

**ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LUCIANO LOPES ANTINORO

SUAS EXCELÊNCIAS, OS CRIMINOSOS

**A QUESTÃO DA REVISÃO DOS INSTRUMENTOS DE INVESTIGAÇÃO E DE
VALORAÇÃO DAS PROVAS NO CONTEXTO DA CRIMINALIDADE DA ELITE
CONTRA O ESTADO BRASILEIRO**

BRASÍLIA-DF

JUNHO 2017

ITS EXCELLENCIES, THE CRIMINALS, AND THE REVIEWING OF THE INSTRUMENTS OF RESEARCH AND EVALUATION OF EVIDENCE IN THE CONTEXT OF THE ELITE CRIMINALITY AGAINST THE BRAZILIAN STATE

Luciano Lopes Antinoro

SUMÁRIO

Introdução; 1 Macrodelinquência da elite: sujeitos ativos e estratégias; 2 Criminalidade em rede. O modelo organizacional da elite delinquente; 3 Elite criminoso digital. Direito Penal analógico. Dois mundos que não se conversam; 4 A contra-estratégia do Estado brasileiro no combate ao crime da elite; 5 Conclusão; 6 Referências.

RESUMO

O presente artigo averigua se os crimes cometidos pela elite político-empresarial em face do Estado brasileiro apresentam características próprias que justificam a adoção de técnicas especiais de investigação e de valoração das provas, diferentes daquelas empregadas no combate à criminalidade comum. Estabelece-se o sujeito ativo e discorre-se sobre algumas das estratégias utilizadas pela elite para neutralizar as ações repressivas do Estado. Analisa-se a forma como os núcleos econômico e político da elite se organizam em estruturas planejadas para dificultar a realização das provas e impossibilitar a individualização das condutas. Demonstra-se que o Direito Penal tradicional não é eficaz no combate a esse tipo de criminalidade. E, por fim, discorre-se sobre as questões envolvidas na proposta do Ministério Público Federal de criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Elite delinquente; organização criminoso; direito penal;

técnicas especiais de investigação; valoração das provas; macrocriminalidade.

ABSTRACT

The present article investigates whether the crimes committed by the political-business elite vis-a-vis the Brazilian State have their own characteristics that justify the adoption of special investigative techniques and the evaluation of evidence different from those used to combat common crime. The active subject is established and the article discuss about some of the strategies used by the elite to neutralize the repressive actions of the State. It also analyzes how the elite's economic and political nuclei organize themselves in structures designed to make it difficult to carry out the tests and to make it impossible to individualize the conducts. It is shown that traditional criminal law is not effective in combating this type of crime. Finally, the article refers to the Federal Public Prosecutor's proposal to criminalize the significant increase in the assets of a public official in relation to his legitimate income which cannot be reasonably justified by him.

KEYWORDS: political-business elite; special investigative techniques; the evaluation of evidence; criminal organization; criminal law.

INTRODUÇÃO

Neste artigo averigua-se se os crimes praticados pela elite político-empresarial em face do Estado brasileiro apresentam características próprias que justificam a adoção de técnicas especiais de investigação e de valoração das provas, diferentes daquelas empregadas no combate à criminalidade comum.

A discussão adquire importância na medida em que as investigações empreendidas pelo Ministério Público Federal e pela Polícia Federal indicam que o Estado brasileiro é refém de uma sofisticada organização criminosa, composta por uma importante parcela da elite político-empresarial nacional.

Em que pese haver consenso sobre a necessidade do combate à criminalidade dos poderosos, surgem vozes doutrinárias apregoando que os órgãos de persecução criminal têm se apoiado em discursos e práticas que rompem com os princípios do direito penal tradicional e, conseqüentemente, com as bases do Estado

Democrático de Direito.

Em contrapartida, os órgãos persecutórios rechaçam essas alegações, fundamentados nos novos dispositivos legais e na ratificação de grande parte de suas condutas e decisões pelas instâncias superiores do Judiciário brasileiro.

Nessa “era dos extremos”, críticas sérias sobre os limites da atuação do Estado-repressor são apropriadas de maneira enviesada pela mesma elite criminosa como estratégia para deslegitimar e neutralizar as ações dos órgãos de persecução criminal. Lado outro, corre-se o risco da adoção açodada de novos instrumentos repressivos sem considerar a especificidade brasileira e perde-se a oportunidade de reavaliar a histórica seletividade do direito penal, que sempre se manteve distante dos crimes cometidos pela elite criminosa.

É nesse turbulento contexto que está inserida a discussão trazida à baila neste artigo.

Na primeira seção, conceitua-se o sujeito ativo da macrocriminalidade contra o Estado e analisa-se algumas estratégias adotadas por esses criminosos para dificultar ou mesmo impossibilitar a aplicação do direito penal sobre seus crimes, afastando a atuação dos órgãos de persecução penal estatal.

Na segunda seção, estuda-se a forma específica com que esses criminosos se organizam a fim de possibilitar o atingimento de seus objetivos ilícitos e para que seus líderes se ocultem por de trás do aparato de poder.

Na terceira seção, analisam-se os desafios enfrentados pelo direito penal tradicional diante dos novos tipos de conduta empregados pela elite político-empresarial, para cometerem os ilícitos contra o Estado brasileiro.

Na quarta seção, apresentam-se três teorias alternativas ao direito penal tradicional, que partem da percepção que essa criminalidade específica não encontra combate eficaz diante das normas e princípios desse direito penal, e propõe alternativas para um direito penal “moderno”. Com base nesse suporte metodológico, realiza-se a análise de algumas estratégias do Estado brasileiro na tentativa de combate à criminalidade da elite.

Na quinta seção, apresenta-se uma possível resposta para o questionamento sobre se essa nova criminalidade justifica a revisão dos instrumentos de investigação e de obtenção de prova do direito penal tradicional.

1. MACRODELINQUÊNCIA DA ELITE: SUJEITOS ATIVOS E ESTRATÉGIAS

Antes de analisar as especificidades da criminalidade da elite em face do Estado brasileiro, cumpre-nos fixar, inicialmente, quem é o seu sujeito ativo.

Nessa esteira, deve ficar claro que o presente artigo visa a compreender as características de um tipo específico de criminalidade, praticada por agentes pertencentes ao estrato mais elevado da sociedade e, exatamente em virtude disso, com acesso privilegiado a autoridades e aos negócios do Estado. Cuida-se, portanto, da macrodelinquência baseada nos poderes político e econômico, que são utilizados como instrumentos de barganha pelas elites política e empresarial, em uma simbiose que permite aos primeiros a manutenção e ampliação do poder e aos segundos o acesso privilegiado ao maior comprador nacional: o próprio Estado.

Os sujeitos ativos são grandes empresários em conluio com importantes figuras políticas com influência sobre a destinação do Orçamento Público e que se valem da participação ou conivência de “juízes, promotores, delegados [...], utilizando-se de atividades legais que lhes assegurem cobertura tácita para os negócios ilícitos [...]” (SANTIAGO, 1996, p. 144).

A esses dois núcleos essenciais, somam-se os agentes públicos (em sentido amplo, conforme o art. 2º da Lei nº 8.429/92), que são utilizados (e, por isso, recebem vantagens indevidas) como instrumentos necessários à concretização da empreitada criminosa, além de outros agentes operacionais privados (ex. doleiros).

Hassemer (1994, p. 45) apresenta uma descrição parcial, mas elucidativa das características diferenciadoras desses criminosos:

De um modo geral, há colarinhos brancos, caneta, papel, assinaturas de contratos e, também por isso, os danos desse tipo de criminalidade não são visíveis: contratos, pagamentos, cartas, negociações, solicitações. E, finalmente, apresenta três características fundamentais: internacionalidade [...], profissionalidade, divisão de trabalho e gente boa, gente com cabeça

e proteção contra a investigação policial (há até advogados que participam desse sistema de proteção com alta profissionalidade).

A forma e a persistência com que atuam revelam a inexistência de culpa moral. Mesmo quando admitem, em algum momento, que atuam contra a lei, se justificam na crença de que estão “respeitando as regras do jogo”. Buscam legitimidade em uma certa “subcultura” própria dos homens de negócio e dos detentores do poder político, e se defendem argumentando que “sempre foi assim”. Uma vez descobertos, esses delinquentes não demonstram possuir a consciência de estarem praticando um ilícito que mereça ser punido.

Corroborando essa tese, Sutherland (2015, p. 338) afirma que o ladrão comum tem consciência de que é um criminoso, e assim também é tratado pela sociedade, ao passo que os “homens de negócio” (incluam-se os agentes políticos ou qualquer outro agente público dos altos escalões da Administração Pública de todos os Poderes em todas as esferas), enxergam a si mesmos como cidadãos respeitáveis e normalmente assim também são tratados pela mesma sociedade.

De fato, historicamente, a criminalidade sempre esteve ligada à imagem de pessoas maltrapilhas, pertencentes ao estrato econômico menos favorecido, cujas condutas violentas e nocivas à sociedade justificariam o emprego do aparato estatal repressor.

Consoante dados do último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2014), elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional, Órgão do Ministério da Justiça, o Brasil possui mais de 600 mil pessoas presas em estabelecimentos penais, em sua maioria, jovens (74% dos indivíduos presos tem menos de 35 anos), não-brancos (66,77%) e que não possuem sequer o ensino médio completo (89%, contra apenas 0,46% dos presos que completaram o ensino superior). Menos de 1% dos indivíduos encarcerados teriam cometido crime contra a Administração Pública¹, sendo os demais relacionados ao cometimento de crimes comuns².

¹ Fonte INFOPEN: i) crimes contra a fé pública, com 4.722 pessoas presas; ii) peculato, 285; iii) concussão e excesso de exação, 101; iv) corrupção passiva, 501; v) corrupção ativa, 942; vi) contrabando ou descaminho 714.

² Fonte INFOPEN: i) crimes contra a pessoa, com 68.982 pessoas presas; ii) crimes contra o patrimônio, com 244.114 pessoas presas; iii) crimes contra a dignidade sexual, com 23.578 pessoas

O interesse nos dados não se limita a confirmar o senso comum de que o sistema repressor está povoado por não-brancos, pobres e com pouco ou nenhuma instrução. Tem como objetivo inicial registrar a ausência quase que completa de dados oficiais referentes à criminalidade praticada pela elite contra o Estado brasileiro, e que deve ser compreendida dentro de uma estratégia sofisticada e deliberada dessa mesma elite para ocultar seus crimes e neutralizar as ações dos órgãos de persecução penal que possam atrapalhar seus negócios (FGV, 2017).

As estratégias empregadas pelos poderosos, com o fim de neutralizar as ações repressivas do Estado, são inúmeras e têm início com essa opção política de manter oculta a cifra de seus crimes; passam pela camuflagem fornecida pela respeitabilidade que esses delinquentes ocupam no imaginário da sociedade ou pela influência político-econômica de que desfrutam; e desaguam na utilização enviesada do princípio da legalidade estrita.

É aqui que mais claramente (embora sutil aos olhos desatentos) se manifesta o núcleo político da elite delinquente, sobretudo pela ação dos detentores de cargo eletivo no Legislativo ou daqueles que em torno deles orbitam. Eles atuam na defesa de determinados interesses, seja por meio da aprovação de leis que favoreçam empreendimentos econômicos dos grupos que financiaram suas campanhas ou mediante legislação que descriminaliza (ou deixa de criminalizar) condutas ilícitas realizadas pelos grupos de interesse que efetivamente representam, o que assegura que o sistema repressor permaneça longe dos seus interesses. (MENDRONI, 2015, p. 438 e COLEMAN, 2005, p. 82).

Salgado (2015, p. 90) utiliza a expressão “leniência legislativa” para informar a maneira condescendente com que os crimes praticados pela elite contra o Estado são tratados pelo legislador (formado, não surpreendentemente, em grande parte por integrantes do núcleo político da elite criminosa³).

presas; iv) tráfico de drogas e associação para o tráfico, com 143.071 pessoas presas; v) estatuto do desarmamento, com 26.833 pessoas presas.

³ No dia 14 de março de 2017, o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, encaminhou ao Supremo Tribunal Federal 83 pedidos de abertura de inquérito (32 senadores, 39 deputados, 3 governadores e 8 ministros de Estado), a partir dos acordos de colaboração premiada firmados por 77 executivos das empresas Odebrecht e Braskem, duas das várias empresas investigadas na operação lava jato. Ademais, foram solicitados 211 declínios de competência para outras instâncias da Justiça, uma vez que envolveriam pessoas sem prerrogativa de foro.

Ferrajoli (*apud* GOMES, 2011) afirma que o fracasso estatal na luta contra os delitos dos poderosos se deve, exatamente, à aliança existente entre a elite política e a elite econômica para espoliarem o Estado. São dois lados de uma mesma moeda que coexistem e se complementam. A elite política utilizando a legitimidade e as atribuições do cargo para oferecer benesses ilegítimas aos agentes econômicos criminosos e estes revertendo parte dos ganhos econômicos ilícitos para a manutenção da posição daqueles.

Não se trata, portanto, de uma simples e natural ineficiência do Estado em distribuir igualmente a justiça entre todos os transgressores, mas da adoção consciente de “técnicas particulares usadas (pela elite delincente) para bloquear o processo de aplicação das leis” (COLLEMAN 2005, p. 279/295). Da mesma forma, posiciona-se Prado (2014, p. 403).

Não é incomum que o núcleo empresarial da elite criminosa utilize seu poder financeiro para a compra de políticos, visando a aprovação de legislações de interesse de seus grupos econômicos⁴ ou em questões penais que anistiem ou diminuam as penalidades que incidem em determinadas condutas sobre as quais erigiram seus negócios (COLEMAN, 2005, p. 75/83).

Mais recentemente, em maio de 2017, na peça de homologação do acordo de colaboração premiada pelo Supremo Tribunal Federal, no caso envolvendo o Grupo J&F, o Ministério Público Federal narrou diversos crimes que envolveriam os representantes desse grupo empresarial e uma ainda maior parcela da classe política nacional. As condutas envolveriam crimes contra o sistema financeiro, geração de caixa dois para o financiamento de campanhas eleitorais, repasses não contabilizados, compra de partidos para formação da coligação da campanha presidencial de 2014, corrupção ativa e passiva, organização criminosa, obstrução da Justiça e lavagem de dinheiro. O diretor da JBS Ricardo Saud traçou, em delação premiada, um verdadeiro inventário da propina, com listagem de doações que somam quase R\$ 600 milhões para 1.829 candidatos de 28 partidos das mais variadas colorações. Saud detalha que a empresa conseguiu eleger 167 deputados federais de 19 siglas, bancou 28 senadores da República e fez 16 governadores. (GTLJ/PGR n° 1088336/2017. Procuradoria Geral da República. Homologação de acordo de colaboração premiada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do § 7° do art. 4° da Lei n° 12.850/2013.)

⁴ As investigações da Operação Zelotes revelaram que, assim como em 2010 - quando foi negociada e aprovada a Medida Provisória 471, do fim de 2013 até meados de 2014, a Marcondes e Mautoni agiu de forma irregular para garantir a aprovação da MP 627. Um dos artigos, incluídos pelo relator, o então deputado federal Eduardo Cunha, atualmente preso em Curitiba, garantiu a prorrogação de incentivos fiscais às montadoras MMC e Caea até 2020, contrariando a posição técnica do Ministério da Fazenda. A partir da análise dos documentos apreendidos na fase preliminar da investigação, o MPF sustenta que o casal usou - nesse episódio - o mesmo procedimento adotado na negociação dos caças (vendeu a promessa de influência política de Lula) para convencer os clientes a firmarem contratos milionários como a M&M. Durante o processo de tramitação da MP 627, MMC e Caea pagaram R\$ 8,4 milhões, cada uma, à empresa de Mauro Marcondes. Acessível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/denuncia-zelotes>

É o que ocorre no Brasil, por exemplo, em relação aos crimes tributários, para os quais o legislador previu uma “rota de fuga”, consistente na suspensão da pretensão punitiva do Estado, conforme estipula o art. 9º da Lei 10.684/2003 c/c arts. 1º e 2º da Lei 8.137/1990, que tipifica os crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo (vide, também, arts. 67, 68 e 69 da Lei nº 11.941/2009)⁵.

A mensagem é clara: os crimes dos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/1990 compensam. Ao menos nesse caso, é certo que sim. Mesmo condenado, ainda é possível ao criminoso reparar o dano, retirando do Estado o poder punitivo.

Por qualquer ângulo que se analise a questão, é inegável que a lesão causada pelos delitos tributários é muito mais expressiva se comparada ao crime patrimonial cometido nas ruas. Enquanto este afeta bem jurídico individual (o que não quer dizer que não deva ser combatido), aquele afeta toda a coletividade, pela redução do montante que poderia ser destinado ao custeio de serviços essenciais como saúde, segurança e educação. Falta qualquer justificativa moral, jurídica ou técnica para essa diferenciação, sendo, na verdade, uma decisão política, que afronta o Estado Democrático de Direito, que tem um de seus pilares no respeito à igualdade entre as pessoas.

Distinção também inexplicável é a maior apenação no caso da condenação em um furto qualificado (dois a oito anos, e multa, conforme § 4º do art. 155 do CP), quando comparada à sanção cominada à fraude à licitação (três a cinco anos, e multa, segundo o art. 89 da Lei 8.666/93), que, normalmente, envolve somas muito mais expressivas e atinge bens jurídicos muito mais amplos.

Outra técnica de neutralização comumente utilizada pelo núcleo político da elite criminosa é a crescente utilização de linguagem vaga e imprecisa nas legislações aplicáveis aos crimes que esse mesmo núcleo em conluio com o econômico perpetram contra o Estado. Confirmando essa percepção, Bottini (2011, p. 118) afirma que “a produção destes novos tipos penais vem acompanhada da

⁵ Os artigos 67, 68 e 69, todos da Lei 11.941/09 estão sendo contestados pela Procuradoria Geral da República, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4273, ajuizada com pedido de liminar.

criação de discretos mecanismos de escape que afastam ou dificultam sua aplicação concreta”.

Não se pode negar que a utilização de tipos penais abertos, sobretudo nos crimes realizados pela elite político-empresarial, é uma necessidade real. Um argumento válido é que um tipo penal fechado, considerada a complexidade das relações sociais contemporâneas e o ineditismo das estratégias criminosas para burlar a lei penal, pode acarretar a impunidade generalizada nesse tipo de delito. O paradoxo é que a mesma proposta da utilização de tipo penal aberto leva à uma discussão interpretativa nos tribunais, “onde os interesses da elite desfrutam das vantagens dos vastos recursos financeiros e melhores advogados” (COLLEMAN, 2005, p. 283).

No Brasil, Bottini (2011, p. 124/125) afirma a emergência de um novo ator político: o juiz, que deixa de ser um mero aplicador da norma penal e passa a atuar ativamente como formulador da política criminal. O exercício interpretativo possibilita a construção de uma política, “que revela o caráter ideológico das decisões judiciais, que sempre permaneceu oculto sob o verniz da técnica, da neutralidade [...]”.

Para Coleman (2005, p. 286/287), existem evidências de que o sistema judiciário é mais condescendente com os criminosos ocupantes dos estratos mais altos da sociedade, quando comparado à criminalidade comum das ruas. Para o autor, há um desconforto dos magistrados em julgar seus iguais, ao que ele chama de “*background* cultural comum, partilhado por juízes e réus” da elite.

Resta evidente, portanto, que a interpretação judicial, consequência lógica dos tipos abstratos, amplia os casos de orientações distintas, contraditórias e sobrepostas, resultando no aprofundamento da insegurança jurídica em relação aos limites das condutas permitidas e escancarando o direito penal seletivo.

É o que comprova um dos raros estudos sistematizados sobre os crimes cometidos pela elite político-empresarial contra o Estado, realizado pela Fundação Getúlio Vargas (2017), que revela que em apenas 0,61% dos crimes relacionados a autoridades com foro privilegiado perante o STF houve condenação. Isso, sem contar que antes da Emenda 45, o STF somente poderia processar os políticos com

a autorização das casas legislativas respectivas, o que nunca ocorria e acabava na extinção da punibilidade pela prescrição.

Dentro de todo esse contexto, o discurso da elite criminosa é sutilmente construído para confundir, propositadamente, periculosidade com lesividade. Ao lado da necessária e legítima discussão sobre a função e os limites do Direito Penal, aproveita-se para lançar a charmosa, mas enganosa, ideia de que somente os delitos cometidos com violência ou grave ameaça devem ser objeto do Direito Penal, aproximando-se da ideia minimalista de Hassemer, conforme se verá a seguir. (LIMA, 2015, p. 127; SALGADO, 2015, p.83/101; FELDENS, 2002, p. 156 e 157)

Com isso, aprofunda-se a seletividade do sistema persecutório, uma vez que a quase totalidade dos “delitos” levados a cabo pela elite político-empresarial contra o Estado seria tratada fora da seara penal (HASSEMER) ou, ainda que dentro dela, sem a cominação da sanção da restrição da liberdade (SANCHEZ).

Nada mais falacioso. O olhar mais atento às consequências da macrocriminalidade da elite revela que o seu combate apresenta desafios tão expressivos quanto a lesão que ela encerra. Além do custo financeiro dos delitos cometidos pela elite contra o Estado brasileiro, não se pode desconsiderar o grave dano às relações sociais, que deprimem o grau de confiança e a moralidade social, produzindo desagregação em larga escala (SUTHERLAND, 2015, p. 37).

Os dados constantes do site do Ministério Público Federal (MPF, 2017) revelam números impressionantes da “Operação Lava Jato”: 1.434 procedimentos instaurados; 767 buscas e apreensões; 207 conduções coercitivas; 94 prisões preventivas; 103 prisões temporárias; 6 prisões em flagrante; 183 pedidos de cooperação internacional, sendo 130 pedidos ativos para 33 países e 53 pedidos passivos com 24 países; 155 acordos de colaboração premiada firmados com pessoas físicas; 10 acordos de leniência e 1 termo de ajustamento de conduta; 61 acusações criminais contra 269 pessoas (sem repetição de nome), sendo que em 29 já houve sentença, pelos seguintes crimes: corrupção, crimes contra o sistema financeiro internacional, tráfico transnacional de drogas, formação de organização criminosa, lavagem de ativos, entre outros; até o momento são 139 condenações, contabilizando 1.415 anos, 1 mês e 25 dias de pena; 8 acusações de improbidade

administrativa contra 50 pessoas físicas, 16 empresas e 1 partido político, pedindo o pagamento de R\$ 14,5 bilhões, valor total do ressarcimento pedido (incluindo multas): R\$ 38,1 bilhões; os crimes já denunciados envolvem o pagamento de propina de cerca de R\$ 6,4 bilhões; R\$ 10,3 bilhões são alvos de recuperação por acordos de colaboração, sendo R\$ 756,9 milhões objeto de repatriação, R\$ 3,2 bilhões em bens dos réus já bloqueados.

Ao contrário dos crimes comuns (contra a pessoa ou contra o patrimônio) que lesionam bens jurídicos individuais e cujas partes (autor e vítima) são mais facilmente identificáveis, os delitos cometidos pela elite político-empresarial contra o Estado lesionam bens jurídicos intangíveis, relacionados a um número indeterminado de pessoas (coletividade), cujos danos provocados do ponto de vista dos indivíduos são quase imperceptíveis (COLEMAN; 2005, p. 13), originando uma vitimização difusa, mas, paradoxalmente, com potencial ofensivo muito mais significativo (nesse mesmo sentido, SANCHEZ, 2002, p. 80).

Afora essas características pessoais dos sujeitos ativos da macrocriminalidade contra o Estado, e das estratégias que lançam mão para permanecerem à margem do aparato repressor, há que se considerar a forma como se estruturam em conluio e o modo sofisticado de suas condutas, questões que também os diferenciam da criminalidade comum, e que têm fundamentado o discurso dos defensores da revisão das normas e princípios que formaram o Direito Penal tradicional.

2. A CRIMINALIDADE EM REDE. O MODELO ORGANIZACIONAL DA ELITE DELINQUENTE

Neste tópico, é tratado um outro importante elemento diferenciador da criminalidade da elite. Cuida-se de analisar a forma como os núcleos econômico e político da camada mais abastada da sociedade se organizam em estruturas cuidadosamente planejadas com o objetivo deliberado de dificultar a realização das provas e impossibilitar a individualização das condutas (DALLAGNOL, 2015, p. 279; COSTA, 2015, p. 163; MPF, 2014).

De um lado, o Ministério Público Federal aduz a existência de um cenário de macrocorrupção, em que diversas estruturas de poder (organizações criminosas), público e privado, são utilizadas para realizar complexos esquemas delituosos, praticados em várias etapas contra o Estado brasileiro.

Em contraposição, uma parcela da doutrina se posiciona pela inexistência da própria ideia de organizações criminosas, afirmando não passar de um mito (Juarez Cirino dos Santos; Eugênio Raúl Zaffaroni; Juarez Tavares; Ada Pellegrini Grinover, Faria Costa, *apud* GOMES; 2015, p. 13), que esconderia a verdadeira intenção de justificar o aparelhamento funcionalista do direito e das normas processuais penais (BALTAZAR JUNIOR; 2010, p. 80).

Admitida a inexistência das organizações criminosas, a consequência, para os defensores da teoria do mito, seria tornar injustificadas a adoção de medidas excepcionais de obtenção de provas previstas na Lei nº 12.850/2013, como a colaboração premiada, a ação controlada, a infiltração de agentes e a entrega vigiada (GOMES; 2015, p. 13).

Essa posição que nega a própria existência do crime organizado, além de minoritária, parece fechar os olhos para a realidade. O que não é sem propósito. Trata-se de uma outra estratégia, inserida em um contexto mais amplo do discurso de resistência, adotada pela elite criminosa e que abarca, dentre outras técnicas (algumas delas referidas na seção anterior): ações de neutralização, insuficiência ou inadequação da legislação material e processual, e falta de empenho dos poderes públicos no combate à essa criminalidade (García-Pablos de Molina, *apud* SALGADO, 2015, p. 83, *in* CALABRICH, FISCHER e PELELLA).

Não há como negar que o conluio entre os braços político e econômico da elite nacional para a prática de crimes em face do Estado é histórico e persistente (MENDRONI, 2012, p. 23-24; GOMES, 2015, p. 21-31; BALTAZAR JÚNIOR, 103-118; BITTENCOURT, BUSATO; 2014, p. 30).

Sobre essa criminalidade, já dava conta o Padre Antônio Vieira, em 1655, em seu Sermão do Bom Ladrão:

Não são só ladrões, diz o Santo, os que cortam bolsas, ou espreitam

os que se vão banhar, para lhes colher a roupa; os ladrões que mais própria e dignamente merecem este título, são aqueles a quem os Reis encomendam os exércitos e legiões, ou o governo das Províncias, ou a administração das Cidades, os quais, já com manha, já com força, roubam e despojam os povos. Os outros ladrões roubam um homem. Estes roubam Cidades e Reinos: os outros furtam debaixo do seu risco, estes sem temor nem perigo: os outros, se furtam, são enforcados, estes furtam e enforcam.

Mais recentemente, o cometimento de crimes por parte da elite contra o Estado brasileiro, de forma organizada e duradoura, foi reconhecido no voto do Ministro Celso de Melo⁶, proferido em 2012, na Ação Penal 470/MG:

Entendo que o Ministério Público expôs na peça acusatória eventos delituosos revestidos de extrema gravidade e imputou aos réus ora em julgamento ações moralmente inescrupulosas e penalmente ilícitas que culminara, a partir de um projeto criminoso por eles concebido e executado, em verdadeiro assalto à Administração Pública, com graves e irreversíveis danos ao princípio ético-jurídico da probidade administrativa e com sério comprometimento da dignidade da função pública, além de lesão a valores outros, como a integridade do sistema financeiro nacional, a paz pública, a credibilidade e a estabilidade da ordem econômico-financeira do País, postos sob a imediata tutela jurídica do ordenamento penal.

[...] o ato de corrupção constitui um gesto de perversão da ética do poder e da ordem jurídica, cuja observância se impõe a todos os cidadãos desta República que não tolera o poder que corrompe nem admite o poder que se deixa corromper.

Quem transgredir tais mandamentos, não importando a sua posição estamental, se patricios ou plebeus, governantes ou governados, expõe-se à severidade das leis penais e, por tais atos, o corruptor e o corrupto devem ser punidos, exemplarmente, na forma da lei.

Este processo criminal revela a face sombria daqueles que, no controle do aparelho do Estado, transformaram a cultura da transgressão em prática ordinária e desonesta de poder, como se o exercício das instituições da República pudesse ser degradado a uma função de mera satisfação instrumental de interesses governamentais e de desígnios pessoais.

A gravidade da corrupção governamental, inclusive aquela praticada no Parlamento da República, evidencia-se pelas múltiplas consequências que dela decorrem, tanto aquelas que se projetam no plano da criminalidade oficial quanto as que se revelam na esfera civil (afinal, o ato de corrupção traduz um gesto de improbidade administrativa) e, também, no âmbito político-institucional, na medida em que a percepção de vantagens indevidas representa um ilícito constitucional, pois, segundo prescreve o art. 55, § 1º, da

⁶ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP470mCM.pdf>

Constituição, a percepção de vantagens indevidas revela um ato atentatório ao decoro parlamentar, apto, por si só, a legitimar a perda do mandato legislativo, independentemente de prévia condenação criminal.

Sabemos todos que o cidadão tem o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis.

A corrupção deforma o sentido republicano de prática política, compromete a integridade dos valores que informam e dão significado à própria ideia de República, frustra a consolidação das instituições, compromete a execução de políticas públicas em áreas sensíveis como as da saúde, da educação, da segurança pública e do próprio desenvolvimento do País, além de afetar o próprio princípio democrático.

Esse quadro de anomalia, Senhor Presidente, revela as gravíssimas consequências que derivam dessa aliança profana, desse gesto infiel e indigno de agentes corruptores, públicos e privados, e de parlamentares corruptos, em comportamentos criminosos, devidamente comprovados, que só fazem desqualificar e desautorizar, perante as leis criminais do País, a atuação desses marginais do Poder.

A alegação do mito, ademais, não sobrevive ao cotejo entre o cotidiano da relação público-privado no Brasil e o texto da Lei nº 12.850/2013 (Lei do Combate às Organizações Criminosas), que define a organização criminosa como a associação de 4 (quatro) ou mais indivíduos estruturalmente ordenados e divididos em tarefas, mesmo que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagens de qualquer natureza, pela prática de crimes cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que apresentem caráter transnacional.

Ocorre que os crimes cometidos pela elite político-empresarial contra o Estado brasileiro, pela própria natureza e reprovabilidade, trazem como consequência lógica a subsunção dos fatos ao tipo penal da organização criminosa. Geralmente, são crimes cuja pena máxima cominada é superior a 4 anos (ex.: corrupção, crimes contra a ordem econômica, operações de câmbio com o fim de promover evasão de divisas), ou se desenvolvem fora das fronteiras nacionais, uma vez que é comum, considerado o grande volume de dinheiro envolvido, o seu ocultamento no exterior (ex. da ocultação de capitais nos paraísos fiscais). Além disso, por envolver vários núcleos criminosos (político, administrativo, financeiro operacional e empresarial), que se complementam e se espriam pelos setores

público e privado, necessariamente, contam com a participação consciente de vários indivíduos, sem os quais o objetivo ilícito não seria alcançado.

Um dado fundamental para a compreensão desse fenômeno é que a atuação criminosa é transformada em uma estratégia de manutenção do poder político e de direção empresarial por parte daqueles que aceitam ingressar no esquema delituoso. Percepção essa confirmada pelo MPF, nos autos da Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000, em que se afirma que a organização criminosa desenvolvida pela elite político-empresarial não pode ser considerada “fruto do acaso”, e sim uma engenhosa divisão de tarefas, baseada no emprego de técnicas profissionais de conRAINTeligência, que visavam encobrir o caráter ilícito do empreendimento e garantir a impunidade.

Nesse diapasão é a sentença proferida na Ação Penal nº 5083360-51.2014.4.04.7000/PR, em que o Magistrado reconhece que grandes empreiteiras brasileiras, por meio de cartel, atuaram sistematicamente com o fim de frustrar licitações da Petrobras. As empresas, segundo a sentença, realizavam reuniões prévias às licitações para definirem entre si qual delas seria a vencedora em determinado certame. Esse ajuste prévio possibilitava que as empresas apresentassem propostas de preço próximo ao limite aceitável pela Petrobras (até 20% superior à estimativa prévia), frustrando o objetivo de qualquer processo licitatório que é a obtenção do melhor produto/serviço, pelo menor preço, o que deveria ser consenguido por meio da concorrência real entre as empresas interessadas (JUSTEN FILHO, 2016, p.15).

Mais à frente, na mesma sentença, o Magistrado reconhece que houve o pagamento de propinas a Dirigentes das Diretorias de Abastecimento, de Engenharia ou Serviços e da Internacional, além da corrupção de agentes políticos e do financiamento, com recursos provenientes do crime, de partidos políticos.

Nesse contexto de crimes complexos e realizados mediante sofisticados arranjos organizacionais, a questão da autoria desafia os princípios e as normas de imputabilidade previstos no direito penal tradicional (BOTTINI, 2011, p. 129). Ainda que parte da doutrina e da jurisprudência tenha avançado no sentido de incorporar e desenvolver teorias como o domínio do fato e sua vertente específica que prevê a

imputação por meio do domínio da organização, o dado é que ela encontra decidida oposição de parte dos doutrinadores⁷ que justificam suas críticas na necessidade da preservação das garantias individuais que fundamentaram o direito penal liberal.

Justificativa essa que não encontra respaldo na realidade e pode ser explicada pela expressão “garantismo hiperbólico monocular”, cunhado por Fischer (2015, p. 39/49). Hiperbólico por ser uma forma de garantismo exagerado, desproporcional. Monocular porque decide enxergar apenas os direitos fundamentais do réu, desconsiderando que a Constituição também prevê deveres fundamentais do Estado e do cidadão.

Dias (2007, p. 765), ao reproduzir os ensinamentos de Roxin, demonstra que o domínio do fato, que fixa a responsabilização do agente por autoria, pode se dar de três maneiras:

O agente pode dominar o fato desde logo na medida em que é ele próprio quem procede à realização típica, quem leva a cabo o comportamento com seu próprio corpo (é o chamado por Roxin domínio da ação que caracteriza a autoria imediata). Mas pode também dominar o fato e a realização típica mesmo sem nela fisicamente participar, quando domina o executante através de coação, de erro ou de um aparelho organizado de poder (quando possui o domínio da vontade do executante que caracteriza a autoria mediata). Como pode ainda dominar o fato através de uma divisão de tarefas com outros agentes, desde que, durante a execução, possua uma função relevante para a realização típica (possuindo o que Roxin chamou o domínio funcional do fato que constitui o signo distintivo da coautoria)

Para fins do presente estudo, interessa-nos a afirmação de que, mesmo sem participar fisicamente da realização do tipo penal, todo aquele que possui o domínio do fato e da realização típica, por meio de um aparato organizado de poder, deve ser responsabilizado em coautoria com o executor da ordem (autor pelo domínio da ação).

A despeito de Roxin (2000, p. 79) refutar que a teoria do domínio da organização possa ser aplicada na seara empresarial, a partir do pressuposto de

⁷ Günther Jakobs (apud Ambos, 2002, p. 53) defende a aplicação do conceito de *coautoria* para a solução de casos tais; e Herzberg, Rotsch e Zaczyk (apud Roxin, 2009, p. 73) defendem a aplicação da *instigação*.

que a teoria somente se amoldaria a organizações com fins ilícitos (dissociada da ordem jurídica), Dallagnol (2017, p. 62. Autos da Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000) defende que a teoria teria sido desenvolvida de forma autônoma pela jurisprudência de outros países, para possibilitar sua aplicação também às organizações cujos objetivos seriam lícitos, mas que fossem utilizadas para o cometimento de delitos.

A partir desse alargamento da teoria do domínio da organização, Dallagnol irá propor a sua aplicação a empreendimentos que tenham estruturas formalmente lícitas, mas que se encontram capturados por atores que os utilizam para a realização de objetivos ilícitos.

No mesmo sentido da proposta de Dallagnol, Dutra (2011, p. 231) defende a possibilidade da ampliação do âmbito de aplicação da teoria conforme se lê dos seguintes trechos:

[...] a teoria do domínio do fato ou teoria objetivo-subjetiva [...] propugna que é autor aquele que realiza um aporte relevante para o cometimento do crime e possui o ânimo de dirigir a realização do fato. Trata-se de um conceito ontológico, uma vez que deriva da realidade fática. [...]

Por conseguinte, os requisitos caracterizadores do domínio do fato em virtude do domínio da organização devem ser estabelecidos de modo a viabilizar a identificação do controle da empreitada criminosa por parte do dirigente da estrutura de poder, sob os pontos de vista objetivo e subjetivo. Nesse contexto, conforme defende Kai Ambos (1999, p. 133-165), a desvinculação do aparato em relação ao ordenamento jurídico não parece ser um pressuposto indispensável para a configuração do domínio da organização.

Argumenta Claus Roxin (2000, p. 276-278) que, nas organizações associadas ao Direito, existiria a devida expectativa de que as ordens ilícitas não fossem cumpridas, motivo pela qual não haveria substitutibilidade dos executores, uma vez que estes deveriam ser recrutados individualmente para o plano delitivo. Todavia, tal sustentação recai no próprio requisito da fungibilidade, demonstrando ser este o verdadeiro fator imprescindível para a caracterização do domínio da organização.

Com efeito, é a fungibilidade dos executores que permite identificar o funcionamento automático da organização, de modo que “o atuante imediato é apenas uma roldana substituível dentro das engrenagens do aparato de poder” (Roxin, 2008, p. 324). Assim, malgrado o destinatário a ordem ilícita seja livre – ao contrário do que ocorre no domínio do erro, da coação e da inimputabilidade -, sua negativa em

cumpri-la não frustra o projeto do dirigente, visto que pode ser imediatamente substituído por alguém que, com domínio da ação, aceitará sua execução. Portanto, satisfeito esse requisito, é possível afirmar que o homem de trás possui o domínio do fato em virtude do domínio da organização, independentemente de estar ou não a estrutura de poder dissociada do Direito.

BALTAZAR JUNIOR (2010, p. 103/118) é mais enfático no sentido de ser uma obrigação do Estado combater não apenas o perigo das organizações criminosas que se dedicam às atividades violentas (ex. roubo de cargas, milícia etc.), devendo alcançar a macrocriminalidade dos poderosos, cometida nos escritórios ou gabinetes oficiais, nos quais os elementos de hierarquia e divisão de tarefas são mais marcantes. De qualquer forma, o autor defende que não se trate de uma organização dotada de uma hierarquia rígida, de ser integrada por agentes públicos, ou de se ocultar sob a ficção da personalidade jurídica de uma empresa não deve servir “de anteparo ou empecilho à persecução penal”.

Assim, atendendo ao dever de proteção do Estado e, ao mesmo tempo, respeitando as garantias do devido processo legal constitucional, a teoria do domínio do fato, desenvolvida a partir das formulações de Claus Roxin, possibilita distinguir de forma mais acertada as figuras do autor e partícipe, tornando mais discernível a coautoria e a figura do autor mediato.

3. ELITE CRIMINIOSA DIGITAL. DIREITO PENAL ANALÓGICO. DOIS MUNDOS QUE NÃO SE CONVERSAM

Como demonstrado nas seções anteriores, o Estado brasileiro é vítima histórica de uma parcela importante da elite político-empresarial, que se vale de sua posição social privilegiada e que se estrutura em uma complexa teia organizacional em conluio com outros agentes públicos, com o fim de promover a pilhagem sistemática dos recursos da sociedade, garantindo ao núcleo político a manutenção do poder, ao núcleo empresarial o acesso privilegiado aos negócios públicos e aos agentes públicos envolvidos o enriquecimento ilícito.

Quem já teve a oportunidade de ler os escritos do Mestre Raymundo Faoro, em sua clássica obra *Donos do Poder* (2001, p. 199), afirmará que novidade não há:

Uma imagem dá a veemente medida do bombeamento de riquezas para a metrópole, por meios legais e por meios ocultos [...]

Por isso nada lhe luz ao Brasil, por mais que nada lhe monta e nada lhe aproveita, por mais que faça, por mais que se desfaça. E o mal mais para sentir de todos é que a água que por lá chovem e esperdiçam as nuvens não é tirada da abundância do mar, como noutro tempo, senão das lágrimas do miserável e dos suores do pobre, que não sei como atura já tanto a constância e fidelidade destes vassalos.

[...] Há mais, porém. O burocrata, já desenvolvido do embrião estamental do cortesão, furta e drena o suor do povo porque a seu cargo estão presos os interesses materiais da colônia e do reino. O súdito não é apenas o contribuinte, mas a vítima do empresário que arrenda os tributos, a vítima dos monopólios e das atividades da metrópole. [...] O exercício do comércio prende-se, em termos gerais, a um contrato público, que gera os contratadores, por sua vez desdobrados em subcontratadores, sempre o braço cobiçoso da administração pública.

Se não é uma surpresa o conluio entre as elites para se apropriarem ilegalmente da coisa pública, a novidade fica por conta da sofisticação com que conduzem o empreendimento delituoso (*modus operandi*).

Além da dificuldade do direito penal tradicional em tratar de questões como a responsabilização dos chefes de esquemas criminosos que se utilizam de complexas teias organizacionais para se ocultarem (questão tratada em seção anterior), não se pode desconhecer que as sociedades modernas têm se tornado cada vez mais complexas em suas relações, tornando ineficazes muitos dos instrumentos de investigação tradicionais.

Vivenciamos o surgimento de um mundo virtual em que grande parte das relações sociais, as trocas de informações e as transações financeiras são realizadas sem a presença física dos indivíduos, o que permite o acobertamento de condutas ilícitas.

Em ambos os mundos (virtual ou real), observa-se a criação premeditada de campos escuros de atuação. Verdadeiras caixas-pretas que dificultam, quando não impedem, a comprovação da materialidade ou a individualização das condutas criminosas.

Dallagnol (2015; p. 279) menciona três características dos crimes cometidos pela elite político-empresarial, em relação aos quais tanto os métodos de investigação tradicionais quanto as técnicas especiais não têm sido capazes de possibilitar ao Estado produzir provas: i) a adoção, por parte desses criminosos, de medidas de contrainteligência como os circuitos fechados de telefones, a utilização de linguagem cifrada nas conversas, o uso intensivo das novas tecnologias de comunicação como Skype, WhatsApp, Viber ou rádios. A utilização de paraísos fiscais que não se prestam apenas a receber e guardar sigilo em relação aos ativos financeiros ilícitos, mas também na guarda da documentação digitalizada e acondicionada nas bases de dados em nuvem (*cloud computing data storage*); ii) a existência de “buracos-negros” físicos (paraísos fiscais) e virtuais (paraísos virtuais), isto é, de países que adotam uma política de não-colaboração com a comunidade internacional no combate à criminalidade transnacional, que tornam a investigação desses crimes “simplesmente impossível”; iii) além do pacto de silêncio que caracteriza esses empreendimentos.

Lima (2015, p. 123) observa que o padrão probatório, muitas vezes exigido em julgamentos dos delitos relacionados à macrocriminalidade, aos delitos societários, aos crimes de colarinho branco e à lavagem de ativos, representaria “verdadeira *probatio diabolica* para a acusação, embora não explícita, o que acaba por implicar a absolvição ou o reconhecimento de nulidade em número relevante de casos”.

Moro (2008, p. 11-14) ressalta a dificuldade em se conhecer e provar os atos criminosos destinados à lavagem de ativos, sobretudo pela complexidade apresentada pelas condutas que envolvem esse tipo de ilícito. Em relação ao processo probatório dos crimes de lavagem, afirma o Magistrado que, geralmente, o máximo que estará disponível à acusação será apenas prova indireta de seus elementos, inclusive quanto à origem criminosa dos bens, direitos e valores envolvidos.

Para Gomes (2015, p. 193), “não se exige muito esforço intelectual ou ter muita lucidez para compreender que os meios tradicionais de obtenção de prova previstos no Código de Processo Penal (a exemplo da prova testemunhal, documental etc.) são insuficientes [...]”. Além das novas tecnologias, da estrutura

organizacional e do planejamento aprimorado já discutidos nesse artigo, o autor se refere à ausência de políticas públicas que concorrem para a insuficiência do Estado na colheita de provas.

Ocorre que os instrumentos de investigação e os princípios do direito probatório do Direito Penal tradicional não foram pensados para dar conta dessa nova realidade. Diante do ineditismo e da multiplicidade de oportunidades de se realizarem condutas não usuais, as organizações criminosas têm agido ao largo da lei. E esta não consegue dar conta de subsumir os novos fatos aos seus tipos penais ou aos procedimentos probatórios clássicos (nesse mesmo sentido, Min. Nelson Jobim. STF, Pleno. ADIN 1570/DF, rel. Min. Maurício Correa. J. em 12.02.2014). A mesma conclusão se tira da leitura das Convenções das Nações Unidas contra a corrupção (art. 50), de Palermo (art. 20), ambas ratificadas e promulgadas pelo Brasil respectivamente pelos Decretos 5.687/2006 e 5.015/2004; como também pela Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e substâncias Psicotrópicas (Decreto 154/1991).

No Brasil, as seguintes técnicas especiais de investigação (meios de obtenção da prova) foram previstas no art. 3º da Lei nº 12.850/2013 (sem prejuízo da utilização de outros meios de obtenção de prova previstos em lei): i) colaboração premiada; ii) captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; iii) ação controlada; iv) acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; v) interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; vi) afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; vii) infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; viii) cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Bitencourt e Busato (2014, p. 14) apontam uma possível incoerência da lei das organizações criminosas no ponto concernente ao emprego dessas técnicas especiais de investigação: como justificar a utilização dessas medidas excepcionais destinadas à comprovação das organizações ilícitas, se a existência destas é pré-requisito para a utilização daquelas?

A resposta é dada pela própria lei. A exemplo do § 2º do art. 10 da Lei nº 12.850/2013, o que se exige são indícios e não prova inequívoca da existência da organização criminosa, como sustentam os dois autores. Como forma de garantir a excepcionalidade do emprego dessas medidas, Gomes (2015, p. 208) defende que, se forem empregadas as medidas especiais e, posteriormente, se verificar a ocorrência de outros crimes, mas não o de organização criminosa nem do tráfico de drogas (duas únicas hipóteses que autorizam o emprego dessas medidas), as provas obtidas por estes instrumentos deverão ser tidas como nulas. Ressalva deve ser feita em relação aos meios ordinários de investigação que também são previstos para todos os demais crimes, ou em relação à colaboração premiada, que poderá ser fundamentada na lei geral da delação (Lei nº 9.807/1999), aplicável a qualquer infração penal.

Alguns autores como Bitencourt e Busato, 2014, p. 116; Aury e Rosa, 2014; adotam postura crítica quanto à utilização de institutos jurídicos alienígenas. Mais especificamente em relação à colaboração premiada, esses autores defendem a impossibilidade de sua utilização dentro do ordenamento pátrio. Sobre essa questão, Pacelli apresenta uma visão que parece mais consentânea e moderada, no sentido de que a transposição de institutos estrangeiros por si só não seria um problema. Assim, tanto aqueles que adotam uma postura radicalmente refratária quanto aqueles que tomam esses institutos como panaceia para todos os males, Pacelli⁸ (2013) diz se tratar de duas espécies de conservadorismo, carecedores de referencial crítico.

4. A CONTRA-ESTRATÉGIA DO ESTADO BRASILEIRO NO COMBATE AO CRIME DA ELITE

Se existe algum ponto em comum entre doutrinadores, advogados, membros da Magistratura e do Ministério Público é o desconforto sobre a função, os limites e a efetividade do Direito Penal como resposta à macrodelinquência moderna.

⁸ Acessível:

http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ANEXOS/INF_264_Organizacoes_criminosas_pacelli.pdf

Mas esse não é um problema restrito à realidade brasileira, como demonstram as três propostas alternativas ao combate à macrocriminalidade de Hassemer, Sanchez e Martin.

Os minimalistas, representados por Hassemer (pertencente à Escola de Frankfurt), colocam-se contrários à ideia de expansão do Direito Penal, e buscam a preservação dos fundamentos que entendem essenciais para a manutenção do acordo originário firmado pelos indivíduos e o Estado (contrato social) como, por exemplo, a manutenção de garantias individuais (vida, liberdade, saúde, honra), a intervenção mínima do direito penal e subsidiariedade deste ramo do direito em relação aos demais.

Para o autor alemão, o combate à macrocriminalidade não encontrará resposta no Direito Penal⁹ (OLIVEIRA, 2012, p. 32), exatamente porque suas normas, princípios e instrumentos estão limitados pelas garantias individuais iluministas, sobre as quais ele foi erigido e que não podem ser modificadas, sob pena de afrontar o contrato social inicial.

A resposta passaria por um outro tipo de Direito, que ele propõe, ao menos inicialmente, chamar de “Direito de Intervenção”, baseado na proibição de imposição de penas restritivas de liberdade. Como “compensação”, admitir-se-ia a responsabilização coletiva, a aplicação de pesadas sanções econômicas e a possibilidade de flexibilizar as garantias processuais com o intuito de tornar a persecução penal mais eficiente (HASSEMER, 2008. p.209).

Um exemplo desse Direito de Intervenção, aplicado no Brasil, é a Nova Lei do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Lei nº 12.529/2011), que prevê o processamento das infrações à ordem econômica por uma autarquia (art. 4º), fora da instância penal, possibilitando o emprego da responsabilidade objetiva das empresas e da aplicação de pesadas multas. Por se tratar de processo administrativo, a restrição da liberdade é afastada.

⁹ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal brasileiro. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito – USP. São Paulo. 2012. p.32). Segundo a autora, os motivos que levaram Hassemer a excluir o Direito Penal passa pela compreensão de suas finalidades: a proteção de bens jurídicos, a prevenção geral, o reforço normativo de valores por meio da sanção e a proteção das expectativas sociais.

Importante ressaltar que os minimalistas não se confundem com o movimento que defende o abolicionismo total do direito penal. Ao menos, de forma geral, já que poder-se-ia argumentar se tratar de proposta que pretende o abolicionismo penal parcial, isto é, para os crimes praticados pela elite político-empresarial contra o Estado. Em que pese o importante papel exercido pelo movimento abolicionista, no sentido de trazer à baila a discussão sobre a necessidade de humanizar o sistema penal, Silva Sanchez adverte tratar-se de uma utopia, que não encontra guarida na complexização crescente das relações sociais atuais (1992, p 21).

Nesse mesmo sentido, Claus Roxin, (2001, p. 461) ao analisar a proposta abolicionista de superação do Direito Penal pelo combate às causas sociais da criminalidade, e da adoção de medidas conciliadoras extrajudiciais, incluindo indenizações reparadoras, irá afastar sua factibilidade afirmando:

Se tais suposições fossem realistas, o futuro do direito penal só poderia consistir em sua abolição. Mas, infelizmente, a inspiração social-romântica de tais ideias é acentuada demais para que elas possam ser seguidas. Uma sociedade livre do direito penal pressuporia, antes de mais nada, que, através de um controle de natalidade, de mercados comuns e de uma utilização racional dos recursos de nosso mundo, se pudesse criar uma sociedade que eliminasse as causas do crime, reduzindo, portanto, drasticamente aquilo que hoje chamamos de delinquência.

Mesmo este pressuposto baseia-se, segundo penso, em considerações errôneas. A Alemanha vem gozando, desde a época do pós-guerra (depois de 1950) até a reunificação, de um nível de bem-estar cada vez maior, com uma população sempre decrescente, mas a criminalidade aumentou de modo considerável.

Assentado, portanto, que o contexto é de ampliação do direito penal, passe-se à análise da proposta dos expansionistas descritivos, do qual Silva Sánchez é o principal expoente. Para estes, a maior participação do direito penal é consequência imposta pela realidade. Não havendo oposição possível, caberia tão somente delimitar os parâmetros razoáveis da expansão, mantendo um piso mínimo de garantias constitucionais, sobretudo a ideia de bem jurídico, mas mitigando o rigor de algumas regras de imputação ou, como no caso específico de Sánchez, adotando-se um Direito Penal diferenciado para a tutela de determinados bens jurídicos supraindividuais.

Justificados pelos novos desafios trazidos pela criminalidade moderna e reconhecendo a inviabilidade de combatê-los dentro do instrumental disponibilizado

pelo Direito Penal tradicional, sem afrontar as garantias basilares deste modelo, Silva Sanchez apresenta a proposta de criação de um “segundo” Direito Penal com normas e princípios especificamente desenhados para possibilitar o combate efetivo à macrocriminalidade.

Assim, o Direito Penal tradicional (de primeira velocidade) continuaria sendo aplicado aos crimes convencionais, destinado à tutela dos bens jurídicos individuais, mantendo as garantias constitucionais e a ameaça de imposição de penas restritivas de liberdade. Enquanto que o novo Direito Penal (de segunda velocidade), voltado à tutela dos bens jurídicos supraindividuais, abstratos, característicos das sociedades contemporâneas, permitiria a flexibilização das garantias, a simplificação das regras do processo acusatório, ampliando as funções preventivas inseridas nos tipos penais, tendo como contrapartida a exclusão da possibilidade do sancionamento por penas restritivas da liberdade.

Diferente da proposta de Hassemer de um Direito de Intervenção, situado fora do Direito Penal, e, portanto, do aparato repressor criminal do Estado, a proposta de Silva Sanchez prevê a aplicação desse direito de segunda velocidade, respeitando-se regras processuais penais especiais, conduzidas por um juiz togado da área criminal, esperando que o potencial estigmatizante do processo penal, bem como a força comunicativa do sistema penal, funcionem como estratégia de prevenção geral.

No Brasil, em que pese não serem processados na Justiça criminal, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8429/1992) e a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas (Lei nº 12.846/2013) poderiam ser caracterizadas mais acertadamente como exemplos de um Direito Penal-Administrativo ou Civil-Sancionador, muito próximo do Direito de segunda velocidade proposto por Silva Sanchez.

Para Carvalhosa (2015, p. 32/33) a Lei nº 12.846/2013 somente se distingue da lei penal quanto ao processo, mas não quanto à substância, devendo sua aplicação, por consequência, observar rigorosamente as garantias do processo penal.

A mesma cautela há de ser observada na aplicação da Lei n° 8.429/1992, independentemente de se tratar de direito administrativo-sancionador, sobretudo porque as sanções cominadas, em que pese excluir a pena restritiva de liberdade, são de extrema gravidade para o cidadão. E aqui, cuidado redobrado é preciso quanto à extensão interpretativa que se pode dar ao art. 11 da LIA, sobretudo porque nem sempre é possível distinguir com clareza a lesão resultante de uma gestão falha, incompetente, desatenta e desidiosa, que deve ser tratada dentro do processo administrativo, daquele prejuízo proveniente do agente público que age desonestamente, dirigindo sua conduta pela de má-fé e destinada a violar os princípios da moralidade pública (RIZZARDO, 2014, p. 768)

Sanchez (2002, p. 148) admite, ainda, um direito penal de terceira velocidade (Direito Penal do Inimigo), isto é, de uma política criminal em que convivam as penas restritivas de liberdade juntamente com a relativização das garantias político-criminais, das regras de imputação e dos critérios processuais, como meio de combater fatos “de emergência”, caracterizados pela criminalidade de Estado, terrorismo, criminalidade organizada, nos quais a persecução e a produção de provas se mostram difíceis, e dado o seu poder desestabilizador da norma e do próprio direito penal, justificaria a relativização das garantias substanciais e processuais (SANCHEZ, 2002, p. 150).

Para Greco (2014, p. 23-24) e Prado (2014, p. 411-412) a Lei n° 12.850/2013 (Lei de combate ao crime organizado) tem inspiração no Direito Penal ou Processual do Inimigo. Com isso não se pode concordar, uma vez que as técnicas especiais de investigação introduzidas por essa Lei não afastam o devido processo legal, nem retiram do acusado o direito de defesa com a mesma amplitude concedida a qualquer outro cidadão. Quanto a isso, é esclarecedora a decisão prolatada pelo Min. Celso de Melo no MS 23.452/RJ:

[...] não há, no sistema constitucional brasileiro, direito ou garantia [...] de caráter absoluto, [...] razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

Em realidade, a Lei de Combate à Criminalidade Organizada estaria melhor caracterizada como pertencente à visão expansionista normativa, da qual se passa a tratar.

Os expansionistas normativos ou prescritivos, representados por Tiedemann, Schünemann e Garcia Martin, defendem a ampliação das áreas de intervenção do Direito Penal, sobretudo para abarcar a criminalidade econômica. Desloca-se a preocupação de simplesmente punir as transgressões passadas, para tutelar as gerações futuras, por meio da intervenção criminal.

Ao contrário do discurso reativo da Escola de Frankfurt à modernização do direito penal, Garcia Martin (2011, p. 269) entende se tratar tão somente de readequação das leis criminais à nova realidade social e isso em nada afastaria ou flexibilizaria os princípios e garantias do Estado de Direito, senão que aprofundaria e garantiria a sua realização na plenitude.

A efetivação das garantias do Estado Social Democrático somente seria possível diante de um novo direito penal que reconhecesse a importância da tutela não só dos bens individuais (característica do Direito Penal Liberal), como também dos bens jurídicos coletivos (supraindividuais), o que permitiria ultrapassar seus limites formais para realizar também sua concepção material.

Da mesma forma, a inclusão do princípio da precaução no direito penal em nada afetaria as garantias penais do Estado de Direito. Mesmo porque a definição pormenorizada da conduta típica e as circunstâncias do fato nos delitos de perigo abstrato os tornam mais conforme com o mandato de determinação dos tipos imprudentes de resultado, a respeito dos quais é reconhecida a dificuldade de realizar-se o princípio da legalidade.

Reafirmado o papel central do direito penal no combate à nova criminalidade, Garcia Martin (2011, p. 294) pontua que a reação da Escola de Frankfurt tem seu fundamento principal na oposição da “criminalização formal da criminalidade material das classes poderosas”, que, aliás, segundo o autor espanhol, sempre foi ignorada, quando não totalmente tolerada e favorecida pelo Direito Penal Liberal.

No Brasil, conforme os exemplos dados, o legislador brasileiro parece ter optado por um modelo híbrido para o combate ao crime organizado, o que pode ser explicado em virtude da independência das instâncias penal, administrativa e civil (ex. arts. 121 e 125 da Lei nº 8112/90). Como consequência, por uma mesma conduta ilícita, o indivíduo pode ser processado e condenado nas três searas, abrindo discussão para um possível punitivismo, no sentido de que o Direito Penal deixa de ser a *ultima ratio*, para atuar como linha de frente no combate à macrocriminalidade organizada, portanto, em paralelo aos outros tipos de Direito (administrativo e civil).

A centralidade do Direito Penal fica evidenciada na proposta do Ministério Público Federal no combate à corrupção (assim como para Garcia Martin), exemplificada pela criminalização do aumento do patrimônio do servidor público que se mostre incompatível com os rendimentos por ele auferidos, e que já é sancionada inciso VII do art. 9º da Lei de combate à improbidade administrativa.

Nesse sentido, o MPF propôs a inclusão do conceito de enriquecimento ilícito¹⁰ (art. 312-A¹¹) na parte do Código Penal (Título XI, Capítulo I, do Decreto-Lei nº 2.848/1940 que trata dos crimes cometidos por funcionário público contra a administração em geral, que, segundo o art. 20 do Decreto nº 5.687 de 2006, que promulga a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, deve ser entendido como “o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele”.

Contrária à criminalização da expansão injustificada do patrimônio do servidor público parte da doutrina afirma se tratar de inversão do ônus da prova e da utilização indevida de prova indireta, que afrontariam os princípios da culpabilidade e da presunção de inocência (Greco, 2015).

¹⁰ Registre-se, que apesar de caracterizar um avanço no sentido de criminalizar a expansão desproporcional e injustificada do patrimônio daqueles que ocupam posições no Estado, a análise mais detida do texto original da proposta do Novo Código Penal revela a estratégia sutil que busca restringir o alcance da norma (utilização enviesada do princípio da legalidade estrita e da proibição da analogia *in malam partem* ou brechas que permitem a conversão de penas restritivas de liberdade em medidas alternativas). Exemplos dessa afirmativa é a opção da proposta original pelo termo “funcionário público”, que poderia levar à uma interpretação restritiva do sujeito ativo do crime. Tanto que a Comissão temporária de estudo da reforma do Código Penal, do próprio Senado, propôs a substituição pela expressão “servidor público, ou por quem a ele equiparado, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo”.

¹¹ Correspondente ao art. 277 do Projeto do Novo Código Penal.

Há, ainda, aqueles que, mesmo reconhecendo a especificidade desse tipo de criminalidade, entendem que não é possível adotar propostas que desconsiderem garantias fundamentais. Nesse sentido, Cruz (2015) adianta que os

[...] órgãos de persecução penal deparam-se com suspeitas e buscam confirmá-las, nem que sejam mediante a aniquilação de direitos conquistados a muito custo e que servem, na ponta, justamente para impedir gravíssima forma de corrupção: a conversão do Estado de Direito em consumado Estado de Polícia.

Cuida-se de retomada do aforismo, de triste memória [...] “se a suspeita é grave, então tudo seria válido para sua apuração...” Mas nem tudo é válido, já que sob o Estado Constitucional fins não podem justificar os meios.

O Órgão Ministerial rechaça a ideia de que sua proposta representaria a adoção da inversão do ônus da prova no processo penal, e reporta-se à “teoria explanacionista da prova¹²”, para informar que:

Com base na experiência comum [...], se a acusação prova a existência de renda discrepante da fortuna acumulada e, além disso, nem uma investigação cuidadosa nem o investigado apontam a existência provável de fontes lícitas, pode-se concluir que se trata de renda ilícita. [...] se a investigação ou o acusado forem capazes de suscitar dúvida razoável quanto à ilicitude da renda, será caso de absolvição (MPF, 2004, p. 48).

Para Mendroni (2015, 53/56) é o próprio Direito positivo quem estabelece expressamente a inversão do ônus da prova no processo penal. O autor cita o exemplo do § 2º do art. 4º da Lei nº 9.613/98, que permite ao juiz manter a constrição de bens, direitos e valores até que o acusado de lavagem de dinheiro comprove a origem lícita destes. O autor sopesa dois princípios constitucionais (o da inocência e o do devido processo legal), para concluir que a lei estabelece uma presunção de inocência, mas que não é absoluta. Presunção que pode ou não ser adstrita ao princípio do devido processo legal. Nesse sentido, se o próprio processo legal estabelece a inversão do ônus da prova, como no caso da constrição de bens suspeitos de serem produto da lavagem de ativos, não haveria que se falar em irregularidade.

Dallagnol (2015, p. 279/330) aborda o tema de forma minudente sob o pano de fundo mais amplo de sua análise sobre a utilização das provas indiretas (por

¹² C.f. Dallagnol (2015, p. 111/149).

indícios) nos crimes de lavagem de dinheiro, crime organizado e outros delitos em que a realização da prova é difícil ou impossível aos órgãos de persecução.

Referido autor afirma que os métodos de investigação tradicionais (ele vai além para criticar até mesmo as técnicas especiais de investigação) fracassaram no combate aos crimes complexos. Corroborando os achados do presente estudo, Dallagnol (2015, p. 280) admite que os órgãos de persecução penal encontram dificuldade na produção de provas em relação aos delitos que envolvem cumplicidade (ex. corrupção e fraude à licitação), ou que se utilizam de complexas técnicas de contrainteligência (ex. lavagem de dinheiro), ou ainda naqueles em que vigora a “lei do silêncio” e em que os comandantes raramente se envolvem na execução pessoal dos delitos, como é o caso dos crimes cometidos por meio de sofisticadas teias organizacionais.

Diante da ineficácia dos instrumentos de investigação tradicionais no combate à criminalidade complexa (JANOT, *in*: SALGADO, QUEIROZ; 2015), Dallagnol (2015, p. 283) propõe: (a) a atenuação da rigidez da valoração da prova, sujeita a condicionamentos; (b) a adequada valoração da prova indireta; (c) a inferência adversa a partir da ausência de explicação alternativa que só o réu poderia provar quando a evidência clama tal explicação; e (d) inferência adversa a partir da omissão do réu produzir provas que lhe são de fácil acesso, sujeita a condicionamentos.

Dallagnol (2015, p. 298) defende que as limitações impostas pelo art. 186¹³ do Código de Processo Penal (CPP), que veda que o magistrado valore o silêncio do réu em seu desfavor, não abarca a valoração da ausência de uma explicação alternativa que seria clamada pelas evidências apresentadas pelo órgão acusador. Para esse autor, o valor probatório do silêncio do réu pode ser analisado sob dois vieses: o epistemológico e o axiológico.

Sob o aspecto epistemológico, isto é, da aproximação da verdade, o autor

¹³ É importante o registro de que parte da doutrina e da jurisprudência defende que o art. 198 do CPP, que admitia o uso do silêncio para formar o convencimento do magistrado, afronta o direito fundamental instituído pelo inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que assegura o direito de o réu permanecer em silêncio (fundamentado *no nemo tenetur se detegere*, direito à não autoincriminação, que, por sua vez, encontrará sua base na presunção da inocência), que impactará diretamente no *standard* probatório e sobre quem recai o ônus probatório.

defende que o indivíduo que decide se calar torna mais provável que esteja envolvido no crime de que é acusado. “Em geral, pessoas inocentes estão plenamente imbuídas de interesse – e mesmo de indignação – que as levam a explicar detalhadamente o que ocorreu, assim como a produzir todas as evidências a seu alcance a respeito dos fatos” (DALLAGNOL, 2015, p. 298).

A questão é que o ordenamento jurídico brasileiro, em relação ao direito ao silêncio, priorizou o valor axiológico, o que impede que a busca da verdade se dê a qualquer custo.

Para Pacelli (2014, p. 387), o direito ao silêncio é uma forma de preservar, dentre outras questões,

“a integridade física e psíquica do réu, na medida em que este pode vir a ser constrangido, moral ou fisicamente, a apresentar uma versão coerente com os interesses acusatórios, na hipótese de inexistência desse direito. [...] quem se vê obrigado a dizer algo, pode se ver compelido a dizer algo já determinado”.

Mais complexa é a questão do silêncio parcial, quando o acusado decide utilizar sua autodefesa ativa (direito de apresentar sua versão dos fatos no interrogatório), ao mesmo tempo em que se cala sobre determinadas perguntas (autodefesa negativa). Ainda que a legislação brasileira (diferente da anglo-americana) permita esse tipo de conduta, o fato é que a versão apresentada pelo acusado pode perder credibilidade ou mesmo se voltar contra ele “dado que a inconsistência na narrativa, sobretudo, em relação ao tempo e lugar e demais circunstâncias relevantes dos fatos, poderá conduzir até mesmo a uma confissão, indireta que seja” (PACELLI, 2014, p. 415).

Por fim, no Brasil¹⁴, há quem defenda o direito de o réu até mesmo mentir em juízo. Nesse sentido, Marques (1998, p. 298), Nicolitt (2013, p. 394), Noronha (1995, p. 108), entre outros.

Nesse mesmo sentido vai o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF,

¹⁴ Diferentemente da legislação americana, que, embora preveja o direito à não autoincriminação (5ª Emenda), estabelece que o direito ao silêncio é satisfeito na medida em que ao réu for assegurado o direito de não se comunicar durante a investigação e o julgamento. No entanto, tomada a decisão de falar, será sob juramento de dizer a verdade, respondendo por falso testemunho (perjury).

HC 99289-MC/RS, Re. Min. Celso de Mello, 02.06.2009). Para a Corte Suprema, o direito contra a autoincriminação constitui direito público subjetivo do indivíduo, que se opõe ao Poder investigativo do Estado, sendo consequência do devido processo legal. Em relação à possibilidade da extensão do direito ao silêncio para uma postura ativa de mentir, é importante a análise do *leading case* HC 68.742/DF julgado em 1991 pela Corte Suprema.

Naquela oportunidade, o Ministro Octávio Gallotti (relator originário) acolheu o parecer da Procuradoria Geral da República que entendia como correta a sentença de primeiro grau, mantida em apelação, que majorou a pena pelo fato de o paciente haver negado falsamente a prática ilícita. De forma contrária, sustentou o Ministro Marco Aurélio no sentido de que não se poderia majorar a pena com fundamento no fato de o paciente ter negado falsamente a conduta delitiva, uma vez que o art. 59 do Código Penal não faria menção expressa dessa circunstância. De forma mais incisiva, o Ministro Celso de Mello afirmou que as decisões de primeira e segunda instâncias configuravam injusto constrangimento à liberdade do paciente. Para Celso de Mello, a garantia ao silêncio abrangeria a prerrogativa processual de negar, ainda que falsamente, a prática de ilícito penal.

Nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence (HC 68.742/DF, p. 22 do voto), que corrobora os argumentos apresentados pelo Ministro Celso de Mello:

A afirmação de que o acusado negou falsamente o crime é estarecedora, não só pelo princípio constitucional [...] do *nemo tenetur se detegere*, como, porque, o contrário, a confissão espontânea do crime, é que é atenuante: e a inexistência de uma atenuante não pode converter-se em circunstância judicial desfavorável ao réu na fixação da pena-base.

Em campo diametralmente oposto, Pacelli (2014, p. 384/387), acertadamente, entende que o direito ao silêncio se limita à decisão de o acusado não apresentar respostas aos questionamentos que lhe forem dirigidos, não se podendo considerar sua omissão em responder (intervenção passiva) uma confissão, nem muito menos autorizando a valoração do silêncio contra a defesa. Para esse autor, portanto, não se pode entender que haja o direito de mentir.

Para Mendroni (2015, p. 78/79) a mentira (ou a prova falsa aportada aos autos), quando confrontada com as demais provas pode gerar “contraindícios”, que

se somarão a outras evidências e provas que militarão contra o suspeito ou acusado. Nesse mesmo sentido, Dallagnol (2015, p. 299), para quem o direito ao silêncio, como todos os outros, não é absoluto e merece ser ponderado em conjunto com a verdade e a justiça.

A impossibilidade da mentira como meio de defesa também parece ser a opção adotada pelo legislador brasileiro, ao menos na criminalidade organizada, que no § 1º do art. 2º da Lei nº 12.850/2013, fixou sanções para quem impedir ou, de qualquer forma, embaraçar a investigação penal. Nesse contexto, é possível afirmar que mentir nada mais é do que adotar uma posição ativa no sentido de tentar levar a Justiça a erro ou a se desviar do correto caminho da busca da verdade.

O segundo elemento da proposta de Dallagnol (2015, p. 305) para o combate aos crimes complexos ou de difícil comprovação é a força probatória da ausência de produção de prova pelo réu quando se trata de prova de fácil produção para ele, que não afrontaria o direito à não autoincriminação, desde que: (a) o crime investigado seja de difícil prova; (b) a ausência da prova não possa ser atribuída à ineficiência do Estado; (c) a prova seja de fácil produção para a defesa; (d) a defesa não apresente uma explicação razoável para a não produção da prova; e (e) a ausência da prova não seja o único elemento probatório, mas que seja utilizado para corroborar.

Moro (2006, *apud* Dallagnol, 2015, p. 306) afirma que o direito à não autoincriminação foi uma resposta histórica contra a confissão mediante coação, ou como válvula de escape para não obrigar que o réu ou confesse ou minta (*perjury*, nos Estados Unidos). Analisando as experiências norte-americanas, alemã, portuguesa, argentina e francesa, o autor chegará a conclusão de que não há uma prerrogativa geral do réu de não produzir prova contra si, restando alguns limites que, usualmente, se encontram ligados ao princípio da proporcionalidade.

Expostas essas premissas, defende-se que a análise da proposta de criminalização da evolução patrimonial desproporcional e sem justificativa razoável por parte dos servidores públicos (ou por quem a ele equiparado, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo) deva considerar: i) que são indivíduos que retiram seus rendimentos do Erário (em regra), o que justifica a

ampliação de mecanismos que promovam a transparência sobre seus ganhos e evolução patrimonial; ii) que os crimes, quando cometidos por esses indivíduos, são conduzidos deliberadamente de forma a ocultar ou impedir que haja comprovação da materialidade e da autoria ; iii) que adotam estratégias ativas para limitar ou impedir que os órgãos de persecução penal possam investigar e o Judiciário possa punir seus desvios. Diante de todo esse quadro, não é desarrazoado que esses indivíduos estejam obrigados a adotar posição ativa no sentido de demonstrar a lisura dos seus atos, o volume dos seus ganhos, e a evolução dos seus patrimônios.

Mesmo em seu viés axiológico, deve-se ter claro que a utilização do silêncio do réu em seu desfavor é decisão política. Surge da ponderação dos interesses envolvidos. De um lado, as limitações historicamente impostas pelos direitos e garantias individuais ao poder punitivo do Estado. E, de outro, os interesses igualmente legítimos de preservação da coletividade, que impõe um dever de proteção por parte do aparato repressor.

Acredita-se que as liberdades individuais não devem ser interpretadas como limitação absoluta ao poder-dever punitivo estatal ou em desconsideração dos demais direitos fundamentais.

Nesse mesmo sentido é a visão do Procurador-Geral da República, Janot (2015, apresentação):

[...] o processo penal não pode ser lido apenas como instrumento de contenção do poder do Estado em relação ao indivíduo, mas também deve garantir os direitos e valores erguidos pela sociedade. A ponderação entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente é o grande desafio do profissional do direito.

Trata-se de reconhecer que, além da função clássica negativa de limitar o arbítrio das intervenções estatais na liberdade individual (proibição de excesso), é preciso adicionar a função positiva do direito penal, baseado na doutrina dos deveres de proteção e proibição de insuficiência, em respeito ao direito igualmente fundamental que a coletividade tem de ser protegida, na dimensão horizontal, em relação à ameaça de “outros centros de poder, privados, em relação aos quais não dá resposta adequada a visão tradicional dos direitos fundamentais como direitos de defesa” (BALTAZAR, 2010, p. 49).

5. CONCLUSÃO

De todo o exposto, é possível extrair as seguintes conclusões.

Há, efetivamente, uma criminalidade da elite¹⁵ que apresenta, dentre outras, as seguintes características: i) os agentes criminosos fazem parte do estrato mais elevado da sociedade e, exatamente por isso, possuem acesso privilegiado a autoridades e aos negócios do Estado; ii) os crimes, até por serem continuados, são cometidos mediante cooptação, de forma que costumeiramente implicam o conluio entre agentes do mercado privado e o suborno de autoridades com poder decisório espalhados por todas as esferas e Poderes do Estado, gerando a complacência (ainda que pelo medo), quando não a conivência, daqueles que têm o dever de zelar pela coisa pública; iii) as estratégias diferenciais são baseadas no profissionalismo, no silêncio, na dissimulação, na utilização intensiva de engenharia financeira, nas brechas legais, de maneira que seus crimes se mostram de difícil comprovação material e de quase impossível imputação pessoal; iv) pela utilização intensiva do poder político-econômico para influenciar o processo legislativo, seja em relação às matérias relacionadas aos seus interesses negociais – lícitos ou ilícitos, quanto em relação às matérias penais e processuais penais, como estratégia de neutralização do poder persecutório estatal.

Segundo, que essa macrodelinquência da elite se desenvolve dentro de complexas teias organizacionais que têm o objetivo claro de proporcionar o ajuste eficiente dos vários núcleos (político, empresarial, administrativo, operacional e financeiro) para o cometimento de graves crimes contra o Estado brasileiro, além de dificultar aos órgãos de persecução penal fazer provas da autoria e materialidade desses crimes. E, nesse contexto, exsurge como fundamental à eficácia da persecução penal a adoção da teoria do domínio da organização, permitindo a responsabilização dos comandantes do aparato de poder.

Terceiro, o *modus operandi* da elite criminosa para promover a pilhagem da coisa pública desafia os instrumentos tradicionais do direito penal, que não

¹⁵ Julgados que reconhecem a existência das organizações criminosas no Brasil: a) organização criminosa de talhe empresarial: grupo contrabandista Law Kin Chong (STF, HC-QO 85298/SP); b) modelo endógeno de organização criminosa: máfia do orçamento (STJ, ROMS 6182/DF), máfia dos fiscais (STF, HC 81303/SP), máfia da propina (STF, RHC 80816/SP), esquema PC (STF, inq 731/DF), máfia da previdência (TRF-2, HC 200302010014259/RJ), Mensalão (STF, inq 2245/MG)

demonstram aptidão para combater a sofisticação e a complexidade desses crimes, deixando impunes graves condutas que impactam bens de toda a coletividade, com poder de desagregação social imensamente maior do que os crimes de rua, que atingem bens jurídicos individuais.

Nesse contexto, novos instrumentos e novas formas de valoração das provas têm sido implementadas pelo legislador brasileiro, seja em resposta aos acordos internacionais firmados pelo Brasil, seja em virtude das fissuras que podem ser identificadas no seio das elites nacionais, que permitem a aprovação de legislações contrárias aos seus interesses, ou porque, mesmo quando aprovadas essas leis, elas já preveem mecanismos que neutralizam o poder punitivo do Estado.

Conclui-se, por fim, que o Direito não pode ser manipulado para legitimar a má-fé e a delinquência. O Estado de Democrático de Direito não comporta a utilização irresponsável da lei em benefício de alguns e em detrimento da coletividade.

6. REFERÊNCIAS

AFONSO, Thadeu José Piragibe. **O direito penal tributário e os instrumentos de política criminal fiscal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

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

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: JusPodivm, 2010.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas: Lei nº 12.846/2013**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

COLEMAN, James Willian. **A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco**. Tradução de Denise R. Sales. Barueri, SP: Manole. 2005.

COSTA, Pedro Jorge do Nascimento. **Silêncio e mentira como prova: a proteção às organizações criminosas**. *In: A prova no enfrentamento à*

macrocriminalidade/ organizadores, Daniel de Resende Salgado, Ronaldo Pinheiro Queiroz. – Salvador: Juspodivm, 2015.

CRUZ, Flávio Antônio da. **Teste de integridade e sigilo da fonte: exame crítico.** Artigo publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim 277. Dezembro. 2015. Acessível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5669-Teste-de-integridade-e-sigilo-da-fonte-exame-critico#_ednref4

Comissão temporária de **estudo da reforma do Código Penal, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, que reforma o Código Penal Brasileiro, e proposições anexadas.** 2013. Relator: Senador Pedro Taques. Acessível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3516414>

DUTRA, Bruna Martins Amorim. **A aplicabilidade da Teoria do Domínio da Organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira, in Inovações no Direito Penal Econômico – Contribuições Criminológicas Político-Criminais e Dogmáticas.** Organizador: Artur de Brito Gueiros Souza. Brasília: ESMPU, 2011.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. El País, de 27.11.1990. *apud*, GOMES, Luiz Flávio. **A impunidade da macroadelinqüência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem.** Revista dos Tribunais. vol. 906/2011. p. 231-252. Doutrinas essenciais de direito penal econômico e da empresa. vol.1. p. 627-646. jul. 2011.

FGV, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Relatório **“Supremo em números: o foro privilegiado e o Supremo”.** Joaquim Falcão...[et al.]. Rio de Janeiro. 2017.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime.** São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FISCHER, Douglas. **O custo social da criminalidade econômica. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas.** Brasília: ESMPU, 2011.

_____. **O que é garantismo penal (integral)?** In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil.** Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. **Críticas à jurisprudência brasileira na declaração das nulidades em razão de (suposta) prova ilícita no processo penal, in A prova no enfrentamento à macrocriminalidade.** Organizadores, Daniel de Resende Salgado, Ronaldo Pinheiro de Queiroz. Salvador: Juspodivm, 2015.

FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 9 ed. Editora: Atlas. 2017.

GARCIA MARTÍN, Luis. **La polémica en torno a la legitimidad del derecho penal moderno**. Ciudad de Mexico: Ubijus, 2011.

GRECO, Luís. **Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito**. Artigo publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim 277. Dezembro. 2015. Acessível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5670-Reflexoes-provisorias-sobre-o-crime-de-enriquecimento-ilicito

HASSEMER, Winfried. **“Perspectivas de uma moderna política criminal”**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 8, out-dez, pp. 41-51, 1994.

_____. **Perspectivas del Derecho penal future**. Doctrina. Revista Penal.

_____. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Safe, 2008. p.209 e ss.

_____. **Perspectivas de una nueva política criminal**. In: *Revista de Derecho penal*. n. 1, 2002.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2014. <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>

JANOT, Rodrigo. **Apresentação**. in **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Organizadores, Daniel de Resende Salgado, Ronaldo Pinheiro de Queiroz. Salvador: Juspodivm, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 8.666/1993**. 17ª Edição. Revista dos Tribunais. 2016.

LAMACHIA, Cláudio Pacheco Prates. Estudo – **Proposta do MPF 10 medidas de combate à corrupção. Manifesto à sociedade brasileira, apresentado pelo Conselho Pleno do CFOAB**. 2014. Acessível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-4850-16-estabelece-medidas-contr-a-corrupcao/documentos/audiencias-publicas/CludioPachecoPratesLamachiaPresidentedaOABNacional.pdf>

LIMA, Paulo Augusto Moreira. **A prova diabólica no processo penal**. in **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Organizadores, Daniel de Resende Salgado, Ronaldo Pinheiro de Queiroz. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas - São Paulo: Bookseller, 1998. p. 298.

MARTIN, Luis Garcia. **La polémica en torno a la legitimidad del derecho penal moderno.** Ubijus Editorial. 2011. Acessível em: <https://www.scribd.com/document/255238887/La-Polemica-en-Torno-a-La-Legitimidad-Del-Derecho-Penalmoderno>

MEDEIROS, Mário Alves. **Preservação do sigilo da fonte em casos de corrupção: medida necessária, constitucional e correta.** 2015. Acessível em www.dezmedidas.mpf.mp.br

MORO, Sergio Fernando. **Autonomia do crime de lavagem e prova indiciária.** Revista CEJ, Brasília, Ano XII, n. 41, p. 11-14, abr./jun. 2008.

MPF, Ministério Público Federal. **Dez medidas contra a corrupção.** 2015. Acessível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br>

MPF, Ministério Público Federal. Fonte: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros> (dados atualizados até 10 de maio de 2017)

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal.** 4^a ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal brasileiro.** Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito – USP. São Paulo. 2012).

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 18 ed. Editora: Atlas. 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico.** 6 ed. Editora: Revista dos Tribunais. 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa.** 3 ed. rev, atual. Ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata.** *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Law E-journal – Panóptica*, ano 3, n. 17, nov. 2009.

_____. **Tem futuro o direito penal?** Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 790, ago, 2001.

SALGADO, Queiroz; RESENDE, Daniel de; PINHEIRO, Ronaldo de. Organizadores. **A Prova no enfrentamento à Macrocriminalidade.** Salvador: Juspodivm, 2015.

SALGADO, Daniel de Resende. **A elite do crime: discurso de resistência e laxismo.** *in*: CALABRICH; Bruno; FISCHER, Douglas; PELELL, Eduardo.

Garantismo penal integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 2ª ed. Bahia: Editora Juspodivm. 2013.

SÁNCHEZ, Jesus-María Silva. **A expansão do direito penal**. Série as Ciências Criminais no Século XXI. São Paulo. RT; 2002.

_____. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo**. J.M Bosch Editor, S.A. 1992. p. 16.

FEIJOO, Bernardo Sanchez. **Sobre a administrativização do direito penal na sociedade de risco. Notas sobre a política criminal no início do século XXI**. Instituto brasileiro de Ciências Criminais. Revista nº 7. 2011.
https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/84-ARTIGO.

SANTIAGO, Luciano Sotero. **O direito penal brasileiro em face da macro e microcriminalidade**. Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena. 1996 acessível em: <https://www2.direito.ufmg.br/revistadoacaap/index.php/revista/article/view/245/244>

SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación spiritual de la ciencia jurídico-penal alemana**. Crónicas Extranjeras. p. 203. Acessível em: http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/11/1996_fasc_I.pdf

_____. **Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milênio**. Madrid: Tecnos, 2002.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado, Procedimento Probatório**. São Paulo: Atlas. 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crime Organizado uma categoria frustrada**. In: Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Ano 1. Número 1. Instituto Carioca de Criminologia. Relume Dumará; 1996.