso do conceito de organização criminosa da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo.

8. Considerando as relações entre os tipos penais, objetos de nossa pesquisa, e o fenômeno da criminalidade organizada ou do crime organizado, surgiu a necessidade de contextualizar a problemática em foco, razão pela qual traçamos um quadro político, econômico e social pós-Segunda Guerra Mundial, cuja evolução contribuiu para o recrudescimento do crime organizado nacional e transnacional, a partir das últimas décadas do século XX. Com efeito, “é certo que não podemos desconsiderar a práxis. Afinal, o Direito não ‘um aglomerado de conceitos sem coisas’. Também é certo que a falta de pesquisas empíricas tende a gerar uma doutrina vazia, puramente especulativa (STRECK, 2019, p. 58).

9. As reflexões contextualizadas deixaram bastante claro que o crescimento das atividades do crime organizado nacional e transnacional, a partir das últimas décadas do século XX, vincula-se ao processo de globalização, cujos avanços tecnológicos, além da ampliação dos mercados, integração econômica e abertura de fronteiras, favoreceram a delinquência organizada. Como sucedâneo, a resposta dos vários sistemas jurídicos tem sido a aprovação de leis tendencialmente antigarantistas, fundamentadas, muitas vezes, no direito penal do autor. É importante considerar as bases teóricas que fundamentam visões tão assimétricas sobre o tema: de um lado relacionadas ao direito penal do autor, que tem no direito penal do inimigo expressão máxima; de outro, as teorizações de cunho liberal-democrático que preconizam a supremacia dos direitos e garantias fundamentais.

10. Muito embora existam traços do direito penal do inimigo na Lei n. 12.850/2013 – de forma mais acentuada no tocante ao direito penal processual, que não foi foco da nossa pesquisa –, nossas análises dos delitos de organização criminosa e impedimento ou embaraço da investigação de infração penal, com base na teoria do garantismo penal de Ferrajoli, permitiram concluir que várias interpretações doutrinárias, que apontam nesses tipos penais elementos antigarantistas, são imprecisas e equivocadas. Percebemos, na verdade, com algumas exceções, que o problema se encontra muito mais nas técnicas interpretativas utilizadas pelos doutrinadores, do que propriamente no conteúdo da norma. Isso ocorreu, por exemplo, na referência à imprecisão de ambos os delitos, por configurarem tipos penais em branco, sem, contudo, considerar o fato de serem homogêneos e homovitelinos, com o preenchimento imediato da lacuna pela própria

Lei n. 12.850/2013; na interpretação extensiva da expressão investigação de infração penal, para abranger a fase processual, em descompasso com a interpretação restritiva preconizada pela teoria do garantismo penal; na omissão de análises que justificassem a necessidade do controle punitivo mínimo em face de agressões de natureza grave, ainda que o bem jurídico fosse a paz pública ou a administração da justiça. Portanto, após discorrer sobre pontos cruciais dos crimes de organização criminosa e de impedimento ou embaraço da investigação de infração penal, associados pela doutrina como manifestações antigarantistas, até mesmo na linha do direito penal do inimigo, concluímos que o legislador poderia ter sido mais cauteloso e sistemático na descrição dessas figuras delitivas, especialmente no tocante às penas, conquanto notamos seu desacordo com o princípio da proporcionalidade, desconsiderando, nesse ponto, o bem jurídico protegido, o impacto individual ou coletivo das potenciais lesões sobre o bem jurídico protegido – a paz social –, o desvalor social do comportamento e a equiparação normativa dentro dos sistema jurídico-penal brasileiro.

11. Invocando o princípio da dignidade da pessoa humana, preconizamos a possibilidade de humanizar as sanções penais relativas ao crime organizado e refutamos esquemas “pré-modernos da inquisição às modernas teorias da prevenção especial, da defesa social ou do tipo normativo de autor, em suas múltiplas variantes moralistas, antropológicas, de decisão e de eficácia” (FERRAJOLI, 2006).

12. No nosso entendimento, o crime organizado se afigura como um fenômeno criminológico com potencial para causar graves prejuízos à sociedade, o que justifica sua relevância jurídico-penal e afirma a necessidade de intervenção do direito penal. Porém, essa intervenção deve ser distinta daquela promovida contra as associações criminosas, haja vista que as organizações criminosas atuam por meio de estruturas mais complexas e sofisticadas do que as associações criminosas, bem como têm maior poder financeiro e maior grau de dificuldade de reprimenda estatal. Essa concepção se contrapõe ao ponto de vista de alguns doutrinadores, entre eles Jorge de Figueiredo Dias (2008), que concebe a criminalidade organizada como um conceito “instrumental” ou “conceito-meio” ligado ao crime de associação criminosa. Assim, o autor preconiza a desnecessidade e a inconveniência de construir um

conceito singular de *criminalidade organizada*. Não significa, todavia, invocar o rigor punitivo, mas tão somente a tutela penal mínima e necessária.

13. Para Ferrajoli o crime organizado sempre existiu. Nos seus estudos sobre a *Criminalidade e Globalização*, o autor deixa claro que um dos efeitos perversos da globalização é o desenvolvimento, sem precedentes, de uma criminalidade internacional, em referência à criminalidade organizada transnacional. Ferrajoli reconhece que o crime organizado é poderoso e atenta contra as raízes do Estado e da democracia, bem como afeta o funcionamento normal da sociedade, em decorrência das suas ligações com as autoridades públicas e com a criminalidade ordinária. Assim, o autor propõe como resposta racional à crise de legitimidade do direito penal da globalização – derivada do estabelecimento de um programa máximo -, uma batalha política e cultural em torno de um programa mínimo. Concluimos, portanto, que a legitimidade da legislação penal sobre o crime organizado dependerá de sua adequação aos postulados garantistas.

14. Por fim, sugerimos a adequação dos tipos penais examinados aos princípios constitucionais garantistas, removendo de seus conteúdos os poucos elementos que possam comprometer o convencionalismo penal e estrita legalidade; e ainda que não o comprometam diretamente, levam o intérprete a conferir aos dispositivos um sentido descontextualizado e não desejado pelo legislador.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBANESE, Jay. *Deciphering the linkages between organized crime and transnational crime*. In: *Journal of International Affairs*. Transnational Organized Crime. Columbia University, 2012. 66 v.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica: Do controle da violência a violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. *Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. Revista Sequência, nº 52, p. 163-182, jul 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15205/13830>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Sistema Penal Máximo X Cidadania Mínima: Códigos de Violência na Era da Globalização*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Crime Organizado, organização criminosa e Associação Criminosa*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/crimeorganizado-organizacao-criminosa-e-associacao-criminosa-por-ricardo-antonioandreucci>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *Obstrução da Justiça não é crime*. In: *Empório Direito*, 2016. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/obstrucao-da-justica-nao-e-crime-por-ricardo-antonio>>. Acesso em: 20 out. 2020.

ANSELMO, Márcio Adriano. *O conceito de organização criminosa e crime institucionalizado*. Consultor Jurídico, junho de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-27/conceito-organizacao-criminosa-crimeinstitucionalizado>>. Acesso em: 4 abr. 2018.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 6. ed. 2ª reimpressão. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2011.

BARBOSA, Paula Andrea Ramirez. *Estratégias político criminales en la persecución y sanción la criminalidade organizada. El modelo de Colombia em este ámbito*. In: CALLEGARI, Andre Luís (org.). *Crime Organizado: Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo Democrático: A ideologia vitoriosa do século XX*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019.

BARTEL, Marcio Renato. *A influência do Iluminismo sobre Beccaria e sua reflexão sobre a pena de morte*. Disponível em: <[https://portal.estacio.br/docs%5Crevista\\_estacao\\_cientifica/10.pdf](https://portal.estacio.br/docs%5Crevista_estacao_cientifica/10.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de Crise*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto, BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Primeiras reflexões sobre organização criminosa*. Disponível em:<<https://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2013/09/05/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa/>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição de Milícia Privada*. 2012?. Disponível em:< <https://cezarbitencourt.jusbrasil.com.br/artigos/121935991/constituicao-de-miliciaprivada>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 1. Parte geral. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019a. 1 v.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. Vol. 4. 13 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019b. 4 v.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução Marcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. Prefácio. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BUSATO, Paulo César. *Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – Ibccrim. Revista Liberdade. Número 08, setembro de dezembro de 2011.

CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2 ed. Campinas, SP: Millenium Editora, 2006.

CALLEGARI, Andre Luís (org.). *Crime Organizado: Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. *Direito penal do inimigo e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 862 v.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Sistema Penal e Política Criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Crime Organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2009. 79 v.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *De novo: “Direito Penal” do Inimigo?* In: JAKOBS, Günther; MELIÁ CANCIO, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas*. Organizado e traduzido por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 9ª reimp. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García; (eds.). *El canon constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

CARRIÓN, Luis Cueva. *Las Escuelas Penales*. Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2018.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Libertação*. Tradução Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional: sob o olhar do garantismo jurídico*. Coordenação Alfredo Copetti Neto, Alexandre Moraes da Rosa. 1 ed. Florianópolis: Empório do direito, 2016.

COSTAS, Douzinas. *The many faces of Humanitarianism*. Parrhesia, number 2, 2007.

Disponível em: <[https://www.parrhesiajournal.org/parrhesia02/parrhesia02\\_douzinas.pdf](https://www.parrhesiajournal.org/parrhesia02/parrhesia02_douzinas.pdf)>. Acesso em: 29 jan 2020.

CUNHA, Rogério Sanchez; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee de Ó. *Crime Organizado: Comentários à Lei n. 12.850/2013*. 5.ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

DAVIN, João. *A Criminalidade Organizada Transnacional: A Cooperação Judiciária e Policial na UE*. Coimbra-Portugal. Almedina, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 71, p. 11-30, mar./abr. 2008. 16 v.

DOTTI, René Ariel. *Aspectos da pena criminal*. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília, jul./98 dez./99, p.157-162.

DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamento da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016a.

\_\_\_\_\_. *Beccaria e Freud: reflexões sobre sistema punitivo a partir do olhar de Foucault* (2016b). Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 17, nº 43, p. 69-79. Abril – Junho/2016.

DURKHEIN, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. Tradução de Paulo Neves. 3 ed. Martins Fontes: São Paulo, 2007.

EL HIRECHE, Gamil Föppel; FIGUEIREDO, Rudá Santos. *Críticas às tipificações relativas ao tratamento do “crime organizado” no Projeto de Código Penal e na Lei nº 12.850/2013*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 23, p. 145-191, 2015.113 v.

ESTADÃO. 2017. *Desde 2013, prisões por corrupção crescem 288%*. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,desde-2013-prisoos-por-corrupcao-crescem-288,7000-1861023>>. Acesso em: 25 set. 2020.

FACCIOLI, Ângelo Fernando. *Crime Organizado: origens, desenvolvimento e reflexos jurídicos*. Juruá Editora, 2018.

FAVARO, Luciano Monti. *Globalização e Transnacionalidade do Crime*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/08788.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Luiz Flávio Gomes. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Bologna: Editorial Trotta, 2013.

\_\_\_\_\_. *Entrevista concedida a Eduardo Maia Costa e José Mouraz Lopes*. Tradução Filipe César Marques. Julgar, nº 6, 2008a. Disponível em: <<http://julgar.pt/wpcontent/uploads/2016/05/01-Maia-Costa-Mouraz-Lopes-Entrevista-Ferrajoli.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Criminalidad y Globalización*. Tradução Miguel Carbonell. Estudio de Derecho. Vol. LXV, nº 145, junio 2008b. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia, Medellín. Colombia.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *Crime Organizado e Organizações Criminosas*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_. PEREIRA, Flavio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Criminalidade Organizada: Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988.

GASPAR, Ricardo Carlos. *A trajetória da economia mundial: da recuperação do pós-guerra aos desafios contemporâneos*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cm/v17n33/2236-9996-cm-17-33-0265.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

GIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. *Conceitos essenciais da Sociologia*. 2.ed. Tradução Cláudia Freire. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2017.

GRECO, Rogério; FREITAS, Paulo. *Organização criminosa: comentários à Lei nº 12.850/2013*. Niterói, RJ: Impetus, 2019.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação: Questões Controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002a. 6 v.

\_\_\_\_\_. *Crime Organizado: Que se entende por isso depois da Lei 10.217, de 11.04. 2001? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95)*. Revista dos Tribunais, p. 486 – 492, jan. 2002b. 795 v.

\_\_\_\_\_. *Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo*. 2009. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1060739/definicao-de-crime-organizado-e-a-convencao-de-palermo>>. Acesso em 20 maio 2020.

\_\_\_\_\_. *Os tratados internacionais podem definir crimes e penas?* Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10506/os-tratados-internacionais-podem-definir-delitos-epenas-2007>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do Direito Penal)*. Conteúdo Jurídico, 2010. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/22193/direito-penal-do-inimigoou-inimigos-do-direito-penal>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Criminalidade e Democracia por Ferrajoli*. Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/coluna-lfg-criminalidade-organizada-democracia-ferrajoli>>. Acesso em 20 out 2020.

\_\_\_\_\_. *Organização Criminosa: um ou dois conceitos ?* Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/direito-criminal/artigo-prof-luiz-flavio-gomesorganizacao-criminosa-um-ou-dois-conceitos>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Criminalidade Econômica Organizada*. 2013?. Revista eletrônica Lex Magister. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doutrina\\_24801423\\_criminalidade\\_economica\\_organizada.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_24801423_criminalidade_economica_organizada.aspx)>. Acesso em: 20 fev. de 2020.

\_\_\_\_\_. *Comentários aos artigos 1º e 2º da Lei n. 12.850/2013 – Criminalidade Organizada*. Jusbrasil, 2020. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932382/comentarios-aos-artigos-1-e-2-da-lei-12850-13-criminalidade-organizada>>. Acesso em: 10 out. 2020.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRINOVER, Adda Pellegrini. *A legislação brasileira em face do crime organizado*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, p. 59 – 69, out - dez, 1997. 20 v.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Organização Carlos Eduardo Oliveira Vasconcelos. Tradução Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

\_\_\_\_\_. *Características e Crises do Moderno Direito Penal*. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, nº 8, Fev-Mar 2003.

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 23-36. Disponível em: <[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op\\_20130708\\_01.Pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20130708_01.Pdf)>. Acesso em :01 fev. 2019.

HOBBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos: O breve século XX: 1914 a 1991*. Tradução Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IANNI, Octavio. *O mundo do trabalho: a nova divisão internacional do trabalho*. São Paulo em perspectiva, janeiro e março de 1994. Disponível em: <[http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/v08n01/v08n01\\_01.pdf](http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/v08n01/v08n01_01.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *O Estado Nação na época da globalização*. Revista Novos Rumos, n° 31 (14), 1999. Disponível em <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/novosrumos/article/view/1904>>. Acesso em: 30 maio 2020

\_\_\_\_\_. *Teorias da Globalização*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2001.

IPPOLITO, Dario. *El garantismo penal de un ilustrado italiano: Mario Pagano y la lección de Beccaria*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 30, pp. 525-542, 2007. Disponível em:<[https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13151/1/DOXA\\_30\\_46.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13151/1/DOXA_30_46.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. *O garantismo de Luigi Ferrajoli*. Tradução Hermes Zaneti Júnior. Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e Teoria do direito. Jan-jun 2011. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6. ed., 2 tir. Organização e tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

JAKOBS, Günther. *O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?* In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coords.). *Direito Penal e funcionalismo*. Tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JARAMILLO, Leonardo García. *Aproximación a la teoría democrática de Ferrajoli: a propósito de Principia Iuris*. São Paulo: Revista Direito GV, n° 3, set-dez 2016. 12 v.

JOHNSON, Allan G. *Dicionário de Sociologia*. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1997.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. 2. ed. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2019.

LIMA, Antonio Brasileiro de. *Legislação especial comentada*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006. 1 vol.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral*. Tradução Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003.

LYNETT, Eduardo Montealegre. In: CALLEGARI, André Luís [et al]. *Direito Penal e funcionalismo*. Tradutores André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime Organizado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MATHIESEN, Thomas. *A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível?* Revista Verve. Nº 4, 2003. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br /verve/article/view/4964/3512>>. Acesso em: 2 dez. 2019.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o Crime Organizado*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1998.

MIRANDA, Jorge. *A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais*. In: Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. 2. ed. Coordenação Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 167-176.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Editorial Reppertor. 8. ed. Barcelona, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Para entender o garantismo penal de Ferrajoli*. São Paulo: Empório do Direito, 2015. Disponível em <<https://emporiododireito.com.br /leitura/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

NICOLLIT, André Luiz. *Juiz sem rosto e crime organizado. A Lei 12.694/2012 e os direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 105, p. 249-269, 2013. 21 v.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro. Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. 1 v.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PEREIRA, Emmanoel Campelo de S. *Lavagem de Dinheiro e Crime Organizado Transnacional*. São Paulo: LTr, 2016.

PEREIRA, Flávio Cardoso. *Crime Organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PEREIRA, Flávio Cardoso. *Crime Organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

PIOVESAN Flavia. *Temas de Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

PRADO, Luiz Regis. *Associação Criminosa – Crime Organizado*. Revista dos Tribunais, dez. 2013. 938 v.

\_\_\_\_\_. *Direito penal econômico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Principia Iuris: una teoría del derecho no (neo) constitucionalista para el Estado constitucional*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García; (eds.). *El canon constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. Tradução Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, mar./abr. 2004.47 v.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2013.

RIPOLLÉS, José Luiz Díez. *El Derecho Penal Symbólico y Los Efectos de La Pena. Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha (Estudios; 91), Cuenca, 2003.

RODRÍGUEZ, Javier Llobet. *La traducción costarricense de la parte general del programa de Francesco Carrara (1889-1890)*. In: Programa Del Curso del Derecho Criminal: Parte General. Tomo 1. Trad. del italiano por Octavio Béeche Argüello y Alberto Gallegos Pacheco. San Jose: C. R. Editorial Jurídica Continental, 2000.

ROSA, João Luiz Moraes. *Crime Organizado: criminologia e política criminal*. Curitiba: Juruá, 2018.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Crime Organizado*. Palestra proferida no 1º Fórum Latino-Americano da Política Criminal, promovido pelo IBCCRIM, de 14 a 17 de maio de 2002, em Ribeirão Preto.

\_\_\_\_\_. A utilização da obstrução da justiça como meio de ataque às garantias fundamentais. Disponível em: <<http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2016/12/A-utiliza%C3%A7%C3%A3o-da-obstru%C3%A7%C3%A3o-da-justi%C3%A7a-como-meio-de-ataque-%C3%A0s-garantias-fundamentais.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2020.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001.

SCHABBACH, Letícia Maria. *O crime organizado em perspectiva mundial*. Resenha. Sociologias: Porto Alegre, ano 15, nº 34, set./dez., 2013, p.278-293. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/soc/v15n34/11.pdf>>. Acesso em 21 set. 2020.

SIDOU, J. M. Othon (org.), et.al *Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/2013*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, José Afonso da. *A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia*. Revista de Direito Administrativo. Abr./jun. Rio de Janeiro, 212, 1998.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

\_\_\_\_\_. *O Estado democrático de Direito*. 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 11 v.

SOUSA, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial*. São Paulo: Atlas, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito – Hermenêutica*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de Colarinho Branco*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TEIXEIRA, Adriano; FELDENS, Luciano. *O que é crime de obstrução de justiça conforme a Lei 12.850/2013*, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-21/opiniao-crime-obstrucao-justica-conforme-lei-128502013>>. Acesso em 13 jun. 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRINDADE, André Karam. *Revisitando o Garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. N.1, 2012. 5 v. Disponível em:

<<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/156/98>>. Acesso em: 21 abr 2020.

\_\_\_\_\_. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasiliis*. In: STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VERAS, Ryanna Pala. *Nova criminologia e os crimes do colarinho branco*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

WACQUANT, Loic. *As Prisões da Miséria*. 2. ed. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ZAFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes Conceição. 5. ed., 4ª reimp. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

\_\_\_\_\_. *Debatir el Código Penal es debatir dos modelos de Estado y de Sociedad*. In *Revista Anduma*, nº 1, 2014, Buenos Aires.

\_\_\_\_\_. *La Cuestión Criminal*. 5. ed. Buenos Aires: Planeta, 2013a.

\_\_\_\_\_. *O inimigo no direito penal*. 1ª reimpressão. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013b.

\_\_\_\_\_. *Crime organizado: uma categorização frustrada*. Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, 2010.