

ASCES / UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

ÉRICA GUIMARÃES LUNARDO INÁCIO

DA EFETIVIDADE DAS MEDIDAS DE COMBATE ÀS
ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

CARUARU
2016

ÉRICA GUIMARÃES LUNARDO INÁCIO

**DA EFETIVIDADE DAS MEDIDAS DE COMBATE ÀS
ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES, como requisito parcial, para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Mestre Adrielmo de Moura Silva.

CARUARU
2016

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: 14/10/2016

Presidente: Prof. Msc. Adrielmo de Moura Silva

Primeiro Avaliador: Prof. Esp. George Diógenes Pessoa

Segundo Avaliador: Prof. Msc. Felipe Vila Nova

DEDICATÓRIA

Dedico aos meus pais, esposo e filho, por todo incentivo e ajuda para que este momento se realizasse.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço ao meu Deus, que é minha fonte de fé e esperança. A Ele devo o meu respirar e a minha incondicional gratidão.

Sou grata aos meus pais, Mário e Regiane, por me ensinarem desde o berço, que o sucesso deve estar aliado a humildade e a persistência.

Essa vitória não teria sido possível não fosse o suporte do meu querido esposo, Émerson, onde me incentivou nos momentos de insegurança, a não desistir e prosseguir sempre.

Sou grata ao meu filho, Heitor, mesmo sendo pequenino, sua existência me fez ser perseverante e forte diante das dificuldades, pois ele é o meu incentivo para superar cotidianamente os obstáculos da vida.

Agradeço ao meu professor Adrielmo de Moura Silva, pela inestimável orientação, paciência e dedicação, onde me deu suporte necessário para o desenvolvimento deste trabalho.

Um agradecimento especial a minha prima, Luiza Rosiete, que leu cautelosamente e carinhosamente meu trabalho, sendo crítica e dedicada.

Meus sinceros agradecimentos aos meus amigos e amigas da universidade, que torceram por mim e que me acompanharam no decorrer da vida acadêmica.

“É graça Divina começar bem. Graça maior, persistir na caminhada certa. Mas graças das graças é não desistir nunca.”

(Dom Helder Câmara)

RESUMO

O presente trabalho propõe uma análise da atuação das organizações criminosas, especificamente no que tange à responsabilidade do poder estatal em garantir a ordem pública. Desta feita, com o propósito de minimizar o sentimento de impunidade que permeia a sociedade brasileira. As organizações criminosas estão crescendo e cada vez mais se organizando, o que requer do Estado uma posição mais incisiva e apropriada para uma punição eficiente. Acredita-se que a finalidade da pena tenha como foco o alcance da ressocialização do apenado. Todavia, o descaso do sistema penitenciário brasileiro é propício para a proliferação das facções criminosas que comandam não só o interior das unidades prisionais, como também, organizam ataques que vão além das paredes das penitenciárias. O Primeiro Comando da Capital (PCC) é considerado, no mundo do crime nacional, uma referência que tem um histórico de coordenar muitas rebeliões e até megarebeliões no Estado de São Paulo, proporcionando à sociedade uma sensação de total falta de segurança e descontrole da gestão pública em solucionar a problemática. Mesmo a legislação brasileira tendo passado, nesses últimos anos, por mudanças, no que se refere ao tratamento a esses institutos, elas não foram suficientes para a obtenção de uma punição eficaz. Objetiva-se discutir as possibilidades viáveis ao combate às atividades criminosas. Para isso, a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, juntamente com a Lei nº 12.850/2013 e a adoção, pelo ordenamento jurídico, do instituto do confisco alargado, conforme o Projeto de Lei nº 5.681/2013, somadas e usadas de forma adequada, poderão ser uma forma para se buscar o efetivo combate ao crime organizado. A pesquisa utilizou da metodologia qualitativa, por meio de análise de publicações, livros, artigos científicos e meios eletrônicos. Além de que foi necessária a pesquisa quantitativa quanto ao estudo de dados documentais fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).

PALAVRAS CHAVE: Processo Penal; Crime Organizado; Sistema Penitenciário; Facções Criminosas.

RESUMEN

Este trabajo propone un análisis de la actuación de las organizaciones criminales, específicamente en lo que se refiere a la responsabilidad del poder estatal en garantizar el orden público. Así, con el objetivo de minimizar el sentimiento de impunidad que permea la sociedad brasileña. Las organizaciones criminales crecen y cada vez más se organizan, lo que requiere del Estado una posición más incisiva y apropiada para una punición eficiente. Se cree que la finalidad de la pena tenga como foco el alcance de la resocialización del apenado. Sin embargo, la desatención en la organización del sistema penitenciario brasileño es propicia a la proliferación de las facciones criminales que comandan no solamente el interior de las cárceles, pero también organizan ataques que van allá de las paredes de las penitenciarias. El Primero Comando de la Capital (PCC) es considerado, en el mundo del crimen nacional, como una referencia que tiene un historial de coordinar muchas rebeliones y, hasta mismo, rebeliones de grandes proporciones, en São Paulo, proporcionando a la sociedad una sensación de total falta de seguridad y descontrol de la gestión pública en solucionar los problemas. La legislación brasileña ha pasado, en esos últimos años, por cambios, en lo que se refiere a esos institutos, pero ellos no han sido suficientes para la obtención de una punición eficaz. Este trabajo tiene como objetivo discutir posibilidades viables para combatir las actividades criminales. Para eso, la aplicación del Régimen Disciplinar Diferenciado, juntamente a la Ley nº 12.850/2013 e la adopción, por el ordenamiento jurídico, del instituto de la confiscación alargada, de acuerdo con el Proyecto de Ley numero 5.681/2013, sumadas y utilizadas adecuadamente, posiblemente serán una forma para buscar el efectivo combate al crimen organizado. La pesquisa ha utilizado de la metodología cualitativa, a través del análisis de publicaciones, libros, artículos científicos y medios electrónicos. Además ha sido necesaria la pesquisa cuantitativa a respecto del estudio de los datos documentales disponibles en el Departamento Penitenciario Nacional (DEPEN).

PALABRAS CLAVE: Proceso Penal; Crimen Organizado; Sistema Penitenciario; Facciones Criminales.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 O CRIME ORGANIZADO.....	11
2.1 As primeiras quadrilhas no mundo.....	11
2.2 O conceito de Crime Organizado.....	16
2.3 Quem é o inimigo no direito Penal do Inimigo?.....	23
3 O SISTEMA PENAL FRENTE AO CRIME ORGANIZADO.....	29
3.1 Tipificação do crime organizado no Direito Penal brasileiro.....	29
3.2 Da pena.....	39
3.3 Princípio da Proporcionalidade.....	51
4 O ESTADO E A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.....	56
4.1 Organização Criminosa e o Sistema Prisional.....	56
4.1.1 O Primeiro Comando da Capital.....	62
4.2 Regime Disciplinar Diferenciado pode solucionar esse problema?.....	65
4.3 Ampliação das possibilidades de punição contra o Crime Organizado.....	72
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	77
REFERÊNCIAS.....	79

1 INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho é analisar a efetividade das medidas de combate às Organizações Criminosas no Brasil e as respectivas atuações desta. A partir dessa escolha, dar-se-á um enfoque nas teorias e concepções que correlacionam com o Crime Organizado, especificamente, nos presídios brasileiros.

O primeiro item do trabalho discorre sobre a origem das mais afamadas máfias internacionais, bem como as suas estruturas e peculiaridades que se conectam entre si. Ressalta-se, entretanto, que as instituições criminosas aqui mencionadas, não foram pesquisadas em sua totalidade ou de forma definitiva, pois são notáveis as suas multiplicidades.

Posteriormente, buscou-se definir o conceito de organização criminosa no Brasil, partindo de um detalhamento da evolução da legislação pátria, de maneira a viabilizar a sua efetiva punição. Após, foi analisada a teoria do Direito Penal do Inimigo, estabelecendo-se uma conexão com uma técnica utilizada no país, desta forma, com o Regime Disciplinar Diferenciado. Ademais, verificou-se o rol de indivíduos que integram o aludido conceito.

O segundo capítulo se inicia apresentando o modo como o ordenamento jurídico penal brasileiro reprime o crime organizado. Subsequentemente, foram expostos, de maneira sucinta, os tipos de penalidades existentes e seus respectivos objetivos, para a elucidação das punições que incidem nas práticas delituosas das organizações criminosas.

Chega-se ao derradeiro capítulo, *a priori*, com a exposição das facções criminosas no interior das unidades prisionais, de modo a apresentar o domínio das mesmas em interagir com o mundo exterior. Ademais, a inércia do poder estatal em reprimir a realização das atividades delituosas por elas praticadas.

Em seguida, buscou-se verificar se a aplicação das técnicas coercitivas utilizadas pelo ordenamento pátrio, em busca de reprimir as organizações criminosas, é, de fato, configurada, na prática, como eficiente forma de confronto ao crime organizado. Além do mais, procurou-se observar, no aludido capítulo, se existem possíveis soluções para a problemática em questão.

Tem-se como objetivo geral, demonstrar o poderio das organizações criminosas, como também, discutir a responsabilidade do Estado em punir melhor,

de forma a analisar a aplicabilidade das normas jurídicas pertinentes ao estudo em tela.

Quanto à metodologia, o presente trabalho, será elaborado através da pesquisa qualitativa, por meio de análise bibliográfica, que tem como as principais fontes: as publicações em legislações, livros, artigos científicos e meios eletrônicos, todos com a finalidade de esmiuçar a problemática.

Posteriormente, será utilizada a pesquisa quantitativa, na qual se pretende observar os dados documentais, fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), com o propósito de expor o crescimento desmedido, da população carcerária no Brasil.

Adotar-se-á, também, o tipo de pesquisa exploratória, de modo que se pretende estudar o problema, expor a realidade e fazer um contraponto entre o regimento jurídico e a sua aplicação na prática.

Em suma, vê-se a importância de estudar o tema em tela, uma vez que o Estado tem o Poder-Dever de preservar a ordem constitucional, de modo, a proporcionar à sociedade o sentimento de segurança jurídica.

2 O CRIME ORGANIZADO

2.1 As primeiras quadrilhas no mundo

É difícil precisar com exatidão a origem das organizações criminosas no mundo. Pois não existe precisamente um consenso entre os estudiosos quanto à cronologia exata do início destas instituições criminosas. No entanto, podem-se analisar as mais conhecidas e importantes máfias.

A máfia siciliana, denominada *Cosa Nostra*, é considerada a original e tem grande atuação na Itália, onde possui uma estrutura piramidal, e os seus integrantes são divididos em grupos criminosos denominados de *cosca*, que é como se fosse uma família.¹

A *cosca* é formada por homens de honra e filiados, que prezam pela hierarquia do grupo, possuem um forte poder de coesão, respeitam as regras e a disciplina e, principalmente, atuam com bastante veemência sobre uma parcela territorial determinada.²

Como já foi mencionado anteriormente, a *cosca* é dividida por homens de honra que integram o patamar superior, isto é, possuem autêntica filiação, como por exemplo: o *capo famiglia* é o chefe da família. Por sua vez, os filiados são membros com posições inferiores e não possuem o direito de ter acesso total às informações do grupo criminoso. Embora os filiados tenham enorme participação nas atividades legais ou ilegais da máfia.³

O jurista Walter Maierovitch relata, de forma coerente e concisa, como se dá a estrutura de uma célula familiar da Máfia siciliana:

(...) toda célula familiar tem uma cabeça e uma cauda. A cabeça é integrada, na ordem de importância, pelo representante (chefe), sottocapo (imediate), capodecina (o chefe de um grupo de dez soldados) e consigliere (pessoa da assessoria do chefe, por vezes advogado ou contador.). (...) no nível superior, figuram, em sequência de relevância, o capo famiglia (chefe da família), o vice capo (vice-chefe) e o consigliere (conselheiro), tendo o reggente

¹ FERRO, Ana Luiza Almeida. **Os modelos estruturais do Crime Organizado e das Organizações Criminosas**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, vol. 877, pp. 1 – 45, nov. 2008. p. 3.

² Ibidem, p.4

³ Ibidem, p. 4

(regente) em posição paralela ao do vice-chefe; a porção inferior da pirâmide é ocupada pelo capo decina (literalmente, o chefe de dezena, de grupo de dez comandados); por fim, abaixo, está o uomo d' onore (homem de honra).⁴

O recrutamento dos membros da Máfia siciliana é bastante rigoroso, pois objetiva a proibição de inclusão de indivíduos de filiação com agentes da segurança pública, parentes de magistrados, filhos ilegítimos, divorciados, entre tantos outros. A finalidade é manter em segurança a confiabilidade em seus integrantes, tendo a lealdade à organização criminosa como virtude que deve ser respeitada e mantida por todos os membros.

Estudiosos acreditam que a *Cosca Nostra* possui mais de 250 mil membros espalhados pelo mundo inteiro.⁵

A Máfia siciliana não é a única organização criminosa da Itália. A *Camorra* de Nápoles, e a *N'drangeta* da Calábria são instituições criminosas no mesmo formato, a princípio, da *cosca*, ou seja, formados por famílias, em que ambas começaram na prática de atividades ilícitas através do contrabando e tráfico de drogas.⁶

A máfia existente nos Estados Unidos, que teve origem na metade do século XIX e início do século XX, devido à imigração, tem estreita interligação com as máfias italianas.

Na Califórnia, aproximadamente na década de 1960, foram criadas duas organizações criminosas rivais, por nome de *Crips* e *Bloods*. Segundo autoridades policiais de Los Angeles, são acusadas de estarem envolvidas em mais de 5 mil assassinatos, bem como, roubos e tráfico de drogas.⁷

A máfia americana *Aryan Brotherhood*, é originária de um grupo de motoqueiros que estavam cumprindo pena na prisão de St. Quentin, por volta de 1964. Uma das práticas delitivas desse grupo criminoso eram a prostituição, assaltos e tráfico de drogas.⁸

⁴ MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *apud* FERRO, Ana Luiza Almeida. **Os modelos estruturais do crime organizado e das organizações criminosas**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, vol. 877, pp. 1 – 45, nov. 2008. p. 4.

⁵ MORAES, Mayara. **15 máfias mais poderosas do mundo**. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/15-mafias-mais-poderosas-do-mundo/>> Acesso em: 28 de março de 2016.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

Em relação às máfias norte-americanas, os juristas Newton e Valter Fernandes ao mencionar a importância do poderio destas para o crime organizado internacional, corroboram ao mostrar a influência expressiva no mundo do crime. Os supracitados autores relatam em sua obra que:

Na verdade, foi o aparecimento da Máfia nos Estados Unidos que marcou a maioridade do crime organizado na sociedade de consumo. O "Sindicato do Crime" é o protótipo, o modelo mais expressivo do crime organizado, mas evidentemente não é o único. Existem inúmeras organizações criminosas espalhadas pelo mundo, mas nenhuma com o poderio e a influência da Máfia através de seus grupos italiano e norte-americano.⁹

Já na Ásia oriental, as máfias chinesas, também conhecidas por *tríades*¹⁰, segundo Fernandes & Fernandes,¹¹ existiam de forma secreta desde o século I d.C e tinham como base ir de encontro ao despotismo monárquico. Mas foi por volta do século XVIII, com um movimento de resistência à dinastia Manchu, que esta instituição criminosa começou a ter mais notoriedade.

Segundo estudiosos, a estrutura das *tríades* chinesas é vertical e hierárquica. Tem por liderança, geralmente, um respeitável homem de negócios, que recebe o nome de *cabeça de dragão*.¹² A respeito da estrutura rígida das máfias chinesas, a professora Almeida, de forma bem simples, leciona que:

O rigoroso sistema hierárquico da tríade se alicerça sobre oito graus, eventualmente cinco, sob uma codificação envolvendo uma combinação numérica correspondendo ao cunho esotérico dos grupos e às suas necessidades de sigilo. Quanto aos níveis, caracterizam-se pela rigidez e alto padrão de impermeabilidade, sendo a mobilidade, em especial no sentido ascendente, deveras restrita e, na maior parte, referente aos momentos iniciais da carreira delitativa, verificando-se muito raramente a promoção para a vice-chefia ou a cabeça de dragão.¹³

⁹ FERNANDES, Newton; FERNADES, Valter. **Criminologia integrada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 446.

¹⁰ Expressão que significa céu, terra e homem; símbolo utilizado para definir uma das organizações criminosas chinesa.

¹¹ FERNANDES, Newton; FERNADES, Valter. **Criminologia integrada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 446.

¹² SEQUEIRA, Carlos Antônio Guimarães de. **Crime Organizado: Aspectos nacionais e internacionais**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, vol. 6, pp. 1 – 33, jul. 2011. p. 21.

¹³ FERRO, Ana Luiza Almeida. **Os modelos estruturais do Crime Organizado e das Organizações Criminosas**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, vol. 877, pp. 1 – 45, nov. 2008. p. 14.

As mais conhecidas *Tríades* chinesas são: *Tai Hung Chai* (Sociedade do Grande Círculo), *Sociedade do Bambu* e a tríade denominada *14 K*. Elas possuem maior rendimento por causa do tráfico de drogas, pois dominam o tráfico mundial de heroína, organizando e coordenando todo o processo de produção, refino e entrega da droga.¹⁴

Além de suas dedicações associadas ao crime de tráfico de drogas, a máfia chinesa se empenha também sobre a prostituição, fraudes, agiotagem e imigração ilegal, principalmente de pessoas para os Estados Unidos.

Outra instituição criminosa internacionalmente conhecida é máfia japonesa. Ela é reconhecida mundialmente por *Yakuza*, mas tem por nome técnico o termo *bryokudan*, que faz menção à violência física que é empregada nessa organização criminosa.¹⁵

Diferentemente de outros modelos de organizações criminosas, a *Yakuza* não era secreta e fazia questão de mostrar o seu símbolo, uma vez que no Japão não se tinha uma legislação que fosse de encontro ao crime organizado ou leis taxativas que proibiam ações consideradas mafiosas.

Foi com a criação da lei de combate ao crime organizado, que entrou em vigor no Japão em 1992, que o país começou a visualizar um rumo diferente para a caracterização da instituição criminosa e do seu combate. Portanto, passou a ser considerada organização criminosa se 12% ou mais de seus integrantes obtivessem antecedentes criminais.¹⁶

A lei de combate ao crime organizado no Japão tem por nome: *boryokudan-shinpo*, dando autoridade aos policiais para confiscar os lucros obtidos com o comércio de drogas.

O surgimento da *Yakuza* se deu por volta do início do século XVII, tempo marcado por rebeldes, por nome de *machiyakko*, que desafiavam os senhores feudais.¹⁷

¹⁴ MORAES, Mayara. **15 máfias mais poderosas do mundo**. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/15-mafias-mais-poderosas-do-mundo/>> Acesso em: 28 de março de 2016.

¹⁵ SEQUEIRA, Carlos Antônio Guimarães de. **Crime Organizado: Aspectos nacionais e internacionais**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, vol. 6, pp. 1 – 33, jul. 2011. p. 18.

¹⁶ Ibidem, p. 19.

¹⁷ Ibidem, p. 20.

A estrutura da máfia japonesa é exclusivamente formada por homens, pois consideravam que a mulher seria incapaz de conseguir lutar contra o sexo oposto.¹⁸

Os seus membros geralmente possuem tatuagens de dragões, serpentes e samurais, demonstrando assim o grau de liderança. Além de possuírem o ritual de cortar uma falange de um dos dedos das mãos.¹⁹ Tudo isso serve como forma de identificação do grupo criminoso.

Conforme o artigo científico do delegado Guimarães, a máfia japonesa tem uma característica de praticar chantagem corporativa, ao obter ações de grandes empresas, com o objetivo de maximizar seus lucros. Desta feita, exigem benefícios econômicos absurdos. E, mesmo assim, não existe uma rigorosa punição por parte do poder estatal. O supracitado autor menciona em seu referido artigo:

A derrota final das *boryokudan* parece, porém, ainda fora de alcance. Elas continuam sofisticando suas operações, fundindo-se com empresas legais, e aumentando seus lucros, tanto de fontes legítimas quanto de ilegítimas. Críticos das ações das autoridades observam que até agora poucos líderes do crime organizado foram presos em decorrência da repressão às *boryokundan*.²⁰

A máfia japonesa é integrada por três grandes grupos: O *Yamaguchigumi*, que é o maior deles, *Sumiyoshi-Kai* e *Inagawa-Kay*, que se dedicam basicamente ao tráfico de drogas, à prática e exploração da prostituição, à extorsão, através de taxas abusivas de proteção, à venda de armas etc.²¹

Já no Brasil, as organizações criminosas podem não ter tamanha proporção de publicidade ou não estão muito enraizadas na cultura do país, como é visto nas máfias italianas, americanas, japonesa e chinesa reconhecidas não só em seus países como mundialmente.

No entanto, existe uma característica, comum às instituições criminosas brasileiras, que as relaciona às demais. A estrutura organizacional dos seus

¹⁸ SEQUEIRA, Carlos Antônio Guimarães de. **Crime Organizado: Aspectos nacionais e internacionais**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, vol. 6, pp. 1 – 33, jul. 2011. p. 20.

¹⁹ MORAES, Mayara. **15 máfias mais poderosas do mundo**. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/15-mafias-mais-poderosas-do-mundo/>> Acesso em: 28 de março de 2016.

²⁰ SEQUEIRA, Carlos Antônio Guimarães de. **Crime Organizado: Aspectos nacionais e internacionais**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, vol. 6, pp. 1 – 33, jul. 2011. p. 21.

²¹ MORAES, Mayara. **15 máfias mais poderosas do mundo**. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/15-mafias-mais-poderosas-do-mundo/>> Acesso em: 28 de março de 2016.

membros, que mais se parecem com empresas, só que voltada para atividades ilícitas, é um dos aspectos característicos de uma máfia.

O Comando Vermelho (CV) e o Primeiro Comando da Capital (PCC), que atuam no Rio de Janeiro e em São Paulo, respectivamente, são dois dos grupos criminosos brasileiros. Ambos se originaram de dentro das penitenciárias e é do interior delas que comandam roubos, tráfico de drogas, sequestros, com objetivo de obtenção de lucro e resgate de presos.

2.2 O conceito de crime organizado

O conceito de organização criminosa passou por várias mudanças ao longo dos anos, estas serão contextualizadas no decorrer do presente capítulo. A Lei do crime organizado nº 9.034, de 03 de maio de 1995, sofreu uma alteração pela Lei nº 10.217/2001, em que se propôs a abordar sobre “os meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando, organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”²².

A Lei nº 9.034/95 sofreu também uma alteração na redação dos artigos 1º e 2º, com o advento da lei 10.217/2001. A finalidade foi diferenciar *a priori*, o crime de associações criminosas do crime de quadrilha ou bando, redação primitiva do artigo 288 do Código Penal de 1940.

Outra modificação que a Lei nº 10.217/2001 trouxe para a Lei nº 9.034/95, foi ter acrescentado os incisos IV, V do art. 2º, da referida lei. Isto é, foram incluídos novos meios de investigação e de provas para as associações criminosas.

A Lei nº 9.034/95 dispôs exclusivamente “sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”²³, ou seja, tanto a lei nº 9.034/95 como também a lei nº 10.217/2001, não definiram um conceito de organização criminosa, somente uma menção ao termo.

O avanço começou a ser visualizado em nossa legislação quando houve a inclusão, ao ordenamento pátrio, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime

²² BRASIL. **Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10217.htm>. Acesso em: 05 de março de 2016.

²³ BRASIL. **Lei nº 9.034, de 13 de maio de 1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 05 de março de 2016.

Organizado Transnacional, também popularmente conhecida como a Convenção de Palermo.

Foi no dia 15 de dezembro de 2000, em Palermo na Itália, que foi assinada pelo Brasil a Convenção de Palermo; esse tratado internacional foi aprovado pelo Congresso Nacional em maio de 2003, pelo Decreto 231, e ratificado pelo Poder Executivo no dia 12 de março de 2004, através da promulgação do Decreto nº 5.015.

Após a Convenção de Palermo, a expressão “grupo criminoso organizado”, que é usada pela própria convenção, começou a tomar formas. Para alcançar o conceito seria necessário observar a finalidade das atividades desses grupos: deveria consistir em obter, direta ou indiretamente, benefício econômico ou outro lucro material, conforme dispõe o artigo 2º, “a” do Dec. 5.015/04:

a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.²⁴

Por conseguinte, a incorporação ao nosso ordenamento jurídico da norma contida no artigo 2º do dec. 5.015/2004, que coincidiu com a mesma redação da referida Convenção, trouxe uma acirrada polêmica. Parte dos doutrinadores, bem como uma parte da jurisprudência, passou a acolher, a título de conceituação normativa, a definição do que seria “grupo criminoso organizado”²⁵.

Diante disso, a Convenção de Palermo foi pioneira ao conceituar grupo criminoso organizado, porém não tipificou, visto que se o fizesse, estaria violando o princípio da legalidade. Isto é, a impossibilidade de um tratado internacional, que se refere a uma norma de aplicabilidade interna do país, não ter a prerrogativa de criar uma norma penal incriminadora.

Isso gerou inúmeras discussões doutrinárias sobre a possibilidade de o conceito trazido pela Convenção de Palermo ser aplicado para a tipificação de crimes relacionados à lavagem de capitais. Diante dessa dúvida, formaram-se duas correntes, a primeira defendida pelo jurista Luiz Flávio Gomes que alegou:

²⁴ BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.** Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 07 de março de 2016.

²⁵ Expressão utilizada pela própria Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo).

Não, sob os seguintes argumentos: a) violação ao princípio da legalidade, notadamente em sua garantia da *Lex populi*; b) a definição de crime organizado na aludida Convenção é por demais ampla e genérica, violadora, pois, do princípio da taxatividade (*Lex certa*); c) o conceito trazido pela Convenção de Palermo só poderia valer nas relações de direito internacional, jamais para reger o Direito Penal interno.²⁶

A segunda corrente defendida pelo Ministério Público Federal e também por doutrinadores, como o docente Vladimir Aras, considera que a expressão “organização criminosa” deveria ser tratada como uma norma penal em branco, que precisaria apenas ser completada pela conceituação compreendida na Convenção de Palermo; ou seja: a lacuna prevista na antiga Lei de Crime Organizado (nº 9.034/95) seria suprida pela referida convenção. Como também, a possibilidade da utilização do conceito do Tratado internacional, para a tipificação do crime de lavagem de capitais, conforme leciona o supracitado autor:

Sim, (...), o antigo inc. VII do art. 1º da Lei 9.613/1998 era simplesmente uma norma penal em branco, que se completava (apenas se completava), com o conceito (eu escrevi ‘conceito’) de crime organizado, inscrito na Convenção de Palermo. O crime estatuído naquele dispositivo era o de lavagem de dinheiro. Este era o tipo penal. Quem o praticava (isto é, o seu agente) era uma organização criminosa.²⁷

Para o Supremo Tribunal Federal (STF), conforme o julgamento do *Habeas Corpus* nº 96.007/SP,²⁸ a conduta deveria ser considerada atípica, visto que a inexistência no ordenamento pátrio do conceito de organizações criminosas implicaria a violação a uma garantia fundamental, que se encontra no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal de 1988, e segundo a qual “não há crime sem lei

²⁶ GOMES, Luiz Flávio. *apud* MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. São Paulo: Método, 2015. p. 20.

²⁷ ARAS, Vladimir. *apud* MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. São Paulo: Método, 2015. p. 21.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas Corpus nº 96007, da 1ª turma**. Relator Ministro Marco Aurélio. São Paulo, 08 de fevereiro de 2013. TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI Nº 9.613/98 – CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807847/habeas-corpus-hc-96007-sp-stf>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”²⁹.

Para o STF, a incorporação no ordenamento jurídico brasileiro da Convenção sucedeu de um simples decreto, não podendo dessa forma “a definição de organização criminosa ser extraída do Decreto 5.015/2004, para fins de tipificação do delito vertido no art. 1º, VII, da Lei 9.613/1998, sob pena de violação à garantia fundamental.”³⁰

Pode-se visualizar, diante dessas discussões, que parece mais apropriado o entendimento segundo o qual o conceito, que foi incorporado para o ordenamento pátrio da Convenção de Palermo, não poderia ser utilizado para tipificação do crime, dado que o plano da eficácia ficaria comprometido. Quando o Estado faz um acordo internacional, cria um vínculo jurídico no plano do direito internacional.

Como já mencionado anteriormente, a impossibilidade de utilização do conceito trazido pela Convenção de Palermo se dá porque fere o princípio constitucional da legalidade, que exige que nenhuma conduta será considerada como uma infração penal, se esta não estiver prevista em lei. E o referido conceito foi ratificado por um decreto presidencial e não por uma lei ordinária ou complementar, como impõe a Constituição Federal. Para corroborar, Cezar Bitencourt leciona:

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.³¹

²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 de março de 2016.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas Corpus nº 96007, da 1ª turma**. Relator Ministro Marco Aurélio. São Paulo, 08 de fevereiro de 2013. TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI Nº 9.613/98 – CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807847/habeas-corpus-hc-96007-sp-stf>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, Ed. 15. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 41.

Foi em meio a essas discussões que, em 24 de julho de 2012, foi promulgada a Lei 12.694, que dispôs sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas.³² Em reverência ao princípio da legalidade, passou a se ter uma conceituação em nosso ordenamento jurídico sobre o que seriam as organizações criminosas.

O artigo 2º da referida lei adotou o mesmo conceito contido na Convenção de Palermo, só retirando a expressão “existente há algum tempo”³³, pois poderia gerar imprecisões interpretativas, logo, a problemática seria saber qual o tempo necessário para um determinado grupo ser considerado como uma organização criminosa. Dispõe o supracitado artigo:

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.³⁴

Cabe ressaltar que, mesmo com o surgimento da Lei 12.694/2012, este não foi suficiente para suprir todas as necessidades existentes à época, visto que se tinha a premência de uma tipificação do crime.

Desta forma, a organização criminosa se apresentou em nosso ordenamento pátrio apenas como definição conceitual e não como um delito, uma vez que a Lei 9.613/95 (antiga Lei de Crime Organizado), não falava em crime de organização criminosa e sim, em crime praticado por organizações criminosas.

Então, pode-se visualizar que a Lei 12.694/2012 surgiu apenas com a finalidade de definição do conceito de organização criminosa, pois, não se tinha necessidade de, a partir dela, criar-se um crime autônomo.

Foi com o advento da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, Lei de organizações criminosas (LCO), que não só se modificou o conceito legal, anteriormente era previsto pela Lei 12.694/2012, como também revogou a Lei 9.034/1995 e tipificou as condutas de “promover, constituir, financiar ou integrar,

³² BRASIL. **Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em: 08 de março de 2016.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem.

pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”³⁵ (art. 2º), entre outras relacionadas. Isto é: modificou o art. 288 do Código Penal de 1940, aniquilando o crime de quadrilha ou bando ³⁶, passando a ser compreendido como “associação criminosa”.³⁷

Vigora atualmente no país a definição da Lei nº 12.850/2013 art. 1º, de acordo com a qual, organização criminosa é:

(...) 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.³⁸

Por outro lado, na Lei nº 12.694/2012, era configurada a associação de “3 (três) pessoas ou mais pessoas, (...) cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional” (art. 2º)³⁹. Dessa forma, podem-se visualizar as diferenças no que tange ao número de pessoas e o *quantum* da pena.

Convém ressaltar que a Lei 12.850/2013 altera a denominação legal do delito de “quadrilha ou bando” para “associação criminosa”, proporcionando assim, de modo inédito, um tipo penal específico para o crime organizado, além de agregar dispositivos legais de natureza diversa, penal e processual, que serão estudados minuciosamente no próximo capítulo. Segundo Prado:

Como exposto, no sistema jurídico brasileiro, a recente Lei 12.850/2013 supre duas lacunas legislativas, na medida em que conceitua organização criminosa e tipifica o delito de organização criminosa, além de detalhar os meios investigatórios e

³⁵ BRASIL. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Lei de Organizações Criminosas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 08 de março de 2016.

³⁶ Redação antiga do artigo 288 do Código Penal, hoje se trata do crime de Associação criminosa.

³⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de setembro de 1940.** Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 de março de 2016.

³⁸ BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Lei de Organizações Criminosas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 08 de março de 2016.

³⁹ BRASIL. **Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112694.htm>. Acesso em: 08 de março de 2016.

procedimentais para persecução criminal e prevenção de ações praticadas por organizações criminosas. (...) Tais meios “diferenciais” estão relacionados, primordialmente, ao auxílio e provimento do aparato estatal na persecução de crimes cometidos no contexto desses organismos, que dispõem de uma estrutura verdadeiramente *empresarial* para o cometimento de delitos, lastreada pelas facilidades provenientes da globalização e dos avanços tecnológicos da sociedade contemporânea.⁴⁰

Os inconvenientes concernentes ao conceito de organização criminosa, não pararam com o surgimento da Lei 12.850/2013, pois ela não revogou expressamente o artigo 2º da Lei 12.694/2012 e ainda trouxe uma nova concepção ao conceito. Isto é, a dúvida seria em torno de qual legislação deveria ser aplicada, na prática, para se configurar organização criminosa.

Formaram-se duas correntes sobre o assunto: de um lado, há os defensores de que a Lei de 2012 continua válida no ordenamento pátrio e, do outro, aqueles que reconhecem a revogação tácita.

Para o jurista Luiz Flávio Gomes⁴¹, a Lei 12.850/2013 revogou somente a Lei 9.034/1995, permanecendo válida a Lei de 2012, que deve ser entendida, na opinião dele, como específica; a Lei de 2013 seria, no caso, genérica.

O doutrinador Cezar Bitencourt defende a impossibilidade de se admitir os dois conceitos, uma vez que se tornariam conflitantes em um Estado Democrático de Direito. O referido autor menciona:

No entanto, na nossa ótica, admitir-se a existência de “dois tipos de organização criminosa” constituiria grave ameaça à segurança jurídica, além de uma discriminação injustificada, propiciando tratamento diferenciado incompatível com um Estado Democrático de Direito, na persecução dos casos que envolvam organizações criminosas. Levando em consideração, por outro lado, o disposto no § 1º do art. 2º da Lei de introdução as normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), *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*. Nesses termos, pode-se afirmar, com absoluta segurança, que o § 1º do art. 1º da Lei 12.850/2013 revogou, a partir de sua vigência, o art. 2º da Lei 12.694/2012, na medida em que regula inteiramente, e sem ressalvas, o *conceito de organização criminosa*, ao passo que a lei anterior, o definia tão somente para os seus efeitos, ou seja, “para os efeitos desta lei”. Ademais, a lei posterior disciplina o instituto

⁴⁰ PRADO, Luis Regis. **Associação criminosa - Crime Organizado (Lei 12.850/2013)**. In: *Revistas dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 938, pp. 1 - 24, dez. 2013. p. 9.

⁴¹ GOMES, Luiz Flávio. *apud* MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. São Paulo: Método, 2015. p. 22.

organização criminosa, de forma mais abrangente, completa e para todos os efeitos. Assim, o procedimento estabelecido previsto na Lei 12.694/12, contrariando o entendimento respeitável de Rômulo Moreira, com todas as *vênias*, deverá levar em consideração a definição de organização criminosa estabelecida na Lei 12.850/13, a qual, como lei posterior, e, redefinindo, completa e integralmente, a concepção de organização criminosa, revoga *tacitamente* a definição anterior.⁴²

Pode-se observar que esta situação se encaixa perfeitamente ao princípio da especialidade, que compreende ocasiões quando uma norma penal, em comparação à norma geral, adiciona elemento próprio à descrição típica prevista. Desta forma, a lei especial prevalecerá sobre a norma geral. Evitando assim, o *Bis in idem*, isto é, um indivíduo não deve ser punido mais de uma vez pelo mesmo ilícito penal.

Isto posto, seria mais sensato ir pelo entendimento de que deve prevalecer o conceito trazido pela Lei 12.850/2013, pois ela é contemporânea em relação à Lei de 2012 e também mais específica, uma vez que, não só conceituou, como inclusive tipificou condutas relacionadas ao crime de organização criminosa, que serão analisadas posteriormente.

2.3 Quem é o inimigo no Direito Penal do Inimigo?

O Direito Penal do Inimigo é uma teoria que foi criada pelo alemão Günther Jakobs, que utilizou primeiramente esse conceito, em 1985, na Jornada de professores de Direito Penal, na cidade de Frankfurt, Alemanha.

O Direito Penal do Inimigo surgiu em contraposição ao Direito Penal do Cidadão. Para Jakobs, existem *dois pólos em um só mundo*⁴³, ou seja, duas extremidades em um mesmo sistema jurídico: um extremo se trata do cidadão e o outro é dirigido para o inimigo.

O Direito Penal do Cidadão é dirigido aos membros da sociedade, que não são criminosos reincidentes. Esse *status* é garantido à pessoa (cidadão), uma proteção no que tange a seus direitos penais e processuais. Esses indivíduos não

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Primeiras reflexões sobre organização criminosa**. Disponível em: <<http://cezarbitencourt.jusbrasil.com.br/artigos/121936003/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

⁴³ Expressão utilizada pelo próprio autor, em sua obra “Direito Penal do inimigo – Noções e Críticas”, 2007, (grifo do autor).

colocam em risco a segurança do país, pois, ao cumprir a pena, retornam ao seu *status quo*.⁴⁴

Assim, para o penalista citado, o cidadão é aquele sujeito que tem a proteção de direitos e garantias fundamentais salvaguardadas pelo poder estatal. Ao praticar um ilícito penal, ele não será considerado um inimigo do Estado, pois lhe é dada a oportunidade de recompor a vigência da norma, desse modo, responderá a uma pena como forma de sanção.

Em contrapartida, Jakobs delimita o inimigo como o sujeito que, devido às suas condutas, estilo de vida ou até mesmo uma participação em uma organização criminosa, confronta o Estado, pondo em risco não só o ordenamento jurídico, mas também, a segurança dos demais que respeitam as normas e não trazem perigo para a vida em sociedade.

Foi com o atentado de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos da América (EUA), que Jakobs começou a defender sua teoria com mais veemência. Para ele, aquele ataque terrorista era um grande exemplo de um ato característico de um inimigo.

Em sua obra, o supracitado autor exemplifica quem pode ser considerado inimigo do Estado. Portanto, a concentração é “no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de delitos sexuais e outras infrações perigosas, assim como, em geral, no que tange aos crimes.”⁴⁵

O inimigo, para o aludido penalista, deve ser considerado uma não-pessoa, pois este é uma fonte de perigo perdurável. Não é aplicada pena e sim medida de segurança.

A sanção é aplicada para o cidadão e esta tem por finalidade dar resposta ao fato. Fato este praticado pelo indivíduo que tem consciência que sua conduta está violando uma regra penal, ou seja, atacando a vigência de uma norma.

A medida de segurança é utilizada para os que são inimigos do Estado, conforme o entendimento de Jakobs; é a coação uma única forma de combater a periculosidade.

Em sua obra, intitulada “Direito Penal do Inimigo”, o autor traz para fundamentar sua teoria, as ideologias dos filósofos Thomas Hobbes e Immanuel

⁴⁴ Termo advindo do Latim que significa: estado atual ou no mesmo estado que antes.

⁴⁵ JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2 ed.- Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 35.

Kant.

O contratualista Thomas Hobbes defendia que o Estado foi criado com o propósito de pôr restrições à liberdade dos indivíduos, pois, desta forma, ele iria interromper o estado de guerra de todos contra todos, vivido no estado de natureza. Portanto, o objetivo do “soberano”⁴⁶ era instaurar a paz, aniquilando a desordem e a predominância do instinto egoísta sobre a razão.

Então, Jakobs, ao citar Hobbes, enfatiza que o criminoso não merece ser punido como súdito e sim como inimigo do “soberano”, intitulado aquele como traidor. Em relação a isso ele aponta:

De maneira plenamente coerente com isso, Hobbes, em princípio, mantém o delinqüente, em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos.⁴⁷

Ao mencionar o filósofo Kant, o referido penalista justifica que quem possui conduta de ameaça permanente, à sociedade e ao Estado, deve ser tratado como inimigo. O autor menciona:

(...) Kant, quem fez uso do modelo contratual como ideia reguladora na fundamentação e na limitação do poder do Estado, situa o problema na passagem do estado de natureza (fictício) ao estado estatal. Na construção de Kant, toda pessoa está autorizada a obrigar qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã. (...) Consequentemente, quem não participa na vida em um “estado comunitário-legal”, deve retirar-se, o que significa que é expedido (ou impedido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser tratado, como anota expressamente Kant, como um inimigo.⁴⁸

Pode-se visualizar, de forma disfarçada, no ordenamento jurídico brasileiro, o instituto do Direito Penal do Inimigo. Com o advento da Lei nº 10.792, de 1º de

⁴⁶ Expressão utilizada pelo Filósofo Thomas Hobbes quando queria se dirigir ao Estado.

⁴⁷ JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2 ed.- Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 27.

⁴⁸ JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2 ed.- Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 28.

dezembro de 2003, que teve por finalidade alterar a Lei nº 7.210/1984, que dispõe sobre as Execuções Penais (LEP) e pela inserção do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) a legislação brasileira começou a tratar de forma distinta alguns indivíduos.

O RDD será minuciosamente analisado no decorrer do trabalho, mas, a priori, uma das hipóteses de aplicação do regime mencionado tem como alvo o preso (condenado ou provisório), cuja conduta traga elevado risco para a segurança e ordem do estabelecimento penitenciário ou da sociedade.

É importante salientar que o RDD é considerado por alguns doutrinadores como inconstitucional, uma vez que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e tem por premissa o extremo respeito e proteção aos direitos fundamentais, sem distinção de qualquer natureza.

No artigo 52, caput, §§ 1º e 2º da LEP, traz um rol de condições em que se pode enquadrar o preso a esse tratamento diferenciado. Uma das características, que inclusive é bastante criticada, é o isolamento celular, devido ao seu alto nível de rigor.

O homem é um ser social e o isolamento celular que o RDD aplica, juntamente com a restrição de visitas, confronta as necessidades psíquicas e de integração social do ser humano. Ao invés de ressocializar, traz um efeito contrário, o sentimento de depressão, insensibilidade e desejo de vingança.

O professor Rômulo de Andrade Moreira, em seu artigo “Este monstro chamado RDD”, faz parte da corrente que defende a inconstitucionalidade desse regime disciplinar. O referido docente leciona:

Cotejando-se, portanto, o texto legal e a Constituição Federal, concluímos com absoluta tranqüilidade ser tais dispositivos flagrantemente inconstitucionais, pois no Brasil não poderão ser instituídas penas cruéis (art. 5º., XLVII, "e", CF/88), assegurando-se aos presos (sem qualquer distinção, frise-se) o respeito à integridade física e moral (art. 5º., XLIX) e garantindo-se, ainda, que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º., III).⁴⁹

Por outro lado, os que defendem a constitucionalidade, afirmam que o RDD é de certa forma, mais humanizado em comparação as celas tradicionais dos

⁴⁹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Este monstro chamado RDD**. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/artigo,este-monstro-chamado-edd,22673.html>>. Acesso em: 21 de março de 2016.

presídios brasileiros, afinal de contas, o isolamento individual proporciona cela privativa a um único indivíduo. Fugindo assim, dos grandes problemas que são encontrados pela superpopulação carcerária, como ambiente de extrema promiscuidade.

Além do mais, justificam que este regime tem suporte na Constituição Federal de 1988, desta forma, não pode ser considerado inconstitucional, já que a Carta Política em seu artigo 5º, inciso XLVI, dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLVI- a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:⁵⁰

Por fim, argumentam que o tratamento diferenciado é permitido, pois contempla o princípio da igualdade, ao tratar os sujeitos diferentes na medida de suas diferenças.

Entende-se que a inclusão do Direito Penal do Inimigo ao ordenamento pátrio, em forma sutil, através do RDD, não é eficiente por si só, para combater os crimes das organizações criminosas. Sendo entendido preliminarmente, como paliativo, pois, é a única medida que temos ao combate ao crime organizado.

Esse regime ao ser comparado como um mero paliativo, configura-se na situação, por exemplo, de isolar um líder de uma facção criminosa, em que, a princípio, irá trazer uma desestruturação ao grupo criminoso pela falta de contato entre o líder e seus integrantes importantes, mas não tem o poder de desestabilizar os adeptos ao crime organizado, que por sua vez cresce estarrecidamente.

Pode-se afirmar que o inimigo do Direito Penal do Inimigo é compreendido como o indivíduo que, ao transgredir uma norma, coloca-se na posição de adversário da sociedade. Logo, deve ser rigorosamente retirado do convívio social por um período de tempo; entretanto, o objetivo é ressocializar o sujeito para que retorne ao convívio social restaurado.

⁵⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 de março de 2016.

Assim, é mais prudente ir de encontro à ideia defendida por Jakobs, através da qual se entende que o inimigo não tem nenhum direito. Pois, com base no Estado Democrático de Direito, mesmo um indivíduo sendo considerado como inimigo, por ser adepto a condutas ilícitas, tem como prerrogativa a garantia de seus direitos fundamentais.

3 SISTEMA PENAL FRENTE AO CRIME ORGANIZADO

3.1 Tipificação do crime organizado no Direito Penal brasileiro

Antes de adentrarmos para analisar detalhadamente os crimes praticados por organizações criminosas, é importante, a priori, conceituar o que se entende por tipicidade.

Com base no princípio da reserva legal, em que se tem o conhecido brocardo latim: *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, que foi contemplado em nossa Carta Política no artigo 5º, inciso XXXIX, dispõe-se que: “não há crime sem lei anterior que o defina”⁵¹, ou seja, não existe crime sem que antes se tenha uma lei penal descrevendo a atitude delituosa.

O jurista Rogério Greco em seu “Curso de Direito Penal”, especifica que tipicidade é “a subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, isto é, a um tipo penal incriminador.”⁵²

Como já foi mencionada no capítulo anterior, a tipificação do crime de organização criminosa no ordenamento pátrio só foi vislumbrada com o surgimento da Lei 12.850, de 2013 (Lei de Organizações Criminosas – LOC), que não só trouxe a conceituação como também tipificou o referido crime.

O legislador não nomeou taxativamente os crimes na LOC, no entanto, todos serão processados mediante ação penal pública incondicionada e impossibilitados de serem incluídos na forma culposa.

A incompatibilidade dos crimes praticados por instituição criminosa referente à modalidade culposa é devida ao Princípio da excepcionalidade do crime culposos. O aludido princípio é contemplado no artigo 18, parágrafo único, do Código Penal de 1940, no qual especifica, que “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.⁵³

⁵¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 de abril de 2016.

⁵² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Ed. 15. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 158.

⁵³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de setembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 de abril de 2016.

Existem dois modelos legislativos para definir a modalidade culposa: o *numerus clausus*⁵⁴, no qual é nos tipos penais especiais que são encontradas figuras culposas e o segundo caso é denominado de *numerus apertus*⁵⁵, este remete a uma cláusula geral, em que se dispõe sobre a possibilidade de todos os crimes dolosos serem praticados também de forma culposa.

O supracitado artigo do Código Penal trata que, em regra, todo crime é doloso, porém, só existe a possibilidade de falar em crime culposos desde que se tenha previsão expressa na lei. Isto é, a modalidade culposa de um delito deve ser contemplada no texto da norma, uma vez que, na falta de especificação quanto ao elemento subjetivo (culpa), entende-se que só terá punição na forma dolosa.

Nesse sentido, a Lei de Organizações Criminosas não traz nenhuma menção no texto jurídico sobre a possibilidade de punição a título de culpa.

O dispositivo legal do crime de organização criminosa está previsto no artigo 2º, caput, da Lei 12.850/2013, no qual se instituiu que:

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.⁵⁶

O artigo 2º, caput, da LOC, que traz a tipificação do crime de organização criminosa, encerrou uma lei penal em branco em sentido *lato*, de natureza homogênea e qualidade homovitelina; ou seja: esse dispositivo normativo deve ser complementado com o artigo 1º, § 1º, da mesma lei, a qual traz a definição da expressão “organização criminosa”.

Compreende-se que a norma penal em branco é aquela que possui um conteúdo incompleto e com lacuna que deve ser complementada por outra norma jurídica. Diante desse sentido, o jurista Rogério Greco corrobora ao definir o conceito de norma penal em branco. O aludido docente diz que é aquela na qual “seu preceito primário não é completo. Para que se consiga compreender o âmbito de sua aplicação, é preciso que ele seja complementado por outro diploma.”⁵⁷

⁵⁴ Expressão em latim que significa: número limitado. Faz menção ao rol taxativo.

⁵⁵ Expressão em latim que significa: número ilimitado. Faz menção ao rol exemplificativo.

⁵⁶ BRASIL. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Lei de Organizações Criminosas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 12 de abril de 2016.

⁵⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** Ed. 15. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 21.

Referente ao sentido *lato* do dispositivo em branco, significa que o seu complemento será originário da mesma fonte formal da norma incriminadora. Ela é homogênea, por ter a mesma natureza jurídica, ou seja, os dispositivos são da mesma lei. E por fim, será entendida como homovitelina porque o órgão que elaborou a norma penal incriminadora em questão foi o Poder Legislativo Federal.

O crime de organização criminosa tem por bem jurídico tutelado o sentimento coletivo de segurança e de confiança na ordem e proteção jurídica. Afinal, a objetividade jurídica é a paz pública, tendo, como sujeito passivo, a coletividade.

O tipo penal do aludido crime, é misto e alternativo, pois se tem ação múltipla, de condutas variáveis; ou seja, o artigo 2º, caput, da Lei 12.850/2013 – que trata dos crimes de “*Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa*”⁵⁸ –, traz um rol de comportamentos que mesmo sendo praticados mais de um deles, irá ser configurado como um crime único.

No que tange à consumação do delito de organização criminosa, trata-se de um crime permanente, pois sua consumação será prolongada no tempo enquanto durar a união pela vontade dos seus integrantes.

No entanto, é importante frisar que existe uma exceção no núcleo do tipo penal “financiar”, constante no artigo 2º, caput, da LOC, referente ao delito poder ser ou não permanente, pois tem a possibilidade do delito em questão configurar-se como crime instantâneo. Em outras palavras, sua consumação será imediata no momento em que houver uma única contribuição de capital com o propósito de cooperar com a instituição criminosa.

Os docentes Cleber Masson e Vinícius Marçal, em sua obra, intitulada “Crime Organizado”, mencionam quatro importantes consequências a natureza jurídica do crime em análise. Os aludidos juristas afirmam que:

- a) é possível a prisão em flagrante a qualquer tempo, enquanto subsistir a organização criminosa;
- b) é dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, sendo possível a realização dessas medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas;
- c) a prescrição da pretensão punitiva tem como termo inicial a data da cessação da permanência, a teor da regra inscrita no art. 111, III, do CP;
- e d) se qualquer dos delitos for cometido no território de duas ou mais comarcas, a

⁵⁸ BRASIL. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Lei de Organizações Criminosas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 13 de abril de 2016.

competência será firmada pelo critério de prevenção, nos moldes do art. 83 do CPP.⁵⁹

O crime em tela possui tratamento no que se refere à natureza jurídica, correspondente ao concurso formal ou também intitulado pela doutrina de *ideal de crimes*. O artigo 70, do Código Penal de 1940, prevê requisitos para caracterizar o delito formal, sendo necessário para sua configuração, que uma ação ou omissão resulte na prática de dois ou mais crimes. O supracitado dispositivo legal dispõe:

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.⁶⁰

Por conseguinte, a consumação do referido crime é antecipada; será considerado consumado o delito a partir do momento do vínculo dos integrantes da associação criminosa, de forma estrutural, organizada e com divisões de tarefas entre quatro ou mais integrantes, com a finalidade de praticar atos ilícitos; em que as penas máximas das infrações penais, sejam superiores há quatro anos ou que tenham caráter transnacional. Pouco importa se de fato as infrações penais serão efetivamente colocadas em prática ou não.

O instituto da tentativa previsto no artigo 14, inciso II, do Código Penal, atesta que o crime será considerado “tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”⁶¹. No crime de organização criminosa, existe uma divergência doutrinária sobre a possibilidade de se ter ou não a tentativa.

A primeira corrente é defendida pelo jurista Guilherme de Souza Nucci⁶², que menciona a impossibilidade de se configurar a tentativa no crime de organização criminosa.

⁵⁹ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. São Paulo: Método, 2015. p. 35.

⁶⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de setembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 de abril de 2016.

⁶¹ Ibidem.

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. Ed. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 7

O aludido jurista justifica que é inadmissível admitir a tentativa, pois é necessária, para a materialização do delito em análise, a comprovação da existência de estabilidade e durabilidade. Afinal, se esses elementos essenciais não forem visualizados, não há o que se falar em crime consumado.

E se por ventura esses elementos estiverem presentes, juntamente com a divisão de tarefas, e por meio de estrutura organizada, mesmo assim, não há possibilidade, uma vez que o delito foi consumado. Esse tipo de ilícito penal possui natureza formal, portanto, os atos que antecedem à execução; isto é, compreende-se que os atos com o objetivo de formar uma associação criminosa, são meros atos preparatórios.

A segunda corrente é adotada pelo jurista Rogério Sanches Cunha⁶³, na qual relatam que especificamente nas condutas de promover e financiar a organização criminosa é possível a tentativa. Desde que realizado qualquer ato nesse viés, e a finalidade buscada não for materializada por questões alheias à vontade do autor.

Todavia, para Sanches, não pode ser questionada a hipótese de tentativa quando se referir à constituição ou integração no grupo criminoso, pois, nesses casos específicos, a consumação é instantânea, já que se tem a caracterização do delito com a simples aceitação voluntária em se associar à organização criminosa.

É de extrema importância relatar que o crime em tela se configura como uma infração penal de alto potencial ofensivo, pois tem a pena mínima superior a um ano e a pena máxima superior a dois anos. Por tanto, não há possibilidade de se utilizar da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

No que diz respeito à pena provisória ou à segunda fase da aplicação da pena, exemplificando-se, é compreendido, nessa fase, atenuantes e agravantes, quer dizer que resultará em diminuir ou aumentar a pena a certa quantidade.

A circunstância agravante do crime de organização criminosa está prevista no artigo 2º, § 3º, da LCO, que ordena que “a pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução”.⁶⁴

⁶³ CUNHA, Rogério Sanches. *apud* MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. São Paulo: Método, 2015. p. 36.

⁶⁴ BRASIL. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Lei de Organizações Criminosas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2016.

O referenciado dispositivo legal trata de punir os detentores que possuem o comando das associações criminosas, aqueles que normalmente não executam as condutas típicas, mais possuem autoria mediata sobre o crime.

Entende-se como autoria mediata aquela em que o autor controla a vontade alheia. Por conseguinte, serve-se de outra pessoa para realização da ação típica.

Para melhor entendimento desse instituto, a teoria do domínio do fato, que foi criada pelo filósofo Alemão Hans Welzel ⁶⁵, adepto, nos anos 30, ao sistema finalista referente à teoria do delito. Welzel tinha o objetivo de diferenciar com exatidão, quem era o autor e executor do crime. Assim, defendia a possibilidade da figura do autor mediato e trazia uma compreensão mais clara sobre a coautoria.

Nesse sentido, percebe-se a perfeita harmonia entre a teoria do domínio do fato com a figura do autor mediato. Para corroborar esse pensamento, pode-se analisar um trecho da obra do jurista Bitencourt, no qual, de forma sucinta, explica a interna ligação desses dois institutos supracitados. O aludido jurista relata:

A teoria do domínio do fato molda com perfeição a possibilidade da figura do autor mediato. Todo o processo de realização da figura típica, segundo essa teoria, deve apresentar-se como obra da vontade reitora do “homem de trás”, o qual deve ter absoluto controle sobre o executor do fato. O *autor mediato* realiza a ação típica através de outrem, que atua sem culpabilidade. ⁶⁶

Dando seguimento a essa linha de raciocínio, entende-se que o “homem de trás” que Cezar Bitencourt menciona no trecho de seu livro, acima transcrito, pode, por exemplo, ser entendido por um líder do PCC (Primeiro Comando da Capital), em São Paulo ou do COMOC (Comando Mineiro de Operações criminosas), em Minas Gerais, emitindo ordens para seus integrantes executarem.

O líder da organização criminosa está no patamar maior de hierarquia, isto é, no ápice da estrutura piramidal. Diante disso, o legislador brasileiro estipulou no dispositivo legal do artigo 2º, da LOC, deixando para o magistrado a incumbência de analisar no caso concreto essa circunstância de agravante. No entanto, a norma não

⁶⁵ WELZEL, Hans. *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, Ed. 15. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 600.

⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, Ed. 15. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 600.

estipula a quantidade do aumento, ficando ao juiz essa responsabilidade na segunda fase de aplicação da pena.

Referente às causas de aumento de pena previstas no artigo 2º da Lei de Organizações Criminosas, é interessante ressaltar que as mesmas serão aplicadas na terceira fase da dosimetria da pena, diferentemente das agravantes que foram explicadas anteriormente.

Nas hipóteses de aumento de pena o magistrado poderá elevá-la acima do limite máximo previsto na lei, mas sempre com base na análise do caso concreto.

O supracitado dispositivo legal traz as possibilidades de causas de aumento de pena, previstas em seus parágrafos. Elas poderão ser aumentadas tendo uma quantidade fixa, como ocorre no § 2º, na hipótese de “na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.”⁶⁷ ou ter um aumento na pena de quantidade variável entre 1/6 a 2/3, de acordo com o § 4º, do mesmo artigo, que dispõe:

§ 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.⁶⁸

É de extrema relevância dizer, que na causa de aumento de pena, no tocante ao emprego de arma de fogo, o legislador mencionou a mesma, no singular, ou seja, deixando a compreender que é necessário para a caracterização desse aumento, sendo suficiente, que apenas um dos integrantes do grupo criminoso coloque em prática o núcleo do tipo penal “empregar” arma de fogo em uma ação delituosa. Portanto, não se faz necessário que todos ou boa parte do grupo estejam armados para que a majorante seja constada.

A majorante do inciso I, do artigo 2º da LOC, trata do envolvimento de crianças ou adolescentes na organização criminosa, em que somente o agente maior de idade, penalmente imputável, isto é, dotado de culpabilidade, terá a

⁶⁷ BRASIL. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Lei de Organizações Criminosas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2016.

⁶⁸ Ibidem.

aplicação do aumento de pena, que poderá ser em torno de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços).

Além do mais, a participação de menores de 18 anos na instituição criminosa, acarretará, ao agente penalmente imputável, a configuração também do crime de corrupção de menores, conforme o artigo 244-B da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O aludido dispositivo legal prevê:

Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.⁶⁹

O Crime de organização criminosa é de concurso necessário ou de crime plurissubjetivo, que significa dizer que o delito penal é praticado por duas ou mais pessoas. Portanto, terá a incidência da majorante de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), se houver concurso de funcionário público, configurando-se de extrema importância e indispensável à prática delituosa a sua condição funcional; ou seja, exista nexo de causalidade entre a atividade funcional desenvolvida pelo agente e a prática do crime.

O § 4º, inciso IV, do artigo 2º, da LOC, menciona o aumento de pena nos casos em que o produto direto do crime⁷⁰ ou indireto⁷¹, proveniente do delito penal, realizado por organizações criminosas, seja enviado, “no todo em parte, ao exterior.”⁷²

O supramencionado dispositivo legal tem o propósito de trazer maior eficácia nas condenações referentes às organizações criminosas, destacando que poderá ser decretada a perda de bens ou valores semelhantes ao produto ou proveito da

⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 21 de abril de 2016.

⁷⁰ Compreende-se que o produto do crime é a vantagem de forma direta obtida pelo infrator na prática do crime.

⁷¹ Entende-se que o produto do crime indireto é configurado pelo proveito ou vantagem indireta do crime.

⁷² BRASIL. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Lei de Organizações Criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 21 de abril de 2016.

infração penal, quando estes não forem achados ou quando se encontrarem no exterior. Neste sentido, o artigo 91 do Código Penal, §§ 1º e 2º dispõe:

Art. 91 - São efeitos da condenação:

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.⁷³

É importante salientar que as medidas assecuratórias contempladas na legislação processual – que são compreendidas por arresto, sequestro, especialização de hipoteca legal entre outros –, têm por finalidade evitar o enriquecimento ilícito por parte do infrator penal. Poderão ser utilizadas para abarcar bens ou valores equivalentes do investigado, para uma possível subsequente decretação de perda, não tendo limitação ao produto ou proveito do crime.

São notórios e incalculáveis, os efeitos negativos de uma organização criminosa, que seja atuante e estruturada, que traz perigo à paz pública. Portanto, presume-se que a conexão de duas ou mais instituições criminosas surtará efeitos nocivos imensuráveis para a sociedade. Diante disso, tal situação acarretará no aumento de pena, equivalente de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), se a instituição criminosa mantiver “conexão com outras organizações criminosas independentes.”⁷⁴

O § 4º, inciso V, do artigo 2º da LOC, prevê como majorante “se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.”⁷⁵. Existe, no entanto, uma controvérsia doutrinária na hipótese de ser aplicada essa causa de aumento de pena, uma vez que o caráter *transnacional* é uma elementar do conceito de organização criminosa, como já foi visto no capítulo anterior.

Portanto, a aplicação da referida majorante, implicaria na situação de punir mais de uma vez o infrator por um mesmo delito penal. Isso com base no princípio

⁷³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de setembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 de abril de 2016.

⁷⁴ BRASIL. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Lei de Organizações Criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 21 de abril de 2016.

⁷⁵ Ibidem.

do *ne bis in idem*, que, mesmo não estando previsto expressamente no texto constitucional, é imprescindível em um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o jurista Guilherme de Souza Nucci expõe:

Esta causa de aumento (art, 2º, § 4º, V, da Lei 12.850/2013) é inaplicável, pois o *caráter transnacional* é elementar do tipo penal incriminador, composto pelo art. 2º, caput, c/c o art. 1º, da Lei 12.850/2013. (...) fazer incidir o aumento do inc. V equivale ao indevido *bis in idem*, que é a dupla punição pelo mesmo fato.⁷⁶

Para corroborar o entendimento do docente Nucci, em relação à inaplicabilidade da majorante supracitada, os juristas Cleber Masson e Vinícius Marçal, comungam do mesmo raciocínio. Os aludidos autores defendem que:

Sendo a *transnacionalidade* uma elementar do conceito de organização criminosa (art. 1º, §1º, *in fine*, da LOC), é de se ter por inadmissível a aplicação dessa causa de aumento de pena, haja vista que não se tolera, em hipótese alguma, a dupla punição pelo mesmo fato (princípio do *ne bis in idem*).⁷⁷

Em contrapartida, os autores Vicente Greco Filho⁷⁸ e Rogério Tadeu Romano, defendem a aplicação da majorante supramencionada, visto que não deve confundir elementar do crime com circunstâncias legais. Uma vez que, o artigo 30 do Código Penal prevê que “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.”⁷⁹ O jurista Rogério Tadeu corrobora a afirmação ao mencionar, em seu artigo “O crime de organização Criminosa”, que:

Não se pode confundir a elementar do crime, com previsão na parte final do artigo 1º (“ou que sejam de caráter transnacional”), com as circunstâncias, que não são elementos constitutivos do crime, mas simplesmente acessórios, que afetam a gravidade do crime.

⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. São Paulo: RT, 2013.

⁷⁷ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. São Paulo: Método, 2015. p. 43.

⁷⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 19.

⁷⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de setembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 de abril de 2016.

Circunstâncias são dados ou fatos que estão ao redor do crime, mas cuja falta não exclui a figura penal, pois não lhe são essenciais embora interfiram na penal. Elementares são dados ou fatos que compõem a própria descrição do crime (fato típico) e cuja ausência exclui ou altera o crime. Por sua vez, condições pessoais são situações, estados, qualidades, funções e outros dados do agente.⁸⁰

Entende-se que é mais apropriada a corrente que defende a inaplicabilidade da causa de aumento de pena do inciso V, § 4º, do artigo 2º da LOC. Afinal, o conceito do crime de organização criminosa, conforme previsão legal do artigo 1º, § 1º, da LOC, traz o *caráter transnacional* como elementar do referido crime. E a majorante anteriormente citada não pode ser considerada como uma circunstância acessória ao fato delituoso, pois ela faz parte da estrutura conceitual do crime. O professor Cezar Bitencourt explica a diferença desses dois institutos.

Os tipos penais descrevem as condutas ilícitas e estabelecem assim os seus elementos essenciais. Esses fatores que integram a descrição da conduta típica são as chamadas *elementares do tipo*. [...]. Essas circunstâncias são condições acessórias, que acompanham o fato punível, mas não penetram na sua estrutura conceitual e, assim, não se confundem com os seus elementos constitutivos.⁸¹

Portanto, a referida majorante não só incide no princípio *Bis in idem*, bem como vai de encontro com o que prever o artigo 30 do Código Penal, que possibilita a comunicação entre as circunstâncias legais com as elementares do tipo penal, somente, quando esta última for elementar do crime.

3.2 Da Pena

Entende-se que as penas no ordenamento brasileiro são: as penas privativas de liberdade, penas restritivas de direitos, penas pecuniárias e outras penas alternativas.

⁸⁰ ROMANO, Rogério Tadeu. **O crime de Organização Criminosa**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39684/o-crime-de-organizacao-criminosa>. Acesso em: 21 de abril de 2016.

⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, Ed. 15. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 661.

Antes de adentrarmos para analisar os tipos das penas supramencionadas, é imprescindível, preliminarmente, discorrer sobre a evolução da punição na humanidade.

Estudiosos, ao mencionar a origem das penas, relatam que a punição veio a partir do surgimento do homem sobre a face da terra. O jurista José Antônio Paganella Boschi menciona que surgiram no jardim do Éden as primeiras regras com o entendimento do permitido e proibido. O aludido mestre aponta em sua obra:

Por não ter resistido à tentação e ter comido o fruto da árvore do bem e do mal, Adão foi destinado a ganhar o pão com o suor do próprio rosto, e Eva, feita de sua costela, foi condenada a sofrer na gravidez e a viver sob a dominação masculina.

Abstraído o simbolismo, a bíblica narrativa nos mostra que foi a presença do *alter*, do outro, o fator que gerou a instituição de regras mínimas delimitando os espaços do proibido e do permitido – como condição para que a convivência entre as pessoas acontecesse em razoável ordem, estabilidade e segurança.⁸²

Os primórdios da humanidade conviviam com a ideia de punir os indivíduos que se portassem de maneira prejudicial aos outros ou que se comportassem contrariamente à moral e aos bons costumes.

Durante o período conhecido por “vingança privada”⁸³, os povos primitivos permitiam que, na ocorrência de um crime, a vítima, bem como seus parentes ou a tribo poderiam reagir sem a menor proporcionalidade, revidando, assim, sem limites, a agressão sofrida.

Com o intuito de atingir estritamente o autor imediato e direto do delito, foi que surgiram as penas de “expulsão e a de banimento do ofensor de seu próprio território”.⁸⁴Essas penas superaram as penas anteriormente citadas, conhecidas como de “vingança de sangue”, prevenindo assim, a eclosão de movimentos de tribos ou clãs, voltados exclusivamente para vingança.

Com o evoluir dos tempos, compreendido como o período da “vingança limitada”⁸⁵, onde foi consagrada a pena de *talião* que tinha por finalidade agir com

⁸² BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 75.

⁸³ ESTEVAN, André; GOLÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 67.

⁸⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 76.

⁸⁵ ESTEVAN, André; GOLÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.67.

uma punição proporcional ao fato delituoso. Isto é, proceder com a mesma intensidade e gravidade que foi utilizada a lesão causada pelo agressor.

Vale ressaltar que a pena de *talião* tinha natureza de punição corporal, pois o castigo poderia recair sobre o corpo. Foi com os suplícios que surgiram inúmeras críticas pela desigualdade que essa pena trazia para o autor do crime. Nesse sentido, o docente Boschi relata:

(...) a proposta de aplicação de pena *conforme* a gravidade da falta não é concretizável, seja porque as dores e os suplícios são sempre desiguais em si e em relação a quem os sofre, seja, por fim, porque ninguém consegue, com exatidão, medir ou delimitar a afluência de outra pessoa.⁸⁶

É importante destacar que a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, incisos XLV e XLVI, trouxe do aludido código, as ideias de proporcionalidade e individualização da pena na figura do condenado. O princípio da proporcionalidade será detalhadamente estudado posteriormente. Os dispositivos legais mencionados preveem:

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 e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;⁸⁷

Após a pena de *talião*, deu-se o surgimento da pena de *composição*, na qual houve um redirecionamento à reação ao patrimônio do agente causador do dano. Em outras palavras, o “pagamento de indenização à vítima ou aos familiares, em

⁸⁶ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 76.

⁸⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 de abril de 2016.

dinheiro ou com outros bens, a qual era estabelecida conforme as regras legais ou consuetudinárias vigentes”.⁸⁸

A fase posterior da evolução da pena é compreendida na Idade Média e foi marcada por punições cruéis, impostas pelos Tribunais da Inquisição, em um Estado absolutista e apoiado pela Igreja.

Dentre tantas torturas praticadas no decorrer da Idade Média, também conhecida por “Idade das trevas”, a morte na roda, no fogo, na guilhotina, era praxe da época.⁸⁹

Pairava um clima religioso e de extrema imposição de regras em que não se admitiam, em hipótese alguma, divergência ou hesitação. Desta maneira, as penas estatais não tinham a finalidade da reconstrução da moral do indivíduo, e sim, trazer o poder imperativo dos reis e da igreja.

Não eram perdoados os que agiam contra o poder absoluto ou quem, ao menos, pensasse em discordância dos paradigmas preestabelecidos e tidos como inquestionáveis.

O filósofo Michel Foucault, em sua obra intitulada “Vigiar e Punir”, traz no início do seu livro um relato de Damiens, um homem que foi executado por parricídio⁹⁰, no dia 2 de março de 1757, em Paris. O aludido teórico social relatou:

(...) levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; (em seguida), na dita carroça, na Praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio (...) e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.⁹¹

O suplício acima mencionado mostra a tamanha crueldade praticada na época. O espetáculo punitivo era uma forma comum e corriqueira em algumas

⁸⁸ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 76.

⁸⁹ Ibidem, p. 77.

⁹⁰ Conforme o dicionário parricídio é: Quem cometeu parricídio; Pessoa que mata seu pai ou sua mãe ou outro qualquer dos seus ascendentes. Pessoa que atenta contra o rei ou contra a pátria. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/parricidio>>. Disponível em: 24 de abril de 2016.

⁹¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. 36, Ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 9.

praças das cidades, onde se percebe claramente o foco da punição: o corpo do condenado.

O jurista holandês Hugo Grotius, criador do direito internacional e adepto ao pensamento racionalista⁹², sustentava a tese de que o ser humano não poderia mais ser tratado como mero objeto manipulado pelo poder estatal juntamente com a igreja, “por ser titular de direitos oriundos da natureza das coisas.”⁹³

Nesse sentido, o filósofo inglês John Locke também foi totalmente de encontro à parceria do Estado com a Igreja, mostrando que existe certa diferença entre as questões estatais e as questões ligadas à fé. O supracitado pensador relatou que:

(...) não cabe ao magistrado civil o cuidado das almas, nem tampouco a quaisquer outros homens. Isso não lhe foi outorgado por Deus, porque não parece que Deus jamais tenha delegado autoridade a um homem sobre outro para induzir outros homens a aceitar sua religião. Nem tal poder deve ser revestido no magistrado pelos homens, porque até agora nenhum homem menosprezou o zelo de sua salvação eterna a fim de abraçar em seu coração um culto ou fé prescritos por outrem, príncipe ou súdito.⁹⁴

Em 1764, o filósofo Cesare Beccaria, ao publicar sua obra, intitulada “Dos Delitos e das Penas”, começou a denunciar as penas cruéis praticadas pelo Estado absolutista⁹⁵, além de defender, que as penas tivessem por finalidade a reconstrução do homem, desta forma, deveria existir certa proporcionalidade entre o crime praticado pelo indivíduo e a respectiva pena. O aludido pensador mencionou:

As verdades até aqui expostas demonstram à evidência que o fim das penas não pode ser atormentar um ser sensível, nem fazer que um crime não cometido seja cometido. (...) os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime. (...) Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a

⁹² Corrente filosófica que preconizava o modo de pensar exclusivo com a razão, isto é, com o pensamento lógico. Conforme disponível em: <<http://www.infoescola.com/filosofia/racionalismo/>> Acesso em: 25 de abril de 2016.

⁹³ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 80.

⁹⁴ LOCKE, John. **Carta Acerca da Tolerância**. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Abril, 1984. p. 5.

⁹⁵ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 92.

impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado.⁹⁶

Por conseguinte, foi nos séculos XVIII e XIX, com base em ideias liberais, provenientes do Iluminismo, bem como da Revolução Francesa, que esses movimentos obtiveram êxito na queda do poder absolutista do Estado.⁹⁷ Foi nesse cenário que surgiu um direito penal moderno, em que floresceram as Escolas Penais com o propósito de estudar o crime, mencionando suas causas, bem como justificando a imposição das penas.⁹⁸

A primeira foi a Escola Clássica, que tinha por adeptos os pensadores: Cesare Beccaria, Francesco Carrara, Enrico Pessina e Giuseppe Carmignani, o inglês Jeremias Bentham e o alemão Anselmo Von Feuerbach.⁹⁹

Eles acreditavam que a pena era a retribuição pelo mal praticado pelo indivíduo e a mesma era imposta visando o interesse da sociedade. Nesse sentido, o jurista Boschi relata que:

(...) o crime é produto da vontade livre do indivíduo; não é determinado por outra causa que não seja esse poder ilusório que tem o homem, na posse do seu livre-arbítrio, de agir independentemente de quaisquer motivos.¹⁰⁰

Indo em contraposição à escola penal anteriormente citada, a Escola Positivista ou Antropológica defendia que a pena tinha por finalidade proteger a sociedade dos homens perigosos. Os seus principais defensores foram: Lombroso, Garófalo e Ferri.¹⁰¹

A “teoria do criminoso” foi idealizada pelo psiquiatra Cesare Lombroso, esta acreditava que “as causas do crime seriam orgânicas, psíquicas, hereditárias e

⁹⁶ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 93

⁹⁷ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Ensaio sobre a pena**. In: *Revistas dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 6, pp 1 – 24, jun. 2012.p. 6.

⁹⁸ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 82.

⁹⁹ ESTEVAN, André; GOLÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.161.

¹⁰⁰ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 82.

¹⁰¹ ESTEVAN, André; GOLÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.163.

adquiridas, daí se originando conceitos como os de imputabilidade e de periculosidade.”.¹⁰²

A terceira concepção da pena surgiu com a Escola Eclética ou Crítica, ela negava a existência do livre-arbítrio, baseada em uma visão antropológica, bem como acreditava que o indivíduo, ao ser preso, iria servir como exemplo aos demais cidadãos que ousassem infringir a lei.¹⁰³

Os principais representantes da Escola penal supramencionada foram: Gabriel Tarde, na França; Colajanni, Alimena, Poletti e Vaccaro, na Itália; Prins, na Bélgica; Liszt, na Alemanha e Clóvis Bevilacqua, no Brasil.¹⁰⁴

Logo depois, surgiram outras Escolas penais como: A “Escola Moderna Alemã”, cujo mais importante representante foi Franz von Liszt; a “Escola Técnico-Jurídica”, que teve como seu maior expoente Arturo Rocco; a “Escola Correcionalista”, de Karl Roder; e a “Escola da Defesa Social”, cujos expoentes foram Felipe Gramática, Adolphe Prins e Marc Ancel.¹⁰⁵

É importante mencionar, que o jurista Von Liszt foi de extrema importância para a evolução da pena, como também para conceituação do crime. O aludido autor propôs uma mudança radical no sistema jurídico penal, que deveria ser substituído outro, de cunho moderno e científico. Nesse sentido, o docente Boschi tratou, em sua obra, as principais contribuições do supramencionado jurista:

Dizendo com outras palavras, Liszt não só classificou os delinquentes, mas ainda, classificou as funções das penas, as quais as legislações modernas acabaram incorporando, embora com diferentes ênfases ora para a reprovação, ora para a prevenção, ora para a ressocialização. E fez mais: antecipou em décadas a discussão sobre a importante categoria dos bens jurídicos objeto da proteção legal.¹⁰⁶

Foi nesse contexto que surgiu o Direito Penal do Inimigo, idealizado pelo alemão Günther Jakobs, por causa do crescimento da criminalidade organizada no mundo moderno.

¹⁰² BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 82.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ ESTEVAN, André; GOLÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.164.

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 83.

Como já foi tratado no capítulo anterior, o Direito Penal do Inimigo propõe um tratamento diferenciado para os que são considerados inimigos do Estado. No entanto, é importante ressaltar que, para Jakobs, a pena tem a finalidade de reforçar a confiança de todas as pessoas na ordem jurídica de Direito positivo. Por isso, os que infringirem a norma positivada deverão ter uma pena como retribuição.

A classificação das penas na legislação brasileira pode ser dividida entre as proibidas e as permitidas. Compreende-se que as penas proibidas são: a pena de morte, com exceção em caso de guerra declarada; as de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e as cruéis. Conforme o artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal de 1988.¹⁰⁷

No entanto, no presente trabalho, serão analisadas as penas permitidas no ordenamento brasileiro, que possuem interna ligação com o crime de organização criminosa. De acordo com o inciso XLVI, do artigo 5º, da Carta Política, a aludida legislação prevê:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
 a) privação ou restrição da liberdade;
 b) perda de bens;
 c) multa;
 d) prestação social alternativa;
 e) suspensão ou interdição de direitos;¹⁰⁸

Do descobrimento do Brasil até um pouco antes da proclamação da República, eram colocadas em prática no país as penas cruéis e desumanas contidas nas Ordenações Filipinas¹⁰⁹; só por volta do século XVIII, com base em ideias Iluministas, a legislação pátria foi mudada para um ordenamento jurídico-penal com penas com sentido social. Conforme leciona o professor Boschi, no trecho de sua obra, transcrito abaixo:

Graças a essas ideias, o Código Criminal do Império de 1830 e as leis posteriores (especialmente o Decreto nº 774, de 20 de setembro de 1890), mesmo preservando a pena de morte, limitaram em trinta anos o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade,

¹⁰⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 de abril de 2016.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ O sistema jurídico que existia em Portugal e esteve presente em todo período do Brasil – Colônia.

permitiram a detração penal e admitiram a prescrição para todos os crimes, princípio quebrado, recentemente, pela Constituição de 1988, o que representou, nessa parte, um evidente retrocesso.¹¹⁰

A pena privativa de liberdade surge em um momento no qual o suplício tornou-se inaceitável. Foucault, nesse sentido, relatou, em sua obra, a necessidade de mudança na forma de punir. Ele diz que:

É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre o soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida no povo, por intermédio do supliciado e do carrasco.¹¹¹

Portanto, foi com a pena privativa de liberdade que a humanidade viu mudar o foco da punição. Deixando de ser praticada a pena sobre o corpo, sendo a mesma substituída pelo “suplício da alma”, presente no isolamento celular, em que a solidão era necessária para o corpo e a alma do condenado.¹¹²

A pena supramencionada afeta o direito do condenado de ir e vir, impondo-lhe um isolamento celular de forma total, quando for cumprida a pena em penitenciárias ou de forma parcial, que será em colônias penais ou albergues. O que vai direcionar o local de aplicação da pena serão dois critérios: a quantidade imposta e o regime de execução aplicado. A aludida pena se encontra no artigo 32, inciso I, do Código Penal.

As espécies da pena privativa de liberdade são: a reclusão, detenção e a prisão simples; cada uma delas possui uma finalidade jurídica.

A reclusão acolhe as condutas lesivas a bens juridicamente mais relevantes; já as condutas lesivas a bens de menor relevância poderão ser tratadas pelas espécies da detenção ou prisão simples.

No artigo 2º, caput, da Lei 12.850/2013, prevê-se que a pena relacionada ao crime de organização criminosa será de “reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e

¹¹⁰ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 79.

¹¹¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. 36, Ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 71.

¹¹² Ibidem, p. 138.

multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas”.¹¹³

Portanto, aquele que incidir em condutas de *promover, constituir, financiar, ou integrar*, diretamente ou indiretamente, organização criminosa, bem como tentar impedir ou atrapalhar investigação penal que a envolva ¹¹⁴, terá como consequência a pena acima citada.

É importante frisar que no § 5º, do artigo 2º da Lei do Crime Organizado, existe uma medida cautelar diversa da prisão. É no caso de:

§ 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.¹¹⁵

Na hipótese de afastamento cautelar do servidor público, isto é, a suspensão do exercício das funções públicas por ele praticadas, devem ser levados em consideração os fatos que “revelem que a manutenção do agente no exercício do múnus público poderá prejudicar a investigação ou instrução probatória.”¹¹⁶

No entanto, deve existir um nexo de causalidade entre a atividade funcional desenvolvida pelo agente e a prática delituosa. E quando o legislador se refere a “cargo, emprego ou função”, segundo os juristas Cleber Masson e Vinícius Marçal, entende-se que: “[...] abrangem todas as atividades desempenhadas junto à Administração Pública e aos Poderes Constituídos, englobando até mesmo os mandatos eletivos”.¹¹⁷

Desta maneira, os que possuem mandatos eletivos, poderão sofrer medida processual, nos casos em que for configurado que seus mandatos foram colocados à disposição do crime organizado.

Só existe uma exceção, em relação aos que possuem o mandato eletivo, que é no caso de autoridades que possuem *imunidade absoluta* à prisão preventiva. Por

¹¹³ BRASIL. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Lei de Organizações Criminosas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 29 de abril de 2016.

¹¹⁴ Conforme o artigo 2º, caput e § 1º, da Lei 12.850/2013.

¹¹⁵ BRASIL. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Lei de Organizações Criminosas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 29 de abril de 2016.

¹¹⁶ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado.** São Paulo: Método, 2015. p.43.

¹¹⁷ Ibidem, p. 44.

exemplo, no caso do Presidente da República, este não pode ser preso em nenhuma hipótese, também não poderá ser afastado de suas atividades.¹¹⁸

Portanto, durante a investigação criminal ou a instrução processual, quando houver necessidade, bem como indícios suficientes de que o funcionário público é membro ou ajuda uma organização criminosa, poderá o magistrado “determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da sua remuneração”.¹¹⁹

É importante frisar que a Lei do Crime Organizado prevê a perda do cargo do funcionário público condenado, além de o mesmo ficar interdito de exercer função ou cargo público por 8 anos, contados a partir do cumprimento da pena. É o que dispõe o artigo 2º, §6º:

A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.¹²⁰

Os efeitos da condenação criminal referente à perda do cargo podem abranger a cassação da aposentadoria, desde que o crime tenha ocorrido quando o funcionário público estava na ativa. Esse foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2011:

Hipótese em que o réu encontrava-se, na data do crime, em pleno exercício do cargo de policial militar, vindo a se aposentar dias depois. II. Legítima a cassação de aposentadoria do réu que teve declarada a perda do cargo, como efeito extrapenal da condenação, por crime cometido na atividade. III. Recurso provido, para restabelecer a sentença de primeiro grau.¹²¹

No entanto, a jurisprudência mais recente do STJ entende não ser possível a cassação da aposentadoria por não existir previsão legal. Deste modo:

¹¹⁸ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. São Paulo: Método, 2015. p.45.

¹¹⁹ BRASIL. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Lei de Organizações Criminosas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 29 de abril de 2016.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 914.405/RS**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 14/02/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22220882/recurso-especial-resp-1250950-df-2011-0100751-8-stj/inteiro-teor-22220883>>. Acesso em: 30 de abril de 2016.

De acordo com entendimento firmado pela colenda Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça é inviável ter-se como efeito da condenação penal a perda da aposentadoria, em razão de inexistente previsão legal.¹²²

A pena *restritiva de direitos*, que consta no artigo 43, inciso II, do Código Penal de 1940¹²³, possui uma natureza pecuniária e uma imposição substitutiva da pena privativa de liberdade, com a finalidade de obter um *quantum* ao Fundo Penitenciário. Para corroborar as discussões a respeito desse assunto, o jurista José Antônio Paganella menciona que

Essa modalidade de pena pode alcançar bens de quaisquer espécies e tem por beneficiário o Fundo Penitenciário (art. 44, § 3º, do CP), e, por óbvio, não poderá extrapolar o montante do prejuízo causado ou o montante do proveito obtido pelo agente ou por terceiro com a infração.¹²⁴

O artigo 4º, da LCO, trata sobre a hipótese de redução da pena ou perdão judicial, também conhecido por “colaboração premiada”, em que há a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade para a pena restritiva de direitos. O referido dispositivo legal dispõe que:

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:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.317.487/MT**, 5ª Turma do STJ, Rel. Laurita Vaz, unânime, *DJe* 22.08.2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25248097/recurso-especial-esp-1317487-mt-2012-0077346-7-stj/inteiro-teor-25248098>>. Acesso em: 30 de abril de 2016.

¹²³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de setembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 de abril de 2016.

¹²⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.138.

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada".¹²⁵

A multa é a terceira modalidade de pena prevista no Código Penal de 1940, ela consiste ao pagamento em dinheiro, direcionado ao Fundo Penitenciário, exigência que deve ser determinada por uma imposição judicial, advinda de uma sentença condenatória.

Vale salientar que a pena de multa não se confunde com as penas restritivas de direito, especificamente as de *prestação pecuniárias e de perdas de valores*.¹²⁶

No artigo 2º, caput, da Lei do Crime Organizado, prevê-se a pena de multa, deixando em evidência que a aplicação da mesma, não irá prejudicar a execução das demais penas referentes a outros delitos praticados. O aludido dispositivo legal dispõe que a pena será de “reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas”.¹²⁷

3.3 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade começou a tomar mais notoriedade no período iluminista, com a obra do italiano Marquês de Beccaria, intitulada “Dos Delitos e das Penas”. O aludido pensador defendia que

[...] para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditada pelas leis.¹²⁸

O princípio em tela visa adequar a pena entre a gravidade do delito praticado e a punição a ser imposta pelo poder estatal. É o que determina o artigo 15, da

¹²⁵ BRASIL. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Lei de Organizações Criminosas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 29 de abril de 2016.

¹²⁶ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 301.

¹²⁷ BRASIL. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Lei de Organizações Criminosas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 29 de abril de 2016.

¹²⁸ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 139.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a qual prevê que “a lei não deve discernir senão penas estritamente e evidentemente necessárias: - As penas devem ser proporcionais ao delito e úteis à sociedade.”¹²⁹

O princípio da proporcionalidade não foi adotado expressamente na Constituição Federal brasileira, no entanto, é perceptível sua essência em vários dispositivos legais como: no artigo 5º, inciso XLVI, que trata sobre a individualização da pena; a proibição de determinados tipos de penas, prevista no artigo 5º, inciso XLVII; a aceitação de maior rigor para os crimes mais graves, conforme o artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV.

Na pena do *talião*, mundialmente conhecida pela frase “olho por olho, dente por dente”, remota um aparente raciocínio de proporcionalidade da pena, embora seja conflitante com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o *talião* afronta o princípio da humanidade.

Por conseguinte, a cautela é tentar afastar ao máximo, “toda e qualquer intervenção desnecessária do Estado na vida privada dos cidadãos”.¹³⁰ E isso foi conquistado com a derrota do Estado absolutista e autoritário, presente na Idade Média, e começou a levar em conta, ideias iluministas, sendo erguida uma orientação filosófica com bases em princípios garantistas; um deles foi o da proporcionalidade.

O artigo 68 do Código Penal é de extrema importância para o magistrado aplicar a pena ao caso concreto, visto que o aludido dispositivo legal contempla o critério trifásico de aplicação da pena, cuja finalidade é impedir a imposição de uma punição, caso a mesma seja desproporcional ao fato praticado.

Fazendo um contraponto entre o Crime Organizado e o princípio da proporcionalidade, podemos visualizar que devido às características inerentes às organizações criminosas, elas não têm interesse algum em deixar rastros de suas atividades ilícitas, já que um dos seus grandes objetivos é impedir que descubram os crimes praticados por elas, bem como têm interesse em dificultar a descoberta de seus líderes e membros.

¹²⁹ **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, admitidos pela Convenção Nacional em 1793. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>>. Acesso em: 02 de maio de 2016.

¹³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, Ed. 15. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 54.

Diante disso, é necessária a utilização de métodos e técnicas *especiais*¹³¹ de investigação, para que o Estado possa saber não só o modo de atuação como também, o foco da criminalidade organizada. O jurista Antônio Scarance Fernandes corrobora esse viés interpretativo ao dizer que é:

(...) essencial para a sobrevivência da organização criminosa que ela impeça a descoberta dos crimes que pratica e dos membros que a compõem, principalmente dos seus líderes. Por isso ela atua de modo a evitar o encontro de fontes de prova de seus crimes: faz com que desapareçam os instrumentos utilizados para cometê-los e com que prevaleça a lei do silêncio entre os seus componentes; intimida testemunhas; rastreia por meio de tecnologias avançadas os locais onde se reúne para evitar interceptações ambientais; usa telefones e celulares de modo a dificultar a interceptação, preferindo conversar por meio de dialetos ou línguas menos conhecidas. Por isso, os Estados viram-se na contingência de criar formas especiais de descobrir as fontes de provas, de conservá-las e de permitir produção diferenciada da prova para proteger vítimas, testemunhas e colaboradores.¹³²

Com base nesse raciocínio, a Lei 12.850/2013, no artigo 3º, dispõe sobre os meios de provas que podem ser utilizados para desvendar uma organização criminosa. O supramencionado dispositivo legal prevê:

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;

¹³¹ Compreende os métodos de investigação elencados no artigo 3º da Lei do Crime Organizado, uma vez que, os métodos tradicionais de investigação são: oitiva de testemunhas; requisição de documentos; busca e apreensão etc.

¹³² FERNANDES, Antônio Scarance. *apud* MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. São Paulo: Método, 2015. p. 88.

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.¹³³

É nesse contexto que entra o princípio da proporcionalidade, com a finalidade de não permitir abusos, por parte do poder estatal, no que tange aos meios de investigação, que venham a ferir o Estado Democrático de Direitos. Visando proteger os direitos fundamentais do investigado, faz-se necessária a aplicação do princípio em tela.

Diante do exposto, bem assentaram os docentes Masson e Marçal, ao evidenciarem a importância de seguir esses meios de investigação e obtenção de provas, com base nos preceitos da nossa Carta Política. Os aludidos juristas expõem:

Por óbvio, a utilização desses meios especiais de obtenção de prova deverá obedecer às regras legais e constitucionais. Num Estado constitucional e Democrático de Direito, em que sua Carta Magna homenageia o sistema processual acusatório e um conjunto de garantias fundamentais ao investigado/processado, é comezinha a percepção segundo a qual as intromissões do Estado na esfera privada dos cidadãos, especialmente na seara criminal, só podem existir dentro dos estritos lindes normativos. A busca pela eficiência não pode jamais atropelar inconstitucionalmente direitos e garantias fundamentais.¹³⁴

Houve uma grande crítica ao meio de obtenção de prova, presente no artigo 3º, inciso I, que tem por nome de “colaboração premiada”. Alguns estudiosos defendem que o supramencionado dispositivo legal traz uma ruptura ao princípio da proporcionalidade, ao tratar os agentes do mesmo fato delituoso, serem apenados de forma distinta.¹³⁵

Em contrapartida, acredita-se que tal hipótese não fere o princípio da proporcionalidade, por estar prevista na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XLVI, a individualização da pena. Esta possibilita que, em condutas idênticas, deve

¹³³ BRASIL. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Lei de Organizações Criminosas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 2 de maio de 2016.

¹³⁴ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado.** São Paulo: Método, 2015.

¹³⁵ MIRANDA, Eliana Cristina Fernandes; PANHOZA, João Vitor Serra Netto. **Nova Lei de organização criminosa trouxe ferramentas contra o crime.** Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2014-jun-25/lei-organizacao-criminosa-trouxe-ferramentas-crime>>. Acesso em: 2 de abril de 2016.

ser levado em conta, o histórico pessoal do investigado. O que pode gerar, na prática, uma diferenciação nas penas impostas.

4 O ESTADO E A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

4.1 Organização Criminosa e o Sistema Prisional

O sistema prisional brasileiro começou a tomar notoriedade com a primeira prisão, inaugurada em 1850¹³⁶, que tinha por nome de Casa de Correição da Corte, mas popularmente conhecida por Complexo Frei Caneca, localizada no Rio de Janeiro. Referente a esse modelo de encarceramento penal brasileiro, o jurista Roberto Porto afirma que:

(...) parodiando o modelo de Auburn, no estado de New York, famosa por ser a primeira prisão a estabelecer o regime de cela única, a técnica punitiva aplicada na Casa de Correição da Corte consistia na reabilitação dos presos através do trabalho obrigatório nas oficinas durante o dia e o isolamento celular noturno.¹³⁷

Percebe-se, que o trabalho que os presos exerciam no Complexo Frei Caneca tinha a finalidade de mudança e afastamento da vida do crime, e não o objetivo de punição. Além do mais, havia o isolamento noturno, com determinação de silêncio absoluto.¹³⁸ Todas essas regras tinham por propósito a reflexão e submissão dos detentos. O filósofo Foucault relata que:

(...) o isolamento dos condenados garante que se possa exercer sobre eles, com o máximo de intensidade, um poder que não será abalado por nenhuma outra influência; a solidão é a condição primeira da submissão total.¹³⁹

Os primeiros presídios brasileiros introduziram o modelo panóptico de estrutura, arquitetado pelos irmãos Bentham¹⁴⁰; é composto pela “formação de anéis nas extremidades, em que ficam as celas, e por uma torre central, com visão ampla

¹³⁶ ROCHA, Carla. **Construído no Império, Complexo da Frei Caneca**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/construido-no-imperio-complexo-da-frei-caneca-por-onde-passou-escritor-graciliano-ramos-3040722>>. Acesso em: 08 de março de 2016.

¹³⁷ PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 14.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. Ed. 36. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 223.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 190.

do ambiente.”.¹⁴¹ No entanto, essa estrutura, vista como a melhor estratégia da época, foi mudada com o passar do tempo, por não ser mais considerada apropriada para as necessidades do sistema penal.

A realidade carcerária nacional começou a não atender aos fundamentos do modelo de prisão previsto em Auburn – que tinha como normas internas, o silêncio absoluto, isolamento celular e a rigidez na disciplina dos detentos.

Segundo o docente Roberto Porto, o sistema penal desenvolvido na primeira prisão era dirigido a delinquentes pobres, miseráveis e muitos deles eram escravos.¹⁴² Portanto, não era destinado a todo e qualquer delinquente, e sim, a uma classe bem específica.

Por volta de 1784, na cidade de São Paulo, as pessoas que infringiam a lei, eram colocadas em cadeias municipais. Devido ao crescimento estarrecedor da criminalidade, no estado Paulista, especificamente no ano de 1852, foi instituído o primeiro estabelecimento prisional, por nome de Casa de Correição.¹⁴³

Foi por volta de 1920, que o país passou a ter um modelo de presídio que era considerado referência nacional. A Penitenciária do Estado de São Paulo era composta por oficinas de trabalho, bem como enfermarias e celas individuais. Foi a partir dela, que surgiram inúmeros presídios brasileiros, como bem preceitua o jurista Porto:

O modelo penitenciário implementado em São Paulo, e idealizado por Ramos de Azevedo, serviu de inspiração para a construção de inúmeros presídios no Brasil. Só em São Paulo, na década de 50, o número de unidades prisionais cresceu de modo acentuado. Embora na época fossem consideradas modelares, nenhuma delas obedeceu ao princípio da classificação dos detentos, de modo a separá-los conforme a gravidade dos delitos praticados.¹⁴⁴

Foi com a colônia penal de Norfolk que se começou a visualizar a ideia de progressão da pena. Os condenados eram separados conforme o comportamento ou produtividade na execução dos trabalhos. Mas a compreensão de progressão da pena só foi aprimorada com o sistema penitenciário de Crofton. Conforme relata o docente Guilherme de Souza Nucci, no trecho transcrito abaixo:

¹⁴¹ PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 15.

¹⁴² *Ibidem*, p. 16.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 17.

Aprimorado na Irlanda por Walter Crofton, o sistema passou a dividir o encarceramento em estágios, conforme o merecimento, passando do isolamento celular ao trabalho comum, com período de semiliberdade (colônia agrícola) até atingir a liberdade sob vigilância até o final da pena. Vale citar, ainda, a experiência de Montesinos, no presídio de Valencia, bem como de Ober-Mayer, em Munique. Tal modelo até hoje exerce influência em nossa legislação.¹⁴⁵

De acordo com a Resolução nº 3, de 22 de setembro de 2005¹⁴⁶, o Ministério da Justiça e o Departamento Penitenciário Nacional adotaram um projeto-padrão de arquitetura dos presídios. A finalidade foi a unificação dos projetos arquitetônicos das penitenciárias nacionais. A partir de então, todos os Estados começaram a acatar essas diretrizes.

As diretrizes relacionadas para o modelo ideal de presídios não foram suficientes para acabar ou ao menos, amenizar a problemática da superlotação das penitenciárias brasileiras. Segundo dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)¹⁴⁷, especificamente na metade do ano de 2014¹⁴⁸, a taxa de aprisionamento teve um aumento bastante relevante, de 119% contabilizando aproximadamente 299,7 presos, para cada 100 mil habitantes.

Desta maneira, conforme a análise do Departamento Penitenciário Nacional, “caso mantenha-se esse ritmo de encarceramento, em 2022, a população prisional do Brasil ultrapassará a marca de um milhão de indivíduos. Em 2075, uma em cada dez pessoas estará em situação de privação de liberdade.”.¹⁴⁹

¹⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. Ed. Revista dos Tribunais: 2007. p. 64.

¹⁴⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. **Cartilha de diretrizes básicas para arquitetura penal**. Brasília: 2011. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPCP/2011Diretrizes_ArquiteturaPenal_resolucao_09_11_CNPCP.pdf>. Acesso em: 09 de maio de 2016.

¹⁴⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**. Brasília: junho de 2014. Disponível em: <http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/relatorio_depen.pdf>. Acesso em: 09 de maio de 2016. p. 16.

¹⁴⁸ Só tem disponível para consulta, os relatórios anuais sobre o levantamento nacional das penitenciárias, até o ano de 2014.

¹⁴⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**. Brasília: junho de 2014. Disponível em: <http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/relatorio_depen.pdf>. Acesso em: 09 de maio de 2016. p. 16.

Em meados de 2014, o Brasil se encontrava no *ranking* mundial, na quarta colocação, com a maior população carcerária, sendo o primeiro da América Latina,¹⁵⁰ ficando atrás só dos Estados Unidos, China e Rússia.

O Brasil possui um déficit de 161% sobre as quantidades de vagas que deveriam existir no sistema prisional, que possui uma população carcerária de aproximadamente 607.731 presos.¹⁵¹

Vale salientar que as condições das penitenciárias brasileiras são precárias. Isso se deve, à omissão do Estado em não ter tido a cautela em investir no sistema prisional. Como consequência, o docente Roberto Porto defende que foi a inércia estatal que resultou na crise das técnicas penitenciárias. O aludido jurista relata:

A omissão do Estado propiciou a falência das técnicas penitenciárias aplicadas no Brasil e, conseqüentemente, a perda do controle sobre a população carcerária. Durante anos, o Estado brasileiro deixou de exercer o controle sobre os sentenciados. Tomemos como exemplo a já extinta Casa de Detenção de São Paulo, estabelecimento criado para abrigar 3.250 presos. Durante muitos anos, a Casa de Detenção de São Paulo chegou a hospedar mais de 8 mil homens, recorde mundial de detentos em um único estabelecimento.¹⁵²

É nesse cenário que se tem o crescimento e a estruturação das organizações criminosas nos presídios brasileiros. Isto é, a omissão do Estado em relação ao sistema penal fez com que o ambiente superlotado permitisse a proliferação de doenças transmissíveis, maus tratos, entre tantos outros males que afetam diretamente a população carcerária. Essas situações fazem com que os presos se revoltem com o tamanho abandono estatal e recorram às facções criminosas, com o intuito de encontrarem nelas, possíveis promessas de esperança e autopreservação.

Segundo o sociólogo Fernando Salla, as facções criminosas começaram a tomar notabilidade nas unidades prisionais por volta dos anos de 1970, no Rio de Janeiro e 1990, em São Paulo. O aludido autor menciona que:

¹⁵⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**. Brasília: junho de 2014. Disponível em: <http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/relatorio_depen.pdf>. Acesso em: 09 de maio de 2016. p. 12.

¹⁵¹ Ibidem, p. 13.

¹⁵² PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 59.

A criminalidade que se organiza nas prisões brasileiras surge nos anos 1970 no Rio de Janeiro e ao longo dos anos 1980 (Comando Vermelho). Em São Paulo, ao longo dos anos 1990 (Primeiro Comando da Capital - PCC). Até então, existiam nos territórios prisionais líderes individuais, quadrilhas, que se impunham muitas vezes à massa carcerária, mas que não possuíam uma identidade que mantivesse o bando por muito tempo.¹⁵³

Os presos buscam se reunir em grupos fortes e organizados, todos têm em comum o sentimento de luta contra o “inimigo”. Diga-se de passagem, que se compreende que o tal inimigo é o Estado. É nesse sentido que Roberto Porto considera que a:

(...) hostilidade e o medo são as emoções predominantes. Portanto, o grupo se reúne para lutar contra alguma coisa ou para fugir dela, criando um inimigo e depositando nele seus sentimentos hostis. Parece indiscutível que o pressuposto básico predominante na formação das facções criminosas é o de luta-fuga, cujo inimigo é o sistema prisional.¹⁵⁴

O indivíduo ao adentrar no sistema prisional, na figura de detento, passa por um “processo de prisionização”. A docente Ana Gabriela Braga menciona esse conceito para explicar os efeitos da prisão sobre a identidade do preso. Nesse sentido, a supracitada jurista diz que:

Ao ingressar no sistema prisional, o indivíduo tem alteradas suas referências e relações anteriores, e deve absorver os novos padrões sociais existentes, adaptando-se rapidamente às regras da casa. A integração aos costumes, valores e normas comuns aos detentos se dá a partir do processo de socialização pelo qual o indivíduo se apropria dos códigos, da linguagem e dos conhecimentos específicos desse grupo social (cultura prisional).¹⁵⁵

É de extrema importância frisar que o Estado, ao abandonar o seu dever de manter a ordem e harmonia no sistema prisional, passou a contribuir com o poderio das organizações criminosas no interior das penitenciárias. Sobre isso, o docente Fernando Salla considera:

¹⁵³ SALLA, Fernando. **Considerações sociológicas sobre o Crime Organizado no Brasil**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, Vol. 71, pp. 1 – 13, jul. 2011. p.5.

¹⁵⁴ PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 60.

¹⁵⁵ BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **Preso pelo Estado e vigiado pelo crime: as leis do cárcere e a construção da identidade na prisão**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013. p. 19.

Nesse sentido, a precariedade do sistema penitenciário em atender às necessidades básicas dos presos proporcionou também as condições para que as lideranças, os grupos organizados, oferecessem assistência material a muitos presos em troca de lealdade dentro e fora das prisões. As falhas da autoridade na manutenção da ordem prisional permitem que os grupos organizados imponham sua liderança em diversos aspectos do cotidiano prisional, controlem os mínimos movimentos e ações dos presos, imponham a muitos deles a relação de dependência pela venda de proteção.¹⁵⁶

Pela falta de interesse e de fiscalização por parte do poder estatal, as facções criminosas evoluíram suas atividades de dentro dos presídios, com a utilização exacerbada e desmedida, dos aparelhos celulares. Assim, através dos telefones móveis, os detentos começaram a ampliar suas práticas delituosas, para além das grades. Conforme bem leciona Ana Braga:

(...) o intercâmbio de informações entre o cárcere e o “mundão”, por meio da abertura de canais alternativos de comunicação—principalmente do telefone celular. (...) A disseminação do uso de celulares nos presídios possibilitou aos presos gerenciar seus negócios e até cometer crimes de dentro da prisão; comunica-se diretamente com suas famílias, amigos e com detentos de outras unidades prisionais.¹⁵⁷

Ainda em relação ao uso de aparelhos móveis no interior das penitenciárias, Roberto Porto menciona que foi “o elemento que faltava à evolução das atividades das facções criminosas, dentro e fora dos presídios.”¹⁵⁸ Portanto, mais uma vez, devido à omissão do Estado em não coordenar e fiscalizar as unidades prisionais, o mesmo transferiu, parcialmente, o controle das prisões aos líderes das organizações criminosas, por não conseguir

(...) dar conta de manter essa denominação sozinha, ela se apoia nas lideranças dos presídios para a tarefa de garantir o controle dos internos. Em troca, essas lideranças têm seu poder reconhecido pela administração prisional e perante a massa carcerária, e daí extrair inúmeras vantagens. (...) o controle formal faz vista grossa quanto ao

¹⁵⁶ SALLA, Fernando. **Considerações sociológicas sobre o Crime Organizado no Brasil**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, Vol. 71, pp. 1 – 13, jul. 2011. p.5.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 43.

¹⁵⁸ PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 61.

que ocorre na prisão, seja por não conseguir sobrepor-se a essa realidade, seja pelas vantagens diretas e indiretas daí obtidas.¹⁵⁹

Desta forma, a sociedade não só fica à mercê dos crimes praticados pelas facções criminosas – em que, na maioria das vezes, as ordens das atividades delituosas são provenientes do interior dos presídios –, como também não aceita que o Estado não tenha punho e controle dos detentos nas unidades prisionais. Em relação a isso a docente Ana Braga diz:

É impossível que a burocracia estatal mantenha o poder total e completo sobre o estabelecimento. O fato da sociedade não tolerar a ideia da influência dos próprios presos na configuração do sistema prisional, a partir do exercício do controle informal, gera instabilidade nos sistemas prisionais, à medida que a vontade da população e o discurso repressivo não conseguem transpor a complexa realidade.¹⁶⁰

O sistema prisional brasileiro possui, nos variados Estados, muitas organizações criminosas que se originaram no interior das penitenciárias. Algumas facções mais conhecidas são: Em São Paulo, o Primeiro Comando da Capital (PCC), Comando Revolucionário Brasileiro da Criminalidade (CRBC), Seita Satânica (SS), Terceiro Comando da Capital (TCC); No Rio de Janeiro, o Comando Vermelho (CV), Amigo dos Amigos (ADA), Terceiro Comando (TC); No Distrito Federal, há o Paz, Liberdade e Direito (PLD); em Pernambuco é o Comando Norte-Nordeste.¹⁶¹

Posteriormente, será analisado o Primeiro Comando da Capital (PCC), por ser uma organização criminosa com maior notoriedade nacional.

4.1.1 O Primeiro Comando da Capital (PCC)

¹⁵⁹ BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **Preso pelo Estado e vigiado pelo crime: as leis do cárcere e a construção da identidade na prisão**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013. p. 60.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 67.

¹⁶¹ PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 73.

O Primeiro Comando da Capital (PCC) surgiu no mês de agosto de 1993, na Casa de Custódia e Tratamento “Dr. Arnaldo Amado Ferreira”, localizada em Taubaté, São Paulo.¹⁶²

A priori, o Primeiro Comando da Capital era o nome de um time de futebol que participava de campeonatos que ocorriam no interior do presídio de Taubaté. Esta unidade prisional era popularmente conhecida por *Piranhão* ou *Masmorra*, afinal, ela era tida como uma das mais rígidas do sistema.¹⁶³

Os presos da Casa de Custódia tinham a limitação de um banho de sol, com duração máxima, de uma hora por dia, este poderia ser acompanhado por mais 10 detentos. Os internos tinham celas individuais, mas não possuíam o direito de ter visita íntima.

O jurista Roberto Porto relata em sua obra, de forma bastante concisa, o momento em que o PCC começou a mudar o foco, daquele para o qual, a princípio, tinha sido criado:

Contar que ao chegar à final do campeonato, o time Primeiro Comando da Capital, integrado pelos presos denominados fundadores José Márcio Felício, o Geleirão, Cezar Augusto Roriz, o Cezinha, José Eduardo Moura da Silva, o Bandeijão, Idemir Carlos Ambrósio, o Sombra, dentre outros, resolveu, em vez de jogar futebol, acertar as contas com dois integrantes do time adversário, resultando na morte destes presos. Deste ato que tomou contorno de reivindicação contra as precárias condições do sistema prisional, se originou a facção criminosa.¹⁶⁴

Originalmente, o Primeiro Comando da Capital possuía uma estrutura piramidal, como as famosas máfias italianas, que foram estudadas no início do trabalho. O topo da facção criminosa era formado pelos *fundadores* ou os que se destacassem nas atividades delituosas e ganhassem o respeito dos demais membros e, assim, ocupavam lugares de prestígio.

Nas escalas inferiores, no que tange à hierarquia, o PCC é constituído por membros denominados de *batizados*, que são considerados pelos líderes como

¹⁶² PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 62.

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ Ibidem.

integrantes ativos da facção criminosa e, devido a isso, recebem em mãos as regras (estatuto) que devem obedecer.¹⁶⁵

Com o passar dos anos, a facção criminosa supramencionada começou a possuir uma estrutura em forma de células. Assim, mesmo os seus líderes sendo presos e isolados pelo Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), as atividades criminosas continuam sendo naturalmente exercidas, uma vez que tal estrutura permite isso.

Conseqüentemente, foi com o surgimento dos *pilotos* e alguns integrantes denominados de *torres* que ficou consagrada a interdependência na prática de crimes, que dependessem exclusivamente das ordens provenientes dos líderes das sociedades criminosas. Isso significa dizer que mesmo os líderes isolados, e, em tese, incomunicáveis, essa estrutura em forma de células possibilita as *torres*, por exemplo, a tomarem decisões, desde que seja em sua área de atuação. É o que o jurista Porto menciona em sua obra:

Com a expansão da organização, a ordem hierárquica desenvolveu uma ordenação escalonada mais complexa e culminou com a criação dos chamados “Pilotos” e “torres”, presidiários que detêm poder de mando dentro de determinado presídio ou pavilhão como representante dos “Fundadores” ou em situação semelhante a estes. As “torres” têm autonomia de decisão dentro de sua área de atuação e elas funcionam como última instância antes da liderança geral.¹⁶⁶

A participação efetiva nas unidades prisionais – dos detentos denominados de *pilotos* ou *torres* –, mostra claramente o que a docente Ana Braga defende em seu livro, ao relatar que a *ordem formal*, que é compreendida como o “conjunto de instrumentos normativos emanados pelo Estado”¹⁶⁷, não consegue efetivamente ter domínio total das penitenciárias, sujeitando-se à ordem informal, coordenada pelos líderes das facções criminosas, com intuito de estes garantirem o controle dos internos.¹⁶⁸

¹⁶⁵ PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 74.

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **Preso pelo Estado e vigiado pelo crime: as leis do cárcere e a construção da identidade na prisão**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013. p. 57.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 60.

No dia 18 de fevereiro de 2001, houve uma rebelião de grande porte, que o docente Roberto Porto chama de *megarrebeldião*, pois envolveu 29 presídios com ações paralelas, na qual o Primeiro Comando da Capital conseguiu reunir em mais de 18 municípios, 28 mil rebelados.¹⁶⁹

Outra rebelião que tomou grandes proporções, inclusive a imprensa a intitidou, também, de *megarrebeldião*, deu-se no ano de 2006, especificamente entre os meses de maio a agosto. Naquele contexto, o Primeiro Comando da Capital foi a organização criminosa que passou a ser tomada pelo Estado como a responsável pelas 70 rebeliões nos presídios do Estado de São Paulo; a onda de crimes resultou em 1.325 ataques e 172 mortos.¹⁷⁰

O sociólogo Fernando Salla aponta o quanto a sociedade ficou à mercê da ação do PCC, no ano de 2006, o que resultou em insegurança para a população. O aludido autor exprimiu:

A novidade e o mais surpreendente na crise de 2006 foi o transbordamento dos fatos para além das organizações policiais e penitenciárias. Houve a paralisação temporária das atividades na maior cidade do país, São Paulo. Os sentimentos de medo e insegurança, já presentes há muito entre os habitantes, ganharam novos patamares com a crise de 2006.¹⁷¹

Foi diante a episódios como esses que o Regime Disciplinar Diferenciado surgiu, com a finalidade de detectar e separar dos demais detentos, os presos considerados violentos, rebeldes e líderes de rebeliões; eles devem obter um tratamento diverso e com mais rigor, por parte do Estado.

4.2 Regime Disciplinar Diferenciado pode solucionar esse problema?

O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) foi instituído pelo Projeto nº 5.073/2001, acarretando a edição da Lei nº 10.792/2003, que adveio com o

¹⁶⁹ PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 74.

¹⁷⁰ SALLA, Fernando. **Considerações sociológicas sobre o Crime Organizado no Brasil**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, Vol. 71, pp. 1 – 13, jul. 2011. p.1.

¹⁷¹ Ibidem.

propósito, dentre outros, de inserir na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), o supracitado Regime especial.¹⁷²

O Regime Disciplinar Diferenciado é um tipo de sanção disciplinar que é caracterizado na prática, pelo isolamento celular, em cela individual, com o prazo máximo de 360 dias.¹⁷³

A finalidade do RDD é voltada especificamente para determinados autores. Em seu âmbito, o poder estatal impõe isolamento de até um ano, não em virtude da prática delituosa, e sim, por determinados indivíduos, inseridos no Regime, representarem periculosidade para a sociedade, para a vida em cárcere, ou até mesmo, por serem integrantes de uma organização criminosa. O jurista Cezar Bitencourt menciona que as “instâncias de controle” não têm interesse no direito penal do fato, isto é, no que foi praticado no caso concreto, mas em quem é o autor do crime. Logo, “[...] não se pune pela prática de fato determinado, mas sim pela qualidade, personalidade ou caráter de quem faz, num autêntico Direito Penal de autor.”¹⁷⁴

Como já foi mencionado anteriormente no presente trabalho, o que ensejou o Regime Disciplinar Diferenciado foi o crescimento desmedido das organizações criminosas e suas ações delituosas, que tomaram grande proporção na mídia nacional e internacional.¹⁷⁵

Desta feita, é importante ressaltar que antes mesmo do RDD ter sido instituído nacionalmente, pela Lei 10.792/2003, os Estados do Rio de Janeiro e São Paulo tinham editado resoluções disciplinando o aludido Regime. É o que bem preceitua o docente Roberto Porto, no que tange ao Estado de São Paulo:

Como restabelecer o comando de um sistema prisional corrupto e desgovernado? A solução encontrada pelo Secretário de Estado da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo (...) em 04 de maio de 2001, a fim de assegurar a disciplina e a

¹⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, Ed. 15. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 540.

¹⁷³ BRASIL. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 18 de maio de 2016.

¹⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, Ed. 15. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 543.

¹⁷⁵ PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 62.

ordem do sistema prisional paulista, editou a Resolução nº 26, instituindo o Regime Disciplinar Diferenciado.¹⁷⁶

Foi a Resolução SAP, nº 26, de 4 de maio de 2001, a responsável de instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, no Estado de São Paulo. O artigo 1º, da supracitada resolução, dispõe:

Artigo 1º O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), aplicável aos líderes e integrantes das facções criminosas, bem como aos presos cujo comportamento exija tratamento específico, é próprio do anexo de Taubaté, das unidades I de Avaré, I e II de Presidente Wenceslau, Iaras e de outras designadas pela Administração.¹⁷⁷

Portanto, foi no dia 1º de dezembro de 2003 que a Resolução SAP-026, de 4 de maio de 2001, foi convertida em Lei Federal. A supracitada lei alterou também, o artigo 52 da Lei de Execuções Penais.

O aludido regime se apresentou para alguns estudiosos, como a melhor solução para inibir o crescimento das organizações criminosas. O líder da facção desde o início era o alvo a ser neutralizado. Ao impor restrições mais rígidas, e total controle do detento (principalmente do líder da facção), o Estado acreditava que obteria, em tese, o desarranjo dessas organizações criminosas.

O jurista Roberto Porto relata o momento em que o Estado de São Paulo se deparou sem o controle sobre as ações das facções, que ensejaram, dentre tantos malefícios, a megarrebelião de 2006, comandada pelo Primeiro Comando da Capital:

Quando o Estado se deu conta, estava diante de um quadro caótico. Somente a facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC) contava com aproximadamente 6.000 integrantes, doutrinados e disciplinados para atender às ordens de seus líderes.¹⁷⁸

A docente Ana Gabriela Braga menciona também que, no ano de 2006, o governo do Estado de São Paulo procurou o provável líder do Primeiro Comando da

¹⁷⁶ PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 62.

¹⁷⁷ Secretária da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. Assessoria de Imprensa. **Cartilha sobre o Regime Disciplinar Diferenciado**. Disponível em: <http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/nagashi_furukawa.pdf>. Acesso em: 18 de maio de 2016.

¹⁷⁸ PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 62.

Capital (PCC), com a finalidade que o mesmo ajudasse na negociação para o fim dos ataques que pararam a Capital paulista. A aludida autora relata:

(...) A suspeita de que o governo do Estado de São Paulo, teria negociado o fim dos ataques que pararam a cidade de São Paulo, em 2006, com o suposto líder do PCC, Marcos Camacho (Marcola) é significativa nesse sentido. Apesar da denúncia da imprensa, perante as afirmações de Marcola em depoimento na CPI do Tráfico de Armas (...) se o objetivo principal do governo era manter a disciplina social e salvar vidas, para dessa forma retomar aparentemente o controle da cidade e acalmar a população, o “contato” seria um custo a ser pago.¹⁷⁹

A postura do Estado paulista, ao procurar o detento Marcos Camacho, conhecido popularmente por Marcola, parece sintomática, pois, é importante frisar, o mesmo, estava cumprindo pena no Regime Disciplinar Diferenciado¹⁸⁰. Portanto, compreende-se que tal fato só enfatiza o notável poder de influência da facção criminosa sobre a ordem carcerária e até, de certa maneira, sobre a ordem social.

A especialista de Direito Penal e Processual, Tatiana Cosate – em seu artigo intitulado “Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) - Um mal necessário? ” –, menciona qual foi a intenção quando eclodiu a ideia de estabelecer o RDD. A supracitada autora, diz que “isolar os presos que lideravam tais facções parecia a solução mais natural e plausível, de modo a interromper a cadeia de comando e desarticular o movimento. ”¹⁸¹

Como já mencionado, a instituição do supramencionado Regime não neutralizou as atuações das facções criminosas. O grande exemplo disso foi o fato de o governo paulista ter procurado o líder do Primeiro Comando da Capital, nos ataques de 2006.

Não demorou até que estudiosos apontassem discordância com o supracitado Regime disciplinar. Para Roberto Delmanto, ex- membro do Conselho de Política Criminal e Penitenciária do Estado de São Paulo, o RDD é inconstitucional por estar

¹⁷⁹ BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **Preso pelo Estado e vigiado pelo crime: as leis do cárcere e a construção da identidade na prisão**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013. p. 69.

¹⁸⁰ Ibidem.

¹⁸¹ COSATE, Tatiana Moraes. **Regime Disciplinar Diferenciado (RDD): um mal necessário?** Revista do Direito Público. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11466>>. Acesso em: 18 de maio de 2016.

em divergência com a Constituição Federal de 1988, bem como, em desacordo com tratados internacionais assinados pelo país:

(...) o RDD (Regime Disciplinar Diferenciado), com o qual, ferindo a Constituição e tratados internacionais por nosso país assinados, o governo paulista pretendeu retomar o controle dos presídios e desbaratar as organizações criminosas que o dominam. De forma cruel e desumana, causadora de distúrbios psicológicos e psiquiátricos, os que nele entram podem permanecer em diminutas celas, com pequenas aberturas para o exterior pelas quais passam apenas as mãos, por até mais de um ano. Em absoluto isolamento, sem rádio, televisão ou revistas, só saem das celas uma hora por dia.¹⁸²

Segundo os juristas Salo de Carvalho e Christiane Freire, há inconstitucionalidade no Regime Disciplinar Diferenciado, este pode se assemelhar aos sentimentos de vingança que marcaram os suplícios medievais. Os aludidos autores explicam que:

(...) a normatização do RDD nas prisões brasileiras, como aposta na aniquilação dos condenados da sua condição de seres humanos, equivale à opção por um modelo ultrapassado e bárbaro de punição. O sistema penitenciário nacional depara-se, pois, tragicamente, com uma opção política de eliminação dos seus excluídos que cometeram desvios. (...) Para além da privação da liberdade, se agrega um castigo que remonta os suplícios medievais.¹⁸³

No entanto, acredita-se que o RDD se apresenta, de certa maneira, como um avanço ao combate ao crime organizado. Não deve ser visto como inconstitucional, uma vez que a Constituição Federal garante o tratamento individualizado das penas, além do mais, a possibilidade de tratar os desiguais na medida de suas desigualdades. De acordo com o que leciona Roberto Porto:

(...) a base constitucional para o estabelecimento de tratamento diferenciado relativamente a apenados com características pessoais que identifiquem alto potencial ofensivo encontra-se no artigo 5º, *caput*, e inciso XLVI, CF. Assim, individualização das penas é reflexo

¹⁸² DELMANTO, Roberto. **Da máfia ao RDD**. *Boletim do IBCCrim*, n. 163. São Paulo: Instituto

Brasileiro de Ciências Criminais, junho 2006, p. 05.

¹⁸³ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro**. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/30/Documentos/273.pdf>>. Acesso em: 18 de maio de 2016.

do princípio da igualdade, já que considera que indivíduos diferentes devem ser tratados na medida de suas diferenças.¹⁸⁴

Ademais, o aludido Regime não deve ser considerado desumano ou cruel, pois não é constado registros de maus tratos ou espancamentos por parte da Administração.¹⁸⁵ Além do mais, o mesmo não é permitido por prazo indeterminado; só será prorrogado pela prática de falta grave e que seja da mesma espécie, e mesmo assim, tem o limite legal preestabelecido. O artigo 52, da Lei 10.792/2003, é bem taxativo ao mencionar que:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.¹⁸⁶

No entanto, entende-se que não é apropriado mencionar que o Regime Disciplinar Diferenciado é a única medida de combate as organizações criminosas. Conforme defende o jurista Roberto Porto:

O resultado da aplicação deste Regime no Brasil, que está se demonstrando com uma das únicas medidas eficazes no combate às organizações criminosas que atuam dentro do sistema prisional, vem propiciando a colaboração eficaz de sentenciados considerados líderes de grupos criminosos. Através destas colaborações, inúmeros integrantes de facções criminosas puderam ser identificados e processados.¹⁸⁷

¹⁸⁴ PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 67.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 65.

¹⁸⁶ BRASIL. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 18 de maio de 2016.

¹⁸⁷ PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 71.

Conforme já foi mencionado no presente trabalho, mesmo os líderes das organizações criminosas sendo isolados no Regime Disciplinar Diferenciado, ainda assim, as facções criminosas têm força, devido à sua estrutura em forma de escalonamento, que possibilita que os detentos – denominados de *torres* ou os *pilotos* –, atuem coordenando os demais presos nas práticas delituosas.

Segundo leciona Ana Gabriela Braga, o poderio das facções criminosas resultou em um código normativo das prisões, isto é, os detentos é quem ditam as regras nas unidades prisionais:

(...) a falta de controle sobre a massa carcerária ao longo dos anos, contribuiu para que as facções assumissem a administração da violência e, conseqüentemente, do código normativo das prisões. O suposto monopólio estatal da violência e mesmo o conceito da prisão enquanto instituição total merecem ser revistos a partir do fortalecimento do poder das facções sobre a massa carcerária.¹⁸⁸

A atuação das facções vai muito além dos muros das penitenciárias. Ademais, essas organizações criminosas também têm o total domínio do que acontece no interior das unidades prisionais. De acordo com a jurista Braga, as:

(...) facções se aperfeiçoaram em termos organizacionais, principalmente com o desenvolvimento de estratégias internas e externas de comunicação e controle. Ao mesmo tempo em que se enraizaram-se para fora, com tentáculos nas comunidades, no mercado ilegal e nas instituições estatais. Internamente, as facções criminosas controlam os recursos ilegais que circulam na prisão, tais como armas e drogas, e exercem grande influência na distribuição dos legais, como, por exemplo, as vagas para trabalhar junto à administração ou nas oficinas.¹⁸⁹

As facções criminosas possuem regras que devem ser obedecidas por todos os integrantes. Um trecho reproduzido pela obra do jurista Roberto Porto, referente ao “estatuto” do Primeiro Comando da Capital (PCC), denota o poderio e a organização dos seus membros. No PCC, existe a influência e o sentimento de “coleguismo” que permitem aos membros não dependerem exclusivamente de coordenadas dos seus líderes, em tese, para a prática de crimes:

¹⁸⁸ BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **Preso pelo Estado e vigiado pelo crime: as leis do cárcere e a construção da identidade na prisão**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013. p. 71.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 72.

(...) A contribuição daqueles que estão em liberdade com os irmãos que estão dentro da prisão, através de advogados, dinheiro, ajuda aos familiares e ação de resgate. (...) O importante de tudo é que ninguém nos deterá nesta luta porque a semente do Comando se espalhou por todos os sistemas Penitenciários do Estado e conseguimos nos estruturar também no lado de fora, com muitos sacrifícios e muitas perdas irreparáveis, mas nos consolidamos a nível estadual e a médio e longo prazo nos consolidaremos a nível nacional.¹⁹⁰

Entende-se que, mesmo com a adesão de uma legislação mais severa para um grupo específico de detentos, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), por si só, não tem o controle de inibir o crescimento das organizações criminosas. No entanto, o mesmo é importante para se chegar ao combate do crime organizado. Mas, deve ser aliado a outras técnicas corretivas, que serão mencionadas posteriormente, no presente trabalho.

4.3 Ampliação das possibilidades de punição contra o Crime Organizado

No capítulo anterior foram explanados os tipos de penas, divididas em: penas privativas de liberdade, penas restritivas de direitos, penas pecuniárias e outras penas alternativas.

No estudo em comento, irá ser analisado, especificamente, o efeito da condenação elencado no artigo 91, inciso II, do Código Penal de 1940. O aludido dispositivo prevê:

Art. 91 - São efeitos da condenação:

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores

¹⁹⁰ PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 77.

equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.¹⁹¹

A sentença condenatória produz efeitos de natureza penal, denominados pela doutrina de efeitos *secundários*, e os de natureza extrapenal, que compreendem os efeitos civis, administrativos, dentre outros.

O supramencionado dispositivo legal trata de efeitos extrapenais e é denominado pela doutrina de *efeitos genéricos*¹⁹² da condenação. Ademais, refere-se a uma possibilidade de o Estado exercer uma espécie de *confisco*, configurando-se com a perda dos instrumentos e produtos do crime.

O confisco no ordenamento pátrio não é pena, e sim, efeitos da condenação. É direcionado, como já foi mencionado anteriormente, aos instrumentos do crime, que são: “as coisas materiais empregadas para a prática e execução do delito;”¹⁹³. Os produtos do crime são compreendidos como todas: “(...) as coisas adquiridas diretamente com o crime, assim como toda e qualquer vantagem, bem ou valor que represente proveito, direto ou indireto, auferido pelo agente com a prática criminosa”.¹⁹⁴

Todavia, é indispensável para a configuração desse efeito que o produto do crime ou proveito tenha inteira interligação com a conduta delituosa, ou seja, exista o vínculo entre a infração penal exercida e a coisa ou vantagem obtida.

É importante também frisar que a lei é taxativa ao mencionar, especialmente, a perda dos “instrumentos do crime”, portanto, não há do que se falar, na perda de objetos que foram empregados na prática de contravenção penal.¹⁹⁵

O docente Cezar Bitencourt define confisco como:

(...) a perda ou privação de bens do particular em favor do Estado. Declarada procedente a ação penal, surge a perda em favor da

¹⁹¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de setembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 de abril de 2016. Acesso em: 20 de maio de 2016.

¹⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, Ed. 15. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 768.

¹⁹³ Ibidem, p. 769.

¹⁹⁴ Ibidem.

¹⁹⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Ed. 15. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 656.

União dos *instrumenta et producta sceleris*, como efeito automático da condenação, que se aplica também aos crimes culposos.¹⁹⁶

Não é sempre que o confisco é obrigatório. O artigo 240, § 1º, *d*, do Código de Processo Penal, determina que sejam apreendidos quaisquer “instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso”¹⁹⁷. Contudo, é permitido o confisco estritamente, de instrumentos “cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito”¹⁹⁸.

A finalidade do confisco é que o Estado visa coibir que instrumentos idôneos sejam utilizados para prática de crimes ou que o produto do crime enriqueça o patrimônio do infrator.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional permite no artigo 2º, *d*, o “confisco – a privação com caráter definitivo de bens, por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente”¹⁹⁹.

No entanto, no Brasil há um anteprojeto do Ministério Público Federal (MPF), intitulado de “10 medidas contra a corrupção”, que tem por finalidade, na proposta nº 10, introduzir o artigo 91-A, no Capítulo VI (Dos efeitos da condenação), do Código Penal, que irá tratar sobre o confisco alargado, para os crimes de organização criminosa, entre outros. O supracitado artigo do anteprojeto, *caput* e inciso XIV, prevê:

Art. 91-A. Em caso de condenação pelos crimes abaixo indicados a sentença ensejará a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos ilícitos ou por outras fontes legítimas:

XIV- organização criminosa;²⁰⁰

¹⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, Ed. 15. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 769.

¹⁹⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

¹⁹⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de setembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2016. Acesso em: 20 de maio de 2016.

¹⁹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**, de 15 de novembro de 2000. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacaoconteudosdeapoio/legislacao/segurancapublica/conv_onu_crime_organizado.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

Portanto, o objetivo é introduzir, na legislação pátria, o instituto do confisco alargado, que visa “criar meio de retirar o patrimônio de origem injustificada do poder de organizações e de pessoas com atividade criminosa extensa que não possa ser completamente apurada”.²⁰¹. Isto é: uma forma mais eficaz no combate ao crime organizado.

Segundo as justificativas do Projeto de Lei nº 5.681, de 29 de maio de 2013, que foi inspirado pelos debates realizados na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), proposto pelo Deputado Vieira da Cunha (PDT/RS), o Brasil está atrasado em comparação a outros países que combatem, com mais veemência, a “recuperação de ativos vinculados à prática de crimes”.²⁰²

Dessa maneira, o aludido Projeto de Lei, defende a ideia de que há, na legislação pátria, uma lacuna, no que tange ao combate apropriado ao enriquecimento e a locupletação de patrimônio por meio de atividades ilícitas. Por isso, conforme defende o supracitado Projeto, a

(...) medida de confisco criminal, prevista no Código Penal e em leis esparsas, não é suficiente para dismantelar empresas criminosas que, ao longo dos anos, permanecem em atividade, desafiando o Poder Público. Logo, deve ser editada uma lei federal, tratando da Ação Civil Pública de Extinção de Domínio, que preveja medidas cautelares eficientes, como o arresto, o sequestro ou a indisponibilidade, enquanto durar o processo.²⁰³

É importante ressaltar que o instituto do confisco não se confunde com a pena de perda de bens e valores, elencada no artigo 43, II, do Código Penal. A referida sanção é uma das espécies das penas restritivas de direitos e recai sobre o

²⁰⁰ BRASIL. **Anteprojeto de Lei Medida 10: Recuperação do lucro derivado do crime.** Disponível em: < http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medida_10.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

²⁰¹ BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.681 de 29 de maio de 2013.** Disciplina a declaração da perda da propriedade ou posse adquiridas por atividade ilícita, regulamenta a Ação Civil Pública de Extinção de Domínio para tal fim, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1D1F1AC0756202C3265FB650690F81B9.proposicoesWeb1?codteor=1094262&filename=PL+5681/2013>. Acesso em: 22 de maio de 2016.

²⁰² Ibidem.

²⁰³ Ibidem.

patrimônio lícito do acusado, o qual é direcionado para o Fundo Penitenciário Nacional.

Ademais, existe a diferença entre a pena de multa e o confisco. A pena de multa trata de pagamento de certa quantia em dinheiro que será destinado para o Fundo Penitenciário Nacional, sendo o valor fixado pelo magistrado.

Compreende-se que na Lei de Organizações Criminosas (12.850/2013), no que tange à pena, a mesma será de “reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas”²⁰⁴.

Em relação aos efeitos da condenação, é previsto na Lei 12.850/2013, o efeito de natureza extrapenal, denominado pela doutrina de *específico*²⁰⁵; ele está elencado também no artigo 92, I, a, do CPB, que prevê “a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo”²⁰⁶. O artigo 2º, § 6º da Lei de Organizações Criminosas, dispõe:

§ 6º A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.²⁰⁷

Nota-se, que o efeito da condenação, o confisco, não foi contemplado pela Lei 12.850/2013. No entanto, acredita-se que com o Projeto de Lei nº 5.691, que está no Congresso Nacional, o mesmo é de extrema relevância para o combate eficaz contra atuação das organizações criminosas no Brasil.

²⁰⁴ BRASIL. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Lei de Organizações Criminosas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2016.

²⁰⁵ Esse efeito da condenação foi explanado no capítulo 3, especificamente, no item 3.2.

²⁰⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de setembro de 1940.** Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2016.

²⁰⁷ BRASIL. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Lei de Organizações Criminosas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento brasileiro ao adotar o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), acreditava que seria a única forma para o combate ao crescimento da criminalidade organizada. No entanto, o que foi contemplado no presente estudo procura demonstrar que as facções não só se multiplicaram, como também, agem com eficiência e profissionalismo criminoso.

Desta feita, mesmo o Estado tomando medidas mais severas – como adoção do supracitado Regime especial de punição, que tem por finalidade isolar os líderes das facções, em conjunto com o advento da Lei 12.850/2013, que inseriu na legislação pátria o conceito e a tipificação do crime organizado –, tais ações não foram suficientes para inibir a criminalidade comandada do interior das unidades prisionais.

Consequentemente, o descaso do Estado em não investir, há anos, na infraestrutura do sistema carcerário – tal como a omissão no controle administrativo das unidades penitenciárias –, acarretou o crescimento estarrecedor de adeptos ao crime organizado. Devido a isso, fez-se necessário repensar, de forma acentuada, o Poder-Dever estatal de punir, tal como, a sua finalidade.

Diante do exposto no presente trabalho, percebe-se que o questionamento inicial, caracterizado como a problemática do tema proposto, deve ser respondido da seguinte forma: o Estado é inteiramente responsável na preservação da ordem jurídica, portanto, tem o dever de buscar e efetivar técnicas coercitivas, com o intuito de minimizar a atuação das facções criminosas, dentro e fora do sistema carcerário.

Acredita-se que deveria existir, por parte do poder estatal, o comprometimento com a organização e aparelhamento do sistema penitenciário, de modo que o Estado retome o total controle da administração das unidades, para que se tenha a eliminação do poderio ou, até mesmo, das regras impostas pelas facções no interior das prisões, inclusive, fora delas. Uma vez que o Estado a cada rebelião ou ataques comandados pelas organizações criminosas, fica à mercê dos malefícios por elas praticados.

Portanto, nota-se que, em parte, a omissão do setor público em não investir economicamente no sistema penitenciário, seja no melhoramento das unidades prisionais ou na construção de novos estabelecimentos, vai muito além da limitação

orçamentária. Acredita-se que tal atitude talvez não seja tão viável, por não ensejar em garantia de votos eleitorais.

Todavia, é enternecedora a falta de qualidade de vida que os detentos possuem nas prisões brasileiras. Além de ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, ao não garantir o cumprimento da pena em um local decente e humanitário.

Nesse viés, compreende-se que o Estado não está de fato ressocializando o indivíduo apenado. E sim, está ofertando um ambiente propício para o aprendizado do crime. Isto é, a prisão muitas vezes é tida como “escola do crime”, por aqueles que veem nas facções uma forma de se rebelar contra o seu inimigo (Estado), e assim, unem-se com o propósito de “lutarem” contra o real abandono do qual o sistema carcerário padece.

O sentimento de impunidade por parte da população é outro ponto que deve ser ponderado no presente estudo. As megarrebeliões que ocorreram no Estado de São Paulo em 2001 e 2006 trouxeram uma tensão social, de modo que é bastante corriqueiro, atualmente, ter-se notícias de rebeliões ou ataques fora dos presídios, em que os comandos são advindos do interior das unidades prisionais.

Outra possível alternativa para a resolução da problemática em tela seria ampliar a forma de punir os indivíduos que são membros de organizações criminosas. Em outras palavras, o instituto do *confisco alargado* – proposto pelo Projeto de Lei nº 5.681/2013, e que tem por finalidade a retirada do patrimônio de origem injustificada, ou que não possa ser completamente apurado –, é uma alternativa inovadora e eficaz para o combate da criminalidade.

O comprometimento de restabelecer a dignidade no cumprimento da pena, juntamente, com a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, somados à adesão ao *confisco alargado*, bem apreciados e devidamente aplicados, poderão ser um pontapé para ir de encontro ao “reinado” das organizações criminosas, principalmente no sistema penitenciário.

Em suma, é importante frisar que ao punir de forma incisiva, porém garantindo as pessoas condenadas um cumprimento de pena com dignidade, o Estado estará de fato, trilhando o caminho da ressocialização do indivíduo.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. *apud* MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. São Paulo: Método, 2015.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, Ed. 15. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Primeiras reflexões sobre organização criminosa**. Disponível em: <<http://cezarbitencourt.jusbrasil.com.br/artigos/121936003/primeiras-reflexoes-sobre-organizacaocriminosa>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **Preso pelo Estado e vigiado pelo crime: as leis do cárcere e a construção da identidade na prisão**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 de março de 2016.

_____. **Anteprojeto de Lei Medida 10: Recuperação do lucro derivado do crime**. Disponível em: <http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medida_10.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de setembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 de abril de 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 21 de abril de 2016.

_____. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 18 de maio de 2016.

_____. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.** Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 07 de março de 2016.

_____. **Lei nº 9.034, de 13 de maio de 1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 05 de março de 2016.

_____. **Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10217.htm>. Acesso em: 05 de março de 2016.

_____. **Projeto de Lei nº 5.681 de 29 de maio de 2013.** Disciplina a declaração da perda da propriedade ou posse adquiridas por atividade ilícita, regulamenta a Ação Civil Pública de Extinção de Domínio para tal fim, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1D1F1AC0756202C3265FB650690F81B9.proposicoesWeb1?codteor=1094262&filename=P L+5681/2013>. Acesso em: 22 de maio de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas Corpus nº 96007, da 1ª turma.** Relator Ministro Marco Aurélio. São Paulo, 08 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807847/habeas-corporus-hc-96007-sp-stf>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 914.405/RS**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2010, *DJe* 1402/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22220882/recurso-especial-resp-1250950-df-2011-0100751-8-stj/inteiro-teor-22220883>>. Acesso em: 30 de abril de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.317.487/MT**, 5ª Turma do STJ, Rel. Laurita Vaz, unânime, *DJe* 22.08.2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25248097/recurso-especial-resp-1317487-mt-2012-0077346-7-stj/inteiro-teor-25248098>>. Acesso em: 30 de abril de 2016.

_____. **Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em: 08 de março de 2016.

_____. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Lei de Organizações Criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 08 de março de 2016.

_____. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**. Brasília: junho de 2014. Disponível em: <http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/relatorio_depen.pdf>. Acesso em: 09 de abril de 2016.

_____. Ministério da Justiça. **Cartilha de diretrizes básicas para arquitetura penal**. Brasília: 2011. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPCP/2011Diretrizes_ArquiteturaPenal_resolucao_09_11_CNPCP.pdf>. Acesso em: 09 de maio de 2016.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Chrstiane Russomano. **O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro**. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/30/Documentos/273.pdf>>. Acesso em: 18 de maio de 2016.

COSATE, Tatiana Moraes. **Regime Disciplinar Diferenciado (RDD): um mal necessário?** Revista do Direito Público. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11466>>. Acesso em: 18 de maio de 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. *apud* MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. São Paulo: Método, 2015.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, admitidos pela Convenção Nacional em 1793. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>>. Acesso em: 02 de maio de 2016.

DELMANTO, Roberto. **Da máfia ao RDD**. *Boletim do IBCCrim*, n. 163. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, junho 2006.

ESTEVAN, André; GOLÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERNANDES, Antônio Scarance. *apud* MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. São Paulo: Método, 2015. p. 88.

FERNANDES, Newton; FERNADES, Valter. **Criminologia integrada**. 2. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Os modelos estruturais do Crime Organizado e das Organizações Criminosas**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, vol. 877, pp. 1 – 45, nov. 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. 36, Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Apud* MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. São Paulo: Método, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Ed. 15. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Ed. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007

LOCKE, John. **Carta Acerca da Tolerância**. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Abril, 1984.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *apud* FERRO, Ana Luiza Almeida. **Os modelos estruturais do Crime Organizado e das Organizações Criminosas**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, vol. 877, pp. 1 – 45, nov. 2008.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. São Paulo: Método, 2015.

MIRANDA, Eliana Cristina Fernandes; PANHOZA, João Vitor Serra Netto. **Nova Lei de organização criminosa trouxe ferramentas contra o crime**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-25/lei-organizacao-criminosa-trouxe-ferramentas-crime>>. Acesso em: 02 de abril de 2016.

MORAES, Mayara. **15 máfias mais poderosas do mundo**. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/15-mafias-mais-poderosas-do-mundo/>> Acesso em: 28 de março de 2016.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Este monstro chamado RDD**. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/artigo,este-monstro-chamado-edd,22673.html>>. Acesso em: 21 de março de 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. Ed. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Organização criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. São Paulo: RT, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**, de 15 de novembro de 2000. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacaoeconteudosdeapoio/legislacao/seguranca publica/conv_onu_crime_organizado.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Ensaio sobre a pena**. In: *Revistas dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 6, pp 1 – 24, jun. 2012.

PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. Ed. 1. São Paulo: Atlas, 2008.

PRADO, Luis Regis. **Associação criminosa - Crime Organizado (Lei 12.850/2013)**. In: *Revistas dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 938, pp. 1 - 24, dez. 2013.

ROCHA, Carla. **Construído no Império, Complexo da Frei Caneca**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/construido-no-imperio-complexo-da-frei-caneca-por-onde-passou-escriptor-graciliano-ramos-3040722>>. Acesso em: 08 de março de 2016.

ROMANO, Rogério Tadeu. **O crime de Organização Criminosa**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39684/o-crime-de-organizacao-criminosa>>. Acesso em: 21 de abril de 2016.

SALLA, Fernando. **Considerações sociológicas sobre o Crime Organizado no Brasil**. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, Vol. 71, pp. 1 – 13, jul. 2011.

Secretária da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. Assessoria de Imprensa. **Cartilha sobre o Regime Disciplinar Diferenciado**. Disponível em: <http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/nagashi_furukawa.pdf>. Acesso em: 18 de maio de 2016.

SEQUEIRA, Carlos Antônio Guimarães de. **Crime Organizado: Aspectos nacionais e internacionais**. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 6, pp. 1 – 33, jul. 2011.

WELZEL, Hans. *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, Ed. 15. São Paulo: Saraiva, 2010.