

**BREVES APONTAMENTOS SOBRE CRIME
ORGANIZADO, DELAÇÃO PREMIADA E PROIBIÇÃO
DA PROTEÇÃO PENAL INSUFICIENTE**

BRIEF NOTES ON ORGANIZED CRIME
AND PLEA BARGAINING PROHIBITION
OF CRIMINAL INSUFFICIENT PROTECTION

Flavio Eduardo Turessi

flavioturessi@mp.sp.gov.br

Mestrando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica
(PUC-SP)

Especialista em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura (EPM)

Promotor de Justiça do Estado de São Paulo

RESUMO

Neste artigo, busca-se analisar o fenômeno da criminalidade organizada e os mecanismos legais previstos para seu enfrentamento, dentre eles, a delação premiada, aqui identificada como método especial de investigação criminal. Aprofundados os conceitos, identifica-se nos direitos fundamentais uma dupla face: a proibição do arbítrio e a proibição da proteção penal insuficiente. Ao final, conclui o efetivo combate ao crime organizado como uma questão de política criminal.

PALAVRAS-CHAVE

Crime organizado. Métodos especiais de investigação criminal. Delação premiada. Direitos fundamentais. Política criminal.

ABSTRACT

In this article we seek to analyze the phenomenon of organized crime and the legal procedures for coping, among them, plea bargaining, here identified as special method of criminal investigation. Depth concepts, identifies the fundamental rights a double face: the prohibition of agency and criminal prohibition of insufficient protection. The end, concludes the effective fight against crime as a matter of criminal policy.

KEYWORDS

Organized crime. Special methods of criminal investigation. Plea bargaining. Fundamental rights. Criminal policy.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Origem, conceito e natureza jurídica da delação premiada. 2. Crime organizado e proibição da proteção penal insuficiente. 3. O combate ao crime organizado como uma questão de política criminal. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A evolução natural da sociedade moderna, marcada pelo incremento da tecnologia a serviço da informação, do avanço e aprimoramento do processamento de dados, fez surgir, ao lado da criminalidade urbana dos grandes centros, novas formas de criminalidade e, nesse contexto, o fenômeno da chamada *criminalidade organizada*¹.

1. Eduardo Araújo da Silva anota que “A origem da criminalidade organizada não é de fácil identificação, em razão das variações de comportamentos em diversos países, as quais persistem até os dias atuais. Não obstante essa dificuldade, a raiz histórica é traço comum de algumas organizações, em especial as Máfias italianas, a Yakuza japonesa e as Triádes chinesas. Essas associações tiveram início no século XVI como movimentos de proteção contra arbitrariedades praticadas pelos poderosos e pelo Estado, em relação a pessoas que geralmente residiam em locais rurais, menos desenvolvidos e desamparados de assistência dos serviços públicos”. (Crime Organizado. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2009. p. 3).

É nesse cenário que os órgãos e instâncias formais de controle estatal se deparam com novo e tormentoso desafio: manejar a legislação processual existente, notadamente seus remotos e ultrapassados métodos de investigação criminal, na busca válida da reconstrução de condutas ilícitas praticadas por tais organismos criminosos, peculiares e extremamente complexas, de forma célere e eficiente, respeitando-se os princípios constitucionais que regulam e regem a relação processual².

A dificuldade, à evidência, é gigantesca. Na quixotesca luta contra a supressão da prova, inúmeras vezes os órgãos de persecução criminal, no manejo da legislação adjetiva, se deparam com liberdades individuais constitucionalmente protegidas que são indevida e erroneamente empregadas como blindagem à descoberta do ilícito penal. Para tanto, fortes no chamado princípio da relatividade, os operadores do direito restringem direitos e garantias individuais, uma vez que, como é cediço, não existe liberdade pública absoluta, sendo que, no ponto, a dificuldade prática reside justamente em sopesar, no caso concreto, qual deve ser a exata medida dessa restrição na obtenção lícita do elemento de prova desejado³.

De toda a sorte, força é convir que o combate à criminalidade organizada, vale dizer, sua forma de persecução penal em solos extrajudicial e judicial, não pode percorrer o mesmo caminho trilhado para a descoberta de autoria e materialidade dos ilícitos penais cometidos pela chamada criminalidade comum. O combate à criminalidade organizada merece uma leitura diferenciada.

A relação umbilical existente entre a criminalidade organizada e a visível desestruturação política, social e econômica da sociedade moderna reclama do ordenamento jurídico novos e eficientes mecanismos de atuação, vale dizer, *novas técnicas de investigação*, sob pena de se assistir, num futuro próximo, à falência irreversível do aparato preventivo-repressivo do estado.

Nessa linha de intelecção, Fausto Martin de Sanctis obtempera que:

As chamadas *técnicas especiais de investigação* são consideradas indispensáveis para o enfrentamento da criminalidade organizada e estão em consonância

2. Debruçando-se sobre a eficiência no combate ao crime organizado, em estudo intitulado *O equilíbrio na repressão ao crime organizado*, o Prof. Antônio Scarance Fernandes anota que “No tocante ao crime organizado, o estudo da eficiência pode ser efetuado de maneira global, em face do conjunto das normas processuais que o regulam. Fixada a ideia de que não se compreende eficiência sem observância das garantias constitucionais, essas normas serão eficientes se permitirem repressão ao crime organizado com respeito ao núcleo essencial de garantias, por meio do qual se garantem a imparcialidade do juiz, a ampla defesa e o contraditório”. (Crime Organizado – Aspectos Processuais. Coordenação Antônio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida, Maurício Zanóide de Moraes. São Paulo: RT, 2009. p. 11).

3. Com efeito, Alexandre de Moraes pontua que “Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas)”. (Direito Constitucional. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2000. p. 58-59).

com as obrigações assumidas pelo Brasil, no campo internacional, por meio da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena de 1988, artigo 11, itens 1, 2 e 3), da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção da ONU de 2000, artigo 20) e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção da ONU contra a corrupção de Merida de 2003, artigo 50)⁴.

Outrora desconhecidos e distantes, os denominados *métodos especiais de investigação criminal*, tais como a ação controlada, a infiltração de agentes, acesso de dados e interceptações ambientais, todos previstos na Lei nº 9.034, de 3 de março de 1995, passaram a ganhar corpo em autos de processos-crime e, na exata medida em que corretamente manejados, produziram frutos no combate à criminalidade organizada, despertaram vozes contrárias à sua aplicação. Com a delação premiada não foi diferente⁵.

Rotulada por alguns como um verdadeiro “mal necessário”, o instituto da delação premiada, com as *venias* de estilo, longe de se assentar em maquiada traição e de ser o reflexo da ineficiência do Estado no combate à criminalidade organizada, em verdade, carece de maior atenção dos operadores do direito, em especial daqueles que se dedicam ao combate da criminalidade organizada, notadamente quando nos debruçamos sobre sua aplicabilidade prática e alcance, desafios motivadores deste estudo.

1. ORIGEM, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA DELAÇÃO PREMIADA

Tendo como alça de mira a busca pela efetividade da relação processual, funda-se a delação premiada, em linhas gerais, na ideia do consenso, que, frise-se, ganhou corpo no âmbito criminal com a previsão, na esfera constitucional, dos Juizados Especiais Criminais (art. 98, inc. I, da Constituição da República)⁶.

4. Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro: *destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 10.

5. Advogado criminalista e ex-presidente nacional da OAB, José Roberto Batochio, em artigo intitulado *Delação premiada deve ser evitada*, defende ser “Indisfarçável que são as prisões cautelares sempre um pré-conceito, com o qual não se coaduna a ideia de um julgamento sereno, metucioso e definido. Verdadeira amputação social – segregam um mero suspeito -, com muita parcimônia e excepcionalmente devem ser realizadas pelo bisturi judiciário. O seu largo uso, sem critérios ou comedimento, traduz prática condenável. Esse quadro torna-se ainda mais eloquente quando a prisão ante tempus vem lastreada em barganhas testemunhais, tão em voga nos dias que correm, e que se positivaram no nosso ordenamento jurídico sob a eufêmica denominação de “delação premiada”” (www.conjur.com.br/2011-jun-20/delacao-premiada-aplicada-casos-extremos?. Acesso em 28/06/2011).

6. Analisando os contornos da justiça consensual criminal, o Prof. Antônio Scarance Fernandes obtempera que “A lei 9.099/95 representou verdadeira revolução no sistema brasileiro, libertando a justiça para o consenso em matéria penal, sendo, em virtude disso, aplaudida pela grande maioria dos estudiosos e dos operadores do direito. Insere o Brasil entre os países que adotam o modelo consensual de justiça criminal, no mesmo sentido do que vinha sendo estimulado pela doutrina”. (Processo Penal Constitucional. 3ª edição. São Paulo: RT, 2002.p. 206-207).

Destacando a natureza consensual do instituto, Marcelo Batlouni Mendroni explica que:

Sua natureza decorre, entendemos, do chamado “Princípio do Consenso”, que, variante do Princípio da Legalidade, permite que as partes entrem em consenso a respeito do destino da situação jurídica do acusado que, por qualquer razão, concorda com a imputação. No Brasil, pelo teor da legislação, esta aplicação do Princípio do Consenso pode atingir aquele que colaborou eficazmente com a administração da justiça⁷.

Malgrado positivado em nosso ordenamento jurídico na década de 1990, com a promulgação da Lei dos Crimes Hediondos (art. 8º, parágrafo único), o instituto da delação premiada não é novo.

Debruçando-se sobre sua origem, André Estefam lembra que: “Não se trata, contudo, de novidade no Brasil, uma vez que desde as Ordenações Filipinas, cuja parte criminal vigorou de 1603 a 1831, já se previa a delação premiada (p. ex., Título CXVI “Como se perdoará aos malfetores, que derem outros à prisão”)”⁸.

No cenário internacional, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho ilustram que:

A delação premiada surgiu no combate das grandes organizações criminosas ocorridas nos Estados Unidos, notadamente a Máfia e a Cosa Nostra. Era uma verdadeira transação penal firmada entre os Procuradores Federais e alguns envolvidos, que seriam beneficiados com a impunidade caso fornecessem informações suficientes que pudessem levar à desestruturação das referidas organizações e prisão de seus integrantes. Posteriormente foi utilizada com sucesso na “Operação Mãos Limpas”, na Itália, onde se conseguiu debelar grandes organizações criminosas graças ao instituto da delação premiada⁹.

Citando Jean Ziegler, Eduardo Araújo da Silva, ainda nessa quadra, revela que:

Nos Estados Unidos da América, os acordos entre acusação e acusado (*plea bargaining*) também estão incorporados na cultura jurídica, o que facilita a obtenção de colaboração premiada. Essa sistemática é resultante da tradição calvinista, na qual confessar publicamente a culpa, praticar um ato de contrição revelam uma atitude cristã que deve ser valorizada pelo direito. Em tempos remotos, antes do início do julgamento, o juiz indagava o acusado quanto a sua pretensão de declarar-se publicamente culpado, pedir perdão e aceitar livremente a punição de seu crime. Atualmente, a admissão de culpa não se destina à satisfação da moral pública, podendo resultar em eficaz estratégia do Ministério Público para obter a condenação dos chefes do crime organizado. Aceitando a proposta do procurador para “testemunhar” em favor da acusação, o colaborador é incluído num *witness profession program*, no qual poderá usufruir de uma nova identidade, alojamento, dinheiro e outra profissão¹⁰.

7. Crime Organizado: *aspectos gerais e mecanismos legais*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2007. p.. 37.

8. Direito Penal, 1: parte geral. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 314.

9. Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008. p. 182-183.

10. Op. Cit. p. 67.

Diversos são, na doutrina, os conceitos dados ao instituto.

Para Edilson Mougenot Bonfim, “é o benefício que se concede ao réu confesso, reduzindo-lhe ou até isentando-lhe de pena, quando denuncia um ou mais envolvidos na mesma prática criminosa a que responde”¹¹.

Dele não se afasta Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, quando afirma que a delação “consiste na afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ao ser ouvido na polícia e, pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa”¹².

Assim é que, ao lado da própria Lei nº 9.034/95¹³, variados são os diplomas legais que, em nosso ordenamento jurídico, prestigiam o instituto da delação premiada. Nessa linha de inteligência, sua natureza jurídica varia de acordo com o texto legal.

Na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90, art. 8º, parágrafo único), na Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo (Lei nº 8.137/90, art. 16, parágrafo único), no próprio Código Penal (art. 159, § 4º) e, por fim, na Lei Antitóxicos (Lei nº 11.343/06, art. 41), a delação premiada é tratada como causa de diminuição de pena.

Já na Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei nº 9.807/99), as consequências variam. Cuidando-se de réu primário, vale dizer, não reincidente, que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, seja identificando os demais agentes, localizando a vítima (com a sua integridade física preservada) ou recuperando (total ou parcialmente) o produto do ilícito, a delação assumirá contornos de perdão judicial e conseqüente extinção da punibilidade (art. 13). De outro vértice, cuidando-se de acusado que seja reincidente, caso colabore nesses mesmos termos, a delação terá a natureza jurídica de causa de diminuição de pena (art. 14).

Por fim, tratando-se de crimes de lavagem de dinheiro (Lei nº 12.683/2012), o agente colaborador poderá ser beneficiado com a redução da pena e fixação do regime aberto ou semiaberto para desconto da reprimenda corporal, facultado ao juiz até mesmo deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, desde que, para tanto, ele tenha espontaneamente prestado esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime (art. 1º, § 5º).

Essa diversidade de diplomas legais e, mais disso, essa amplitude de efeitos jurídicos, faz do instituto da delação premiada algo de difícil aplicação. O tratamento legal conferido à delação premiada, verdadeiro mosaico legislativo, acaba por distorcer sua finalidade e, nesse vértice, seus pontos positivos.

O problema não reside, ontologicamente, nesse instituto, mas, ao revés, no tratamento legal a ele conferido pelo legislador ordinário.

11. Curso de Processo Penal. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 409.

12. Da Prova no Processo Penal. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 132.

13. Art. 6º. Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a 2/3 (dois terços), quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

Urge, com o máximo respeito aos que pensam de forma contrária, sua mínima padronização.

O Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 – Anteprojeto de Código Penal –, persegue essa padronização, mas, ao nosso modesto sentir, de maneira equivocada.

Sob a rubrica *imputado colaborador*, seu art. 106¹⁴ volta a distinguir o acusado primário do reincidente e, nessa linha de inteligência, as consequências jurídicas de sua colaboração.

Ora, se a razão do instituto é a descoberta do fato criminoso, vale dizer, sua autoria e materialidade, notadamente de infrações penais cometidas por organismos criminosos, condicionando-se o benefício à voluntariedade e efetividade da colaboração, qual a razão para que seja estabelecida essa distinção entre réu primário e reincidente?

Ademais, em que pese o louvável esforço desenvolvido pelo Anteprojeto de Código Penal no enfrentamento de tão tormentoso tema, temos que se cuida de matéria afeta ao processo penal, sendo descabida sua incursão na Parte Geral de Código Penal.

Destarte, se é verdade que o instituto carece de amadurecimento em nosso ordenamento jurídico e, por vezes, é duramente criticado por alguns, não se pode olvidar que, em verdade, muitas dessas críticas deveriam ser dirigidas à falta de técnica demonstrada pelo legislador ordinário, que, despreocupado com uma visão sistêmica, deixa de lado a coerência, a unidade e a completude que todo ordenamento jurídico deve conter.

Com efeito, a destacada falta de técnica legislativa não é privilégio da delação premiada.

Deixando de lado as ricas discussões doutrinárias que hostilizaram a definição de crime organizado no Brasil, esgrimando-se posições que, pautadas na Lei nº 9.034/95, negavam sua existência, com posições que, sólidas na Convenção de Palermo da ONU¹⁵, defendiam sua positivação, recentemente foi promulgada a Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, que, dentre outras providências, dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas.

Espelhado na experiência colombiana dos denominados “juízes sem rosto”, o novo texto legal merece aplausos e busca, em última análise, a efetividade da re-

14. Art. 106. O juiz, a requerimento das partes, concederá o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade, se o imputado for primário, ou reduzirá a pena de um a dois terços, ou aplicará somente pena restritiva de direitos ao acusado que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a total ou parcial identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; ou III – a recuperação total ou parcial do produto do crime.

15. O art. 2º da Convenção de Palermo da ONU, de 15 de novembro de 2000, aprovada pelo Decreto nº 231, de 29 de maio de 2003, e promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, definiu organização criminosa como “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existentes 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”.

lação processual, notadamente quando confere ao juiz monocrático a possibilidade de decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual.

Em seu art. 2º, o novel legislador finalmente apresenta ao ordenamento jurídico pátrio o conceito legal de organização criminosa¹⁶.

Dele se extrai, em síntese, que são requisitos da organização criminosa: (i) associação de ao menos 3 (três) agentes; (ii) que essa associação seja estruturalmente ordenada e caracterizada, ainda que informalmente, pela divisão de tarefas; (iii) que tenha por objetivo obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza; (iv) que se dedique à prática de crimes cuja pena máxima seja *igual* ou *superior* a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Cotejando-se a definição legal de organização criminosa ora positivada com o conhecido crime de quadrilha ou bando, previsto no art. 288, *caput*, do Código Penal¹⁷, facilmente perceberemos que, para a identificação daquela formação, o texto legal reclama a associação de, ao menos, 3 (três) pessoas, e, para este, mais de 4 (quatro). Diante desse novo quadro, com o devido respeito, o crime de quadrilha ou bando deveria ter recebido a devida adaptação. Vale dizer, não se pode admitir que, para o mais grave, o legislador exija a presença de um número menor de agentes do que para o menos grave.

Mas a incongruência não é só essa.

Como se sabe, recente alteração legislativa promoveu profundas e marcantes alterações, na seara processual penal, no tocante à prisão e às medidas cautelares¹⁸.

Nessa ordem de ideias, de acordo com a nova sistemática apresentada, consentâneo com a nova redação conferida ao art. 313 do Código de Processo Penal¹⁹, somente será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.

Ora, cotejando-se o art. 2º, da Lei nº 12.694/2012, com a nova roupagem do art. 313, inc. I, do Código de Processo Penal, fica a pergunta: pode ser decretada a prisão preventiva de agente que, integrante de associação criminosa composta, ao todo, por três agentes, pratique crime doloso, punido com reclusão com pena privativa de liberdade *igual* a 4 (quatro) anos?

Nova incongruência. A Lei nº 12.694/2012, de forma expressa, considera grave a infração penal punida com pena *igual* ou superior a 4 (quatro) anos, mas, de outro vértice, a nova sistemática conferida às disposições processuais que cuidam dos fundamentos e requisitos da prisão preventiva nega a possibilidade de, nesses casos, ser decretada a prisão preventiva.

16. 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.

17. Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes.

18. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.

19. Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.

Pergunta-se, finalmente: como combater a criminalidade organizada, de forma minimamente eficiente, manejando-se essas ferramentas legais?

Mais uma vez, com as escusas pela odiosa repetição, faltam coerência, unidade e completude, predicados necessários para que se identifique, em um conjunto de leis, verdadeiro sistema, e não uma colcha de retalhos. A ineficiência, pois, não pode ser atribuída única e tão-somente aos *métodos especiais de investigação criminal*, ou, mais amiúde, à delação premiada.

O sério e comprometido enfrentamento da criminalidade organizada reclama, pois, uma nova leitura, vale dizer, uma leitura própria e minimamente comprometida com os interesses sociais²⁰.

Irretocável, para sintetizar essas ponderações, a oportuna lição de Antonio Carlos da Ponte:

Atualmente, o combate a determinadas práticas criminosas, como o narcotráfico; a criminalidade organizada; a lavagem de dinheiro; os crimes que atentam contra bens difusos e coletivos; os crimes eleitorais, dentre outros, exige uma nova leitura do Direito Penal que permite, por vezes, a flexibilização de algumas garantias constitucionais em busca de um valor maior, representado pela Justiça Social. Caso todos os direitos e garantias individuais previstos em nosso texto constitucional fossem considerados de forma absoluta, certamente não existiriam meios eficazes de combate às formas de criminalidade indicadas. Medidas excepcionais e, por vezes, necessárias, como a quebra de sigilo fiscal, telefônico e telemático seriam consideradas práticas ilegais; o mesmo acontecendo com a infiltração de agentes em organizações criminosas; a delação premiada que resultasse em perdão judicial, etc.²¹

2. CRIME ORGANIZADO E PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO PENAL INSUFICIENTE

Debruçando-se sobre a ideia de princípio, o jurista²² encontrará, ao longo da história recente da Ciência do Direito, três fases evolutivas distintas.

20. Enfrentando os limites do *ius puniendi* em um Estado social, Santiago Mir Puig aponta que “O Direito penal de um Estado social justifica-se como um sistema de proteção da sociedade. Os interesses sociais que por sua importância merecem a proteção do Direito são denominados ‘bens jurídicos’. Diz-se, então, que o Direito penal só pode proteger ‘bens jurídicos’. A expressão “bem jurídico” é utilizada, neste contexto, em seu ‘sentido político-criminal’ de objeto que pode reclamar proteção jurídico-penal, em contraposição a seu ‘sentido dogmático’, que se refere aos objetos que, de fato, protege o Direito penal vigente.” (Direito Penal: fundamentos e teoria do delito. Trad. de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007. p. 95).

21. Crimes Eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 164.

22. Por questões terminológicas, emprestaremos à palavra *jurista* o mesmo sentido amplo a ela conferido por Genaro R. Carrió, para quem o termo “comprende no sólo a los cultores de la dogmática jurídica, sino también a los teóricos del derecho político y a los filósofos del derecho.” (Notas sobre Derecho y Language. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 91).

A primeira delas reconhece nos princípios jurídicos todo e qualquer assunto de importância geral. Esse conceito, extremamente vago e não técnico, deve ser abandonado.

A segunda fase, de outro giro, conferindo contornos mais técnicos ao conceito *sub examine*, enxerga nos princípios jurídicos elementos estruturantes do sistema normativo. Introduce, portanto, a noção de sistema, que, de acordo com o biólogo Ludwing von Bertalanffy, é um “complexo de elementos em interação”²³.

Desenvolvendo o conceito de sistema, Geraldo Ataliba, citado por Ricardo Marcondes Martins, assinala que:

O caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentativa do reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior. A esta composição de elementos, sob perspectiva unitária, denomina-se *sistema*²⁴.

E é justamente nesse contexto que Celso Antônio Bandeira de Mello conceituou o princípio jurídico como *mandamento nuclear de um sistema*, chegando a afirmar que:

violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra²⁵.

Já na terceira fase e última fase dessa linha evolutiva, o conceito de princípio jurídico assume nova roupagem. Aqui, o gênero *normas jurídicas* é subdividido em duas espécies: *regras* e *princípios jurídicos*.

Nessa quadra, Robert Alexy ensina que:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes²⁶.

23. Teoria Geral dos Sistemas: *fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. Trad. de Francisco M. Guimarães. 3ª edição. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 58.

24. Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 23.

25. Curso de Direito Administrativo. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 54.

26. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 90.

Ora, ao promover a distinção entre *regras* e *princípios*, o jurista alemão identifica, nessa mesma linha de intelecção, critérios distintos para a solução de *conflitos* entre *regras* e *colisões* entre *princípios*.

De acordo com referido jurista,

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. (...). As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com peso maior têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso²⁷.

Com efeito, no Capítulo III de sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Robert Alexy aponta a existência de três modelos distintos de regras e princípios: o modelo puro de princípios, o modelo puro de regras e o modelo híbrido de regras e princípios. E, concluindo pela insuficiência dos modelos puros, obtempera que:

As disposições de direitos fundamentais podem – e com isso se adentra o segundo nível – ser consideradas não somente como uma positivacão e uma decisão a favor de princípios, mas também como a expressão de uma tentativa de estabelecer determinacões em face das exigências de princípios contrapostos. Dessa forma, elas adquirem um caráter duplo. De um lado, princípios são positivados por meio delas; mas, de outro lado, elas contêm determinacões em face das exigências de princípios contrapostos, na medida em que apresentam suportes fáticos e cláusulas de restrição diferenciados. Essas determinacões têm, contudo, um caráter incompleto, já que por meio delas não são possíveis decisões independentes de sopesamento em todo e qualquer caso. Além disso, as diferentes regulacões constitucionais têm um grau de determinacão bastante diversificado. Basta comparar a regulacão da liberdade artística com a da inviolabilidade do domicílio²⁸.

Destarte, a distinção feita pelo autor alemão entre regras e princípios assume especial importância quando se propõe sério e comprometido estudo dos direitos fundamentais, notadamente seu contorno restritivo.

Essa construçao doutrinária permite conferir aos direitos fundamentais valores relativos, passíveis de ponderaçao, abandonando a ideia de valores absolutos que, por vezes, servem de base para a implantaçao de regimes totalitários.

27. Op. Cit. p. 92/94.

28. Op. Cit. p. 139.

Nesse mesmo vértice, enfrentando a tensão existente entre os direitos fundamentais dos acusados criminais e a eficiência do poder punitivo do estado, José Paulo Baltazar Junior assim leciona:

Os direitos, ainda que fundamentais, não são absolutos, sendo inerente à vida em sociedade a necessidade de restrições, limitações ou intervenções, o que é amplamente admitido, até mesmo pela necessidade de compatibilizar o exercício dos direitos fundamentais com outros bens jurídicos protegidos pela Constituição, com o interesse da coletividade, ou com direitos fundamentais de terceiros, na busca da concordância prática, que tenciona fazer com que os direitos fundamentais em colisão cheguem ao ponto ótimo possível de eficácia²⁹.

Dessa forma, usualmente empregados como limites à atuação do poder punitivo do Estado, os direitos fundamentais, ao conterem uma dupla face, também devem representar imperativos de tutela. Compete ao próprio estado, pois, assumir postura proativa e, assim, assegurar, frente a ameaças de terceiros, inclusive particulares, intervenção máxima para a efetividade das garantias individuais. Essa leitura constitucional do Direito Penal reclama, em um estado social e democrático de direito, em última análise, a necessidade de sua intervenção para a salvaguarda de direitos fundamentais.

Não é por outra razão que, apresentando fundadas críticas à projeção do garantismo penal, Luciano Feldens bem observa que:

Ferrajoli é mais lembrado no Brasil por assumir uma concepção minimalista de Direito Penal, estruturada em torno de um Direito Penal eminentemente nuclear, cuja legitimidade apenas se perfaria na exclusiva proteção de bens jurídicos primários. Convém notar, entretanto, que em sua teoria do garantismo Ferrajoli serve-se de *uma concepção* de direitos fundamentais. Precisamente de uma concepção *unidirecional*, onde os direitos fundamentais são dotados de uma eficácia meramente negativa (funcionando direitos oponíveis contra o Estado), e tem-na como suficiente para sustentar *sua concepção* de garantismo penal. No particular, a teoria de Ferrajoli não padece de qualquer incoerência interna. Apenas que ela retrata *um modelo* de Direito Penal que se estrutura à base de *uma determinada concepção* de direitos fundamentais que se traduz em *uma determinada versão* de garantismo, a qual não parece corresponder à multifuncionalidade que o constitucionalismo atual empresta aos direitos fundamentais. Daí por que o discurso penal de Ferrajoli não se confunde com o garantismo. Ou pelo meno com ele não se confunde totalmente. Dizendo de outro modo: embora inequivocamente exista garantismo em Ferrajoli, o garantismo não se reduz à compreensão que dele faz Ferrajoli³⁰.

Nesse mesmo trilho, confira-se Maria Luiza Schäfer Streck:

enquanto os penalistas ligados à teoria garantista clássica liberal-iluminista se seguram no princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*), os “garantis-

29. Crime Organizado e Proibição de Insuficiência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 35.

30. Direitos Fundamentais e Direito Penal: *a constituição penal*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 55/56.

tas positivos” sustentam que existe um espécie de lado “B” da proporcionalidade – para utilizar a terminologia tradicional -, que é o princípio da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Neste momento, não estamos mais tratando com o modelo clássico de proibição, mormente porque este conduz a função tradicional dos direitos fundamentais: direitos unicamente de defesa. A nova fase assumida pelo estado democrático de direito implicou novo processo de proteção dos direitos, agora inseridos em um contexto de complexidade social, surgido no decorrer do século 20³¹.

Sem perder o nosso foco, identifica-se que é justamente na relação processual penal que a tensão existente entre a liberdade do cidadão e o poder punitivo do Estado ganha maiores embates. É justamente nela que lidamos com a colisão de princípios e com a necessidade da ponderação. É nela, em síntese, que direitos individuais podem e devem ser restringidos para que se garanta a efetiva implementação de outros bens e valores fundamentais igualmente previstos no texto constitucional³².

É nesse contexto que a colheita da prova no âmbito da criminalidade organizada e, por corolário, sua valoração, devem receber um olhar diferenciado daquele lançado para a análise dos elementos de convicção produzidos no âmbito da criminalidade comum.

Os modelos não são os mesmos. Impõe-se, aqui, a necessidade de um novo e atento olhar à pessoa jurídica criminosa, seja ela de direito público ou de direito privado, interno ou externo e, nesse trilho, aos atos de preparação. Cuidando-se de criminalidade organizada, força é convir que não é o Estado que se apresenta como transgressor e violador de preceitos fundamentais. Os centros de agressão, ao revés, são outros que, por vezes, também desenvolvem atividades lícitas, apresentando-se, *prima facie*, distantes de qualquer suspeita.

Nessa toada, a leitura tradicional dos direitos fundamentais como exclusivos direitos de defesa se afasta da proibição da proteção penal insuficiente que identifica, nesses mesmos direitos, um conteúdo jurídico-objetivo, vale dizer, direcionados à sua concretização.

Mais uma vez, com muita didática e clareza, José Paulo Baltazar Júnior esclarece que:

enquanto os direitos fundamentais como direitos de defesa contribuem para a manutenção do *status quo*, dos direitos fundamentais como direitos objetivos

31. Direito Penal e Constituição: *a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 94.

32. No ponto, Omar Gabriel Orsi anota que “*En un sentido genérico puede decirse que las normas procesales, aunque tan leyes como las de fondo, ocupan incluso un rango superior, pues reglamentan la Constitución Nacional de manera directa, en punto a cuidar la aplicación de las diversas garantías que aquella prevé y de las cuales goza todo ciudadano sometido a proceso: en otras palabras, el derecho procesal no es un simple medio para aplicar el derecho de fondo, sino un fin en sí mismo.*” (Sistema Penal y Crimen Organizado: *estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puento, 2007. p. 129).

deriva um impulso de mudança, estando voltados ao futuro, enquanto aqueles estão voltados ao passado e têm função conservadora³³.

Não basta, pois, que se identifique nos direitos fundamentais apenas sua tradicional função negativa de limitação do poder estatal face ao indivíduo. Isso é muito pouco quando se é preciso combater, com seriedade, crime organizado. É preciso mais. Devemos desvendar nos direitos fundamentais sua face oculta, vale dizer, deles retirar seu oculto véu revelador de uma face voltada à proteção de bens jurídico-penais.

3. O COMBATE AO CRIME ORGANIZADO COMO UMA QUESTÃO DE POLÍTICA CRIMINAL

É equivocado achar que o Direito Penal não tem ideologia. Persiste no equívoco o intérprete que não enxerga, no Direito Penal, a existência de variadas concepções políticas que, nesse sentido, variam de acordo com o modelo de estado adotado³⁴.

Com efeito, o Direito Penal pode encontrar diferentes concepções políticas como fundamento. Em um Estado totalitário terá características intervencionistas. Já em um estado democrático, o Direito Penal assumirá papel reconhecidamente garantista. A título meramente exemplificativo, extrai-se do art. 3º, do Código Penal Soviético de 1922, a expressa retroatividade da lei penal como forma de alcançar todos os atos antirrevolucionários que, antes da sua vigência, não estavam previstos como crime. Do mesmo modo, na China, a retroatividade da lei penal era vigente até o advento do atual Código Penal, em vigor desde 1º de janeiro de 1980.

Nas palavras de Georg Dahm e Friedrich Schaffstein, catedráticos da Universidade de Kiel:

Quien reconoce a los individuos (más precisamente: su libertad o igualdad o bienestar) como valor supremo y único decidirá de distinto modo que quien junto y sobre éstos, considera determinantes para el orden jurídico los valores supraindividuales. Dado que el Estado ha pretendido desde la Edad Media reclamar la exclusividad de la punición de los criminales, el sentido y el contenido de la pena han sido necesariamente determinados pro el sentido y el contenido del Estado. Desde entonces, la historia del derecho penal refleja la historia de la idea del Estado³⁵.

Ocorre que, conforme já adiantado, o enfrentamento da criminalidade organizada reclama uma nova leitura das relações processuais e do próprio Direito

33. Op. Cit. p. 51.

34. Antonio Carlos da Ponte observa que *“O Direito Penal possui ideologia e esta deve servir um modelo de sociedade. A ideologia do Direito Penal, em um Estado Democrático de Direito, não é a mesma ideologia adotada em um Estado Autoritário. Essa diferença conceitual e de fundamentos serve à demonstração de que a dogmática penal não pode ser interpretada de forma neutra e descompromissada, como se estivesse acima dos fundamentos da sociedade.”* (Op. Cit. p. 145).

35. Derecho Penal Liberal o Derecho Penal Autoritário? Trad. de Leonardo G. Brond. 1ª edição. Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 61).

Penal. A construção jurídica dessa problemática exige, outrossim, um olhar diferenciado sobre os tradicionais dogmas da autoria, coautoria e participação, dos atos preparatórios não puníveis e dos limites da flexibilização de garantias individuais.

Exige, pois, a adoção de uma nova e reformulada *política criminal*, entendida aqui como uma atividade do estado que tem por objetivo identificar de que forma e em que medida o Direito Penal deve ser empregado no combate à criminalidade organizada³⁶.

Como bem observa Guillermo J. Yacobucci:

la noción de “crimen organizado” es antes un producto de política criminal que una necesidad de la teoría del delito o de la consideración dogmática. Esto quiere decir que la capacidad de rendimiento del concepto es predominantemente política antes que científica. Supone, pues una idea, elaborada con criterios de naturaliza comunicativa y simbólica que sirven para brindar los fundamentos de una política de “lucha” con caracteres de excepcionalidad o emergencia³⁷.

Nessa linha, impende destacar que de nada adiantará uma nova política criminal, acompanhada de novos textos legais, se as técnicas hermenêuticas de interpretação dessa nova ordem jurídica forem as mesmas empregadas para o enfrentamento da criminalidade comum. A interpretação dessa legislação, à luz da doutrina da proibição da proteção penal insuficiente, é medida que se impõe. É tarefa que compete, pois, à nossa jurisprudência.

Ademais, não se pode olvidar que, quando se fala em política criminal para o enfrentamento da criminalidade organizada, não se pode restringir o campo de atuação para ações meramente locais ou regionais. As ações praticadas por tais grupos não se restringem às fronteiras de seus municípios, estados e até mesmo países. Política criminal localizada não é política criminal.

CONCLUSÃO

Em um momento histórico em que a comunidade jurídica se debruça sobre o texto do Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 – Anteprojeto de Código Penal –, apontando seus acertos e desacertos, buscou-se analisar, ainda que de forma não aprofundada, algumas das dificuldades existentes no enfrentamento da criminalidade organizada e, nessa seara, provocar a reflexão. Para tanto, identificou-se a delação premiada como *método especial de investigação criminal* e, sem olvidar

36. Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya assinalam que “a Política Criminal pode ser entendida como uma atividade do Estado e, por outro lado, se lhe pode considerar como uma atividade científica, que tem como objeto o estudo da postura política assumida pelo Estado em todas as fases de sua atividade relacionada com o crime.” (Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 16).

37. El Crimen Organizado: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización. Ciudad de Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005. p. 69.

das críticas que o instituto carrega, apontou-se para a necessidade de sua mínima padronização para que, manejado com correção, possa produzir maiores e melhores frutos nesse contexto.

Nesse vértice, reforçou-se a ideia de que eventual ineficiência no combate à criminalidade organizada não pode ser creditada única e exclusivamente à delação premiada. A dificuldade maior está na falta de coerência, unidade e completude do nosso sistema jurídico-penal.

O combate à criminalidade organizada reclama, pois, uma nova postura de política criminal. O Direito Penal deve proporcionar proteção jurídica a bens e valores que são caros a um estado social e democrático de direito e, à evidência, não se presta a sustentar oportunos discursos políticos de ocasião.

Emerge, pois, quando se fala em crime organizado, a necessidade de uma nova leitura do Direito Penal, uma leitura que, tendo por fundamento o texto constitucional, passe pela necessidade de antevisão do risco, pela análise mais detida da pessoa jurídica criminosa, e, nesse contexto, pelo fortalecimento das investigações autônomas do Ministério Público.

Somente assim, com coerência, caminharemos para a maior efetividade do Direito Penal como verdadeiro instrumento de política criminal.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BERTALANFFY, Ludwing von. *Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. Trad. de Francisco M. Guimarães. 3ª edição. Petrópolis: Vozes.
- BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y language*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Derecho penal liberal o derecho penal autoritário?* Trad. de Leonardo G. Brond. 1ª edição. Buenos Aires: Ediar, 2011.
- ESTEFAM, André. *Direito Penal, 1: parte geral*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3ª edição. São Paulo: RT, 2002.

- FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanóide de. *Crime organizado – aspectos processuais*. São Paulo: RT, 2009.
- JUNIOR, José Paulo Baltazar. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2000.
- ORSI, Omar Gabriel. *Sistema penal y crimen organizado: estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puento, 2007.
- PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PUIG, Santiago Mir. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.
- SANCTIS, Fausto Martin de. *Crime organizado e lavagem de dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.
- STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- YACOBUCCI, Guillermo J. *El crimen organizado: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*. Ciudad de Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005.
- BATOCHIO, José Roberto. *Delação premiada casos extremos*. Disponível em www.conjur.com.br, acesso em 28-06-2011.

Submetido: 29/11/2012

Aceite: 5/12/2012