

TENDÊNCIAS RACIONALIZADORAS NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO – UMA PROPOSTA DESCARCARIZADORA

RATIONALIZING TRENDS IN THE FIGHT AGAINST ORGANIZED CRIME – A DISCHARGING PROPOSAL

*Misael Neto Bispo da França*¹

UFBA

*Bruno Leonardo Valverde da Silva Pinto*²

UNIJORGE

Resumo

O trabalho visa à análise crítica do enfrentamento ao crime organizado no Brasil, seguindo o método dedutivo. Embora irracional a adoção da prisão no contexto, há uma tendência à racionalidade.

Palavras-chaves

Crime organizado. Racionalidade. Enfrentamento. Bens.

Abstract

The work aims at a critical analysis of the fight against organized crime in Brazil, following the deductive method. Although the adoption of prison in context is irrational, there is a tendency towards rationality.

Keywords

Organized crime; rationality; confrontation; assets.

1 INTRODUÇÃO

¹ Doutor e Mestre em Direito pela UFBA; Professor de Direito Processual e Prática Jurídica Penal da UFBA; Analista Jurídico do MPF.

² Advogado Criminalista

O presente estudo trata da atual política criminal brasileira de enfrentamento ao crime organizado, com destaque para as recentes alterações legislativas centradas no recrudescimento do sistema de justiça criminal, por meio de empecilhos jurídico-processuais à liberdade individual.

Consabido que, como decorrência da globalização econômica, as organizações criminosas passaram a integrar o rol de preocupações da pós-Modernidade atemorizada diante da transnacionalização do delito, da coletivização das vítimas e das sofisticadas práticas delitivas. Trata-se de expressões da delinquência organizada, que desafiam a ordem pública com efeitos para além das soberanias, reclamando dos ordenamentos jurídicos afetados uma resposta eficaz.

Em tal contexto, a normativa internacional ganhou incrementos por meio da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), considerada o marco legal da temática; importa, ainda, mencionar a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), relevante vetor de regulação do capital financeiro e desarticulação dos arranjos ilícitos intraorganizacionais.

No Brasil, o ordenamento jurídico contou com a promulgação da Lei n. 9.034/1995, posteriormente revogada por sua congênere de n. 12.850/2013, cuja deliberação pautou-se nas diretrizes das aludidas regras internacionais. Para além da lei especial, são encontráveis, também, no Código de Processo Penal (CPP) menções a integrantes de organização criminosa, sobretudo com o advento da Lei n. 13.964/2019, cujo principal desiderato foi o pretenso e questionável aprimoramento da legislação penal e processual penal no país, com foco no combate da criminalidade.

Nota-se, na referida microrreforma de 2019, uma predisposição para perpetuar o “processo penal do autor”, na medida em que cria

embaraços ao *status libertatis* de quem, supostamente, integra organizações criminosas. É o que se depreende da exegese dos artigos 28-A, §2º, II, e 310, §2º do CPP, atinentes às hipóteses de vedação do acordo de não persecução penal e de concessão da liberdade provisória em sede de audiência de custódia, respectivamente.

Surge, então, o problema: uma política criminal forjada na redução das chances de liberdade para quem integra o crime organizado, como sói ocorrer no subsistema processual penal pátrio, é coerente com as diretrizes internacionais de contenção de tal modalidade delitiva?

O objetivo central do trabalho é refletir a respeito da (ir)racionalidade do tratamento jurídico-processual de quem é implicado no crime organizado, a partir de uma abordagem criminológica/sociológica, que denuncia a seletividade inerente ao sistema de justiça criminal brasileiro como expressão da sua falência manifesta.

Para tanto, é mister perquirir a respeito do caráter seletivo do mencionado sistema e seu fetiche pelo encarceramento, como principal forma de mitigação da impunidade e, por consequência, de consecução da justiça penal. Necessário, ainda, sondar a definição e o contexto de surgimento da criminalidade organizada no Ocidente, as respostas apresentadas pela normativa internacional e pelas leis pátrias, para além da sua relação com o ambiente prisional.

São pertinentes, aqui, as considerações amparadas nas correntes deslegitimadoras do sistema penal, para as quais este reflete e amplifica as desigualdades sociais, na medida em que blindas os interesses de uma categoria (qualitativamente) hegemônica, em detrimento de uma casta vulnerabilizada de indivíduos. (BARATTA, 2014, p. 175)

No mesmo nexo, denuncia-se o encarceramento massivo dessa casta como forma de controle atrelada aos valores neoliberais, num panorama onde os vulnerabilizados não servem à lógica de consumo. (BORGES, 2019, *passim*)

Tratando, especificamente, da sofisticação do delito como decorrência da globalização econômica, SILVA SÁNCHEZ (2002, p. 30) alude a um expansionismo penal que, forjado na relativização das garantias do implicado no fato etiquetado de delito, acaba por corroborar a seletividade já referida, na medida em que elege a quem, de fato, destina-se a expansão. Tal, como será visto, eleva a complexidade do enfrentamento do crime organizado no Brasil.

Analisando as relações entre organizações criminosas e ambiente prisional, LOURENÇO e ALMEIDA (2013, p. 45) apontam para as dificuldades de controle desta forma de delinquência, que transpõe os muros dos presídios e penitenciárias e se retroalimenta no âmago do próprio fetiche pelo encarceramento em massa.

Como metodologia, adota-se a pesquisa legislativa e bibliográfica, com recurso a artigos e dissertações especializadas na temática em tela, bem como a consulta a decisões judiciais obstativas da liberdade ante as evidências de organização criminosa. Neste aspecto, partindo de dados particulares e visando a uma constatação geral, a pesquisa segue uma lógica indutiva que não impede o raciocínio dedutivo, notadamente quando voltado à análise das normas nacionais e internacionais.

2 PROCESSO PENAL PARA QUEM? - A SELETIVIDADE/IRRACIONALIDADE DA JUSTIÇA PENAL NO BRASIL

Vem das correntes deslegitimadoras do sistema de justiça criminal, notadamente o Abolicionismo e a Criminologia Crítica, a denúncia da sua falência enquanto mecanismo de proteção de bens jurídicos e pacificação social. São teses que apontam para a crise do Direito Penal e tudo o que a ele se vincula, a partir do descrédito das funções declaradas da pena, em um contexto social marcado pelas profundas desigualdades entre os indivíduos.

O sistema penal, então, teria como verdadeira função a manutenção dos privilégios de uma parcela qualitativamente hegemônica da sociedade (DUSSEL, 2002, *passim*), frente a categorias economicamente menos favorecidas. É claro o viés marxista na base das referidas correntes, também identificável nas construções filosóficas sobre biopolítica, que convergem para a ideia de que o sistema penal aparente (declarado), cederia espaço a um sistema penal subterrâneo, de feição policialesca, que se abate sobre grupos sociais indesejáveis. (CASARA, 2015, p. 313)

Tais grupos seriam, então, submetidos ao subsistema penal de polícia (FERRAJOLI, 2000, *passim*), que os fiscaliza e neutraliza, através do controle constante sobre seus corpos. (MBEMBE, 2020, *passim*)

Numa perspectiva sociológica e racializada, o referido sistema de justiça assume predileção por jovens negros periféricos, via de regra, do sexo masculino, sem desconsiderar o encarceramento em larga escala de mulheres negras implicadas e subalternizadas na traficância (BORGES, 2019, p.35).

Quanto à faixa etária, constata-se que a clientela do sistema encontra-se em uma faixa etária em que, comumente, o indivíduo é economicamente ativo; é dizer, a lógica neoliberal da justiça penal parece incorrer em flagrante paradoxo, ao legitimar o sequestro da liberdade daqueles que poderiam estar incorporados nas agências produtivas, caso fosse esta, de fato, a prioridade do poder público.³

O controle dos corpos indesejáveis, ao que parece, ocorre com maior efetividade por meio do seu encarceramento massivo, seja no bojo do processo, com a decretação de cautelares pessoais, seja na execução da

³ Cf. Relatório das audiências de custódia produzido pela Defensoria Pública da Bahia, referente ao ano de 2019. Disponível em https://www.defensoria.ba.def.br/wp-content/uploads/2020/10/sanitize_relatorio-audiecc82ncias-de-custodia-salvador-20192.pdf_291020-120915.pdf

pena, sobretudo nas condenações por crimes contra o patrimônio e tráfico de entorpecentes.

Esta forma de gestão social, pautada na lógica do biopoder, portanto, eleva o cárcere à condição de símbolo maior do sistema de justiça criminal, como se fora a forma genuína de justiça diante do fato etiquetado de delito. Trata-se de lógica puramente retributivista, que tende a relegar a vítima a coadjuvante do caso penal, na medida em que permite a usurpação do conflito pelo Estado, institucionalizando-se a vingança contra aquele que desviou e, portanto, merece o castigo. (FOUCAULT, 2008, passim).

Quando se analisam as reformas processuais penais na América Latina, depara-se com quadro semelhante. É que as mudanças legislativas no continente inspiraram-se no Código Modelo de Processo Penal para a Ibero-América, de 1990, que concebeu um modelo de processo penal a serviço de valores neoliberais, a partir de deliberações que envolveram o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, na busca de uma justiça penal condizente com os interesses do capital financeiro. (ZAPATA, 2019, p. 200)

Nesta perspectiva, engendrou-se a “financeirização” do processo penal, através da supervalorização do modelo adversarial e do consequente alheamento da autoridade judiciária, e o estímulo aos acordos penais (herança do *plea bargaining* estadunidense), que provocaram a aceleração da resposta para o caso penal, efetivando, no bojo de tais reformas, o que se convencionou denominar *processo penal de emergência* (CHOUKR, 2002, passim).

Em que pese o pretexto de estabelecer na América do Sul o sistema acusatório, houve críticas à reforma das leis processuais do Cone Sul, por sua pauta neoliberal que plasmou uma justiça penal consequencialista, sob a chancela do controle da criminalidade. Neste

aspecto, depõe-se contra a biopolítica que alicerça tal modelo de justiça, cujo mister continua a ser a segregação e fiscalização de determinados indivíduos, implementando e, mesmo, recrudescendo, assim, o Estado-Polícia, no seio de alterações legislativas pontuais, de cunho aparentemente garantista.

A gestão de corpos indesejáveis pelo encarceramento em massa faz-se presente, também, no contexto de enfrentamento do crime organizado, desvelando a seletividade inerente à respectiva política criminal, a serviço de um processo penal do autor.

Para ilustrar, tomemos dois dispositivos do CPP, cuja redação foi conferida pela microrreforma de 2019.

De início, o artigo 28-A, §2º, II codificado preconiza ser vedado o acordo de não persecução penal “se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas (...)”. A hermenêutica do dispositivo permite inferir que os investigados relacionados com organizações criminosas, por si só, não são dignos de transacionar com o Ministério Público. Diga-se isto atentando-se para as expressões “conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”, que caracterizam a criminalidade organizada, como será pormenorizado no tópico seguinte. (conceito)

Com efeito, há polêmica doutrinária a respeito de ser ou não o ANPP um benefício para o investigado (NICOLITT, 2020, *passim*), não sendo o propósito deste trabalho aprofundar as respectivas discussões; todavia é mister assentar que tal instituto pode contribuir para a redução da população carcerária, ampliando as chances de liberdade, ainda que em troca da supressão do processo, visando à resposta penal mais célere.

Convém ressaltar, ainda, este acordo não é deferido à clientela preferencial do sistema penal brasileiro, formada por implicados nos crimes patrimoniais de alta gravidade e na traficância, ex vi da pena mínima abaixo de 4 anos cominada em abstrato, como requisito para se firmar a avença. É dizer, mais uma vez, reforça-se uma política criminal seletiva.

Note-se. É verdade que, para o tipo básico do crime de organização criminosa, a lei comina pena de reclusão, de 3 a 8 anos, o que preencheria o requisito atinente à reprimenda para fazer jus ao ANPP. Sucede que as expressões destacadas acima, como dito, tendem a impedir sua efetivação para quem participa, de alguma forma, de organização criminosa, ou, na melhor das hipóteses, podem implicar panorama de patente insegurança jurídica do ponto de vista hermenêutico.

De outro lado, o artigo 310, §2º do CPP é claro ao determinar que, “Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.”

Antes de ir ao ponto essencial da temática, observa-se a gravidade da ofensa ao sistema acusatório, com a relativização arbitrária de um dos seus pilares, o juiz natural. É que a norma impede à autoridade judiciária, sondando as nuances do caso prático, conceder a liberdade provisória, ainda que acompanhada de medidas cautelares, em flagrante subalternização do Judiciário à sanha persecutória do Legislativo.

Ademais, trata-se de outra constrição político-criminal à liberdade, relativizando a presunção de inocência ante o contexto da criminalidade organizada. Pior, revela (novamente) a seletividade inerente ao sistema de justiça criminal quando constrange o *status*

libertatis de quem **íntegra** a organização, deixando livre da vedação quem a financia, promove ou constitui, formas igualmente punidas na lei de regência, como será enfrentado adiante.

Tal seletividade, manifesta nos dispositivos em comento, denuncia a irracionalidade da política criminal de enfrentamento ao crime organizado no Brasil.

3 O CRIME ORGANIZADO ENTRE A NORMA E O CÁRCERE

Em doutrina, de modo geral, a organização criminosa é conceituada como o arranjo de indivíduos, dotado de estabilidade e hierarquia, voltada para a prática delitiva sistematizada, mediante a divisão de tarefas. Seu escopo, via de regra, é o cometimento de condutas lesivas a bens jurídicos transindividuais, como saúde pública, moralidade administrativa, meio ambiente e relações de consumo, não raro de caráter transnacional. (MASSON e MARÇAL, 2018, *passim*)

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), de 2000, promulgada pelo Estado Brasileiro, por meio do Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004, é considerado o marco legal da matéria no ocidente. Sobretudo quanto à cooperação entre os signatários para a prevenção e combate eficaz da criminalidade organizada transnacional.

Em seu artigo 2, “a”, define “Grupo criminoso organizado” como “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”.

Dentre os aspectos de relevo na norma, encontra-se a preocupação com a prevenção do crime organizado, com menções à vigilância e regulamentação de condutas, notadamente para evitar lavagem de dinheiro e corrupção. No mesmo sentido é a preocupação com a

proteção de vítimas e testemunhas, bem como a referência, no seu artigo 11, aos direitos da defesa, ainda que de forma tímida e submetida a uma racionalidade punitivista.⁴

Importante previsão normativa, com o fito de conferir eficácia ao enfrentamento da criminalidade organizada, diz respeito ao confisco e apreensão de bens, que mereceu extenso tratamento na Convenção, contemplado em três dos seus longos artigos (12, 13 e 14). Observa-se, daí, o peso dado a medidas, efetivamente, preventivas, em detrimento da pena privativa da liberdade ou, mesmo, da prisão cautelar. Tal estratégia coaduna-se com o fato de ser a organização criminosa um arranjo estável, característica que imprescinde de uma organização financeira, com a movimentação sistematizada de bens e valores.

Noutros termos, a Convenção de Palermo elegeu, como forma eficaz de enfrentamento ao crime organizado, seu arrefecimento pelo aspecto econômico. Sob uma óptica anti-cárcere, esta medida parece aproximar-se de uma certa racionalidade, na medida em que propõe uma solução etiológica para a problemática.

É o que se verifica, também, no âmbito da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), de 2003, promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Atenta ao princípio de presunção de inocência no seu artigo

⁴³. No caso de infrações como as enunciadas nos Artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção, cada Estado Parte tomará as medidas apropriadas, em conformidade com o seu direito interno, e tendo na devida conta os direitos da defesa, para que as condições a que estão sujeitas as decisões de aguardar julgamento em liberdade ou relativas ao processo de recurso tenham em consideração a necessidade de assegurar a presença do argüido em todo o processo penal ulterior.

4. Cada Estado Parte providenciará para que os seus tribunais ou outras autoridades competentes tenham presente a gravidade das infração previstas na presente Convenção quando considerarem a possibilidade de uma libertação antecipada ou condicional de pessoas reconhecidas como culpadas dessas infrações.

30.6⁵, aludida norma engloba o embargo preventivo, a apreensão e o confisco de bens, entre as medidas de enfrentamento à corrupção, atenta, pois, ao aspecto econômico que alicerça tal modalidade delitiva. Cabem, aqui, as mesmas reflexões induzidas pela Convenção de Palermo, quanto a uma tendência à racionalidade do sistema por meio da descarcerização.

Sem querer romantizar os acordos penais, é necessário destacar a previsão da cooperação entre investigados/acusados e autoridades da persecução, como outra medida que a norma insere no enfrentamento à corrupção. Trata-se, também, de estratégia de redução dos danos causados pelo encarceramento, como se infere da leitura do seu artigo 37.2, assim transcrito: “Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.”

Nada obstante, a política criminal que orientou a promulgação da Lei n. 12.850, conhecida como “nova lei de organização criminosa”, pautou-se em um punitivismo manifesto, atrelado à pena privativa de liberdade, como principal forma de enfrentamento desta prática delitiva⁶. É o que se depreende do seu art. 2º, que pune, com reclusão

⁵Cada Estado Parte considerará a possibilidade de estabelecer, na medida em que ele seja concordante com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, procedimentos em virtude dos quais um funcionário público que seja acusado de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção possa, quando proceder, ser destituído, suspenso ou transferido pela autoridade correspondente, tendo presente o respeito ao princípio de presunção de inocência.

⁶ Art. 1º (...)§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de

de 3 a 8 anos, quem promove, constitui, financia ou integra, ainda que por interposta pessoa, organização criminosa.

Do ponto de vista do Direito Penal material, é flagrante a violação dos parâmetros de proporcionalidade, tendo em vista que, na prática, há a possibilidade de um crime de atentado ser punido com reprimenda maior que um homicídio simples, cuja pena cominada varia entre 6 a 20 anos de reclusão, nos termos do art. 121 do Código Penal Brasileiro. Perplexidade maior aparece no parágrafo 9º, do art. 2º aludido, com a vedação arbitrária a benefícios da execução penal, tais como a progressão de regime e livramento condicional, para condenados por integrar organização criminosa, ou praticar crime por meio de organização criminosa, caso mantido o vínculo associativo. Trata-se de alteração promovida pela Lei n. 13.964/2019, banalizada como “pacote anticrime”, o que não causa surpresa, notadamente por ser esta vocacionada ao “aprimoramento” da legislação penal e processual penal, para o combate da criminalidade.

O que, talvez, falte ao legislador infraconstitucional, no trato com a temática, seja uma percepção clara da irracionalidade inerente ao fato de tentar arrefecer a criminalidade organizada, por meio da privação da liberdade dos seus integrantes, financiadores, constituintes, etc.

É que, como já fartamente demonstrado em pesquisa empírica, o cárcere tem-se revelado como ambiente de fortalecimento do crime organizado, que nele se estrutura e a partir dele comete outras infrações, para além dos muros dos estabelecimentos prisionais. LOURENÇO e ALMEIDA (2013, p. 54), ilustram bem este cenário:

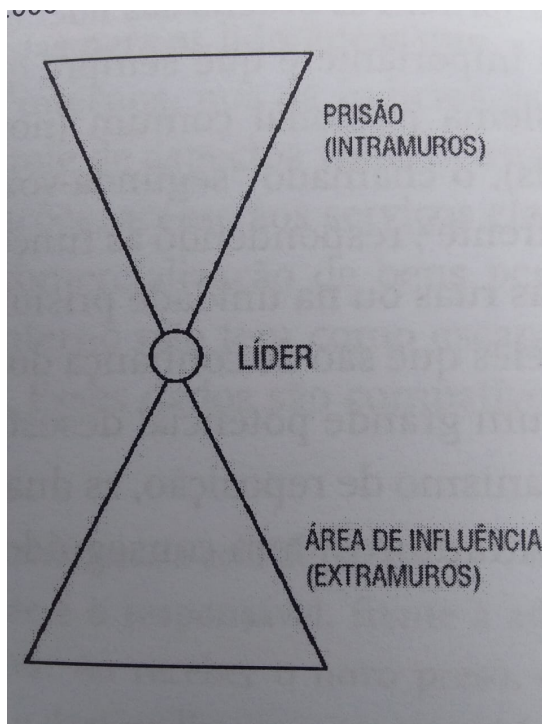
Além disso, encontramos que no decorrer da década de 2000, houve um intenso cerco policial ao comércio de entorpecentes na cidade de Salvador

qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

que tirou de circulação grandes traficantes, criando lacunas na venda de drogas nos bairros e abrindo espaço para a entrada de outras pessoas. Diante da oportunidade, os líderes das duas gangues prisionais existentes nas prisões baianas fizeram contatos com os fornecedores de drogas a fim de continuar a distribuição na cidade que começou a ser loteada sob o comando das lideranças dos dois grupos que, desta forma, ultrapassaram definitivamente os muros com complexo penitenciário.

Nesse contexto, evidenciam-se as relações de poder que se perpetuam graças a uma forte articulação econômica e política, na medida em que, por não raras vezes, valem-se da participação de agentes penitenciários e, mesmo, integrantes da advocacia, conferindo-se a estabilidade à estrutura delitiva.

Toda essa articulação é facilitada por conduto da figura de uma liderança, que também auxilia na estabilidade da organização, ainda que seja substituída por transferência de unidade prisional, obtenção da liberdade ou morte. A amplitude de sua atuação segue ilustrada na figura a seguir:



(LOURENÇO e ALMEIDA, 2013, p. 63)

A problemática em apreço insere-se em uma outra, de maior monta, qual seja a falência da prisão e do sistema de justiça criminal, como seu continente. É a preocupação central das correntes deslegitimadoras desse sistema, que aponta para o caráter criminógeno do cárcere, como setor produtor de violências, seja contra custodiados, seja a partir de infrações por estes cometidas, com repercussões sérias no meio externo, consoante se anotou alhures.

Necessário, pois, perquirir a respeito da constitucionalidade/convencionalidade de uma política criminal

plasmada no encarceramento, como principal forma de contenção da criminalidade organizada, com vistas a ponderar acerca da (i)rracionalidade do sistema de justiça neste aspecto, o que tomará lugar no tópico doravante desenvolvido.

4

AS

(IN)CONSTITUCIONALIDADES/(IN)CONVENCIONALIDADES DAS VEDAÇÕES LEGAIS IMPOSTAS AOS INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Partindo de um leitura constitucionalizada do Direito Penal e Processual Penal brasileiro, é de fundamental importância a análise das vedações legais impostas aos acusados de integrarem ORCRIM à luz não só da Constituição Federal de 1988, como também dos tratados e acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário, para que com isso se possa concluir pela viabilidade ou não dessa alteração legislativa.

Conforme cediço, a Constituição Federal de 1988⁷ preconiza pela indispensabilidade do processo legal na responsabilização do acusado (art. 5º, inciso LIV), pela plena observância ao seu estado de inocência (art. 5º, inciso LVII), bem como pela excepcionalidade das prisões cautelares (art. 5º, inciso LXVI) e pela individualização das penas (art. 5º, inciso XLVI).

Segundo o que foi estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 104.339/SP⁸, é inconstitucional a lei que, com base na gravidade

⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm
Acesso em: 1 nov. 2022.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 104.339. Relator: Gilmar Mendes. Diário de Justiça, Brasília, DF, 06 jun 2012. Disponível em:

abstrata do delito, obriga a manutenção da prisão cautelar dos flagranteados, justamente por ferir o princípio constitucional da excepcionalidade das prisões cautelares, do devido processo legal, da razoabilidade e da presunção de inocência.

Nada obstante, é neste mesmo sentido que a Convenção Interamericana de Direitos (Pacto de San José da Costa Rica)⁹ rechaça de pronto essa nova realidade normativa ao afirmar que “toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais” (art. 7.1), “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas” (art. 7.2), “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (art. 8.1), “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (art. 8.2).

Cumprе mencionar que com o advento da Emenda Constitucional n. 45, o Supremo Tribunal Federal, através do HC 87.585/TO¹⁰, firmou o

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3164259>

Acesso em: 01 nov, 2022.

⁹ BRASIL. Decreto 678. Promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São Jose da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm Acesso 01 jan. 2022.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 87.585. Relator: Marco Aurélio de Melo. Diário de Justiça, Brasília, DF, 26 jun. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=59789>

Acesso em: 01 nov. 2022.

inicial entendimento de que todo e qualquer tratado ou convenção que versasse sobre direitos humanos passariam a assumir internamente o caráter de norma constitucional, independentemente do quórum utilizado para que tivesse sido introduzido no ordenamento jurídico. Algo que posteriormente foi modificado pelo RE 466.343-1 SP ¹¹no qual estabeleceu que tais normas teriam a característica de serem supraleais, ou seja, hierarquicamente abaixo das normas constitucionais, mas acima das demais leis e atos normativos, servindo, portanto, como balizador da sua validade.

Sendo assim, analisando as recentes alterações trazidas pela Lei n. 13.964/19 como forma de recrudescimento da lei penal e processual penal, é possível subsumir que são inconstitucionais as vedações trazidas a realização do acordo de não persecução penal (art. 28-A, §2º, inciso II, do CPP) e da concessão da liberdade provisória em sede de audiência de custódia (art. 310, §2º, do CPP) aos que integrem ORCRIM, bem como da imposição do cumprimento de pena em estabelecimento de segurança máxima aos seus líderes, e do impedimento de concessão de progressão de regime e livramento condicional ou outros benefícios prisionais do art. 2º, §8º e §9º, da Lei n. 12.850/13 (Lei de Organização Criminosa), pois ferem não só as normas e princípios constitucionais supramencionados, mas também a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que é norma de característica supraleal.

Desta forma, embora os tratados e acordos internacionais pactuados pelo Brasil e a sua Constituição primem pelo uso limitado dos instrumentos penais, é possível concluir que há uma utilização

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator: Ministro Cesar Peluzo. Diário de Justiça, Brasília, DF, 03 dez. 2008. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 01 nov. de 2022.

irracional destes como resposta estatal para aqueles que venham a integrar ORCRIM, sendo o controle de constitucionalidade e de convencionalidade uma forma possível de se conseguir a sua racionalização, na medida em que delimitam o alcance do *jus puniendi* e respeitem a presunção de inocência.

5 MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS: UM ACENO À RACIONALIDADE?

Das linhas anteriores, observa-se que a ideia de organização criminosa está diretamente vinculada à noção de estabilidade econômica da sua estrutura. É dizer, não há como manter uma rede hierarquizada de funções, apta a se tornar íntegra, ainda que haja a substituição de seus membros, com divisão de tarefas, de forma muito bem acentuada, sem que se valha de um suporte financeiro que lhe garanta tais características.

Eis, então, que surge a importância de se refletir a respeito das medidas cautelares patrimoniais, um capítulo do Direito Processual Penal que tem merecido pouca atenção na Academia, mas que conta com importantes análises nos últimos tempos, notadamente no contexto da corrupção e lavagem de capitais.

O CPP trata do arresto, do sequestro e da especialização de hipoteca legal (artigos 125 a 144-A), como modalidades de cautelares reais, ensejando uma alternativa à prisão preventiva, ainda que isto não signifique exclusividade, isto é, nada impede o acúmulo de medidas cautelares patrimoniais e pessoais.

Fato é que tais medidas constritivas, aliadas à indisponibilidade de bens estabelecida na Lei n. 9.613/98 (artigos 4º a 6º), guardam coerência com a normativa internacional de enfrentamento do crime organizado, consoante visto na análise das Convenções estudadas, anteriormente. São medidas que, como não poderia deixar de ser, trazem em seu âmago a inquisitorialidade/autoritarismo, que orientam a legislação

processual penal pátria, desde o seu berço. Contudo, há de se registrar que tais medidas, caso efetivadas em observância às garantias processuais penais, podem consistir em uma tendência à racionalidade do combate às organizações criminosas.

Sua eficácia, considerando-se o que se disse a respeito do binômio crime organizado-economia, parece imune a dúvidas, tendo em vista que a indisponibilidade de bens e valores dos seus integrantes, financiadores, constituintes, pode, senão aniquilar, reduzir as forças da organização, atacada em sua etiologia financeira, hábil a lhe conferir a estabilidade peculiar.

EL HIRECHE, MINARDI e MANGABEIRA (2022, p. 6), ponderando a respeito dos pressupostos para a decretação das cautelares reais, especialmente o sequestro disciplinado no Decreto-Lei n. 3.240/41, ponderam como segue:

Decerto, a medida ora tratada não dispensa a observância de todas as exigências contidas no mencionado diploma normativo, que traz uma disciplina especial quanto à cautelaridade nos crimes que resultam prejuízo para a Fazenda Pública, embora não se deva olvidar das exigências comuns a todas as medidas cautelares, como o *fumus commissi delicti* e o *periculum in mora*.

Destacando a eficácia das medidas assecuratórias em tela, sobretudo o arreto e a especialização de hipoteca legal, LUCCHESI e ZONTA (2020, p.23), com didatismo, esclarecem a possibilidade de solidariedade no seu cumprimento, consoante segue:

Considerando a finalidade específica dessas duas medidas, tem-se que quanto a elas aplicar-se-á o efeito da solidariedade, descrito na seção 3, de modo que o arresto e a hipoteca legal poderão recair sobre

quaisquer bens de cada acusado até o limite de todo o dano causado pelo crime.

Ou seja: o valor máximo do dano poderá ser utilizado como parâmetro para fixação do valor para aplicação dessas medidas contra cada um dos codenunciados, de modo que um único acusado pode ter seu patrimônio — ainda que plenamente lícito — constricto no valor de todo o dano causado.

Tais considerações, pois, apontam para uma tentativa de racionalização do sistema de justiça criminal voltado para o enfrentamento do crime organizado, na medida em que pondera a respeito de medidas que evitam o corpo do investigado/acusado, incidindo sobre seu patrimônio. Muito embora relegitimem o referido sistema e, assim, corroborem a sua falência denunciada, não se duvida da capacidade destas medidas para, aplicadas isoladamente, reduzir o encarceramento e suas consequências criminógenas.

6 CONCLUSÕES

Por tudo até aqui demonstrado, é possível concluir que as alterações legislativas que visam o recrudescimento penal como forma de resposta estatal à prática de condutas relacionadas à organização criminosa não se mostram eficientes e racionais, haja visto que as constrições trazidas têm, como resultado inexorável, o aumento do encarceramento e da violência.

Muito embora a normativa internacional valorize, sobremaneira, estratégias preventivas que preservam a liberdade do indivíduo, voltando-se para a indisponibilidade de bens no âmbito do crime organizado, há, no Brasil, um apego ao cárcere, como forma preponderante de enfrentamento de tal criminalidade. Tal não se sustenta, pois a prisão, de há muito, não tem cumprido com suas funções declaradas, contribuindo para a seletividade do sistema de

justiça criminal, bem como para o incremento das organizações criminosas dentro e fora dos presídios.

É dizer, neste aspecto, a irracionalidade do controle penal é manifesta. De outro modo, os controles de constitucionalidade e de convencionalidade, no âmbito interno normativo, conferem maior racionalidade ao combate em tela, na medida em que servem de balizadores ao exercício do poder punitivo do Estado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera. Minimalismos, abolicionismos e eficienticismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. Disponível em:<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15205>> Acesso: em 24 set. 2016.

BORGES, Juliana. Encarceramento em massa. Rio de Janeiro, Polen, 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal, Brasília,DF, out. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 12 out. 2019.

CASARA, RUBENS. ESTADO PÓS-DEMOCRÁTICO: NEO-OBSCURANTISMO E GESTÃO DOS INDESEJÁVEIS. RIO DE JANEIRO, CIVILIZAÇÃO BRASILEIRA, 2017.

FERRAJOLI, LUIGI. DERECHOS Y GARANTÍAS: LA LEY DEL MÁS DÉBIL. MADRID, TROTTA, 2016.

_____. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. Tradução de Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

LOURENÇO, Luiz Claudio et. al. (org.). Prisões e punição no Brasil contemporâneo. Salvador, Edufba, 2013.

LUCCHESI, Guilherme Brenner et. al. “Sequestro dos proventos do crime: limites à solidariedade na decretação de medidas assecuratórias”. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 735-764, mai.-ago. 2020.

MASSON, Cleber. Et. al. Crime organizado. 4. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo, Método, 2018.

_____. Mitologia processual penal. São Paulo, Saraiva, 2015.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. São Paulo, N1, 2020.

NICOLITT, André. Manual de processo penal. 10 ed. Belo Horizonte, D'Plácido, 2020.

WACQUANT, Löic. Punir os pobres – a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro, Revan, 2007.

EL HIRECHE et. al. “Tensões entre o direito à razoável duração do processo e o sequestro de bens nos crimes envolvendo a criminalidade considerada organizada.” *Delictae*. Vol. 7, Nº12, 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020].

Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Acesso em: 1 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 104.339. Relator: Gilmar Mendes. Diário de Justiça, Brasília, DF, 06 jun 2012.

Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3164259>

Acesso em: 01 nov, 2022.

BRASIL. Decreto 678. Promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São Jose da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm Acesso 01 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 87.585. Relator: Marco Aurélio de Melo. Diário de Justiça, Brasília, DF, 26 jun. 2009.

Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=59789>

Acesso em: 01 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator: Ministro Cesar Peluzo. Diário de Justiça, Brasília, DF, 03 dez. 2008.