

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE DIREITO

NATALIE FUCK OLIVEIRA

**A (IN)EFICIÊNCIA DA PERSECUÇÃO PENAL DE DELITOS ECONÔMICOS NO
MARCO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

CURITIBA

2017

NATALIE FUCK OLIVEIRA

**A (IN)EFICIÊNCIA DA PERSECUÇÃO PENAL DE DELITOS ECONÔMICOS NO
MARCO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia de conclusão de curso apresentada no Curso de graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha

CURITIBA

2017

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Sandra Fuck, que se prontificou a ser meu alicerce durante toda a faculdade, seja com questões emocionais, de logística ou financeiras. Foram inúmeros os favores que você atendeu, os quais não sei se um dia conseguirei retribuir, mas ao menos posso ser eternamente grata.

Ao meu filho, Eduardo Fuck Ferreira, que mesmo sem saber, foi minha grande inspiração, minha força para seguir e não desistir, apesar de todas as dificuldades que apareceram.

Ao meu marido, João André Cardoso Ferreira, que me acompanha antes mesmo da minha jornada na UFPR se iniciar, me ajudando com os exercícios de física e matemática, ouvindo minhas angústias, me encorajando e, finalmente, pulando na lama comigo. Primeira etapa havia sido vencida, mas nossas vidas virariam de cabeça para baixo com a chegada inesperada do nosso filho, juntos, porém, amadurecemos, superamos obstáculos e obtivemos inúmeras conquistas.

Ao meu irmão, Ramon Fuck Oliveira, e à minha cunhada Analía Rodrigues Dotto, que além de serem ótimos padrinhos do meu pequeno, nunca deixaram de estar ao meu lado no decorrer desses longos cinco anos.

Aos demais membros da minha família, que sempre se orgulharam das minhas conquistas, ajudando da maneira que podiam, sempre objetivando meu sucesso.

Ao meu orientador Rui Carlo Dissenha, que sempre teve muita paciência para ensinar, transmitindo seus vastos conhecimentos nas aulas do NPJ e nas tópicas ofertadas. Foram suas lições que me fizeram amante do estudo do Direito Penal, seus conselhos, sua visão crítica e internacional da ciência em questão me aproximou da realidade social, rompendo com o mero ensino teórico, inclusive, possibilitando uma visita à penitenciária, que mudou minha visão a respeito das penas privativas de liberdade.

Finalmente, à 14ª Vara Federal da JFPR, os anos de estágio foram essenciais à minha formação profissional, os servidores que me auxiliaram em cada peça elaborada, em especial o Júlio, a Leticia, a Márcia e as Carol's, serão sempre lembrados com carinho e admiração, suas experiências me ensinaram muito da prática do Poder Judiciário em matéria penal.

Todas as verdades são fáceis de serem compreendidas depois de serem descobertas. O problema é descobri-las!

Galileu Galilei

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo refletir a respeito da aplicação da persecução penal em relação aos delitos econômicos no marco do Estado Democrático de Direito. Partindo-se da contextualização do desenvolvimento da criminalidade econômica, verifica-se a influência da globalização na criação de uma sociedade do risco, caracterizada pela flexibilização nas barreiras de imputação, por meio da significativa criação de novos tipos penais, com finalidade de tutela de novos bens jurídicos coletivos. Em seguida, se evidencia a insuficiência dos métodos investigativos clássicos frente à nova criminalidade, a partir de dados do sistema da Justiça Federal, traça-se o perfil dos autores e identificam-se de algumas das dificuldades inerentes à persecução penal dos delitos econômicos. Por fim, é constatada uma frequência de flexibilização de direitos e garantias dos acusados em favor da maior eficiência punitiva, de modo a se questionar a constitucionalidade das punições a serem aplicadas. Nesse contexto, propostas como a das velocidades do Direito Penal (Silva Sánchez) e do Direito de Intervenção (Hassemer) emergem como alternativas de harmonização das tensões apresentadas.

Palavras-Chave: Métodos investigativos; Direito Penal Econômico; velocidades do Direito Penal; Direito de Intervenção.

ABSTRACT

The purpose of this study is to reflect on the application of criminal prosecution in relation to economic crimes within the framework of the Democratic State of Law. Starting from the contextualization of the development of economic criminality, is verified the influence of globalization in the creation of a society of risk, characterized by easing the barriers of imputation through a significant creation of new crimes, with the purpose of guarding new collective legal interests. Then, the lack of classic investigative methods against new criminality is evident, based on data from the Federal Justice system, the profile of the authors and identification of some of the difficulties inherent in the criminal prosecution of economic crimes are outlined. Finally, a frequency of flexibilization of rights and guarantees of the accused in favor of greater punitive efficiency is verified, in order to question the constitutionality of the penalties to be applied. In this context, proposals such as the speed of Criminal Law (Silva Sánchez) and the Law of Intervention (Hasssemer) emerge as alternatives to harmonize the tensions presented.

Keyword: Investigative methods; Economic Criminal Law; speeds of Criminal Law; Law of Intervention.

LISTA DE GRÁFICOS

| | |
|---|----|
| GRÁFICO 1- IDADE DO RÉU | 32 |
| GRÁFICO 2– ESCOLARIDADE DO RÉU | 33 |
| GRÁFICO 3– OCUPAÇÃO/ PROFISSÃO DO RÉU | 33 |
| GRÁFICO 4– RÉU FOI PROCESSADO ALGUMA VEZ ANTES DO FATO..... | 34 |
| GRÁFICO 5 – TESE APRESENTADA PELA AUTORIDADE POLICIAL | 36 |
| GRÁFICO 6 – RAZÃO PARA O ARQUIVAMENTO | 36 |

LISTA DE TABELAS

| | |
|---|----|
| TABELA 1 – DISTRIBUIÇÃO DOS REGISTROS POR TIPO PENAL E UF (2012) .. | 31 |
|---|----|

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|-------|--|
| Art. | Artigo |
| CP | Código Penal |
| ESMPU | Escola Superior do Ministério Público da União |
| IPL | Inquérito Policial |
| JF | Justiça Federal |
| PIC | Procedimentos de Investigação Criminal |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 10 |
| 2. DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO | 12 |
| 2.1. BREVES PERSPECTIVAS CRIMINOLÓGICAS..... | 12 |
| 2.2. A GLOBALIZAÇÃO E A SOCIEDADE DO RISCO..... | 14 |
| 2.3. OS BENS JURÍDICOS EMERGENTES..... | 18 |
| 2.4. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL ECONÔMICO | 21 |
| 3. OS DESAFIOS DA PERSECUÇÃO PENAL DOS DELITOS ECONÔMICOS | 26 |
| 3.1. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A NECESSIDADE DE DESENVOLVIMENTO DE NOVOS MÉTODOS INVESTIGATIVOS | 26 |
| 3.2. AS DIFICULDADES DA PERSECUÇÃO PENAL DOS DELITOS ECONÔMICOS EM NÚMEROS..... | 30 |
| 3.3. IDENTIFICANDO OS OBSTÁCULOS: AS PERSPECTIVAS DE DENTRO DO PROCESSO INVESTIGATÓRIO | 37 |
| 3.4. A DESLEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL CLÁSSICO FRENTE À MACRODELINQUÊNCIA..... | 40 |
| 4. A NECESSIDADE DA CONFORMIDADE PUNITIVA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO | 42 |
| 4.1. A TENSÃO ENTRE A EFICÁCIA PUNITIVA E O RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: O PROBLEMA DA IMPUNIDADE E A NECESSIDADE DE ALTERNATIVAS..... | 42 |
| 4.2. AS PROPOSTAS DO DIREITO DE INTERVENÇÃO (HASSEMER) E DO DIREITO PENAL DE DUAS VELOCIDADES (SILVA-SÀNCHEZ)..... | 46 |
| 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS | 51 |
| REFERÊNCIAS..... | 53 |

1. INTRODUÇÃO

A seletividade da atuação do sistema penal é verificável desde o processo de criminalização até à aplicação de penas. Neste contexto, a criminologia oferece uma perspectiva empírica da relação entre os criminosos e o delito, a partir da qual se faz possível a compreensão acerca da criação de normas penais e da repressão às condutas delitivas.

O progresso tecnológico inserido no contexto da globalização auxilia o desenvolvimento de novas condutas delitivas, as quais tem o condão atingir toda a sociedade, disseminando a sensação de insegurança preconizada pelos meios midiáticos. Desta forma, o anseio da sociedade por uma resposta punitiva estatal objetiva combater a impunidade a partir de um viés intervencionista.

A proteção jurídico-penal, antes restrita ao âmbito individual, expande-se aos direitos difusos, de modo a regular a exposição a perigo de bens jurídicos coletivos cujas lesões vislumbram cada vez maior potencial destrutivo. Entretanto, os aparatos legislativos e os métodos investigativos típicos da criminalidade clássica individualizada se mostram insuficientes frente à sofisticada criminalidade econômica, de modo a ser necessária a criação de outros cuja complexidade seja compatível àquela que se pretende combater, sob pena de comprometer a efetividade da persecução penal.

Os problemas de efetividade persecutória soblevam a partir da constatação não exagerada de que o fenômeno da criminalidade associativa é tão difuso e recorrente que, em breve, passará a ser considerado como a forma típica da delinquência moderna, muito provavelmente mantendo-se assim no futuro. Nesse contexto, parte-se de uma constatação de premissa no sentido de que a obtenção de resultados positivos no enfrentamento do crime organizado parece passar pela real adoção de métodos especiais de investigação e inteligência (...) ¹

Os novos instrumentos de combate à criminalidade moderna, em prol de mais eficiência e da rápida apuração dos fatos, tendem a flexibilizar os direitos e garantias dos acusados estabelecidos no marco do Estado Democrático de Direito, ameaçando esvaziar seu conteúdo. Desta forma, o questionamento acerca dos limites punitivos do Estado tenciona com o discurso contra a impunidade, sendo necessárias teorizações que forneçam alternativas aos conflitos evidenciados.

Sob este raciocínio elaborou-se o presente trabalho. O primeiro capítulo pretende inserir o leitor no contexto do desenvolvimento do Direito Penal Econômico,

¹PEREIRA, Frederico Valdez. Delação Premiada: Legitimidade e Procedimento. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p.19.

partindo-se de breves perspectivas criminológicas, evidencia-se o viés seletivo do sistema penal, assim como se demonstra que a conduta delitiva não se restringe a determinada classe social. Ao lado disso, a globalização se mostra como uma forma propulsora do desenvolvimento de novas formas delitivas altamente lesivas que conduzem à disseminação do medo nesta sociedade permeada por riscos, de modo a emergirem bens jurídicos coletivos.

O capítulo seguinte tem o escopo de analisar a e persecução penal a partir dos vieses teórico e empírico. Discute-se a respeito dos novos mecanismos desenvolvidos para tratar da nova criminalidade, em especial os previstos na Lei 12.850/13, bem como os dados do sistema da Justiça Federal são expostos a fim de possibilitar o delineamento do perfil dos autores dos delitos econômicos e da reflexão acerca das principais causas impeditivas de maior eficiência da persecução penal.

No terceiro capítulo, busca-se ponderar a respeito da tensão existente entre o garantismo penal e a eficácia punitiva frente aos crimes econômicos por meio das propostas do Direito Penal de Duas Velocidades (Jesús-Maria Silva Sánchez) e do Direito de Intervenção (Hassemer), gerando reflexões acerca das possíveis alternativas à punição da criminalidade econômica.

2. DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

A globalização das relações sociais permeou os mais diversos aspectos da vida em sociedade, de modo a alterar o *modus operandi* da criminalidade, rompendo com as características clássicas de delito. A compreensão acerca da criminalidade econômica deve perpassar as perspectivas criminológicas de como ocorre o processo de criminalização, bem como se mostra necessária a identificação dos fatores que contribuíram para o desenvolvimento do Direito Penal Econômico para que seja possível a delimitação de seu conteúdo e formulação conceitual.

2.1. BREVES PERSPECTIVAS CRIMINOLÓGICAS

A prática de crimes não é um fenômeno recente, podendo ser identificada a partir da existência da vida em sociedade, em se passa a distinguir o ilícito e o livre ou permitido. Em que pese a aparente igualdade entre os indivíduos, a atuação punitiva estatal é regida por uma dinâmica de forças em que as relações de poder se sobrepõem ao imparcialismo da administração da justiça.

A partir desta constatação, entende-se que o processo de criminalização ocorre historicamente de maneira seletiva no âmbito penal, é justamente por isso que uma perspectiva criminológica, ainda que breve, se mostra importante à compreensão crítica do desenvolvimento do Direito Penal Econômico.

A criminologia se consagra como forma de compreensão do crime e do delinquente, eis que parte de estudos empíricos a respeito dos processos de criação das normas penais e das normas sociais relacionadas ao comportamento desviante para teorizar a respeito do aperfeiçoamento da repressão às condutas delitivas e o desenvolvimento de novas alternativas e respostas viáveis aos crimes.

Nessa conjuntura de desenvolvimento teórico acerca do processo de criminalização, destaca-se como marco inicial deste trabalho uma perspectiva que teve enorme repercussão nos âmbitos social, jurídico e político, qual seja, a do determinismo biológico, preconizado, em especial, pelo médico italiano Cesar Lombroso.

A teoria do referido autor utiliza do determinismo biológico como justificativa ao cometimento de delitos, sendo o criminoso visto como um sujeito perigoso, anormal e biologicamente defeituoso. Desta forma, o cometimento de ilícitos decorreria de forças incontroláveis da natureza, inexistindo livre arbítrio.

Diante da inevitabilidade do cometimento do crime por determinadas pessoas, o Direito Penal emergiria como meio apto à defesa da sociedade dos iminentes perigos. A definição do perfil dos criminosos, entretanto, representa a seletividade da atuação punitiva, vez que, partindo de uma amostragem de encarcerados, Lombroso verifica diversas semelhanças físicas, as quais, de modo geral, estavam atreladas às classes menos favorecidas, dando ensejo à criação de “classes perigosas”.

Contudo, o criminólogo Edwin Sutherland foi um dos responsáveis por desmistificar as teorias deterministas ao apresentar o conceito de crime de colarinho branco (“white-collar crimes”), estabelecendo que a criminalidade não pode ser imputada a disfunções ou inaptações dos indivíduos de classes baixas, mas da efetiva aprendizagem de valores criminais, a qual poderia suceder-se em qualquer estrato social². A teoria da associação diferencial foi responsável por embasar o conceito do referido autor, a qual propugna, em síntese, que a delinquência é aprendida a partir da associação direta ou indireta com pessoas que praticaram condutas criminosas. Nesse sentido:

A hipótese aqui sugerida em substituição das teorias convencionais é que a delinquência de colarinho branco, propriamente como qualquer outra forma de delinquência sistemática, é aprendida; é aprendida em associação direta ou indireta com os que já praticaram um comportamento criminoso, e aqueles que aprendem este comportamento criminoso não têm contatos frequentes e estreitos com o comportamento conforme a lei. O fato de que uma pessoa torne-se ou não um criminoso é determinado, em larga medida, pelo grau relativo de frequência e de intensidade de suas relações com os dois tipos de comportamento. Isto pode ser chamado de processo de associação diferencial.³

Em que pese o rompimento paradigmático trazido Sutherland, ilustra-se em seus estudos que os processos e condenações por crimes de colarinho branco permaneciam na cifra dourada da criminalidade, praticamente impunes, não se sujeitando, portanto, a mesma estigmatização dos crimes comuns⁴. Desta forma, apesar da imanência do crime em todas as estruturas sociais, as infrações relativas à criminalidade complexa ou econômica, em que figuram como autores indivíduos de classes com maior detenção de poder, teriam como marca a impunidade.

²GOMES, Luiz Flávio. A impunidade da macro delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. **Revista dos Tribunais**, v.906, abr. 2011, p. 2.

³SUTHERLAND, 1940, apud. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 72.

⁴COSTA, Arthur T. M.; MACHADO, Bruno A.; ZACKSESKI, Cristina. **A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal**. T. 1. Brasília: ESMPU, 2016, p. 42.

Não obstante a relevância das conclusões de Sutherland, a tendência na identificação do delito econômico com seu autor não pode ser adotada como referencial normativo para criminalização, eis que, por um lado estamos diante de um Direito Penal de matriz liberal em que o fato ilícito deve ser analisado independentemente das características pessoais do autor e, por outro, na criminalidade econômica o autor material identificável normalmente é um simples empregado ou interposta pessoa de um “homem de negócios”⁵.

Neste contexto, se sobressalta o posicionamento da socióloga norte americana Susan Shapiro, que procura recuperar a noção de confiança. Ao reconhecer a demasiada ambiguidade e imprecisão de um conceito focado no sujeito e no seu *status*, Shapiro teoriza que o campo fértil à prática de um crime de colarinho branco é “a ausência de controle do beneficiário de um ato em relação àquele que possui a função de praticá-lo”⁶. Assim, observa que a produção e a distribuição de bens na sociedade, bem como as prestações de serviço, decorrem do cumprimento de normas de confiança reguladas por agências governamentais.

Entretanto, apesar de criticar o foco exacerbado no sujeito e seu *status*, a socióloga reconhece que o *status* elevado é propício à delinquência de colarinho branco, na medida em que possibilita o acesso a ocupações reguladas por normas de chance, todavia não se trata de uma característica determinante, vez que a hierarquização das atividades inclui delinquentes que não pertencem às classes altas, estes apenas fariam parte da engrenagem delitiva⁷.

Portanto, superada a concepção que restringe o cometimento de ilícitos aos estratos sociais com menor poderio econômico e considerando a capacidade lesiva da criminalidade do colarinho branco, devemos compreender como ela se desenvolveu, a fim de identificar a melhor estratégia à intervenção estatal, tanto no âmbito repressivo quanto preventivo.

2.2. A GLOBALIZAÇÃO E A SOCIEDADE DO RISCO

Inicialmente é imperioso destacar o caráter difuso inerente à globalização, não sendo possível identificá-la apenas e razão das transformações na economia, eis que abrange perspectivas sociais, culturais e políticas, alcançando diversos

⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 43.

⁶ COSTA, Arthur T. M.; MACHADO, Bruno A.; ZACKSESKI, Cristina. **A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal**. T. 1. Brasília: ESMPU, 2016, p.43.

⁷ *Ibidem*, p.44

conjuntos de relações sociais⁸. Nas palavras de Tadeu Dix Silva, “o que há são globalizações, uma pluralidade de conjuntos sociais que estão em transformação, fenômenos que acontecem simultaneamente e intimamente interligados entre si”⁹.

Decorrente dos modelos sociais pós-industriais, a chamada globalização estreitou os laços entre as nações construídos desde o início da História ao inovar tecnologicamente. Estes avanços refletiram-se especialmente no âmbito econômico, de modo a objetivar a eliminação das restrições às transações comerciais, alfandegárias e ao livre comércio ao redor do globo, bem como a ampliação dos mercados por meio do livre trânsito de pessoas, capitais, serviços e mercadorias¹⁰.

Porém, ao contrário do que se possa imaginar, o processo comumente denominado de globalização não inaugurou tempos de paz mundial e manutenção do *status quo*. O progresso técnico vincula-se ao desenvolvimento de novas formas de criminalidade organizada, com a adoção de novas técnicas e instrumentos capazes de produzir resultados especialmente lesivos, o maior exemplo de tal evolução é a chamada *ciberdelinquência* que associada aos meios informáticos e à internet opera internacionalmente, constituindo um dos novos riscos para os indivíduos e aos Estados¹¹

Dessa forma, se, por um lado, a integralização mundial trouxe inúmeros benefícios, por outro, a internacionalização das relações humanas destinadas ao cometimento de atos ilícitos se propagou, produzindo riscos e gerando sensação de insegurança, a qual, por sua vez não necessita da concretização do perigo apresentado para sua difusão, bastando a possibilidade de sua ocorrência.

Há uma enorme dificuldade em se estabelecer a responsabilidade pelos riscos produzidos, seja por pessoas individuais ou coletivas, em face da especialização e diluição destes em atividades intelectivas sucessivas, restando dificultosa, quando não impossível, a individualização das condutas dos envolvidos na produção de dano efetivo a certo bem jurídico.¹²

É o que leva Beck a conceber uma irresponsabilidade organizada, resultado de uma crescente complexificação organizacional, gerando um aumento do sentimento de irresponsabilidade quanto maiores os contatos anônimos,

⁸ SILVA, Tadeu Antônio Dix. Globalização e direito penal brasileiro: acomodação ou indiferença? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.23, jul./set.1998, p. 2.

⁹ Ibidem.

¹⁰ SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 102.

¹¹ Ibidem, p. 36.

¹² SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.109.

quanto maior a dispersão do ato e sua ramificação derivada da especialização do trabalho. Ocorre que, na maximização da prevenção se pode decair para a sensação de insegurança total, potencializadora de um estado de urgência, da hiperatividade do risco.¹³

Diante desses fatores, tais quais o desenvolvimento acelerado, a migração de pessoas, os avanços tecnológicos, a ausência de fronteiras, versatilidade do fluxo de capitais¹⁴, Ulrich Beck formula teoricamente uma nova forma social denominada *sociedade do risco*. Esta nova maneira de travar as relações sociais relaciona-se com a desnaturalização da lógica da sociedade industrial clássica, que ao invés de se avançar tecnologicamente para tornar os meios de produção de riqueza mais eficientes, desenvolve-se um novo objetivo principal, ainda que inconscientemente, qual seja, a produção social de riscos.¹⁵ Tais riscos surgem de decisões humanas e se referem a danos não delimitáveis, globais e, muitas vezes, irreparáveis, afetando os cidadãos em geral.

Os meios de comunicação atuam proeminentemente na inegável correlação estabelecida entre a sensação social de insegurança e o delito, eis que transmitem uma imagem da realidade que pode conduzir a percepções inexatas ao multiplicar os ilícitos e catástrofes nas notícias, gerando uma insegurança subjetiva que não necessariamente corresponde com o nível de risco objetivo¹⁶. Nesse sentido:

Os meios de comunicação, que são o instrumento da indignação e da cólera públicas, podem acelerar a invasão da democracia pela emoção, propagar uma sensação de medo e de vitimização e introduzir de novo no coração do individualismo moderno o mecanismo do bode expiatório que se acreditava reservado aos tempos revoltos¹⁷.

Da mesma forma, a mídia reafirma e fortalece o fácil e falacioso discurso da necessidade de exclusão dos males da sociedade pelo âmbito penal¹⁸, gerando um sentimento de urgência e anseio por mais segurança mediante soluções imediatas, em que se clama pelo recrudescimento da intervenção punitiva, que, por sua vez,

¹³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Editora Jus Podivm, 2009, p.123.

¹⁴ CALLEGARI, André Luis. Crime Organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.79, jul./ago. 2009, p. 2.

¹⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.109.

¹⁶ SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 47- 48.

¹⁷ Ibidem, p. 48.

¹⁸ DEUS, Jardel Sabino de. A sociedade do risco e a (in)eficiência da expansão do direito penal como forma de diminuição da criminalidade na era globalizada. **Revista dos Tribunais**, v. 891, jan., 2010, p. 7.

passa a ser utilizada pelo Estado como um instrumento de gestão de problemas sociais e econômicos.¹⁹

A busca pela segurança através do direito penal, já que se está diante de uma sociedade de risco, se dá principalmente com a proibição de proteção insuficiente de bens jurídicos e o apelo ao caráter de subsidiariedade, em seu aspecto positivo (com o apelo à ajuda penalista estatal para que as ameaças (entenda-se inimigos) sejam inocuizados) (...) Com essa inversão do discurso, o direito penal do risco se torna um risco ao próprio direito penal. Ao manter essa direção, a tendência do direito penal é de se transformar numa instituição meramente simbólica, surgindo, no contexto de urgência e risco que ronda a sociedade, como uma ameaça.²⁰

A resposta legislativa em matéria penal aos anseios populares, sem o auxílio de intermediários especializados, atende fins de caráter meramente simbólicos, diversos daqueles próprios ao Estado Democrático de Direito. Os resultados político-eleitorais são imediatamente atendidos diante da impressão tranquilizadora criada no imaginário popular.

É importante frisar algumas consequências elementares que são suscitadas após a confrontação do direito penal do risco com a sociedade que lhe fornece condições de se manter como um desiderato, estereotipado e simbólico, que serve como uma válvula de escape aos constantes reclamos por insegurança. A emergência, que no plano temporal é responsável pelo campo fértil encontrado pelos arautos do direito penal do risco, conduz rapidamente, como na análise efetuada da obra de Jakobs, ao direito penal do inimigo.²¹

Destarte, a adoção do Direito Penal simbólico constitui uma alternativa menos custosa do ponto de vista financeira em relação a medidas e programas sociais, atendendo interesses políticos de curto prazo sem o posterior questionamento da efetividade da norma²². A utilização desse caráter simbólico não é por si só condenável, pois tem como resultado inicial o reestabelecimento da confiança da população no ordenamento jurídico, com a estigmatização da conduta perniciosa e a demonstração da relevância do bem jurídico pretensamente tutelado²³, questiona-se, porém, a ausência de condições mínimas ao cumprimento

¹⁹ KNOPFHOLZ, Alexandre. **A denúncia genérica nos crimes econômicos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013, p. 65.

²⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 182.

²¹ Ibidem, p. 184

²² CALLEGARI, André Luis. Crime Organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.79, jul./ago. 2009, pp. 3-4.

²³ SHIRAKI, Ariella Toyama. A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo – uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.83, mar./abr., 2010, p. 2.

da finalidade proposta, deixando meramente a cargo da norma a função hercúlea estatal de responder satisfatoriamente aos novos problemas.

Portanto, a expansão do Direito Penal é verificável a partir da tutela de novos bens jurídicos por meio de novas técnicas de proteção, da flexibilização das regras de imputação e do direito processual, da criação de novas formas de responsabilização e da intensificação da repressão penal às condutas já existentes²⁴.

Deve-se questionar se a utilização desenfreada da fórmula tipificadora, destinada a atender a perspectiva intervencionista intimidadora, não estaria fadada à condução da própria deslegitimação e conseqüente inaplicação desse sistema penal, na medida em que o Estado poderia não ter condições materiais para efetivar a repressão, a legislação seria desconhecida ou até mesmo em face da demasiada disseminação da crença na impunidade²⁵.

2.3. OS BENS JURÍDICOS EMERGENTES

O Direito é uma realidade tridimensional, em que se parte do fato e chega-se a norma – a qual se vincula a um dever - através de caminho do valor – vinculado a uma finalidade²⁶. Dessa forma, a existência de novas realidades resultantes de processos históricos e as transformações culturais e de valores da sociedade influem diretamente na construção da referida ciência. A abertura a valores, contudo, deve sempre ter por fim a proteção e garantia ao indivíduo frente ao arbítrio do poder.

A noção de bem jurídico representa uma conquista da humanidade, sendo o “fundamento necessário e constitucional tanto para conceber um dever de proteção como para determinar os limites à intervenção e seu cálculo preciso”²⁷. Em face da permeabilidade às mudanças sociais, novos interesses podem emergir e ser tutelados pelo Direito Penal, porém sua legitimidade está umbilicalmente atrelada a noção de bem jurídico para a delimitação de seus contornos²⁸.

O “*ius puniendi*” é uma característica importante do Direito para a garantia dos bens jurídicos, mas tem o potencial de se converter em um instrumento violento

²⁴ BOZZA, Fábio da Silva. **Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014, p.6.

²⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 159.

²⁶ BARRILARI, Claudia Cristina. Algumas considerações sobre os crimes de perigo e o direito penal econômico. **Revista dos Tribunais**, v. 903, jan., 2011, p. 4.

²⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 53.

²⁸ *Ibidem*, p. 54.

de opressão²⁹. À vista disso, seu escopo de proteção - os bens jurídicos - constitui um dos mais eficientes entraves ao abuso de poder ao estabelecer o liame da repressão às lesões ou aos riscos a eles eventualmente provocados, afastando-se convicções meramente morais³⁰. Porém, o papel limitador do bem jurídico não é suficiente por si só, devendo ser exercido em cotejo com os demais princípios penais, como a lesividade, a proporcionalidade, a intervenção mínima, etc³¹.

A conceituação de bem jurídico é uma tarefa árdua e que gera divergências doutrinárias, mas imprescindível à dogmática penal, vez que a criação de delitos sem o lastro na necessidade de proteção de um correspondente bem jurídico carece de legitimidade, na medida em que não seria possível identificar qualquer finalidade concreta apta a lhe atribuir sentido³².

É indispensável analisarmos o que fundamenta o conceito de bem jurídico. A corrente jurídico-constitucional adotada por autores como Roxin e Figueiredo Dias, aponta como ponto de referência os valores constitucionalmente estabelecidos³³.

De acordo com essa lógica, somente é passível de tutela um bem jurídico quando ele reflete um valor reconhecido na Constituição, em nome do sistema social do qual a Constituição lhe extrai. Apenas nesse sentido, o de que bens jurídicos estão previamente previstos na Constituição, é que se pode falar que o bem jurídico é anterior ao ordenamento jurídico penal³⁴.

A despeito da inexistência na Constituição atual de um exaustivo catálogo dos objetos de tutela, sua definição deve estar pressuposta de forma expressa ou implícita na lei maior, coadunando com os valores primordiais nela consagrados, de modo a tutelar os bens fundamentais.³⁵

O nascimento do Direito Penal contemporâneo é marcado pela proteção de direitos reconhecidos como individuais. Entretanto, a deterioração de realidades tradicionalmente abundantes e o incremento essencial de valor decorrente da

²⁹ DISSENHA, Rui Carlo. Bem jurídico penal supraindividual e a obrigatoriedade de repressão. In: Revista Jurídica. V. 1, n. 30, 2013, p. 287.

³⁰ Ibidem, p. 288

³¹ Ibidem, p. 290.

³² SHIRAKI, Ariella Toyama. A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo – uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.83, mar./ abr., 2010, p. 6.

³³ BOZZA, Fábio da Silva. **Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014, p. 175.

³⁴ Ibidem, p. 176.

³⁵ SHIRAKI, Ariella Toyama. Op cit. p. 7.

evolução social e cultural podem ser apontadas como causas prováveis da emergência de novos bens jurídicos³⁶, chamados de coletivos ou supra individuais.

Nesse contexto, a regulação apenas da esfera individual dos delitos econômicos pelo sistema penal tornou-se insuficiente em face da função dirigente do Estado, em que não apenas bens como a propriedade e o patrimônio passam a ter relevância social, mas também bens de caráter coletivo, como o sistema financeiro, as relações de consumo, o meio ambiente, a ordem tributária e o sistema previdenciário, tornam-se essenciais ao indivíduo em sociedade.

Um Estado democrático e social de direito precisa, além de indicar limites mínimos de garantia ao cidadão, reconhecer eficientemente posturas positivas garantidoras das atuações prestacionais essenciais ao assim chamado mínimo existencial. Nesse sentido, saúde, educação, moradia, etc., passam a fazer parte da agenda econômica do Estado e implicam um eficiente sistema bancário, econômico e tributário.³⁷

A constatação da necessária proteção da esfera coletiva dos bens jurídicos não desvincula a obrigatoriedade de se atender ao princípio da dignidade da pessoa humana. O potencial de afetar um número indeterminado de pessoas torna praticamente impossível a individualização de uma vítima e a precisão do momento da consumação dos delitos complexos, o que por outro lado não deve significar o atropelamento de garantias para a punição a qualquer custo, numa lógica maquiavélica de que “os fins justificam os meios”.

A teorização a respeito da autonomia da tutela dos bens jurídicos coletivos frente aos individuais emerge nesse contexto. A concepção dualista dos bens jurídicos reconhece a total independência dos bens jurídicos individuais e dos coletivos, entendendo não ser sempre possível referir um bem jurídico difuso a interesses individuais concretos³⁸.

Um dos principais defensores da concepção dualista dos bens jurídicos é Schünemann, que concebe a sobrevivência da espécie humana como principal valor social universal. Entende o autor que o consumo predatório dos recursos naturais, somado à superpopulação do planeta e aos riscos decorrentes dos avanços tecnológicos, torna imperioso o reconhecimento do caráter dominante dos bens

³⁶ SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 33.

³⁷ DISSENHA, Rui Carlo. Bem jurídico penal supraindividual e a obrigatoriedade de repressão. In: Revista Jurídica. V. 1, n. 30, 2013, p. 292.

³⁸ SHIRAKI, Ariella Toyama. A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo – uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.83, mar./ abr., 2010, p. 8.

jurídicos coletivos, eis que concepção diversa consideraria o individualismo egoístico em detrimento das condições de vida das gerações futuras.

Em contraposição, a concepção monista se divide em social e pessoal, embora ambas reconheçam a ligação entre os bens jurídicos coletivos e os individuais, a primeira entende que o coletivo prepondera sobre o individual, vez que os bens jurídicos refletiriam os interesses do Estado ou da coletividade, em face de seu caráter autoritário encontra-se em desuso.

Por sua vez, a concepção monista pessoal dos bens jurídicos, desenvolvida por Hassemer, é a que mais bem atende à proteção do indivíduo frente ao poder punitivo estatal³⁹. A referida teoria não nega a existência de bens jurídicos coletivos, “apenas afirma que a tutela penal desses bens jurídicos tem como condição a possibilidade de funcionalização a partir de interesses de pessoas humanas”⁴⁰, isto é, não identifica duas distintas categorias de bens jurídicos, mas senão a interdependência daqueles ditos “supra individuais” aos ditames de proteção da pessoa humana

A opção pela concepção monista ou dualista envolve o modo de se pensar o Direito Penal, seja como um instrumento adequado de proteção de bens jurídicos, ou como um símbolo que deve operar sobre a psicologia social⁴¹. O processo de produção de normas jurídicas deve explicitar seu objetivo para que tenha legitimidade e não atuar de forma meramente simbólica. Assim, o bem jurídico atribui valor à norma de modo a condicionar sua validade e subordinar sua eficácia à demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo. Destarte, o bem jurídico deve ser entendido como uma forma de limitação do poder punitivo estatal, tendo como finalidade a proteção da pessoa humana, em consonância com a concepção monista individual anteriormente apresentada.

2.4. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Analizados os aspectos essenciais à compreensão do cenário em que se insere a criminalidade econômica, faz-se necessário abordar as características gerais do Direito Penal Econômico para a delimitação de seu conteúdo e formulação conceitual.

³⁹ BOZZA, Fábio da Silva. **Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014, p. 194.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 182.

⁴¹ *Ibidem*, p. 191.

A origem do Direito Penal Econômico está umbilicalmente ligada ao contexto socioeconômico, a ponto de refletir o intervencionismo estatal na economia, sendo instrumento apto a tutelar a ordem econômica nacional, zelando pelo correto funcionamento do mercado de consumo e de capitais, coibindo os abusos de poder econômico e protegendo a saúde financeira do Estado e dos contribuintes do Fisco da ação lesiva da sonegação de impostos⁴². Assim, estão incluídas em seu conteúdo as normas jurídico-penais que se situam no espaço coberto pelo direito econômico, isto é, aquelas que regem a vida e as atividades econômicas, assim como as relacionadas a produção e distribuição de bens econômicos.

É imprescindível, entretanto, distinguirmos as esferas econômica e penal. Apesar do inegável papel acessório do aspecto penal nos fins econômicos estatais, as características da fragmentariedade e da subsidiariedade inerentes ao Direito Penal, estabelecidas no Estado Democrático de Direito, tornam-no a *ultima ratio* na proteção de valores fundamentais à convivência social.

Assim, afastando-se dos contornos próprios do Direito Econômico, a ideia-força capaz de dotar de sentido material o Direito Penal Econômico é a de imprescindível meio de tutela de um objeto jurídico que tem em vista a segurança e a regularidade da estrutura econômica de um determinado contexto social⁴³.

Não obstante às carências de precisão e delineamento do conceito do Direito Penal Econômico pela doutrina, podemos conceber que há consenso quanto a proteção da ordem socioeconômica pela ciência em estudo que, a seu turno, pode ser compreendida a partir “confiança socialmente depositada no tráfico econômico, capaz de lesionar ou pôr em perigo a estrutura econômica da sociedade, representativa de um valor decorrente da vida individual e social, indispensável à sua manutenção e ao seu livre desenvolvimento”⁴⁴.

Desta forma, um efeito fundamental da delinquência econômica é o potencial da violação da confiança no sistema econômico pela sociedade – poderíamos aqui retomar os pensamentos da socióloga Susan Shapiro descritos no ponto inicial -, de modo a resultar um efeito espiral, consistente da imitação e disseminação por outras pessoas ao cometimento de ilícitos econômico em face da verificação da impunidade dos infratores.

⁴² CORACINI, Celso Eduardo Faria. Contexto e conceito para o direito penal econômico. **Revista dos Tribunais**, v.829, nov. 2004, p.4.

⁴³ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 57.

⁴⁴ *Ibidem* p. 59.

Por sua vez, a impunidade é agravada em face das características dos cidadãos perpetradores da delinquência econômica, vez que, em geral, fazem parte de classes sociais mais poderosas, detentores de atividades importantes, com elevado padrão socioeconômico e dotados prestígio social, tais como empresários, banqueiros, políticos e servidores públicos de alto escalão⁴⁵.

A criminalidade econômica é marcada também pela pluralidade de sujeitos ativos, vez que poderia haver uma hierarquização e divisão de tarefas, que torna especialmente problemática a determinação da relação de causalidade das ações. Além disso, a aparência de licitude desses delitos e o distanciamento entre o agressor e a vítima são outros fatores que dificultam a investigação criminal. Por consequência, o campo do direito penal econômico faz eclodir a necessidade de métodos probatórios mais tecnológicos e invasivos.

Retomando a formulação conceitual do direito penal econômico, a definição adotada por Celso Eduardo F. Coracini nos remete a duas essenciais características que se distanciam dos delitos clássicos, são elas: a) a proteção de bens jurídicos supraindividuais e b) a criação de crimes de perigo. Nesse sentido:

O direito penal econômico é a disciplina especial do direito penal que, em último grau, protege bens jurídico-penais (econômicos), com alcance meta ou supraindividual, de condutas que os lesionem ou que sejam capazes de lesioná-los, perturbando, ou desestabilizando, a ordem econômica desse Estado⁴⁶.

Já delineamos anteriormente a respeito da emergência de bens jurídicos que cuidam de aspectos coletivos da sociedade, contraponto os tradicionais que versavam sobre a esfera individual. Em virtude da relevância dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal Econômico, o oferecimento de perigo a eles - fenômeno em que há a potencialidade de produzir a perda ou diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse⁴⁷ - passa a ser criminalizado, de modo a criar os crimes de perigo.

Os crimes de perigo se dividem em abstratos (ou presumidos) e concretos. Enquanto nos primeiros o perigo não corresponde a elemento do tipo penal, mas tão somente a sua motivação, vale dizer, as condutas identificadas pelo legislador teriam

⁴⁵GIACOMET JUNIOR, Isalino Antonio. **Os crimes econômicos e sua regulamentação pelo Sistema Financeiro Nacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 71.

⁴⁶ CORACINI, Celso Eduardo Faria. Contexto e conceito para o direito penal econômico. **Revista dos Tribunais**, v.829, nov. 2004, p. 6.

⁴⁷ SHIRAKI, Ariella Toyama. A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo – uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.83, mar./ abr., 2010, p. 9.

um perigo inerente que as tornariam puníveis independentemente de resultado⁴⁸, os crimes de perigo concreto exigem a verificação da efetiva situação perigosa.

A técnica do perigo abstrato acaba por configurar uma antecipação da tutela penal, a justificação para sua adoção teria respaldo nos resultados catastróficos de eventual lesão ao bem jurídico tutelado, assim como sua irreversibilidade ao estado anterior e o potencial de constituição de um ambiente de riscos efetivos a partir da acumulação de atos perigosos⁴⁹.

Portanto, os delitos econômicos requerem cada vez menos a efetiva lesão de um bem jurídico, o que, aparentemente confrontaria o pensamento tradicional do princípio da lesividade penal. É com base nesta última constatação que parte da doutrina defende a invalidade dos crimes de perigo abstrato, por entender que faltaria a constatação da antijuridicidade material da conduta⁵⁰. Observa BITENCOURT:

Para que tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um *perigo concreto*, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de *repressão penal* se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são *inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato*, pois no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal.⁵¹

Em contrapartida, há quem defenda que a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato não pode ser rechaçada de forma imediata, vez que constituiriam uma estrutura de delito adequada para atender as exigências sociedade do risco contemporânea⁵². Nesse sentido, não haveria uma exigência de que a perigosidade fosse efetiva, mas deve ao menos ser tangível, capaz de levar à concretização de dano a um caro valor social⁵³.

O papel do juiz nesse cenário consiste em verificar na situação concreta se a presunção de perigo se viu rechaçada por prova em contrário, somente desta forma

⁴⁸ SHIRAKI, Ariella Toyama. A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo – uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.83, mar./ abr., 2010, p. 9.

⁴⁹ Ibidem, p.10.

⁵⁰ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p.89.

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, V.I. pp. 27-28.

⁵² SHIRAKI, Ariella Toyama. Op. Cit. p.10.

⁵³ SOUZA, Luciano Anderson de. Op. Cit. p. 92.

a figura do perigo abstrato se amolda à exigência da lesividade, dentro de um direito penal garantista⁵⁴.

⁵⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 93.

3. OS DESAFIOS DA PERSECUÇÃO PENAL DOS DELITOS ECONÔMICOS

No capítulo anterior foi possível observar que a sociedade globalizada, inserida num ambiente multicultural, expansivo e individualista, tornou possível o desenvolvimento de atividades criminosas altamente organizadas e com potencial de causar danos graves a indeterminadas pessoas, nações e economias.

Dentre outros fatores, a facilidade de ocultação de tais delitos e a aparência de licitude alterou a realidade até então vigente e escancarou a necessidade de uma eficiente resposta Estatal frente aos riscos emergentes, vez que os instrumentos penais típicos do Direito Penal Clássico estariam obsoletos. Destarte, cumpre a análise, a partir de dados quantitativos e qualitativos, da persecução penal dos delitos econômicos, identificando possíveis obstáculos ao seu aprimoramento.

3.1. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A NECESSIDADE DE DESENVOLVIMENTO DE NOVOS MÉTODOS INVESTIGATIVOS

A investigação criminal constitui a coluna vertebral da persecução penal, eis que a reconstrução dos fatos por meio da obtenção de dados, informações e provas acerca da materialidade e autoria oferecem as bases de sustentação para a atuação do órgão acusador, devendo, para isso, atender os postulados e princípios de um Estado Democrático de Direito.

Em que pese sua relevância, a investigação criminal enfrenta suas dificuldades. A necessidade de administração do volume de trabalho faz com que delegados e agentes de polícia passem a efetuar uma seleção dos fatos que serão objeto de investigação, priorizando-se boletins de ocorrência que já forneçam informações sobre autoria do crime - como filmagens, depoimentos e testemunhas. Nesse sentido:

É a necessidade de administrar o trabalho que rege a seleção dos casos a serem investigados. Existindo informações suficientes no boletim de ocorrência, instaura-se inquérito sem a realização de investigação; do contrário; arquiva-se a ocorrência. Logo, a investigação criminal não é uma regra, mas, sim, uma exceção.⁵⁵

O início da investigação passa a ser marcado pela eleição prévia de suspeitos, inverte-se a lógica, há uma incriminação prévia à busca da verdade

⁵⁵ COSTA, Arthur T. M.; MACHADO, Bruno A.; ZACKSESKI, Cristina. **A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos**: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal. T. 1 e 2. Brasília: ESMPU, 2016, p. 17.

processual, incorrendo no risco de haver uma primazia das hipóteses sobre os fatos - situação típica do sistema processual inquisitório, em que apenas são consideradas e relevadas as evidências que coadunam com a narrativa da acusação, desprezando-se as demais, de modo a produzir o “quadro mental paranoico” preconizado por Franco Cordero⁵⁶.

A complexidade da criminalidade organizada desenvolvida paralelamente à sociedade pós-industrial, assim como dos delitos econômicos praticados no âmbito de integração supranacional, envolve um altíssimo grau de profissionalismo que, em geral, não deixa evidente seus autores. A seletividade da investigação, que prioriza os casos com evidências concretas constitui um problema, já que a grande maioria dos delitos complexos restaria inerte à persecução penal, continuando a se alastrar em escala mundial aos mais diversos âmbitos da vida social.

Ressalta-se que a moderna criminalidade organizada não está necessariamente vinculada à criminalidade econômica, porém os pontos de convergência são inegáveis na medida em que comumente uma organização criminoso atua no cometimento de delitos econômicos.

As atividades criminosas organizadas se afiguram como um empreendimento perene, com potencial de danos inimagináveis, porém de pouca visibilidade e sua intensidade e periculosidade tem como consequência a necessidade de formulação de uma resposta estatal suficiente ante o fato tangível de que a defesa social em matéria penal continuou estagnada. Adverte Fauzi Hassan Choukr:

De uma forma geral, o elevado grau de sofisticação nesse tipo de atividade criminoso acaba tornando especialmente dificultoso o impedimento de seu progresso. Estatisticamente comprovado, o crime organizado, em suas mais diversas faces, acabou se tornando na oitava economia do planeta e, por consequência, descortinou uma nova assombração no imaginário da repressão, que é a atividade de lavagem de dinheiro, na medida em que o fruto da atividade criminoso acaba sendo convertido em ativos financeiros lícitos, de forma a tornar temíveis criminosos em distintos cavalheiros graças aos poros do sistema financeiro⁵⁷.

Do exposto, se constata o alto nível de organização dos grupos criminosos e a absoluta ineficácia dos tradicionais métodos investigativos utilizados pelo Estado – como as inspeções oculares e os interrogatórios– em face dos delitos complexos, em especial os econômicos.

⁵⁶ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986. p. 51.

⁵⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. p.38.

A tecnologia, o conhecimento e a inteligência também passaram a servir às práticas ilícitas, na mesma velocidade e complexidade das relações sociais. As metodologias tradicionais de investigação criminal não mais surtem os efeitos esperados num Estado de Direito, exigindo novos mecanismos de persecução criminal. Por isso, a criminalidade inteligente investiga-se com inteligência, com mecanismos adequados, em uma reação vinculativa horizontal.⁵⁸

Diante da manifesta necessidade do desenvolvimento de novos métodos investigativos eficientes à nova criminalidade, foi elaborada, primeiramente, a Lei n.9.034/95, a qual restou revogada pela lei 12.850/13, que, por sua vez, versa sobre os meios operacionais especiais.

A colaboração premiada destaca-se no cenário atual através enfoque midiático de sua aparente eficiência, vez que a cooperação nas investigações de um sujeito ativo da conduta criminosa tenderia a acelerar a persecução penal.

Os métodos de investigação modernos, quebra de sigilo bancário, interceptação telefônica, escuta ambiental, delação premiada, ação controlada, infiltração de agentes, são especialmente importantes para crimes complexos como a lavagem de dinheiro. O motivo é evidente, pois, quanto maior a complexidade do crime, mais difícil será compreendê-lo e prová-lo. A obtenção de 'informação de dentro' da organização criminosa é, usualmente, essencial para provar o crime. O objetivo é romper a lei do silêncio, a *omertá* mafiosa, entre os criminosos⁵⁹.

Entretanto, os demais métodos também são de suma importância, de modo a tornar uma realidade a utilização, a partir de autorização judicial, de métodos ocultos de investigação para a repressão penal⁶⁰. Assim, a breve análise dos mecanismos previstos na Lei 12.850/13 se torna relevante à compreensão da investigação criminal.

O instituto da colaboração premiada, previsto nos artigos 4º a 7º da referida Lei⁶¹ consiste no acordo efetuado entre a autoridade policial ou membro do Ministério Público e o investigado, em que o perdão judicial ou a redução de sua

⁵⁸ Palavras de Nereu José Giacomolli na apresentação do livro: PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: Legitimidade e Procedimento**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

⁵⁹ MORO, Sérgio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Saraiva, 2010, p.100.

⁶⁰ PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos. Marcial Pons, 2014, p.59.

⁶¹ Art. 4º da Lei 12.850/2013. O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
 II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
 III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
 IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
 V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

reprimenda são oferecidos em troca da confissão de seus delitos e do auxílio na obtenção de provas contra os demais autores.

A ação controlada (art. 8º da Lei 12.850/2013⁶²) consiste em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa no que concerne aos atos ilícitos praticados por organização criminosa ou a ela vinculados, desde que mantida sob observação e acompanhamento, para que, em momento mais oportuno, a medida legal se concretize mais eficazmente à formação de provas e obtenção de informações.

Preceituado no artigo 10º da Lei 12.850/13⁶³, a infiltração de agentes caracteriza-se pelo ingresso de policial em organização criminosa, de forma a omitir sua condição de agente público, com o objetivo de conhecer melhor sua estrutura, seus integrantes, seu patrimônio e seu *modus operandi*. Tal técnica depende da representação do Ministério Público ou do delegado de polícia seguida de autorização judicial.

A captação ambiental diz respeito à instalação de dispositivos de gravação de sinais acústicos, ópticos ou eletromagnéticos em ambientes fechados ou abertos, excluindo-se o domicílio em razão de sua inviolabilidade.

A interceptação telefônica é a gravação, por terceiro, de comunicação por meio de aparelhos telefônicos sem a ciência dos interlocutores. A interceptação telemática, por sua vez, tem o condão de controlar o fluxo de comunicação realizado em equipamentos com processamento de dados, como os e-mails. Por fim, o

⁶² Art. 8º da Lei 12.850/2013. Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

§ 1o. O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.

§ 2o. A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.

§ 3o. Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações.

§ 4o. Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstanciado acerca da ação controlada.

⁶³ Art. 10º da Lei 12.850/2013. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

§ 1o Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2o Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1o e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

§ 3o A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.

§ 4o Findo o prazo previsto no § 3o, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§ 5o No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

afastamento de sigilo financeiro, bancário e fiscal forneceria acesso a dados contidos em bancos, aplicações financeiras e na administração fazendária.

As descrições dos métodos investigativos aqui realizadas estão longe de esgotar o tema, o objetivo foi tão somente identificar alguns dos motivos que levaram o legislador a desenvolver novos métodos investigativos de modo a sinteticamente conceitua-los para a posterior análise dos dados referentes à persecução penal.

3.2. AS DIFICULDADES DA PERSECUÇÃO PENAL DOS DELITOS ECONÔMICOS EM NÚMEROS

No ponto anterior foi ressaltada a importância da investigação criminal para que a persecução penal obtenha êxito e gere segurança para os cidadãos. Entretanto, foi possível identificar uma crise de legitimidade da investigação criminal na medida em que os modelos tradicionais de investigação passaram a ter pouca eficiência em face dos modernos delitos, gerando fortes críticas pela sociedade.

Neste contexto, as pesquisas empíricas no âmbito da criminalidade econômica, embora escassas, são uma importante ferramenta para a compreensão do perfil dos autores desses delitos e da seletividade penal, assim como auxiliam na identificação de eventuais falhas que possam conduzir à impunidade.

Os dados, tabelas e gráficos expostos nos pontos 3.2 e 3.3 deste trabalho acadêmico foram retirados do livro “A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos”⁶⁴, originário de pesquisa desenvolvida por iniciativa da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), coordenada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública e com participação de pesquisadores que integram o Grupo de Pesquisa Política Criminal (UniCeub/Unb) e o Núcleo de Estudos sobre Violência e Segurança (NEVIS/Unb).

Foram levantados dados relativos a Inquéritos Policiais (IPLs) e Procedimentos de Investigação criminal (PICs) do Sistema Único do MPF que tiveram manifestação de denúncia ou arquivamento em 2012, principalmente em relação ao Distrito Federal e aos estados de Pernambuco, São Paulo e Paraná.

Os crimes investigados foram: a) Peculato (art. 312, CP); b) Inserção de dados falsos para obter vantagem indevida (art. 313, CP); c) Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou de documento (art. 314, CP); d) Concussão (art. 316, CP); e)

⁶⁴ COSTA, Arthur T. Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina. A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal: tomos I e II. Brasília: ESMPU, 2016.

Corrupção passiva (art. 317, CP); f) Corrupção ativa (art. 333, CP); g) Sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, CP); h) Corrupção ativa em transação internacional (art. 337-B, CP); i) Tráfico de influência internacional (art. 337-C, CP); j) Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei n. 7.492/1986); k) Crimes contra a Ordem Tributária (Lei n. 8.137/1990); l) Crimes de “lavagem” ou ocultação de bens e valores (Lei n. 9.613/1998) e m) Crimes da Lei de Licitações (Lei n.9.666/1993)⁶⁵, e se distribuem da seguinte forma entre os estados:

TABELA 1 – DISTRIBUIÇÃO DOS REGISTROS POR TIPO PENAL E UF (2012)

| TIPO PENAL | ESTADOS FOCO DA PESQUISA | | | | | OUTROS ESTADOS | %FOCO |
|---|--------------------------|------------|------------|--------------|--------------|----------------|--------------|
| | DF | PE | PR | SP | TOTAL | | |
| Crimes contra a Administração Pública | 97 | 58 | 120 | 558 | 833 | 1.650 | 33,55 |
| Crimes contra a Ordem Tributária | 101 | 58 | 243 | 685 | 1.087 | 1.409 | 43,55 |
| Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional | 42 | 13 | 68 | 271 | 394 | 772 | 33,79 |
| Crimes da Lei de Licitações | 91 | 28 | 31 | 37 | 187 | 413 | 31,17 |
| Crimes de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores | 6 | 4 | 14 | 134 | 158 | 205 | 43,53 |
| TOTAL | 337 | 161 | 476 | 1.685 | 2.659 | 4.449 | 37,41 |

FONTE: COSTA, Arthur T. Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina. A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal: tomo I. Brasília: ESMPU, 2016, pp.208-209.

Destes dados, é possível perceber que há certo equilíbrio de volume de registros dos delitos entre os estados foco da pesquisa, de modo que não é possível determinar, *a priori* qualquer preferência na prática delitiva ou na investigação.

Por outro lado, a criminalidade alvo da pesquisa empírica citada normalmente é relacionada à criminalidade dos poderosos, em que haveria mais profissionalismo na prática delitiva, assim como seus autores seriam pertencentes às altas classes sociais, com elevado poderio econômico. Neste sentido, cabe à análise dos dados fornecidos referentes às características dos réus a fim de se estabelecer uma conexão entre a teoria e a realidade.

As informações relacionadas aos réus estão atreladas exclusivamente ao Distrito Federal, apesar de ser possível criticar as conclusões com base nas diferenças socioeconômicas entre os estados do Brasil, em face da escassa produção de pesquisas empíricas com relação à criminalidade econômica em âmbito nacional, a obtenção de dados, ainda que restrita, é de suma relevância ao estudo

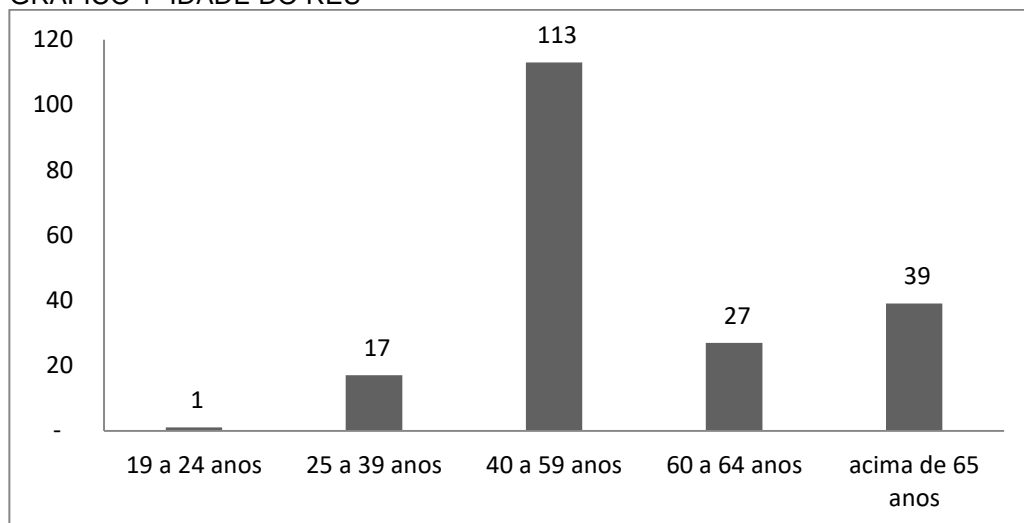
⁶⁵ COSTA, Arthur T. Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina. Op. Cit. p.20.

desta matéria e, por mais que não seja possível estender automaticamente os resultados e conclusões à totalidade da criminalidade brasileira no âmbito econômico, os expressivos resultados são aptos a traçar, em linhas gerais, o perfil dos investigados.

Enquanto na criminalidade comum os autores normalmente praticam os delitos sozinhos, a amostragem fornecida com relação à existência de coautoria nos crimes foco da pesquisa demonstra uma gritante discrepância, vez que em 89% dos casos os delitos foram realizados em coautoria⁶⁶.

Outras características que escancaram as diferenças no perfil dos autores de delitos econômicos em relação aos comuns dizem respeito à faixa etária, à escolaridade e à profissão ou ocupação dos réus. Observa-se que há uma inversão no padrão etário e da escolaridade dos acusados, vez que a maior parte (57,4%) deles está na faixa dos 40 a 59 anos, sendo que somente um indivíduo era menor de 25 anos, e 60% dos acusados possuíam ensino superior, apenas um acusado tinha ensino fundamental incompleto.

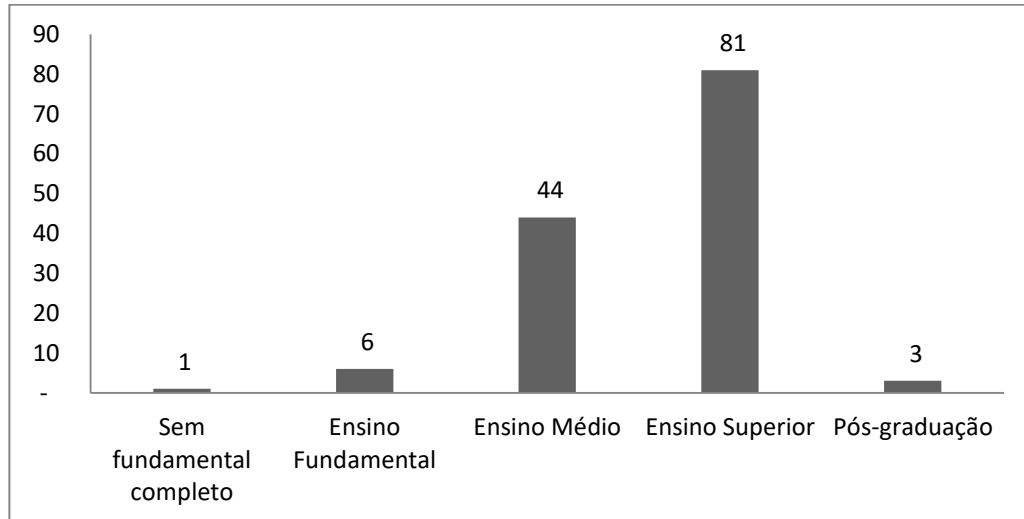
GRÁFICO 1- IDADE DO RÉU



FONTE: COSTA, Arthur T. Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina. A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal: tomo I. Brasília: ESMPU, 2016, p. 254.

⁶⁶ COSTA, Arthur T. M; MACHADO, Bruno A.; ZACKSESKI, Cristina. **A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos**: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal. T. 1. Brasília: ESMPU, 2016, p. 252.

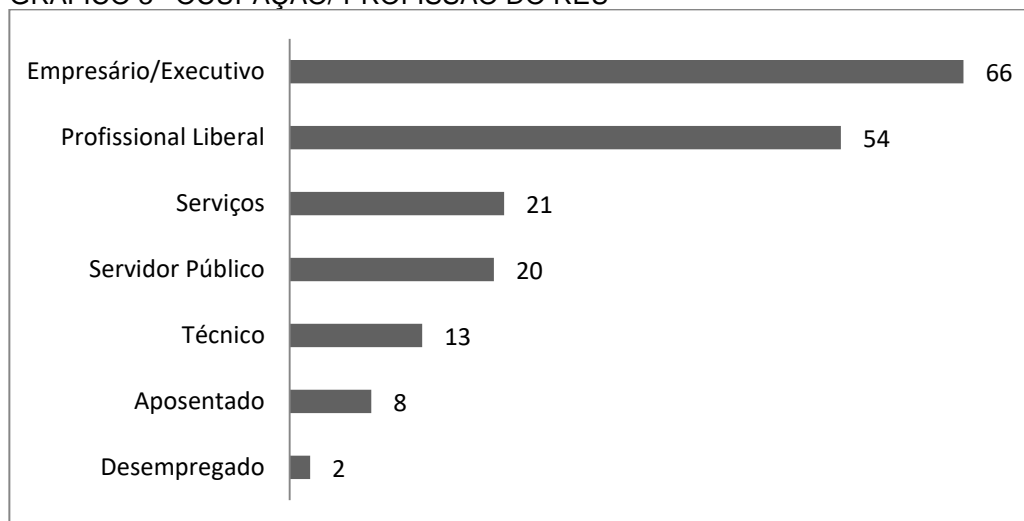
GRÁFICO 2– ESCOLARIDADE DO RÉU



FONTE: COSTA, Arthur T. Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina. A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal: tomo I. Brasília: ESMPU, 2016, p. 254.

Por sua vez, as profissões identificadas são as mais diversas, porém foi possível a subdividi-las em oito classes - em 15,1% dos casos não foi possível identificar a ocupação dos acusados -, são elas: I) empresário/executivo, abrangendo sócios, gerentes, presidentes e representantes legais; II) profissional liberal, contando-se as profissões de advogado, arquiteto, engenheiro, contador e *personal trainer*; III) serviços, composto, em geral, por ambulantes e comerciantes; IV) servidor público, envolvendo policias militares e civis, servidores do INSS, da alfândega e da Caixa Econômica e assessor parlamentar; V) técnico, de modo geral atuantes em eletrônica; VI) aposentado; VII) desempregado e, VIII) estudante.

GRÁFICO 3– OCUPAÇÃO/ PROFISSÃO DO RÉU

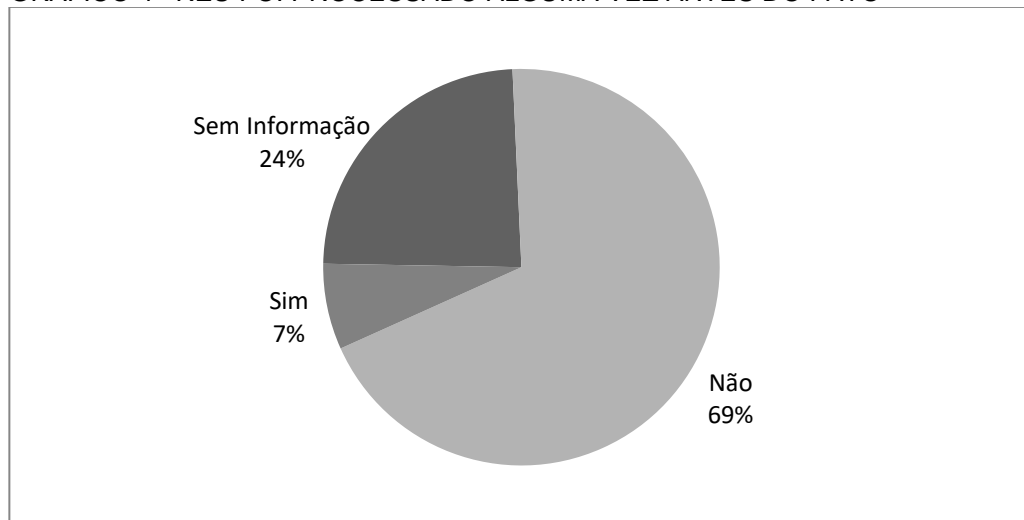


FONTE: COSTA, Arthur T. Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina. A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal: tomo I. Brasília: ESMPU, 2016, p. 225.

Os homens ainda figuram em maior medida nos processos analisados, correspondendo a quase 82% do total⁶⁷. Apesar disso, a representação das mulheres (18%) é consideravelmente maior que nos crimes comuns, segundo dados oficiais, há cerca de 6% de mulheres na população prisional no ano de 2012, sendo condenadas por tráfico de drogas (10,6%), crimes contra a fé pública (5,1%), crimes contra a paz pública (3,9%), crimes contra a vida (2,5%) e crimes contra o patrimônio (2,3%)⁶⁸.

A natureza da defesa em juízo revela a capacidade financeira dos autores, eis que 81% dos casos apresentam defesas constituídas, contra apenas 19% de defesas dativas⁶⁹. Ainda, apenas 6,42% dos acusados apresentam registros criminais. Os crimes antecedentes seriam contra a ordem tributária, posse irregular de arma de fogo de uso permitido e de uso restrito combinados com peculato, lavagem de dinheiro e crimes de licitação, as demais condutas variam d crimes patrimoniais simples a crimes ambientais⁷⁰.

GRÁFICO 4– RÉU FOI PROCESSADO ALGUMA VEZ ANTES DO FATOS



FONTE: COSTA, Arthur T. Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina. A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal: tomo I. Brasília: ESMPU, 2016, p. 257.

O perfil dos autores acima apresentado reafirma a teorização a respeito da criminalidade dos poderosos, sendo evidente as discrepâncias em relação à criminalidade comum. Essa visão não necessariamente negativa dos autores dos

⁶⁷ COSTA, Arthur T. M.; MACHADO, Bruno A.; ZACKSESKI, Cristina. **A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos**: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal. T. 1. Brasília: ESMPU, 2016, p. 256.

⁶⁸ Ibidem .

⁶⁹ Ibidem, p. 258.

⁷⁰ Ibidem, p.257.

crimes econômicos pode ter influência em relação à decretação de prisão, já que numa totalidade de 218 acusados, apenas nove (4%) foram presos na fase policial e uma prisão preventiva foi decretada⁷¹. Portanto, embora o excesso de prisões provisórias seja uma realidade brasileira, em que há cerca de 40% de presos provisórios no sistema penitenciário⁷², a constatação de quase 96% de acusados em liberdade nos crimes econômicos reafirma o tratamento diferenciado a esta criminalidade.

Já no âmbito investigativo, os dados demonstram escasso uso do poder investigatório no Distrito Federal, contrariando a expectativa criada pelo acompanhamento midiático. Apenas 2,29% (5) dos casos apresentaram quebra de sigilo bancário, por sua vez a utilização de interceptação telefônica já é mais significativa, compreendendo 33,94% (74) dos casos⁷³.

As dificuldades investigativas passam a se tornar evidente quando analisamos os pedidos de dilação do prazo para a conclusão do inquérito, em que 97,25% dos casos foram necessários⁷⁴. Ao lado disso, verifica-se que dos 218 indiciados, houve um total de 38 arquivamentos, porém a autoridade policial não ofereceu indiciamento em 77,9% dos casos arquivados, sendo responsável por sugerir o arquivamento em 53,7% da totalidade⁷⁵.

Em 86% dos inquéritos com arquivamentos sugeridos pela autoridade policial foram apresentadas teses jurídicas como justificativa, sendo a mais frequente a ausência de prova da autoria (41,67%), seguida da ausência de condição de procedibilidade (25%), fato atípico (16,67%), prescrição (5,56%) e, por fim, prova ilícita (8,33%).

⁷¹COSTA, Arthur T. M.; MACHADO, Bruno A.; ZACKSESKI, Cristina. **A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos**: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal. T. 1. Brasília: ESMPU, 2016, p. 257.

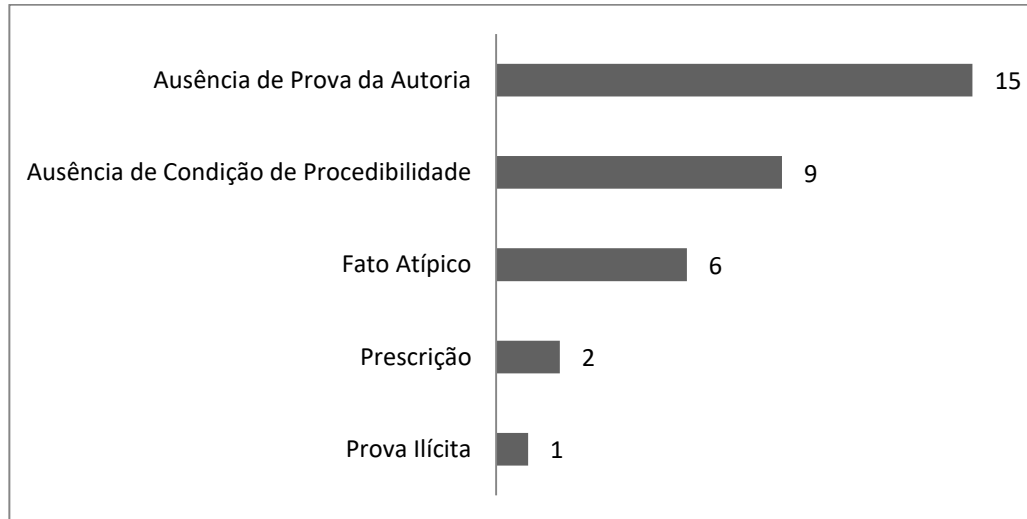
⁷² Ibidem.

⁷³ Ibidem, p.259.

⁷⁴ COSTA, Arthur T. M.; MACHADO, Bruno A.; ZACKSESKI, Cristina. **A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos**: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal. T. 1. Brasília: ESMPU, 2016, p. 262.

⁷⁵ Ibidem, p. 276.

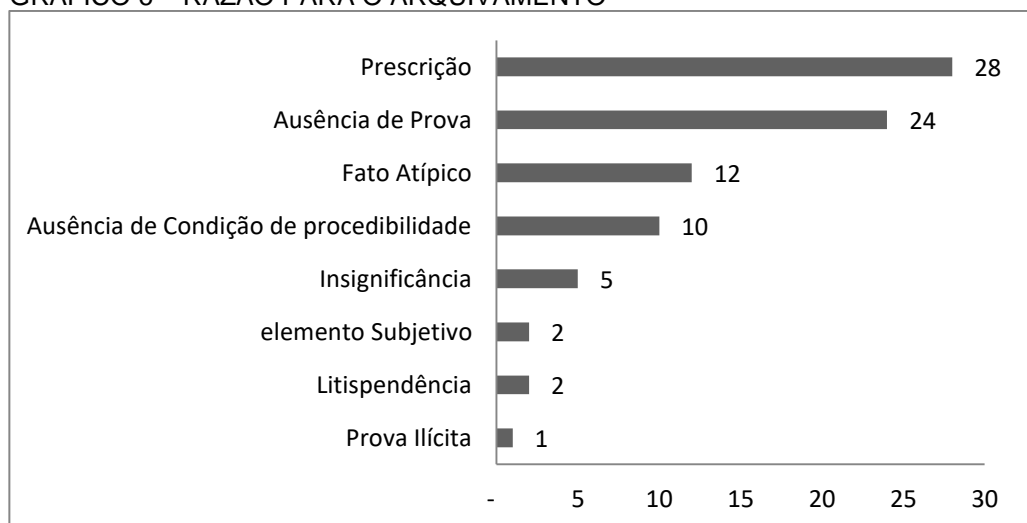
GRÁFICO 5 – TESE APRESENTADA PELA AUTORIDADE POLICIAL



FONTE: COSTA, Arthur T. Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina. A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal: tomo I. Brasília: ESMPU, 2016, p. 278.

Entretanto, as justificativas adotadas pelos juízes para o arquivamento diferem das teses aventadas pela autoridade policial. Neste caso, a prescrição prepondera (32,56%), a ausência de prova de autoria e/ou materialidade do crime aparece em segundo lugar (27,91%), seguindo para fato atípico (13,95%), ausência de condição de procedibilidade (11,63%), princípio da insignificância (5,81%), ausência de elemento subjetivo do tipo (2,33%), litispendência (2,33%) e prova ilícita (1,16%).

GRÁFICO 6 – RAZÃO PARA O ARQUIVAMENTO



FONTE: COSTA, Arthur T. Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina. A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal: tomo I. Brasília: ESMPU, 2016, p. 284.

O tempo decorrido na realização de diligências em relação à data do fato emite um alerta com relação à efetividade das investigações, devendo ser considerado na análise a respeito da eficiência da persecução penal.

Finalmente, devemos adentrar no aspecto da utilização dos métodos investigativos desenvolvidos em face da nova criminalidade. Neste ponto há um contraste entre os inquéritos que deram origem a ações penais e os arquivados, fato que merece destaque, vez que a razão para o arquivamento pode residir justamente nas diferenças que serão apontadas.

No que concerne à utilização da interceptação telefônica, dos inquéritos que deram origem à ação penal, 33,94%⁷⁶ efetivaram o referido método investigativo, o percentual encontrado nos inquéritos arquivados foi significativamente menor estando ausente em 95,35%⁷⁷. Nas perícias também é possível encontrar desconformidades. Enquanto nos IPLs que foram aptos ao prosseguimento da persecução penal existiram 150 solicitações de perícia (68,81%)⁷⁸, apenas 9,3%⁷⁹ daqueles fadados ao arquivamento demandaram a referida medida.

Destarte, observa-se que a utilização dos meios investigativos a disposição da polícia judiciária, de maneira geral, torna mais propícia a possibilidade de captação de provas aptas a dar prosseguimento à persecução penal. Cumpre, então, analisarmos os motivos que justificariam a inércia investigativa .

3.3. IDENTIFICANDO OS OBSTÁCULOS: AS PERSPECTIVAS DE DENTRO DO PROCESSO INVESTIGATÓRIO

A pesquisa realizada no livro “A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos”, citado anteriormente abrangeu, em seu Tomo II, um viés qualitativo por meio de entrevistas e grupos focais, que cuida dos discursos dos Policiais Federais, dos Procuradores da República e dos Magistrados Federais em relação à persecução penal.

Os policiais federais entrevistados relataram a insuficiência da estrutura material e física, os principais desafios e dificuldades práticas encontradas cotidianamente consistem:

⁷⁶ COSTA, Arthur T. M; MACHADO, Bruno A.; ZACKSESKI, Cristina. **A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos**: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal. T. 1. Brasília: ESMPU, 2016, p. 259.

⁷⁷ Ibidem, p. 279.

⁷⁸ Ibidem, p. 260.

⁷⁹ Ibidem, p. 279.

Déficit de pessoal; baixo desempenho ou pouca efetividade no trabalho; excesso/sobrecarga de trabalho para pouco efetivo; baixa ou ausência de especialização para trabalhos com natureza mais complexa; precariedade na infraestrutura material das unidades, sobretudo nas investigações; sobreposição de funções e trabalho entre as instituições do sistema de justiça criminal; ruídos intra e interinstitucionais; pautas de trabalho e prioridades não muito bem definidas; orientadas e/ou coordenadas pelo órgão central; grande rotatividade de pessoal nas DELEFINS; falta de critérios claros para remoção e transferência; falta de estímulo no ambiente de trabalho e de perspectivas de ascensão dentro da carreira polícia federal; o peso conferido ao “bacharelismo” (em Direito) e ao “saber jurídico” dentro da instituição polícia federal; a lógica cartorialesca e inquisitorial conferida pelo inquérito policial no contexto das investigações e na produção da “verdade real”, da autoria e materialidade a serem apresentadas pela polícia aos demais autores do sistema de justiça criminal; entre outras questões.⁸⁰

Portanto, os principais problemas identificados dizem respeito à ausência de uma política criminal condizente com a quantidade de ocorrências, a complexidade dos delitos que envolvem conhecimentos de outras áreas e a necessidade de comunicação e articulação com outros atores⁸¹.

O discurso eficientista prepondera, de modo a resultar em exigências de produtividade medidas em termos quantitativos, ignorando-se o reflexo nas garantias presentes no sistema penal e a relevância e o impacto dos diversos tipos de lesão efetiva a bens jurídicos de interesse coletivo. A par disso, as influências políticas e midiáticas influem nas diferenças regionais de estrutura, organização e funcionamento, sobrepondo-se ao tratamento igualitário e às necessidades identificadas⁸².

Desta feita, impera-se a seletividade, seja formalmente – em face do estabelecimento de prazos e produtividade -, intuitivamente – relacionada à influência da mídia e da política -, economicamente – distribuição dos recursos públicos - ou hierarquicamente – aceitação de propostas e ideias em função da posição que detém⁸³. Tal constatação seria um impedimento à produção de melhores resultados:

Sendo assim, entendemos que não é possível alcançar resultados melhores na investigação dos crimes estudados atuando com base numa seletividade definida num contexto de isolamento, falta de comunicação e cooperação.⁸⁴

⁸⁰ COSTA, Arthur T. M.; MACHADO, Bruno A.; ZACKSESKI, Cristina. Op. Cit. TII, p. 122.

⁸¹ COSTA, Arthur T. M.; MACHADO, Bruno A.; ZACKSESKI, Cristina. **A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal**. T.II. Brasília: ESMPU, 2016, p. 97.

⁸² Ibidem, p.98.

⁸³ Ibidem, p.100.

⁸⁴ Ibidem.

Os Procuradores da República, da mesma forma, identificaram o suporte humano e técnico como insatisfatórios e relataram a dificuldade de interação com os delegados da Polícia Federal. Há, ainda, insatisfação com as investigações criminais, por ser burocrático e ineficiente, o que coaduna com os dados obtidos no ponto anterior, vez que indicaram um resultado insatisfatório decorrente do não ensejo da persecução penal em razão do transcurso de tempo (prescrição da pretensão punitiva) ou da insuficiência dos elementos probatórios para a completa elucidação dos fatos investigados.

Por fim, os Magistrados Federais ressaltam a necessária diversificação dos atos de instrução em face da diversidade das práticas relacionadas aos crimes complexos, o que importaria na impossibilidade de criação de um padrão probatório. Nesse sentido é o relato de um magistrado federal:

Há dificuldade para provar o delito. Esses crimes são realizados de forma oculta. Sem a existência de um delator, sua descoberta é quase impossível. Os principais problemas, a meu ver, são a demora e as técnicas de investigação. É preciso utilizar mais adequadamente as técnicas modernas – como interceptação e delação premiada. Mas, para isso, é preciso respaldo dos Tribunais.⁸⁵

Também existem relatos avaliando positivamente a tendência de especialização das Varas Federais para a instrução e o julgamento de crimes financeiros e de lavagem de dinheiro. Por outro lado, critica-se a falta de apoio técnico especializado e a escassa preparação dos agentes públicos para a criminalidade complexa⁸⁶.

Conclui-se que, além da dificuldade probatória em face da complexidade do crime, outra possibilidade que resulta na falência da persecução penal pode estar relacionada com a ineficiência dos institutos ou com faltas de condições materiais da Polícia Federal, na medida em que se observou no ponto anterior que, apesar da solicitação de dilação do prazo para o IPL em 97% dos casos, sequer foram aplicados todos os métodos investigativos disponíveis para a elucidação da investigação nos inquéritos arquivados, bem como a principal causa de arquivamento consiste na prescrição da pretensão punitiva estatal, o que pode nos conduzir a questionamentos a respeito da competência estatal na elucidação dos atos delitivos.

⁸⁵ COSTA, Arthur T. M.; MACHADO, Bruno A.; ZACKSESKI, Cristina. **A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos**: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal. T.II. Brasília: ESMPU, 2016, p.209.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 225.

3.4. A DESLEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL CLÁSSICO FRENTE À MACRODELINQUÊNCIA

O Direito Penal “clássico” tem origem nos fundamentos do Iluminismo, tendo como premissa a proteção prioritária de direitos individuais contra as intervenções punitivas do Estado, isto é, os direitos subjetivos tem o condão de conferir limitação ao *ius puniendi* estatal. A desconfiança no Estado, em razão de seu potencial de violência e poder de influir na esfera da liberdade privada dos cidadãos, fez com que se fortalecesse a ideia de contrato social, no qual se concebia o homem como sujeito detentor de direitos naturais, tais quais, a vida, o patrimônio e a liberdade⁸⁷.

Os clássicos princípios liberais estão atrelados às características da subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal, a sanção penal, por sua vez, se justificaria em face de um perigo concreto aos bens jurídicos entendidos como mais relevantes. Por fragmentariedade entende-se que a intervenção penal somente se justifica para a tutela de bens jurídicos essenciais à coexistência humana pacífica, de modo que nem toda conduta lesiva a bem jurídico deve ser albergada pelo direito penal⁸⁸. Por sua vez, a subsidiariedade torna a intervenção jurídico-penal a *ultima ratio*, de modo que a existência de outras formas de controle social suficientes à proteção de bens jurídicos valorados como essenciais constituem o limite à edição de normas incriminadoras.

As transformações advindas da globalização e da sociedade do risco foram os principais vetores da criação do “moderno” direito penal, o qual rompe com a tradição clássica ao expandir a tutela de bens jurídicos em razão da suposta necessidade da prevenção de riscos futuros, invertendo a característica do direito penal de última para *prima ratio*⁸⁹.

Outros princípios clássicos são frequentemente transgredidos, dentre eles a presunção da inocência, as regras de imputação penal, a proibição de provas contra si, a antecipação da intervenção estatal, o manejo de crimes de perigo abstratos⁹⁰, a justiça penal como intervenção mínima, a proteção preponderante de bens individuais, a danosidade real da conduta.

⁸⁷ GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal Tradicional Versus “Moderno e Atual” Direito Penal. Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo, a. 11, n. 42, jan./mar. 2003, p. 2.

⁸⁸ SHIRAKI, Ariella Toyama. A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo – uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.83, mar./abr., 2010, p.13.

⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p. 3

⁹⁰ SANTOS, Célio Jacinto dos. **Investigação criminal especial: seu regime no marco do estado democrático de direito**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013, p. 41.

O atropelamento de conceitos fundamentadores da intervenção punitiva reflete o imediatismo da sociedade globalizada que anseia pelo enfrentamento estatal da nova criminalidade, emergindo o Estado de Urgência que conduz à adoção de legislações com finalidades meramente simbólicas, conforme adverte Aury Lopes Jr:

Infelizmente, na atualidade, assistimos a um *velho* Direito tentando correr no ritmo da moderna urgência. Para tanto, em vez de modernizar-se com a tecnologia, prefere os planos milagrosos e o terror da legislação simbólica⁹¹.

Apesar do cunho intervencionista das medidas coercitivas que tem o condão de violar direitos fundamentais, os dados apresentados anteriormente demonstram que a efetividade da investigação criminal pode estar diretamente relacionada com a realização de perícias e com a adoção de métodos investigativos como a interceptação telefônica e a quebra de sigilo bancário.

Ainda, foram apontados problemas tanto de política criminal quanto de ordem organizacional, de forma a se constatar a existência de diversas falhas a serem superadas para que os delitos não restem impunes.

Portanto, a incapacidade operacional do sistema penal remete a uma deslegitimação no que concerne à macrodelinquência, de modo que não se mostra adequado pressupor que tal estado é transitório e passível de simples correções a fim de caracterizá-lo como “crise”⁹². Trata-se de um descrédito na operatividade social, em que a seletividade produz cifras ocultas que abrem alas à impunidade dos delitos complexos, típicos das classes médias ou altas.

A despeito da constatação da progressiva deslegitimação do Direito Penal frente à macrodelinquência, a relativização de postulados sobre a imputação criminal e das garantias político-criminais, em prol da efetividade e da eficiência, representa uma afronta às conquistas traduzidas no Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, impõe-se indicar uma harmonização dos preceitos clássicos à nova realidade da sociedade moderna, considerando o sistema de garantias e de proteção aos indivíduos, questão que será abordada de forma mais aprofundada no próximo capítulo.

⁹¹ LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal** – fundamentos da instrumentalidade garantista. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 30.

⁹² GOMES, Luiz Flávio. A impunidade da macro delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. **Revista dos Tribunais**, v.906, abr. 2011, p. 6.

4. A NECESSIDADE DA CONFORMIDADE PUNITIVA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A constatação da necessidade de desenvolvimento de novos métodos investigativos para a obtenção de maior eficiência a persecução penal se revelou, isoladamente, insuficiente a partir dos dados empíricos extraídos dos sistemas da Justiça Federal, evidenciando uma falência do *ius puniendi* estatal em relação aos delitos econômicos.

As justificativas são diversas, porém, destacam-se o insatisfatório suporte humano e técnico e a aplicação insuficiente ou inadequada dos meios investigativos, que tem o condão de afetar os direitos e garantias fundamentais do acusado, assim como de gerar impunidade. Desta forma, propostas que buscam alternativas à tensão existente entre o garantismo penal e a eficiência da persecução penal são trazidas à tona, não como um *el dourado*, mas como meio apto à reflexão da forma que compreendemos o processo punitivo.

4.1. A TENSÃO ENTRE A EFICÁCIA PUNITIVA E O RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: O PROBLEMA DA IMPUNIDADE E A NECESSIDADE DE ALTERNATIVAS

A demanda por instrumentos rápidos e eficazes no combate a criminalidade dos poderosos faz emergir uma tensão entre a necessidade de produção eficiente de provas aptas a dar continuidade à persecução penal e a proteção dos princípios garantistas do processo penal.

Conforme visto em linhas anteriores, uma investigação eficiente está atrelada ao uso dos novos métodos investigativos que afetam as garantias dos acusados, como a interceptação telefônica, os agentes infiltrados, a quebra de sigilo bancário e telemática, a ação controlada, a delação premiada, a realização de perícias e a captação ambiental, sem os quais se torna demasiadamente dificultosa a elucidação dos fatos.

Tendo em vista que a função da persecução não se resume ao combate à criminalidade, devendo também ser um espaço de proteção e garantias aos direitos fundamentais, concordo com a constatação de Fabiana Gregghi e Eduardo Diniz Neto:

Realmente, a busca por um ponto de equilíbrio entre o conflito de interesses estatais (controle e repressão da criminalidade) e os direitos individuais na

apuração da delinquência organizada se mostra como um dos maiores desafios da ordem jurídico-penal contemporânea, dada sua latente tensão dialética.

Nesse impasse duas alternativas se levantam: ou se defende o absolutismo dos direitos fundamentais ou se minimiza a sua rigidez. A primeira opção, claramente mais cômoda, inviabiliza, sobretudo na seara da criminalidade organizada, a regularidade e a eficácia do processo penal. A segunda, indubitavelmente é a mais árdua, mas também é a que de fato proporciona uma produtiva repressão à delinquência.

Sob este ponto de vista, é pertinente a restrição de certos direitos de indivíduos pertencentes a organizações criminosas que vilipendiam os direitos fundamentais da sociedade.⁹³

A reação estatal, porém, deve ser proporcional à ameaça produzida pela atividade ilícita, devendo-se estabelecer limites ao exercício do *ius puniendi* a fim de assegurar a proteção dos acusados de perseguições injustas. Este viés é de suma importância, eis que, muitas vezes, a mera existência de investigação criminal em face de um indivíduo já produz efeitos danosos à sua vida social, resultando numa condenação antecipada, influenciada pelos meios midiáticos.

À perseguição penal não cabe a condenação a qualquer custo, pelo contrário, a partir da reconstrução da verdade processual o conflito deve ser dirimido, seja por meio da condenação ou da absolvição.

Por outro lado, a intervenção penal não pode ser discriminatória, isto é, dirigida tão somente aos integrantes das camadas desfavorecidas da sociedade. Desta forma, justificar-se-ia a indignação de René Ariel Dotti ao afirmar não ser possível “assistir-se indiferente a perseguição movida pela justiça criminal somente contra os pobres (...), dispensando-se tratamento mais rigoroso somente a criminalidade patrimonial violenta”⁹⁴.

É nesse contexto que o princípio da proporcionalidade adquire contornos de essencialidade à perseguição penal. Além de se proteger bens jurídicos meramente individuais contra danos de terceiros, no marco do Estado Democrático de Direito, há uma expansão aos direitos econômicos e sociais, de modo que condutas que possam representar obstáculos à sua efetivação devem ser enfrentadas.

Destarte, se torna imperativa a expansão de um direito penal instrumentalizado, apto a tutelar os direitos econômicos e sociais. Tal fenômeno, entretanto, sob o pretexto de efficientização da justiça, passa a relativizar os direitos e as garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, como o direito ao silêncio

⁹³ GREGHI, Fabiana; DINIZ NETO, Eduardo. Relativização de direitos fundamentais: uma abordagem a lume da necessidade da adoção de um tratamento constitucional penal diferenciado face à expansão desenfreada da criminalidade organizada. **Revista de Direito Público**: Londrina, v.3, n. 2, maio/ agosto 2008, p. 221.

⁹⁴ DOTTI, René Ariel. O direito penal econômico e a proteção do consumidor. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. N 33. P. 122-129. Rio de Janeiro: Forense, jan,-jul. 1982, p. 148.

(art. 5º, LXIII, CF), à intimidade e à vida privada (art. 5º, IX, CF), a inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI, CF), o sigilo de dados e comunicações telefônicas (art. 5º, XIII, CF).

Nesse contexto, também emergem modelos de *justiça negociada* a partir da utilização da delação premiada, na qual há uma mútua concessão de privilégios entre acusador e acusado em prol de uma aplicação imediata da pena, mais branda, gerenciando-se os problemas por meio de, por exemplo, pactos de imunidade e formas de mediação. Assim:

Em troca da incerteza de um processo com todas as garantias, ao acusado é lícito permutar sua defesa substancial pela assunção de uma culpabilidade diminuída da correspectiva reprovação, o que causaria a justificativa para ser-lhe aplicada uma sanção de menor intensidade.⁹⁵

Em razão da impossibilidade de se definir *a priori* a preponderância de um ou outro princípio constitucional, diante da verificação da colisão, se faz necessário analisar a adequação e a estrita necessidade de autorização excepcional de utilização de instrumentos ou medidas processuais que possam violar direitos e garantias fundamentais, na busca da manutenção da segurança coletiva⁹⁶.

Se o advento do Estado Social e Democrático de Direito não conduz necessariamente ao sacrifício das liberdades clássicas, o surgimento do direito penal contemporâneo não precisa leva-lo forçosamente a abandonar os princípios e as garantias liberais. As dificuldades certamente existentes no processo de assimilação e de conservação de tais princípios e garantias por parte do direito penal contemporâneo são similares às enfrentadas no cotidiano pelo Estado Social e Democrático de Direito no tocante à possibilidade de compatibilização dos direitos individuais com os direitos econômicos e sociais. Da mesma forma que tais tensões não devem ser resolvidas mediante o abandono do Estado de Bem-Estar Social e da capacidade que este tem de intervir nas esferas econômica e social em favor de um regresso reacionário ao liberalismo do século XIX, os conflitos no campo do direito penal também não devem ser solucionados pela renúncia reacionária da pretensão de tutelar não apenas direitos individuais, mas também os coletivos.⁹⁷

Assim, o processo penal é permeado pelo modelo constitucional, de modo que a tensão antes delineada deve ser equilibrada, buscando-se a adequada harmonia e interação. Embora seja uma tarefa árdua, vez que o dinamismo e

⁹⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 299.

⁹⁶ PEREIRA, Flávio Cardoso. Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas). *Ciências Penais*, v.6, jan./jun. 2007, p. 3.

⁹⁷ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Direitos econômicos e sociais e criminalidade dos donos do poder: o direito penal e o desafio representado pela criminalidade dos poderosos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 107, mar/abr 2014, p. 9.

complexidade dos delitos econômicos inviabilizam a adoção de um padrão probatório, é de extrema importância à manutenção da credibilidade do instrumental processual no combate à impunidade, sendo objetivo primordial em um Estado de Direito. Nesse sentido:

Em outros termos, quer-se dizer, que num Estado de Direito Democrático, a impunidade não pode ter vez, pois do contrário, o próprio Estado ao não aplicar o direito penal ao caso concreto estaria inculcando na consciência coletiva a pouca relevância que dedica aos valores sociais, afetando a credibilidade da justiça penal e fazendo com que a sociedade deixe de observar tais valores.⁹⁸

Alguns fatores que concorreriam para a impunidade, identificados por Luiz Flávio Gomes⁹⁹, seriam: a) aparência de ilicitude dos fatos; b) distanciamento entre o autor e a vítima; c) pouca visibilidade, com a conseqüente débil reação social; d) imagem normalmente favorável do autor; e) organização hierarquizada que camufla o principal beneficiado; f) técnicas de “neutralização” e de “justificação”; g) deficiências legislativas; g) precariedade da integração internacional na coordenação das provas; h) falta de estrutura material, humana e especializada; i) corrupção sistemática; j) falta de uma decidida vontade política dos poderes públicos para prevenir, controlar e reprimir, com eficácia, esta criminalidade.

A nova política intervencionista e expansiva seria lastreada pela sensação de impunidade, com o conseqüente clamor punitivo da sociedade, que alterou o foco da criminalidade marginalizada aos crimes dos poderosos. Porém, “a relativização dos princípios de garantia e regras de imputação no âmbito da criminalidade dos poderosos, sendo criticável em si mesma, pode incorrer ademais no erro adicional de repercutir sobre a criminalidade em geral”¹⁰⁰, além de não ser capaz de assegurar a efetividade punitiva estatal.

Por outro lado, a carência de pesquisas empíricas no âmbito da criminalidade econômica dificulta a formulação de alternativas à conciliação entre a referida tensão, resultando na conveniência de se recrudescer as penas sem o acompanhamento de políticas estatais preventivas, sob a justificativa de ausência de comprovação de ineficiência dos institutos. Sobre este aspecto:

⁹⁸ GREGHI, Fabiana; DINIZ NETO, Eduardo. Relativização de direitos fundamentais: uma abordagem a lume da necessidade da adoção de um tratamento constitucional penal diferenciado face à expansão desenfreada da criminalidade organizada. **Revista de Direito Público**: Londrina, v.3, n. 2, maio/ agosto 2008, p. 224.

⁹⁹ GOMES, Luiz Flávio. A impunidade da macro delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. **Revista dos Tribunais**, v.906, abr. 2011, pp. 3-5.

¹⁰⁰ SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 70.

Em outras palavras, o estudo da sanção penal em matéria de criminalidade econômica, a despeito da carência de estudos empíricos capazes de apontar o melhor caminho ao legislador, encontra consideráveis defesas político-criminais de recrudescimento repressivo para a hipótese específica, sob a justificativa de evitar-se a impunidade ou de se alcançar maior efetividade da norma.¹⁰¹

A impossibilidade de restar impune a criminalidade econômica, não pode significar a utilização indiscriminada de mecanismos investigativos e punitivos, de modo a esvaziar o conteúdo próprio ao Estado Democrático de Direito.

4.2. AS PROPOSTAS DO DIREITO DE INTERVENÇÃO (HASSEMER) E DO DIREITO PENAL DE DUAS VELOCIDADES (SILVA-SÀNCHEZ)

O Direito penal contemporâneo, conforme interpreta Hassemer, está marcado pela transição de um Direito vinculado a princípios constitucionais à conversão em instrumento político, isto é, as noções de eficiência, economia e segurança se sobrepõe às garantias constitucionais – como a inviolabilidade de comunicações e presunção de inocência – e aos princípios tradicionais do Direito Penal – como a *ultima ratio*, lesividade e fragmentariedade¹⁰². Tais alterações seriam reflexo da desorientação político criminal frente ao medo e ao risco, assim como da desconfiança nos instrumentos estatais de controle que propulsiona a expansão do Direito Penal.

O desenvolvimento da proposta do Direito de Intervenção de Hassemer visa frear a expansão do Direito Penal, na medida em que possibilitaria a flexibilização de regras e garantias processuais, a fim de tornar a investigação mais eficiente, desde que as penas aplicadas sejam diversas das privativas de liberdade. Esta nova modalidade de Direito Sancionador não pode ser definido como mais brando, sua criação está atrelada à libertação do Direito Penal das expectativas de prevenção, inalcançáveis pelo modelo repressor tradicional.

O objetivo do Direito de intervenção é “buscar soluções fora do Direito Penal”, que possam liberar o Direito esta última área das demandas inatingíveis (em seu ponto de vista) que lhes apresentam. Especialmente, para abordar com mais propriedade algumas características hoje incompatíveis com o sistema repressor com o qual contamos – como a acesoriedade administrativa das leis penais, a alta e seletiva cifra negra da

¹⁰¹ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 80.

¹⁰² OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, 2012, p. 44.

criminalidade contra bens jurídicos coletivos, o déficit de execução, e as dificuldades de imputação pessoal de responsabilidade – tendo em vista a crescente criminalidade de empresa¹⁰³.

A delimitação das fronteiras para a atuação do Direito Penal se torna uma árdua tarefa de teorização e aplicabilidade prática em face da volatilidade da criminalidade moderna, porém, apesar das dificuldades, Hassemer defende a existência de uma cultura jurídica em formação que permitiria o estabelecimento de limites para as intervenções jurídico-penais, como o consenso acerca da proibição da tortura e da necessidade de respeito à presunção de inocência¹⁰⁴

A primeira forma de contenção da expansão do Direito Penal seria o fortalecimento e o respeito aos princípios de *ultima ratio* e subsidiariedade, em seguida seriam necessários programas de informação efetiva dos cidadãos sobre as circunstâncias da economia e da atividade estatal, bem como a instalação de políticas públicas que fossem aptas à desobstrução do Direito Penal. O Direito de Intervenção, portanto, tem o enfoque na contenção prematura de perigos e prejuízos, em contraposição à resposta penal tardia a lesões de bens jurídicos.

Por sua vez, a proposta doutrinária de um Direito Penal de Duas Velocidades, de Jesús-Maria Silva Sánchez, também emerge num contexto de impunidade da nova criminalidade, mais difusa e menos individualizada, buscando uma alternativa que garanta a punição, em nome da proteção de relevantes bens jurídicos, mediante penas diversas das privativas de liberdade, vez que a persecução penal destes atos mais voláteis só tem se mostrado possível com certa relativização e uma questionável flexibilização de garantias individuais, o que contraria o constitucionalmente consagrado princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰⁵.

Este posicionamento é defendido também por Ricardo de Brito A. P. Freitas:

Os poderosos são aquelas pessoas que, relativamente imunes à ação do sistema penal em virtude de sua condição econômica, social ou política privilegiada conseguem causar consideráveis danos aos direitos econômicos e sociais a partir da macrocorrupção e da macrocriminalidade econômica associadas ou não à criminalidade organizada. O Estado Social e Democrático de Direito, comprometido com a defesa dos direitos econômicos e sociais, não tem outro remédio senão estender a intervenção penal à criminalidade dos poderosos, em que pese manter-se comprometido com o direito penal mínimo no que concerne à criminalidade tradicional que,

¹⁰³ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador**: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, 2012, p. 50.

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ SOUZA, Luciano Anderson. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 97.

embora lesiva aos direitos individuais, não tem o mesmo potencial de causar danos aos direitos econômicos e sociais. Ao fazê-lo, o Estado Social e Democrático de Direito preserva o mercado, resguarda a sua capacidade de arrecadar tributos e mantém a possibilidade de realizar intervenções em proveito do bem-estar social, a exemplo da criação e manutenção de programas de assistência social, de previdência, de saúde pública, de educação pública, dentre outros.¹⁰⁶

A diminuição de garantias e do rigor dogmático poderia ser legitimada no Direito Penal contemporâneo, desde que houvesse uma generalização das sanções pecuniárias, privativas de direito ou da “reparação penal” em lugar das penas privativas de liberdade¹⁰⁷. Nas palavras de SÁNCHEZ:

Por um lado, como foi sendo demonstrado, que será difícil frear certa expansão do Direito Penal, dadas a configuração e aspirações das sociedades atuais. Por outro lado, que a teoria clássica do delito e as instituições processuais, que por sua vez refletem a correspondente vocação político-criminal de garantia próprias do Direito Nuclear da pena de prisão, não teria que expressar idêntica medida de exigência em um Direito Penal moderno com vocação intervencionista e “regulamentadora” baseado, por exemplo, nas penas pecuniárias e privativas de direitos, assim como para um eventual Direito Penal da reparação. Tudo isso pode ser encarado a partir de uma configuração dualista do sistema do Direito Penal, com regras de imputação e princípios de garantia de dois níveis¹⁰⁸.

Nesse contexto, a proposta de um Direito Penal de Duas Velocidades pressupõe que as penas não privativas de liberdade são mais brandas e devem ser aplicadas nas infrações em que há flexibilização dos pressupostos de atribuição de responsabilidade, por outro lado, exigir-se-ia a estrita observância do rigor dos pressupostos clássicos nas infrações que impõem penas de prisão¹⁰⁹.

O autor ainda faz menção a uma terceira velocidade, em que condutas delitivas que além de desestabilizar uma norma em concreto tem o condão de afetar todo o Direito como tal, seriam passíveis de punição com pena de prisão concomitantemente à relativização das garantias substantivas e processuais, desde que fossem consideradas a absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em um contexto de emergência¹¹⁰. Esta via, porém, é amplamente questionável, inclusive pelo próprio autor:

¹⁰⁶ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Direitos econômicos e sociais e criminalidade dos donos do poder: o direito penal e o desafio representado pela criminalidade dos poderosos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 107, mar/abr, 2014, p. 12.

¹⁰⁷ SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 182.

¹⁰⁸ Ibidem, p.185.

¹⁰⁹ Ibidem, p.186.

¹¹⁰ Ibidem, p. 196.

Tratando-se de reações ajustadas ao estritamente necessário para fazer frente a fenômenos excepcionalmente graves, que possam justificar-se em termos de proporcionalidade e que não ofereçam perigo de contaminação do Direito Penal “da modernidade”, seria certamente o caso de admitir que, mesmo considerando o Direito Penal da terceira velocidade um “mal”, este se configura como o “mal menor”. Mas é evidente que essa justificativa obriga uma revisão permanente e especialmente intensa da concorrência dos pressupostos de regulações dessa índole. Pois bem, em minha opinião isso não está se verificando, senão que os Estados, ao contrário, vêm gradativamente acolhendo comodamente a lógica que Mocca criticara com agudeza, da *perene emergência*. À vista de tal tendência, não ceio que seja temerário prognosticar que o círculo do Direito Penal dos “inimigos” tenderá, legitimamente, a estabilizar-se e a crescer¹¹¹.

Portanto, SÀNCHEZ se posiciona favoravelmente à possibilidade de compatibilizar a pena privativa de liberdade com a controlada flexibilização de garantias, desde que esta terceira velocidade seja minimamente expressiva, por tempo limitado e desde que inevitável¹¹². Entretanto, o próprio autor no trecho acima relata a comodidade estatal em adotar irrestritamente a terceira velocidade, sem que haja a tentativa pela recondução às primeiras velocidades.

Conclui-se que apesar de ambos os autores refletirem a respeito das formas de reação da dogmática jurídica frente às novas demandas que se apresentam, o principal ponto de divergência entre as propostas de Silva Sánchez e de Hassemer consiste em admitir ou não um modelo menos garantista no seio do Direito Penal.

Se as duas teorias possuem muitos pontos de contato – especialmente no tocante ao protesto contra o modo contemporâneo de se produzir e pensar o Direito Criminal – comportam também divergências na interpretação das soluções possíveis para a expansão penal.¹¹³

O primeiro defende a necessária permanência – na medida do possível – dos elementos de estigmatização social e de capacidade simbólico-comunicativa próprios do Direito Penal por meio de sanção imposta por uma instância judicial penal, sendo a pena privativa de liberdade o problema a ser combatido. A seu turno, Hassemer é adepto do Direito Penal mínimo, sustentando que existiriam instrumentos de controle social mais eficazes que o Direito Penal à proteção de bens jurídicos coletivos, tal posicionamento não está atrelado ao egoísmo individual inerte às condições das gerações futuras, mas justamente o oposto, busca-se a proteção

¹¹¹ SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.197.

¹¹² Ibidem, p. 193.

¹¹³ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador**: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, 2012, p. 64.

efetiva de bens jurídicos de inestimável importância em detrimento de uma regulação inoperante¹¹⁴. Nesse sentido:

Conforma podemos observar nas considerações sobre Hassemer (a partir das referências aos princípios de garantismo penal), este possui uma perspectiva de resistência absoluta a este tipo de produção legislativa, ao passo que Silva Sánchez apresenta a propensão atual de aumento do número de normas incriminadoras como uma etapa irreversível da reformulação do Direito Penal contemporâneo.¹¹⁵

As propostas delineadas neste capítulo são passíveis de críticas, como, por exemplo, em relação à falta de definição sobre o que deveria permanecer no núcleo duro do Direito Penal, quais condutas poderiam ser transpassadas à segunda velocidade e quais garantias poderiam ser flexibilizadas¹¹⁶.

Apesar disso, fornecem importantes considerações acerca da compatibilização entre a utilização dos novos métodos investigativos - que por um lado auxiliam na elucidação das condutas delitivas, mas por outro a fim de atingir seus objetivos flexibilizam direitos e garantias asseguradas no Estado Democrático de Direito – e a aplicação de penas privativas de liberdade.

BOZZA, Fábio da Silva. **Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014, p. 183.

¹¹⁵ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador**: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, 2012, p. 64.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 65.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se demonstrou no presente trabalho, o debate acerca da eficiência da persecução penal em relação aos delitos econômicos é de extrema complexidade. A seletividade no processo de criminalização não pode nos levar a crer que os crimes são praticados por apenas um estrato da sociedade, da mesma forma, o sistema punitivo deve agir de forma igualitária na proteção dos relevantes bens jurídicos.

Entretanto, a diferença de complexidade entre os delitos clássicos e os delitos econômicos reflete nos métodos investigativos a serem utilizados, de modo que nos segundos, se mostra necessária a relativização de direitos e garantias para a continuidade da persecução penal. A atuação estatal não pode ser indiscriminada, vez que a proteção de bens jurídicos coletivos não pode desconsiderar a dignidade da pessoa humana. Assim:

Se é ponto incontroverso que o Estado deve adotar medidas restritivas de direitos frente à criminalidade organizada, lúdima também é a afirmação de ele ter de atuar dentro de rígidos limites ao exercer o seu poder-dever punitivo, a fim de preservar a dignidade humana. O poder estatal não pode extrapolar o seu jus puniendi, de forma que, qualquer garantia, até mesmo a do réu, só pode ser restringida de forma excepcional e quando houver a estrita necessidade.¹¹⁷

Ainda que sob a forma de esboços teóricos, a crítica doutrinária em relação à persecução penal e ao avanço da criminalidade deve ser mais proativa, oferecendo alternativas de contenção de danos e da criminalidade, sem que ocorra o abandono de uma política criminal orientada à proteção dos direitos humanos¹¹⁸.

Ora, este trabalho teve justamente este escopo, a partir da identificação dos elementos constitutivos do desenvolvimento teórico da criminalidade econômica e da constatação da necessária substituição dos métodos investigativos tradicionais por outros mais intervencionistas, procurou-se refutar ou ratificar as teorizações iniciais a respeito do perfil dos autores das infrações e da eficiência da persecução penal por meio de dados obtidos no Sistema da Justiça Federal.

Neste contexto, também foram trazidas a lume as propostas do Direito de Intervenção (Hassemer) e do Direito Penal de Duas Velocidades (Silva Sánchez), as

¹¹⁷ GREGHI, Fabiana; DINIZ NETO, Eduardo. Relativização de direitos fundamentais: uma abordagem a lume da necessidade da adoção de um tratamento constitucional penal diferenciado face à expansão desenfreada da criminalidade organizada. **Revista de Direito Público**: Londrina, v.3, n. 2, maio/ agosto 2008, p. 222.

¹¹⁸ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador**: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, 2012, p. 50.

quais reafirmam a necessidade de refletir sobre o modo de se compreender o Direito Penal frente às garantias do acusado, sendo um dos pontos de convergência o entendimento em relação à inaplicabilidade da pena privativa de liberdade em relação às persecuções penais menos garantistas, como forma de reparação ao dano penal.

Embora tenha sido trazido apenas um viés teórico acerca de alternativas, vez que a transposição destas à realidade prática seria objeto de estudo diverso, se evidencia a importância do debate de propostas alternativas que harmonizem os já frequentemente violados direitos e garantias clássicos com a eficiência da persecução penal, eis que não se trata de discutir a respeito da concordância ou não da utilização de métodos invasivos, mas de verificar que estes já se tornaram uma realidade na repressão aos delitos econômicos, cabendo agora a reflexão acerca de quais punições seriam adequadas frente a tais relativizações.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARRILARI, Claudia Cristina. Algumas considerações sobre os crimes de perigo e o direito penal econômico. **Revista dos Tribunais**, v. 903, jan., 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, V.I.
- BOZZA, Fábio da Silva. **Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014.
- BRASIL, Lei nº 12850/13 de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal Disponível em www.planalto.gov.br. Acessado em 15/07/2017.
- CALLEGARI, André Luis. Crime Organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.79, jul./ago. 2009.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.
- CORACINI, Celso Eduardo Faria. Contexto e conceito para o direito penal econômico. **Revista dos Tribunais**, v.829, nov. 2004.
- CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.
- COSTA, Arthur T. M; MACHADO, Bruno A.; ZACKSESKI, Cristina. **A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos**: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal. T. 1 e 2. Brasília: ESMPU, 2016.
- DEUS, Jardel Sabino de. A sociedade do risco e a (in)eficiência da expansão do direito penal como forma de diminuição da criminalidade na era globalizada. **Revista dos Tribunais**, v. 891, jan., 2010.
- DISSENHA, Rui Carlo. Bem jurídico penal supraindividual e a obrigatoriedade de repressão. In: Revista Jurídica. V. 1, n. 30, 2013.
- DOTTI, René Ariel. O direito penal econômico e a proteção do consumidor. Revista de Direito Penal e Criminologia. N 33. P. 122-129. Rio de Janeiro: Forense, jan,-jul. 1982.
- FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Direitos Econômicos e sociais e criminalidade dos donos do poder: o direito penal e o desafio representado pela criminalidade dos poderosos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.107, mar./abr. 2014.

GIACOMET JUNIOR, Isalino Antonio. **Os crimes econômicos e sua regulamentação pelo Sistema Financeiro Nacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. A impunidade da macro delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. **Revista dos Tribunais**, v.906, abr. 2011.

_____. Direito Penal Tradicional Versus “Moderno e Atual” Direito Penal. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 11, n. 42, jan./mar. 2003.

GREGHI, Fabiana; DINIZ NETO, Eduardo. Relativização de direitos fundamentais: uma abordagem a lume da necessidade da adoção de um tratamento constitucional penal diferenciado face à expansão desenfreada da criminalidade organizada. **Revista de Direito Público**: Londrina, v.3, n. 2, maio/ agosto 2008, p.210 – 228.

KNOPFHOLZ, Alexandre. **A denúncia genérica nos crimes econômicos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade garantista**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, 2012.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas). *Ciências Penais*, v.6, jan./jun. 2007.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: Legitimidade e Procedimento**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SANTOS, Célio Jacinto dos. **Investigação criminal especial: seu regime no marco do estado democrático de direito**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

SHIRAKI, Ariella Toyama. A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo – uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.83, mar./ abr., 2010.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Tadeu Antônio Dix. Globalização e direito penal brasileiro: acomodação ou indiferença? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.23, jul./set.1998.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico**: fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____ **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.