



RAPHAEL ALVES ANDRADE GOMES

**A CONDUÇÃO DE UM PROCESSO PENAL GARANTISTA
QUANDO DIANTE DE UM CRIME DE COLARINHO
BRANCO. UM ESTUDO DE CASO DO PROCESSO
“TRIPLEX” SOB UMA PERSPECTIVA DO MODELO DE
GARANTISMO PROCESSUAL.**

**LAVRAS – MG
2023**

RAPHAEL ALVES ANDRADE GOMES

**A CONDUÇÃO DE UM PROCESSO PENAL GARANTISTA QUANDO DIANTE DE
UM CRIME DE COLARINHO BRANCO. UM ESTUDO DE CASO DO PROCESSO
“TRIPLEX” SOB UMA PERSPECTIVA DO MODELO DE GARANTISMO
PROCESSUAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Universidade Federal de Lavras, como parte
das exigências do curso de Direito, para a
obtenção do título de Bacharel.

Prof. Dr. Ricardo Augusto de Araujo Teixeira
Orientador

**LAVRAS – MG
2023**

AGRADECIMENTO

Dedico os agradecimentos, em especial, à minha mãe, com o intento de homenageá-la por todo amor, carinho e dedicação. Agradeço, também, ao professor orientador Ricardo Augusto de Araújo Teixeira e à professora Fernanda Gomes e Souza Borges pelo empenho, paciência e compreensão de ambos.

RESUMO

A busca pela verdade no âmbito processual caracteriza uma etapa imprescindível para o sucesso da atividade jurisdicional. Esta busca, principalmente no modelo garantista de processo penal, demanda a observação de alguns requisitos necessários para a efetivação da legitimidade e da segurança jurídica no âmbito do Poder Judiciário. A figura do juiz possui protagonismo nesta busca pela verdade processual, a quem incumbe a utilização de técnicas racionais e epistemológicas no exercício de seu ofício. E se porventura o magistrado não se atenta a tais diretrizes do garantismo, como a epistemologia, materializa-se, no cenário processual, a ampliação de um poder subjetivo, ilegítimo e indesejável para o Direito, chamado poder de disposição. Em alguns casos, a exemplo dos processos de colarinho branco, há uma notória ampliação do poder de disposição, em face de algumas particularidades destes crimes. É dever do Direito, então, observar a correlação entre o modelo teórico de processo penal e as particularidades dos crimes de colarinho branco, com vistas a minimizar eventuais problemáticas oriundas da aludida correlação.

Palavras-chave: Verdade, processo penal, garantismo, epistemologia, poder de disposição, colarinho branco.

ABSTRACT

The search for truth in the process scope characterizes an essential step for the success of the jurisdictional activity. This search, especially in the guaranteeing model of criminal process, demands the observation of some necessary requirements for the effectiveness of legitimacy and legal certainty within the scope of the Judiciary. The figure of the judge plays a leading role in this search for process truth, who is responsible for using rationality and epistemology techniques in the exercise of his office. And if perhaps the magistrate does not pay attention to such guidelines of guaranteeism, such as epistemology, materializes, in the procedural scenario, the expansion of a subjective, illegitimate, and undesirable power for the Law, called the power of disposition. In some cases, especially in white-collar cases, there is a notable expansion of the power of disposition, in reason of some particularities of these crimes. Then, is the duty of Law to observe the correlation between the theoretical model of criminal procedure and the particularities of white-collar crimes, with a view to minimizing any problems arising from the aforementioned correlation.

Keywords: Truth, criminal process, guaranteeism, epistemology, power of disposition, white collar.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	6
1.1	Apresentação do Estudo.....	6
2	DESENVOLVIMENTO.....	7
2.1	Diretrizes de um Processo Penal e a Opção do Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	7
2.2	Da Estrutura do Processo Penal Garantista e a Inafastabilidade do Poder Discricionário do Juiz.	8
2.3	A Construção da Verdade Processual no Âmbito do Processo Penal e a Discricionariedade Como Obstáculo.	11
2.3.1	Da discricionariedade de um magistrado no poder de verificação jurídica.	15
2.3.2	Da discricionariedade de um magistrado no poder de verificação fática.....	17
3	OS CRIMES DE COLARINHO BRANCO E AS PARTICULARIDADES QUE DIFICULTAM A BUSCA PELA VERDADE PROCESSUAL.	21
3.1	Da Insegurança Arelada à Grande Margem Discricionária nos Processos de Colarinho.	23
4	ESTUDO DE CASO. UMA ABORDAGEM SOBRE O PROCESSO TRIPLEX.	26
4.1	Breve Exposição da Narrativa Fática.....	26
4.2	Das Provas Documentais e da Indução Fática.....	28
4.3	Da Atividade de Verificação Jurídica no Processo em Estudo.....	30
5	CONCLUSÃO	33
	REFERÊNCIAS	36

1 INTRODUÇÃO

1.1 Apresentação do Estudo

O presente trabalho visa à abordagem temática da verdade processual nos crimes de colarinho branco.

Inicialmente, nos primeiros tópicos deste estudo, serão realizadas algumas considerações teóricas sobre as possíveis estruturas de um modelo de Direito. Estas perspectivas facilitarão a compreensão do estudo, pois estão diretamente relacionadas à construção da verdade no âmbito processual.

Em seguida, far-se-á uma análise do ordenamento jurídico brasileiro a partir das perspectivas elucidadas na abordagem teórica do processo penal, a fim de qualificar o presente estudo à estrutura do processo penal brasileiro.

Este olhar sobre o modelo processual estará circunscrito, mais especificamente, à busca da verdade no âmbito processual. Por tal razão, este estudo dissertará, em alguns tópicos, acerca das diretrizes que orientam a busca da verdade em um processo penal construído sob uma raiz garantista.

Após as devidas considerações sobre o processo penal brasileiro e a construção da verdade no âmbito processual, serão expostas algumas considerações sobre os crimes de colarinho branco.

E justamente da relação entre as pretensões do modelo de processo penal brasileiro e as particularidades dos crimes de colarinho branco se construirá a problemática proposta no presente trabalho.

Ver-se-á, no decorrer deste estudo, que os delitos de colarinho branco possuem particularidades um pouco preocupantes para o bom trâmite de um processo penal regular. Tais particularidades configuram grandes obstáculos ao exercício da atividade jurisdicional pretendida pelo legislador, pois afastam este rol de delitos das abstrações teóricas dos modelos processuais.

Todas estas considerações citadas até aqui serão realizadas a partir de pontos de vista extremamente teóricos, fundados em teorias processuais e modelos de Direito, bem como em escritos centenários sobre crimes econômicos.

Por tal razão, realizar-se-á, também, no presente trabalho, um estudo de caso, a fim de que toda a perspectiva abordada no curso deste instrumento seja concebida, na prática, através da apreciação de um caso concreto.

Ao fim do estudo, serão propostas algumas soluções para remediar/minimizar e, até mesmo, afastar as problemáticas ilustradas durante o trabalho. Serão propostas algumas ideias que poderão contribuir com uma melhoria do Direito em um âmbito geral

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Diretrizes de um Processo Penal e a Opção do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Todo estudo sobre a verdade no âmbito processual precisa, primeiramente, realizar uma introdução sobre os modelos de Direito aplicáveis a um ordenamento jurídico. Isso porque um processo penal (e a percepção sobre a verdade processual) se constrói a partir do conteúdo disposto no teor de toda a estrutura jurídica.

Segundo o autor Luigi Ferrajoli, cujos ensinamentos são trazidos ao presente estudo como marco teórico da discussão a ser proposta, existe uma dicotomia no âmbito do Direito marcada pelos institutos do “direito penal mínimo” e “direito penal máximo”. Dada a existência desta dicotomia, deve-se entender, então, que um ordenamento jurídico se pauta, necessariamente, nas orientações estabelecidas por um destes institutos.

Tal dicotomia está diretamente relacionada com os vínculos garantistas preceituados por um ordenamento jurídico e, obviamente, ilustra dois pontos extremos de orientação de um modelo de Direito. Desse modo, é preciso reconhecer que existem sistemas intermediários, os quais são avaliados a partir dos vínculos com pressupostos mais ou menos garantistas.

Entretanto, Ferrajoli explica que, apesar de existirem sistemas intermediários, todo ordenamento jurídico, *ab initio*, logo em seu nascimento, estabelece uma inclinação a um destes institutos, já que cada um destes, como será ilustrado em seguida, persegue certezas completamente opostas.

A perspectiva do modelo de direito penal mínimo persegue a certeza de que nenhum inocente seja punido, circunstância garantida pelo princípio do *in dubio pro reo* e que custa a incerteza de que algum culpado possa ficar impune.

A contrario sensu, o direito penal máximo prega a certeza de que nenhum culpado fique impune, inspirada pelo princípio do *in dubio contra reum*. Por óbvio, esta máxima custa a incerteza de que também algum inocente possa ser punido.

Como visto acima, os modelos destacados perseguem certezas antagônicas. Também é interessante perceber que, conforme exposto, a perseguição de uma certeza acarreta, inevitavelmente, a correspondência de uma incerteza. Por tal razão, como estabelece Luigi

Ferrajoli (2000), “*não há como tratar indistintamente de certeza e de incerteza no direito penal, mas distinguir, ao contrário, duas espécies de ‘certeza’, ambas relativas e subjetivas, cada uma delas acompanhada de uma forma correlativa de ‘incerteza’*”.

Pois bem. Considerando toda esta perspectiva como marco para a análise do ordenamento jurídico brasileiro, e tendo em vista principalmente o teor da Constituição da República de 1988 e os princípios oriundos da aludida Carta Magna, se faz possível depreender que a tendência perseguida pelo ordenamento brasileiro tem maior correlação com a essência do “direito penal mínimo”.

Isso porque a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no ano de 1988, adotou o *in dubio pro reo* como norma-princípio, o que evidencia a extrema importância da referida máxima garantista para o modelo de Direito concebido.

Ademais, a Carta Magna brasileira também trata da imprescindibilidade da formalidade no âmbito do processo penal, circunstância que reforça a patente inclinação do ordenamento jurídico à orientação do direito penal mínimo, uma vez que a efetivação das garantias processuais almejadas pelo direito penal mínimo demanda uma rigorosa formalidade processual, enquanto o direito penal máximo é marcado pelo afastamento da racionalidade e pela ausência de parâmetros formais.

Em vista disso, denota-se, então, que o ordenamento jurídico brasileiro visa à construção de um processo penal garantista, pautado pelo máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo, o que limita o poder punitivo e a arbitrariedade estatal.

2.2 Da Estrutura do Processo Penal Garantista e a Inafastabilidade do Poder Discricionário do Juiz.

Inicia-se, a partir deste tópico, a elaboração de algumas considerações sobre o modelo garantista de um processo penal, tal como aquele almejado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Como citado anteriormente, todo modelo garantista se pauta no máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo. E segundo os ensinamentos de Luigi Ferrajoli, este máximo grau de racionalidade e de confiabilidade do juízo de um sistema garantista só pode ser alcançado através da colaboração entre dois elementos, quais sejam, a definição legislativa (convencionalismo penal) e a comprovação jurisdicional do desvio punível.

O primeiro elemento, a definição legislativa, se constitui por intermédio da determinação abstrata das condutas puníveis. Para que seja satisfeito este primeiro requisito, o

autor ilustra que são exigidas duas condições: o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio e o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas.

Acerca de ambas as condições, Ferrajoli ensina:

“O primeiro destes elementos é o convencionalismo penal, tal como resulta do princípio da legalidade estrita, na determinação abstrata do que é punível. Este princípio exige duas condições: o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio e o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas. O desvio punível, segundo a primeira condição, não é o que, por características intrínsecas ou ontológicas, é reconhecido em cada ocasião como imoral, como naturalmente anormal, como socialmente lesivo ou coisa semelhante. É aquele formalmente indicado pela lei como pressuposto necessário para a aplicação de uma pena, segundo a clássica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*. Por outra parte, conforme a segunda condição, a definição legal do desvio punível deve ser produzida não com referência a figuras subjetivas de status ou de autor, mas somente a figuras empíricas e objetivas de comportamento, segundo a outra máxima clássica: *nulla poena sine crimine et sine culpa*.” (FERRAJOLI, 2000, p. 38)

Desse modo, vê-se que a primeira condição para a construção da definição legislativa tem relação com o princípio da reserva legal. Desta condição resulta que apenas as condutas narradas formalmente pela lei configuram pressupostos de uma pena. Ou seja, não há crime sem lei. *Nulla poena et nullum crimen sine lege*. É uma máxima para a sociedade e para o juiz, que não pode se afastar das determinações legais.

No que concerne à condição do caráter empírico legalmente previsto, esta, por sua vez, ilustra o caráter absoluto da lei penal. Portanto, exclui-se do Direito Penal todo tipo de arbitrariedade e de abordagem legal de questões referentes à moral, ao caráter ou qualquer outro elemento subjetivo.

Tal condição, então, estabelece que o conteúdo do Direito Penal abarque, necessariamente, fatos empíricos (questões objetivas), e não questões subjetivas referentes a pessoas. Esta perspectiva se estende à atuação do juiz, que precisa afastar todo tipo de apreciação subjetiva, como preconceitos, de seu ofício.

Já no que tange ao segundo elemento imprescindível para a caracterização de um modelo garantista, o elemento da comprovação jurisdicional do desvio punível, este consiste na determinação concreta do comportamento. Segundo Luigi:

“Este requisito afeta, naturalmente, aquela única parte dos pronunciamentos jurisdicionais que vem construída por suas motivações, quer dizer, pelas razões de fato e de direito acolhidas para sua justificação. Tal requisito vem assegurado pelo que chamarei de princípio de estrita jurisdiccionariedade, que, por sua vez, exige duas condições: a verificabilidade ou refutabilidade empírica, em virtude de procedimentos que permitem tanto a verificação como a refutação. Para que o desvio punível não seja ‘constituído, mas ‘regulado’ pelo sistema penal, não é suficiente,

com efeito, que esteja pré-configurado por regras de comportamento. Comportamentos como ato obsceno ou o desacato, por exemplo, correspondem a figuras delituosas, por assim dizer, ‘em branco’, cuja identificação judicial, devido à indeterminação de suas definições legais, remete inevitavelmente, muito mais do que a provas, a discricionárias valorações do juiz, que de fato esvaziam tanto o princípio formalista da legalidade quanto o empírico da fatualidade do desvio punível. Para que estes mesmos princípios sejam satisfeitos é necessário, além disso, que não só a lei, senão também o juízo penal, careçam de caráter ‘constitutivo’ e tenham caráter ‘recognitivo’ das normas e ‘cognitivo’ dos fatos por elas regulados” (FERRAJOLI, 2000, p. 40)

Logo, como bem explica o autor, a elementar referente à atividade jurisdicional está diretamente relacionada à atuação do magistrado, especialmente quanto à decisão proferida após a apreciação das hipóteses fáticas apresentadas e a imputação jurídica estabelecida.

É, pois, a opção de fato e de direito do juiz durante sua atuação em um processo penal. Configura-se através da fundamentação do magistrado, figura legítima para decidir sobre a (in)ocorrência de um determinado fato e acerca da relevância jurídica desta conduta apreciada.

Portanto, segundo a elementar da atividade jurisdicional, o juiz se constitui como figura legítima para aplicar, na prática, toda a pretensão legal disposta no conteúdo do ordenamento jurídico.

Mas esta não é uma simples atividade de aplicação jurídica, que se resume, por exemplo, a elaboração de sentenças óbvias. É, na verdade, uma atividade recognitiva quanto à interpretação da lei e cognitiva quanto à apreciação dos fatos.

Esta elementar, forçosamente, esvazia toda aquela característica formalista da definição legislativa, porque é inalcançável a pretensão de que as leis aborem toda a atividade jurisdicional, como se cada ato essencial para o ofício de um magistrado pudesse ser previsto e descrito por regras legais. Isto configura uma evidente utopia.

Igualmente, considera-se inalcançável uma eventual pretensão de que a lei descreva todas as hipóteses fáticas possíveis de serem praticadas quando do cometimento de uma conduta considerada ilícita. É também impossível o estabelecimento de critérios de valoração para todos os tipos de provas de um processo penal, pois são infinitas as possibilidades de produção probatória.

E, já que a lei não pode prever, de modo exato, o funcionamento de cada particularidade da atividade jurisdicional, delega-se, então, ao magistrado, certos espaços de determinação subjetiva, utilizados para remediar a abstração existente entre o que preceitua a norma e a infinitude de possibilidades fáticas reais. Tais espaços, denominados de discricionariedade, serão estudados mais cautelosamente no tópico seguinte.

2.3 A Construção da Verdade Processual no Âmbito do Processo Penal e a Discricionariedade Como Obstáculo.

Até o presente momento, estudou-se a organização de um modelo garantista de processo penal. Como visto, este modelo se constitui através da correspondência entre a determinação legal e a atividade jurisdicional.

Todavia, tal como abordado anteriormente, não há nenhuma possibilidade de que a legislação e a jurisdição entrelacem um perfeito silogismo, como se a atividade jurisdicional se resumisse somente a um exercício mecânico consistente na elaboração de sentenças óbvias.

Inevitavelmente, faz-se necessária a delegação, ao magistrado, de certos espaços de determinação subjetiva, necessários para o preenchimento das lacunas deixadas pela correspondência entre a lei a realidade usual da atividade de jurisdição. Veja-se o que Ferrajoli disserta sobre o tema:

“Todo o esquema epistemológico até aqui ilustrado e o modelo penal garantista que nele se informa têm o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista, porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável. O juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptem perfeitamente a ela. A ideia de um silogismo judicial perfeito, que permita a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis, corresponde, como veremos a partir deste capítulo, a uma ilusão metafísica: com efeito, tanto as condições de uso do termo ‘verdadeiro’ quanto os critérios de aceitação da ‘verdade’ no processo exigem inevitavelmente decisões dotadas de margens mais ou menos amplas de discricionariedade. Em consequência, na atividade judicial existem espaços de poder específicos e em parte insuprimíveis, que é tarefa da análise filosófica distinguir e explicar para permitir sua redução e controle.” (FERRAJOLI, 2000, p. 42)

Vê-se, pois, que o magistrado possui um papel de protagonismo na construção do que a doutrina concebe como verdade no âmbito processual. E por verdade processual, aqui, entende-se o resultado (ou o juízo) obtido após a apreciação de tudo aquilo que foi objeto de conhecimento durante o curso de um procedimento.

E a legislação não prevê, exatamente, como o fará. Ou seja, não há uma regra específica, se não parâmetros constitucionais, para que um magistrado julgue uma hipótese fática como provável ou improvável ou uma determina conduta como ilícita ou lícita. Por isso se trata de um espaço de poder. Um espaço de determinação que, queira o ordenamento ou não, se concede a uma pessoa, um cidadão como qualquer outro.

Logo, são os espaços de atuação discricionária de um magistrado que completam o raciocínio jurídico de um processo penal. Em outras palavras, é a apreciação do juiz perante os fatos e as imputações jurídicas que lhe são apresentados que finaliza a construção da

verdade no âmbito processual e atribui aptidão para a confecção de uma decisão, seja esta condenatória ou absolutória.

A doutrina explica que existem dois modos de perseguição da verdade em um processo penal. Cada um destes possui estrita ligação com a dicotomia entre direito penal máximo e direito penal mínimo. Tais modelos são denominados pela doutrina como: verdade substancial (material) e verdade formal (processual).

A verdade substancial, que possui raízes no direito penal máximo, persegue uma verdade absoluta. Trata-se, então, de uma verdade predeterminada. Presume-se a ocorrência de um fato e tal presunção passa a ser o objetivo da persecução. E não importam os meios utilizados para a obtenção desta verdade. Importa, no entanto, que seja alcançada a pretensão criada antes mesmo do início da persecução processual.

Mas esta verdade pouco interessa ao presente estudo, já que o ordenamento jurídico brasileiro não se inclina às tendências do Direito Penal Máximo.

Por outro lado, a verdade formal, perspectiva recepcionada pelo Direito brasileiro, resulta da construção de uma hipótese através de um procedimento formalista, pautado por regras fundamentais e intrínsecas ao processo e, por tal razão, qualquer obtenção probatória que fuja à regra é considerada inválida. Veja-se o que Ferrajoli escreve sobre a verdade formal:

“A verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação é, por sua vez, uma verdade formal ou processual, alcançada pelo respeito a regras precisas, e relativa somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa. É, em suma, uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, porém mais reduzida quanto ao conteúdo informativo do que qualquer hipótese ‘verdade substancial’, no quádruplo sentido de que se circunscreve às teses acusatórias formuladas de acordo com as leis, de que deve estar corroborada por provas recolhidas por meio de técnicas normativamente preestabelecidas, de que é sempre uma verdade apenas provável e opinativa, e de que na dúvida, ou na falta de acusação ou de provas ritualmente formadas, prevalece a presunção de não culpabilidade, ou seja, da *falsidade formal* ou *processual* das hipóteses acusatórias. Este, ademais, é o valor e, também, o preço do ‘formalismo’, que no direito e no processo penal preside normativamente a indagação judicial, protegendo, quando não seja inútil nem vazio, a liberdade dos cidadãos, justamente contra a introdução de verdades substanciais, tão arbitrarias quanto intoleráveis.” (FERRAJOLI, 2000, p. 48)

Dessarte, nota-se que a verdade formal, perseguida pelos modelos inclinados à orientação garantista, como o ordenamento jurídico brasileiro, se constrói em bases cognitivistas. Vê-se, então, que a racionalidade e a confiabilidade do juízo são princípios que

orientam também a construção da verdade processual. Em diversos trechos, Luigi destaca esta questão. Transcreve-se, em seguida, um destes trechos:

“Naturalmente, também, esta certeza do direito penal mínimo é sempre uma certeza *relativa*, por causa dos limites, de qualquer forma, intrínsecos ao conceito de verdade processual. Relativamente ao modelo ideal da ‘correspondência’ dever-se-á assim falar, a propósito dos ordenamentos penais concretos descritos pelos sistemas S1-S9, de diversos e decrescentes *graus* de certeza, segundo o número e a quantidade das garantias penais e processuais de que carecem.” (FERRAJOLI, 2000, p. 105)

Nessa perspectiva, entende-se que a verdade formal, construída com raízes epistemológicas, somente pode ser concebida como uma verdade aproximativa, já que a reconstrução exata de um fato passado, para o cognitivismo, configura uma utopia. E sobre esta tentativa de reaproximação de um fato, Ferrajoli faz uma analogia com a obtenção da verdade histórica, veja-se:

“A ‘verdade’ de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a ‘verdade’ de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras *pele que sabemos* sobre elas, ou seja, em relação a conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos. Para expressas esta relatividade da verdade, alcançada em cada ocasião, pode-se muito bem usar a noção sugerida por Popper de ‘aproximação’ ou de ‘acercamento’ da verdade objetiva, entendida esta como um ‘modelo’ ou uma ‘ideia reguladora’ que ‘somoms incapazes de igualar’, mas da qual podemos nos aproximar, sob a condição, não obstante, de que não se associem a tal noção conotações desorientadoras de tipo ontológico ou que uma tese ou uma teoria é mais plausível ou mais aproximativamente verdadeira e, portanto, preferível a outras por causa de seu maior ‘poder de explicação’ e dos controles mais numerosos a que foi submetida com sucesso.

Tudo isto vale com maior razão para a verdade processual, que também pode ser concebida como uma verdade *aproximada* a respeito do ideal iluminista da perfeita correspondência. Este ideal permanece apenas como um ideal. Mas nisto reside precisamente seu valor: é um princípio regulador (ou um modelo limite) na jurisdição, assim como a ideia de verdade objetiva é um princípio regulador (ou um modelo limite) na ciência. No plano semântico, com efeito, a verdade das teses judiciais não difere em princípio da verdade das teorias científicas. As diferenças podem ser registradas, se for o caso, com base em duas questões: alguns limites específicos deste tipo de verdade, que, como se verá no próximo parágrafo, se afasta do modelo ideal da correspondência também por causa de fatores intrínsecos aos universos empíricos sobre os quais versam as proposições jurisdicionais; e, por outro lado, as condições semânticas e pragmáticas, também específicas, da verificabilidade processual.” (FERRAJOLI, 2000, p. 53)

Ante o exposto, depreende-se que a verdade processual busca se aproximar da

ocorrência histórica analisada, do fato, passado, supostamente ilícito, através da valoração de todas as hipóteses e as imputações submetidas ao crivo do juiz. É uma verdade concebida pelo saber. Uma aquisição advinda, pois, de uma Teoria Epistemológica.

E esta valoração configura, justamente, a discricionariedade do magistrado, que possui certa autonomia na condução processual, já que a lei não pode prever critérios de valoração para todos os tipos de prova existentes em um ordenamento jurídico, nem mesmo uma abordagem absoluta de todos os fatos puníveis.

Retoma-se, assim, o que foi dito no início deste tópico. A atividade de valoração discricionária é consequência da impossibilidade de efetivação de um perfeito silogismo judicial perfeito. Nesse sentido, Ferrajoli explica:

“O juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptam perfeitamente a ela. A ideia de um silogismo judicial perfeito, que permita a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis, corresponde, como veremos a partir deste capítulo, a uma ilusão metafísica: com efeito, tanto as condições de uso do termo ‘verdadeiro’ quanto os critérios de aceitação da ‘verdade’ no processo exigem inevitavelmente decisões dotadas de margens mais ou menos amplas de discricionariedade. Em consequência, na atividade judicial existem espaços de poder específicos e em parte insuprimíveis, que é tarefa da análise filosófica distinguir e explicar para permitir sua redução e controle. Distinguirei estes espaços – que em seu conjunto formam o poder judicial e que ilustrei analiticamente no capítulo terceiro – em quatro tipos: o poder de indicação, de interpretação ou de verificação jurídica; o poder de comprovação probatória ou de verificação fática; o poder de conotação de compreensão equitativa; o poder de disposição ou de valoração ético-política.” (FERRAJOLI, 2000, p. 42)

Como exposto por Luigi, a discricionariedade do juiz é algo insuprimível. E estes espaços de discricionariedade, considerados insuprimíveis, se configuram através da tarefa de verificação exercida por um juiz quando diante de hipóteses fáticas que contornam um suposto cometimento de um fato típico, ilícito e culpável e da qualificação jurídica aplicada a este ato.

Os escritos de *Direito e Razão*, obra de Luigi Ferrajoli, explicam que existem quatro espaços de atuação discricionária de um magistrado, quais sejam: (1) poder de verificação jurídica; (2) poder de verificação fática; (3) poder de conotação de compreensão equitativa; (4) poder de valoração ético-política.

Diante destes quatro poderes de discricionariedade de um magistrado, Luigi ensina:

“Para a análise destes espaços distinguirei neste capítulo, como disse no parágrafo 1.4, quatro aspectos ou dimensões do poder do juiz: o poder de denotação ou de verificação jurídica, o poder de comprovação probatória ou de verificação fática, o poder de conotação ou de discernimento equitativo e o poder de disposição ou de valoração ético-política. Direi imediatamente que estas quatro dimensões do poder

judicial são assimétricas entre si. As três primeiras são complementares, no sentido de que a extensão de uma está determinada pelas demais, mas, se se estendem além de certos limites, as três geram o poder de disposição, onde as funções de denotação, de conotação e de comprovação probatória se extraviam até deixarem o campo livre ao mero arbítrio decisionista.

Os dois primeiros espaços de poder são inerentes às decisões sobre a verdade processual que intervêm em ambas as inferências nas quais no parágrafo 5.2 se decompôs a motivação judicial: na inferência indutiva ou prova, onde o poder se insere nas decisões sobre a verdade fática da conclusão. E na inferência dedutiva ou subsunção, onde se insere nas decisões sobre a verdade jurídica das premissas. (FERRAJOLI, 2000, p. 113 e 114)

Portanto, dentre os quatro espaços de atuação subjetiva de um magistrado, os dois primeiros possuem estrita relação para com a verdade processual, uma vez que materializam a busca pela certeza de direito e pela certeza de fato.

Interessa, pois, para este estudo justamente estes dois espaços de determinação, quais sejam, o poder de verificação jurídica e o poder de verificação fática, já que são estes que possuem relação com a obtenção da verdade no âmbito processual.

Mas previamente à abordagem de ambos os espaços de poder, há uma observação que parece adequada. Como citado por Luigi Ferrajoli, qualquer patologia no exercício de um destes poderes, configura uma arbitrariedade indesejável, pois afasta do ordenamento jurídico e imputa à pessoa do juiz um poder de decisão extremamente relevante.

Faz-se necessária, então, a percepção de que a obtenção da verdade no âmbito processual demanda o estrito cumprimento dos pressupostos teóricos, pois, a existência de um defeito na execução da atividade jurisdicional afasta a segurança de uma decisão jurídica.

2.3.1 Da discricionariedade de um magistrado no poder de verificação jurídica.

Conforme exposto, os dois espaços de atuação discricionária de um juiz que influenciam na construção da verdade processual são os espaços de determinação de direito e de fato.

Segundo Ferrajoli, o poder *de verificação jurídica*, diz respeito à primeira certeza, a certeza de direito, que tem maior correlação com as garantias penais. Caracteriza-se como uma atividade dedutiva, configurada por intermédio da avaliação do juiz acerca da qualificação jurídica.

Em outras palavras, a verificação jurídica consiste na dedução de que uma determinada conduta se encaixa, ou, não, nos parâmetros de certa descrição legal. É a dedução jurídica de um ato. Dedução esta que estabelece se a conduta apreciada é relevante ou não

para o Direito Penal.

Tal poder de determinação subjetiva se subdivide em duas etapas.

A primeira etapa, chamada de denotação legal, consiste na interpretação da norma. Esta etapa, portanto, possui relação direta (e extrema dependência para) com o princípio da legalidade estrita, que impõe ao legislador a satisfação de algumas exigências para a construção da estrutura normativa, quais sejam: (1) a utilização de termos de extensão determinada; (2) não utilização de palavras com extensão vaga e/ou valorativa; (3) a exclusão de antinomias semânticas.

O estabelecimento de tais condições materializa a pretensão de que a lei descreva de modo preciso e exato aquilo que se pretende punir. Nasce, aqui, a relação entre linguagem legislativa e cognitivismo judicial, oriunda de um idealismo sustentado, por exemplo, por Beccaria (2009): “*Onde as leis são claras e precisas, o ofício do juiz não consiste mais do que confirmar um fato*”.

Mas é claro que esta pretensão por uma clareza absoluta configura uma utopia. É algo inalcançável, como já mencionado. E é justamente esta impossibilidade de estabelecimento de uma clareza absoluta da lei que materializa o primeiro espaço de discricionariedade do poder de verificação jurídica.

Nessa primeira etapa, então, legitima-se o magistrado para a realização de uma interpretação da lei, mais especificamente do predicado normativo. Trata-se de uma denotação legal na imputação de uma qualificação jurídica a um determinado fato. Como a lei não pode prever toda a extensão de aplicação, delega-se ao juiz o poder de interpretação deste alcance.

A segunda etapa da divisão do poder de verificação jurídica, denominada por Ferrajoli de denotação fática, *a contrario sensu*, não diz respeito ao predicado legal, e sim ao sujeito. Luigi explica que a denotação fática depende da linguagem jurisdicional, e não da linguagem legal, como a denotação jurídica, tratada anteriormente.

Esta atividade, denominada de denotação fática, se materializa através da interpretação dos fatos concebida pelo juiz. Veja-se que esta atividade se diferencia, consideravelmente, da primeira. Enquanto, aqui, o juiz transporta um determinado ato à extensão legal, por entender que a conduta avaliada se encaixa nos moldes narrados em lei, o que materializa uma atividade de derivação analítica de um fato, lhe conotando uma imputação jurídica, por outro lado, no poder de verificação jurídica, o magistrado, primeiramente, interpreta a lei, estipula a definição descritiva do texto normativo e, somente depois, procede à aplicação.

Com vistas a uma exemplificação de ambas as etapas do poder de verificação jurídica, Luigi Ferrajoli utiliza, como exemplo, a averiguação jurídica dos delitos que versam sobre

condutas obscenas. Em seguida, transcreve-se a mencionada explicação:

“A medida que os princípios de legalidade estrita e de estrita jurisdiccionabilidade não resultem plenamente satisfeitos, a denotação por parte do juiz de um sujeito fático com um predicado legal não é, então, analiticamente verdadeira ou legal por definição. Melhor, é verdadeira por redefinição judicial, ou seja, pela decisão com a qual o juiz interpreta ou redefine o sujeito ou o predicado da premissa jurídica na forma por ele reputada conveniente para os fins de subsunção (ou de não subsunção) do fato à lei, isto é, da aplicação (ou da não aplicação) da lei ao fato. Podemos muito bem chamar *poder judicial de denotação penal* – que não se deve confundir com o ‘poder judicial de conotação’, o qual, como assinalai no parágrafo 11, se dirige a discernir conotações específicas e singulares dos fatos verificados processualmente – ao poder exercido pelo juiz mediante tal decisão, que serve para suprir os defeitos semânticos da linguagem legal mediante adaptações apropriadas da linguagem jurisdicional e, por isso, para integrar ou, inclusive, criar os pressupostos mesmos da verificabilidade processual. Precisamente, chamarei de *poder de denotação jurídica* ou de *interpretação da lei* ao exercido pelo juiz ao denotar um sujeito fático (em nosso exemplo, ‘um beijo’), mediante um predicado legal apropriadamente redefinido por ele com termos de extensão determinada (‘são obscenos todos os beijos dados em público’); e *poder de denotação fática* ou de *interpretação dos fatos* ao exercido pelo juiz ao denotar com um predicado legal (‘obsceno’) um sujeito fático expressamente conotado por ele com os termos de extensão indeterminada usados na lei (‘Tício beijou Cássia obscenamente’).” (FERRAJOLI, 2000, p. 123)

Como visto, em cada uma das etapas, o juiz realiza uma diferente interpretação. E basta uma destas interpretações para que seja configurada a dedução jurídica.

Desse modo, entende-se que, para a configuração da discricionabilidade no âmbito da verificação jurídica, basta a constatação da interpretação jurídica ou da interpretação dos fatos. Entretanto, a verificação jurídica também pode se resultar por intermédio da correspondência entre ambas as interpretações.

Fato é que, independente dos moldes de configuração da interpretação jurídica, seja através de uma ou de ambas as etapas, este espaço de poder é insuprimível do âmbito jurídico. Não há solução, até o momento, para afastar este espaço de discricionabilidade, inevitável para o preenchimento de lacunas deixadas pela linguagem legal e pela linguagem comum.

2.3.2 Da discricionabilidade de um magistrado no poder de verificação fática.

Passa-se, agora, a dissertar sobre a verificação fática no âmbito judicial. Tal verificação corresponde à construção da certeza de fato no processo penal.

Este poder de determinação do magistrado conduz o processo de avaliação de todas as hipóteses fáticas, que resulta na escolha de uma certeza de fato. É a opção do juiz por uma determinada narrativa de fato.

A atividade de verificação fática carece, primeiramente, da satisfação dos requisitos dispostos para a verificação jurídica, os quais foram descritos no tópico anterior a este. “Somente se o tema do juízo consistir em um fato empírico taxativamente determinado em todos os seus elementos constitutivos – a ação, o resultado, a culpabilidade – pode ser objeto de prova no sentido estrito, assim como de comprovação contraditória e imparcial” (FERRAJOLI, 2000).

Isso porque a atividade de verificação fática está diretamente relacionada às garantias processuais, que vão além das regras imprescindíveis para a verificação jurídica, mas delas dependem.

A verdade fática, concebida aqui como a apreciação de um acontecimento passado, se constrói por intermédio da ilação entre fatos provados do passado e fatos probatórios do presente. Trata-se, então, de uma atividade indutiva. Segundo Ferrajoli:

“Sob este aspecto, a indução judicial é idêntica a qualquer outra indução: nela, precisamente, a conclusão provada ou descoberta tem o valor de uma hipótese explicativa de natureza provável quanto ao nexos causal entre uma ação imputada à culpabilidade de um sujeito e o conjunto de fatos – o evento danoso e os dados probatórios coletados – descritos nas premissas. Sua especificidade consiste no fato de que o procedimento mediante o qual se realiza não é apenas uma atividade intelectual, mas é também uma atividade jurídica, normativamente disciplinada. Isto complica enormemente os já enormes problemas epistemológicos relativos à justificação da indução em geral. Estes problemas são, contudo, prejudiciais àquele das garantias jurídicas e normativas da prova. Na realidade, como veremos, suas diversas soluções estão na origem dos diferentes sistemas processuais que teoricamente podem ser – e historicamente têm sido – concebidos e realizados.” (FERRAJOLI, 2000, p. 125)

Dessarte, a verificação fática, como bem explica Ferrajoli, se materializa através da indução, atividade intelectual que aprecia todas as premissas e provas apresentadas em um processo e lhes atribui certo grau de probabilidade.

Ferrajoli propõe uma diferente significação de prova e indício para a compreensão da verificação fática. E faz-se necessária a exposição desta diferenciação para que seja possível o entendimento acerca da atividade de verificação do fato:

“Aos fins de nossa análise, é oportuno, antes de tudo, distinguir os fatos e os *dados probatórios*, segundo sejam experimentados direta ou indiretamente, isto é, segundo permitam mais ou menos indiretamente a indução do fato-delito. Afastando-me da linguagem corrente, proponho chamar de *prova* o fato probatório experimentado no presente, do qual se infere o delito ou outro fato do passado, e de *indício* o fato provado do passado, do qual se infere o delito ou outro fato do passado que, por sua vez, tenha o valor de um indício.

(...)

Nossa distinção entre provas e indícios, que na imprecisa terminologia corrente poderíamos expressar em grandes traços com a diferenciação entre ‘meios de prova’ e ‘conteúdos probatórios’, é essencial para situar corretamente a questão da espécie

de probabilidade que permite, a propósito de uma série mais ou menos complexa de premissas probatórias e indiciárias, falar de ‘prova’ da conclusão de uma indução judicial. Em primeiro lugar, serve para esclarecer que, acerca do delito, as provas coletadas em um processo não são quase nunca provas *diretas*, mas quase sempre *indiretas*, quer dizer, provas de indícios, por sua vez, diretos ou indiretos: ‘probabilidades de probabilidades’, como escreveu Francesco Maria Pagano ou, pior, como no caso aqui exemplificado da ata de audiência, probabilidades (de probabilidades (de probabilidades (de probabilidades))) de probabilidades. Por outra parte, as provas, ao consistirem de fatos do presente, são sempre objeto de experiência *direta*, não se pode dizer outro tanto dos indícios, que consistem sempre de fatos do passado. Os indícios são, em suma, mais diretos que as provas no que toca à hipótese explicativa final, mas as provas são mais diretas do que os indícios no que toca à experiência probatória inicial.

Em segundo lugar, nossa distinção permite elucidar a diversa natureza da probabilidade das provas e da probabilidade dos indícios. A probabilidade ou força *indutiva* das provas afeta a *confiabilidade* ou o *crédito subjetivo* da fonte ou do meio de prova: a sinceridade, a espontaneidade, o desinteresse e, mais em geral, a confiabilidade dos testemunhos, das confissões, das acareações e dos reconhecimentos de pessoas; o caráter não apócrifo dos documentos; a solidez das perícias; o rigor das inspeções e reconstituições judiciais dos fatos; a autenticidade e não falsificação das pegadas e das peças de convicção. A probabilidade ou força indutiva dos indícios, por sua vez, afeta sua *relevância* ou *gravidade objetiva*, quer dizer, a sua idoneidade para gerar explicações plausíveis ou verossímeis de todo o material probatório em conjunto. Pode haver provas confiáveis de indícios tênues ou, talvez, irrelevantes e provas não acreditáveis ou escassamente acreditáveis de indícios graves e relevantes. No primeiro caso, o indício é certo, mas débil; no segundo, é incerto, ainda que forte e talvez decisivo. Um dado probatório, em consequência, pode ser refutado ou bem impugnando a relevância dos indícios dele induzidos, ou bem desacreditando a confiabilidade das provas, das quais foi induzido. Será tanto mais confiável subjetivamente quanto esteja próximo da experiência probatória inicial (ainda que distante da conclusão explicativa final) e tanto mais relevante objetivamente quanto mais distante esteja da conclusão final (ainda que distante da experiência inicial).” (FERRAJOLI, 2000, p. 125 e 127)

Devidamente efetuada a exposição da diferenciação entre prova e indício realizada por Luigi Ferrajoli, possibilita-se, agora, a abordagem do poder de verificação fática.

A teoria que rege o modelo garantista explica que, da verificação fática, resulta a conclusão, provada ou descoberta, baseada em uma hipótese considerada suficientemente explicativa. E a figura do juiz é concebida como legítima para esta atividade de valoração.

Mas isso, ao menos em tese, não faculta ao magistrado autonomia para a realização de uma valoração sem parâmetros. Não no âmbito do processo penal garantista, pois, como exaustivamente citado, o garantismo se funda em raízes epistemológicas e, logo, não há margem para a utilização de critérios subjetivos de apreciação.

Luigi ensina que a indução fática no âmbito processual exige a satisfação de três condições: (1) o ônus da acusação de produzir dados ou fatos probatórios que tenham o valor de confirmações necessariamente consequentes acerca da hipótese acusatória; (2) o direito da

defesa de contraditar as teses apresentadas, por meio de contraprovas, as quais, por sua vez, devem ser invalidadas pela acusação; (3) a aceitação, pelo juiz, de determinada hipótese como mais provável e apta a ensejar um decreto condenatório, apenas quando esta hipótese demonstrar consonância com todas as provas e resistência a todas as contraprovas.

Segundo Ferrajoli:

“As três condições ou garantias agora ilustradas, se se excluir a norma de conclusão do *in dubio pro reo*, têm todas caráter epistemológico e não especificamente jurídica. Não predeterminam normativamente a valoração das provas, mas simplesmente refletem, na investigação judicial, a lógica da indução científica. Mas, precisamente por isso, reduzem ao mínimo o poder de verificação ou denotação fática do juiz e a arbitrariedade de sua convicção, assegurando a máxima certeza ou segurança possível das decisões condenatórias: não – observe-se – a segurança do direito penal máximo, de que nenhum culpado fique impune, mas a segurança do direito penal mínimo, própria do modelo cognitivo SG, de que nenhum inocente seja punido.” (FERRAJOLI, 2000, p. 145)

Portanto, a verificação fática se configura por intermédio de três condições. As duas primeiras fazem alusão ao modelo processual garantista de participação das partes como polos condutores de um processo pautado na dialética, na formalidade e na efetivação de garantias.

A terceira atividade, etapa em que se concentra um maior espaço de atuação subjetiva, interessa mais ao presente estudo. É a etapa de aceitação de uma determinada prova por um magistrado, que a valora, de tal maneira, que lhe outorga aptidão para basear um decreto condenatório.

Há uma proposta teórica dos modelos garantistas para orientar esta terceira atividade, de valoração probatória de um juiz. A aludida proposta propõe critérios para a apreciação das provas, veja-se:

“Para ser aceita como verdadeira, a hipótese acusatória não só deve ser confirmada por várias provas e não ser desmentida por qualquer contraprova, senão que também deve prevalecer sobre todas as possíveis hipóteses em conflito com ela, que devem ser refutadas por *modus tollens*, segundo o esquema (*e*). Quando não refutadas nem a hipótese acusatória nem as hipóteses em conflito com ela, a dúvida é resolvida, conforme o princípio *in dubio pro reo*, contra a primeira. Este princípio equivale a uma norma de conclusão sobre a decisão da verdade processual fática, que não permite a condenação enquanto junto à hipótese acusatória permaneçam outras hipóteses não refutadas em conflito com ela. Por isso, enquanto a hipótese acusatória só prevalece se estiver confirmada, as contra-hipóteses prevalecem pelo fato de haverem sido refutadas: não desmenti-las, com efeito, ainda que sem justificar sua aceitação como verdadeira, é suficiente para justificar a não aceitação como verdadeira da hipótese acusatória. Evidentemente, nem sequer a falsidade de uma contra-hipótese pode ser demonstrada de maneira concludente se não estivermos seguros da falsidade de suas implicações probatórias e da verdade da premissa geral, que estabelece tais implicações. Contudo, é necessário que resulte implausível, por incompatível com algum dos dados probatórios coletados.” (FERRAJOLI, 2000, p. 144 e 145)

Dessarte, a atividade de verificação fática exige do magistrado algumas cautelas na apreciação e na construção da certeza de fato.

As condições preceituadas pelo modelo teórico exigem a devida condução do processo penal, no que tange à efetivação das garantias processuais às partes, através do contraditório e ampla defesa, bem como a valoração das provas segundo um esquema indutivo racional e epistemológico, baseado no princípio do *in dubio pro reo*.

Isso significa que a atividade de valoração probatória não se resume à livre convicção de um magistrado. Na verdade, a legitimação da valoração probatória carece da confirmação das hipóteses acusatórias e da refutação de tais hipóteses com as teses defensivas.

Oportunamente, traz-se ao presente estudo, uma abordagem de Janaína Roland Matida acerca da verdade fática no âmbito processual:

“A preocupação epistemológica do processo de que tanto se falou oferece um único protagonista: o julgador. Cabe a ele o esforço de distinguir as alegações apoiadas por provas que apresentaram rendimento eficiente das que são vazias em conteúdo, mas que escamoteiam por belas formas, sentenças e períodos. O critério deve ser sempre o de maior correspondência possível com a realidade dos fatos e não o apego ao literário. Assim, de modo a garantir a racionalidade das decisões, que deverão encontrar fundamentos nas provas, é preciso que elas sejam motivadas, isto é, justificadas.

Para além da mera explicação, é necessária a explicitação de como se chegou a uma conclusão, sabendo-a apenas uma dentre muitas possíveis em razão das induções de que resulta, é preciso que o julgador tente convencer seus destinatários de que agiu bem. De que sua decisão é a melhor possível. De que qualquer um que analisasse e avaliasse as provas do processo que teve em mãos, chegaria igualmente à mesma conclusão.” (MATIDA, 2009, p. 107)

Ante o exposto, conclui-se que a indução fática demanda a racionalidade da valoração, a fim de que todos os critérios utilizados pelo juiz sejam ideais para a construção de uma certeza, de fato, provável.

É interessante, por exemplo, o último trecho da citação acima transcrita. A decisão do juiz precisa ser tão clara e racional de modo que, qualquer um em seu lugar, decidiria de igual forma.

3 OS CRIMES DE COLARINHO BRANCO E AS PARTICULARIDADES QUE DIFICULTAM A BUSCA PELA VERDADE PROCESSUAL.

Viu-se, até aqui, que a construção da certeza de fato e de direito no âmbito processual se materializa através da figura do juiz, legítima para realizar a imputação jurídica e a valoração probatória dos fatos.

Também foi citado que qualquer patologia no exercício de uma destas funções ocasiona, inevitavelmente, a abertura de um espaço de atuação discricionária denominado de poder de disposição, que consiste, em suma, no uso arbitrário da autonomia do cargo.

A partir de agora, realizar-se-á uma observação específica da atividade jurisdicional, direcionada aos processos penais que possuem como objeto os crimes de colarinho branco. Isso porque este rol de delitos, em sua natureza, possui uma particularidade um pouco problemática, que dificulta a configuração do devido processo constitucional.

Mas, previamente à abordagem desta especificidade, faz-se necessária a exposição de uma introdução sobre os crimes de colarinho branco.

Em princípio, estes foram estudados por Edwin Sutherland, autor que optou pela denominação de “*white-collar crime*” para enfatizar a posição social geralmente ocupada pelos agentes destes ilícitos.

No ano de 1939, Sutherland registrou em seu livro sua primeira abordagem sobre o tema. Na oportunidade, o sociólogo estabeleceu a definição de crime de colarinho branco como: “*um crime cometido por uma pessoa de respeito e status social elevado no exercício de sua ocupação*”.

À época dos primeiros estudos de Edwin, as teorias criminológicas espelhavam o reflexo de uma sociedade elitista. Naquele tempo, a criminologia não direcionava seu viés punitivo às pessoas de relevante *status* social. Por tal razão, legislações sobre crimes econômicos e empresariais eram severamente escassas.

Nessa perspectiva, os escritos de Edwin Sutherland surgiram como uma verdadeira quebra de paradigma, pois aclaravam aos leitores quão recorrentes e prejudiciais eram os crimes cometidos por membros da mais alta classe da sociedade.

O sociólogo, então, em face de sua dedicação específica aos crimes de colarinho branco, trouxe à tona a percepção de que este rol de delitos se caracteriza por algumas particularidades interessantes.

E dentre tais particularidades, a que mais interessa ao presente estudo se refere à impunidade dos crimes de colarinho branco, circunstância diretamente relacionada à estrutura e aos polos destes delitos.

No que concerne à figura da vítima, Sutherland explicou que esta geralmente se constituía na coletividade de uma sociedade desorganizada e desestruturada. Logo, o sociólogo concluiu que a fragilidade da população e a inexistência de uma vítima específica contribuía para o sucesso do delito, tendo em vista que a comunidade, por vezes, sequer tomava ciência dos ilícitos cometidos pelos criminosos e dos prejuízos oriundos destes

crimes.

Em relação ao *status* do agente, Edwin sustentou que a posição de alta relevância socioeconômica dos criminosos não só proporcionava instrumentos eficazes para a empreitada criminosa, como também acarretava um certo temor. Os agentes dos crimes de colarinho branco geralmente concentravam em suas mãos grande parte do controle estatal. Desse modo, o temor de suas figuras era algo presumível.

Todas estas circunstâncias, então, atuam como obstáculo para a obtenção de provas em crimes de cunho econômico como estes ora analisados.

Pois bem. Desde o nascimento dos estudos sobre o “*white-collar crime*” até os dias atuais, os crimes econômicos ganharam certa atenção e notoriedade, tanto no âmbito jurídico quanto na esfera social.

No cenário brasileiro, as atenções aos crimes de colarinho branco cresceram exponencialmente, especialmente nas últimas duas décadas, com a ascendência das operações nomeadas de “Mensalão” e “Lava-Jato”, ambas com perspectivas de combate ferrenho aos crimes cometidos por pessoas de relevante *status* social.

Estas operações criaram uma sensação de segurança, em grande parte sociedade, com relação ao combate à corrupção.

Entretanto, existem algumas debilidades nestes processos que são invisíveis àqueles que não são da área jurídica, debilidades estas que, por vezes, colocam à prova a credibilidade da atuação do Poder Judiciário.

Na verdade, como será elucidado em seguida, mais parece que a condução dos processos penais sobre crimes de colarinho branco ostenta uma (in)segurança jurídica, em face da insatisfação de diversos quesitos necessários para a confecção do devido processo legal.

3.1 Da Insegurança Atrelada à Grande Margem Discrionária nos Processos de Colarinho.

A principal debilidade do processo penal econômico relacionada aos crimes de colarinho branco sobrepõe da característica de dificuldade de produção probatória. Como os crimes de colarinho branco são delitos que não deixam rastros, nasce, aqui, um grande obstáculo para a investigação policial e para a persecução judicial.

Isso afeta, inevitavelmente, a verificação fática, espaço de atuação jurisdicional para a construção da certeza de fato.

Ora, se o lastro probatório de determinado rol de crimes é, por natureza, fraco, resulta-se disso uma dificuldade na obtenção da certeza de fato, já que as provas ou os indícios são insuficientes para elevar, de modo satisfatório, o grau de probabilidade de uma hipótese fática.

Todavia, seria simples, por exemplo, remediar a debilidade advinda da dificuldade probatória com a orientação garantista do *in dubio pro reo*. Aplicar-se-ia a teoria da prova citada no tópico da verificação fática e caso constatada uma eventual insuficiência das provas, decretaria-se a inocência, pela presunção que orienta o modelo garantista. Mas disso resultaria uma extrema impunidade, indesejável para qualquer sociedade atual. Basicamente, nenhum agente destes crimes seria punido.

Outrossim, há, também, mais uma debilidade que os crimes de colarinho branco ocasionam ao processo penal e que também merece atenção. Esta, por sua vez, nasce da opção pela utilização de circunstâncias vagas e indeterminadas no texto legal. Ou seja, se resulta da insatisfação do princípio da legalidade estrita no conteúdo das normas que versam sobre colarinho branco. Tal conotação abstrata de uma circunstância na legislação brasileira pode ser constatada, por exemplo, no texto do art. 317 do Código Penal, que aborda a corrupção passiva, veja-se:

“Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.” (BRASIL, 1948)

Perceba-se, acima, que é demasiadamente vaga a circunstância de recebimento da vantagem em razão da função pública. Tal circunstância demanda um juízo de apreciação subjetiva, pois, em muitos casos, não restará evidente se o recebimento de uma coisa ocorreu (ou não) em razão da ocupação de um cargo estatal.

Para esta debilidade existe, igualmente, uma proposta de solução remediável, consistente na elaboração de uma técnica legislativa mais satisfatória às diretrizes do princípio da legalidade estrita.

Mas estas soluções propostas não são de fácil execução. E mesmo a efetivação destas ideias não acarretaria uma segurança jurídica absoluta. Veja-se, por exemplo, que da primeira propositura de solução se resulta, inevitavelmente, certa impunidade.

Todavia, não se pretende discutir, agora, possíveis soluções para a problemática dos crimes de colarinho branco. Em vez disso, almeja-se uma explanação sobre a conjuntura do processo penal brasileiro diante da condução de crimes de colarinho branco.

Como visto acima, o “*white-collar crime*” se consolida em uma forte estrutura

criminal, circunstância que acarreta a dificuldade de obtenção de provas. Viu-se, também, que há alguns espaços de conotação abstrata e vaga no teor das normas destes crimes econômicos.

Certamente, ambas as especificidades obstam, se não inviabilizam, o devido exercício da verificação fática e jurídica na construção da verdade processual.

E como explica Ferrajoli, a debilidade de qualquer uma das verificações citadas acima configura um pressuposto para o poder de disposição, aquele pautado em juízos arbitrários e subjetivos de um magistrado, que foje à regra do modelo garantista. Em seguida, transcreve-se um interessante trecho sobre este poder:

“O poder de disposição é sempre o produto de carências ou imperfeições do sistema e como tal é patológico e está em contradição com a natureza da jurisdição. Seu exercício não pressupõe motivação cognitiva, mas apenas opções e/ou juízos de valor dos quais não é possível qualquer caracterização semântica, mas apenas caracterizações pragmáticas, ligadas à obrigação da decisão. Propriamente, aqui não há sequer *juris-dictio*, isto é, denotação do que é conotado pela lei, mas simplesmente dictum, não baseado nos três silogismos nos quais anteriormente havia decomposto o raciocínio judicial, mas unicamente no poder que, por isso, tenho chamado de ‘disposição’. Este poder cresce – a expensas do poder de verificação jurídica e fática dos elementos denotados legalmente e do poder de valoração das circunstâncias conotadas equitativamente – quanto mais se estendem os espaços de insegurança dos pressupostos cognitivos da decisão judicial, por defeito de uma ou de mais de uma das garantias penais e processuais penais, até excluir por completo os outros dois poderes e configurar-se como poder de disposição ‘absoluto’, quando a insegurança é total. A insegurança, no sentido elucidado acima, é seguida, na realidade, da indeterminabilidade ou das dificuldades de decisão sobre a verdade processual; e volta a aparecer quando não existe *uma* solução (ainda que seja aproximativamente) verdadeira do caso que se tem que julgar, mas várias soluções (todas igualmente) válidas. Nestes casos, decai a correção biunívoca entre verdade da motivação e validade da decisão, ao teor da qual se fixa o modelo garantista veritas, *non auctoritas facit iudicium*. Com efeito, nos modelos S1-S9, caracterizados por graus decrescentes de segurança e de garantismo, a verdade das motivações condiciona cada vez menos a validade das decisões, até não condicioná-la em absoluto, por causa de sua impredecabilidade, nos sistemas mais marcantemente substancialistas e decisionistas, onde *auctoritas, non veritas facit iudicium*.” (FERRAJOLI, 2000, p. 159 e 160)

É o poder de disposição, então, o produto das debilidades oriundas das verificações realizadas pelo juiz. Este espaço de poder, ilegítimo, possibilita ao magistrado a valoração subjetiva e arbitrária de critérios extremamente relevantes para a construção da verdade processual.

E justamente este poder de disposição que remonta à debilidade das condenações nos processos de colarinho branco, citada no início deste tópico. São, por vezes, frágeis, por exemplo, as condenações oriundas das operações conhecidas como “Mensalão” e Lava-Jato. Isso porque, na prática, constata-se que muitos destes processos são conduzidos por

determinações arbitrárias.

Os magistrados, diante das debilidades ocasionadas pela dificuldade de obtenção probatória e da abstração legal, utilizam do poder de disposição que destas debilidades resulta para perseguirem a certeza no âmbito processual, mas remontam, com esta perseguição, aos modelos inquisitivos, já que atuam de forma arbitrária e deveras subjetiva.

Para que seja mais bem ilustrada toda a perspectiva supramencionada, será realizado, em seguida, um estudo de caso acerca de um processo penal de colarinho branco, a fim de que as circunstâncias ora ressaltadas sejam elucidadas em um caso concreto.

Portanto, far-se-á, em seguida, um estudo sobre o processo popularmente conhecido como “Caso Triplex”, que culminou na condenação do atual presidente Lula pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

A abordagem deste caso não abará questões atinentes às ideologias políticas de qualquer uma das partes. Serão afastadas, também, quaisquer questões concernentes ao envolvimento do magistrado condutor do processo com os procuradores federais que atuaram no procedimento.

O estudo estará restrito à avaliação da construção da verdade processual, ou seja, da certeza de fato e de direito, durante o andamento do referido processo, a fim de verificar se as máximas postuladas pela teoria garantista foram respeitadas ou, se, ao contrário, o protagonismo foi concedido ao poder de disposição.

4 ESTUDO DE CASO. UMA ABORDAGEM SOBRE O PROCESSO TRIPLEX.

4.1 Breve Exposição da Narrativa Fática.

A narrativa fática resume-se ao seguinte exposto. O Presidente Lula adquiriu o apartamento 141-A, simples, de um empreendimento à época atrelado à BANCOOP (Cooperativa Habitacional dos Bancários). Ficou acordado que o pagamento em prol do referido apartamento seria de R\$ 209.119,73 (duzentos e nove mil cento e dezenove reais e setenta e três centavos).

O pagamento foi dividido em 70 (setenta) parcelas. Extraí-se, dos autos, que o presidente Lula e sua então esposa Marisa procederam ao pagamento de 50 (cinquenta) destas parcelas, sendo a última paga em 15 de setembro de 2009.

Posteriormente, em 08 de outubro de 2009, o empreendimento imobiliário foi transferido da BANCOOP para a OAS Empreendimentos. Em razão disso, foi designada uma

assembleia, a qual foi aprovada em 27 de outubro de 2009.

A aludida assembleia instituiu regras aos cooperados e facultou, a todos, a possibilidade de manutenção da compra – a qual ensejaria um pagamento maior do que o inicialmente acordado com a BANCOOP – ou desistência de aquisição dos imóveis. Lula e Marisa, ao que tudo indica, mantiveram-se inertes, ou seja, não se manifestaram acerca do teor da assembleia, não procedendo ao pagamento e não informando eventual desejo de desistência.

Posteriormente, constatou-se que a OAS Empreendimentos realizou a venda do apartamento 131-A, antigo 141-A, o qual, em tese, teria sido adquirido por Lula e Marisa, apesar do fato de o casal ter interrompido o pagamento das parcelas antes do término, como já dito.

Simultaneamente, os autos puderam indicar que o apartamento 164-A, tríplice, não foi colocado à venda desde que a OAS assumiu o empreendimento.

Em sentido semelhante, surgiram provas testemunhais, oriundas de delações premiadas, além de algumas provas documentais que, para o sentenciante, indicavam que Lula seria o “proprietário de fato” do imóvel, termo este utilizado por Sérgio Moro.

Outrossim, há de se citar, por sua vez, a existência de testemunhos favoráveis a Lula, os quais defendem que o Presidente era visto apenas como um potencial comprador.

Ademais, no ano de 2014, consta que foram realizadas diversas reformas no referido tríplice, por determinação do Presidente do Grupo OAS, José Adelmário Pinheiro Filho, conhecido como “Léo Pinheiro”. Tais modificações totalizavam um valor de R\$ 1.104.702,00 (um milhão cento e quatro mil setecentos e dois reais).

Ao fim, cumpre mencionar que Lula e Marisa, posteriormente, desistiram da aquisição do apartamento objeto do contrato inicial e solicitaram o ressarcimento da quantia despendida nas 50 (cinquenta) parcelas já quitadas. Contudo, os autos divergem acerca da assertiva data da referida desistência.

Pelo exposto, o Presidente Lula foi denunciado e condenado, em 1ª instância, pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, descritos, respectivamente, pelo art. 317 do Código Penal e art. 1º da Lei 9.613/98, os quais possuem as seguintes redações:

“Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.” (BRASIL, 1940)

“Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.” (BRASIL, 1998)

Em apertada suma, são estes os fatos.

4.2 Das Provas Documentais e da Indução Fática.

Tal como citado anteriormente, este estudo de caso se dedica à apreciação da verdade processual construída no caso “Triplex”. Para tanto, faz-se necessário um estudo do acervo probatório constante do processo.

Traz-se, aqui, inicialmente, o tópico 246 da sentença:

“246. Como ver-se-á adiante, a presente ação penal sustenta-se em prova independente, principalmente prova documental colhida em diligências de busca e apreensão. Rigorosamente, foi o conjunto que deu causa às colaborações e não estas que propiciaram o restante das provas. Há, portanto, robusta prova de corroboração que preexistia, no mais das vezes, à própria contribuição dos colaboradores” (Justiça Federal. 13ª Vara Federal de Curitiba. Proc. nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR. Juiz: Sérgio Moro. 12 jun. 2017)

É, pois, de extrema importância, o teor do tópico supramencionado. Nele, afirma-se que o processo se amparava em provas independentes, sobretudo em provas documentais. Entende-se, desse modo, que o juízo atribuiu às provas documentais alta valoração probatória, ou seja, alto grau de probabilidade da ocorrência do fato analisado.

Muitas das provas documentais do processo foram obtidas através do cumprimento de mandados de busca e apreensão. Todas estas provas se encontram discriminados em um rol contido no tópico 418 da sentença condenatória.

Como documentos de especial relevância para o édito, o aludido rol elencava uma proposta de adesão sujeita à aprovação e um termo de adesão e compromisso. O primeiro documento ostentava algumas rasuras, o que inviabilizava a adequada avaliação de seu conteúdo. O segundo, por sua vez, tratava expressamente do apartamento tríplice, mas não estava assinado.

As provas remanescentes, em suma, consideravam o fato de Lula e Marisa terem procedido ao pagamento de 50 das 70 parcelas correspondentes ao apartamento 141-A, inicialmente adquirido da BANCOOP e, quando da necessidade de manifestação acerca da manutenção ou desistência da compra, em face da transferência do empreendimento à OAS Empreendimentos, o casal ter se mantido inerte.

Atribuiu-se relevância, também, ao fato de que a nova empresa não procedeu às cobranças das parcelas faltantes ou solicitou a formalização da decisão, além de ter realizado a venda do imóvel, primariamente adquirido pelo casal, para terceiro. E, em contrapartida, o apartamento 164-A, tríplice, jamais fora colocado à venda. Atrelado a isso, ressaltou-se que

documentos internos da OAS apontavam a existência de uma reserva para o imóvel.

Ao fim, o sentenciante considerou a relevante importância despendida na reforma do apartamento, a qual totalizava R\$ 1.104.702,00, mensagens eletrônicas trocadas entre executivos da OAS, as quais relacionavam a reforma no triplex ao Presidente Lula e sua então esposa Marisa, além de uma reportagem do Jornal “O Globo” atribuindo a propriedade do apartamento 164-A à Lula e a manifestação de desistência de compra do imóvel formalizada por Marisa após a prisão cautelar de Jose Adelmário Pinheiro Filho.

Pois bem. Estas abordagens realizadas, aqui, possuem o único intento de questionar se a concepção de suficiência das provas documentais foi, de fato, atestada em face da verificação fática, como citado no tópico 246, ou se, ao contrário, a indução fática foi executada por intermédio de um poder de disposição.

Vale salientar que Lula confirmou ter sido tratado como provável comprador do imóvel. Inclusive, quando informou ter visitado o triplex na presença de Léo Pinheiro, Lula se fez entender que, em algum momento, cogitou uma possível aquisição, ideia que lhe pareceu ruim quando constatou diversos defeitos no apartamento.

Portanto, não é tão claro o valor dos documentos comprobatórios. Não é evidente que o encontro de documentos relativos ao triplex na casa do Presidente confirma a qualidade de “proprietário de fato” do apartamento 164-A. Pode-se entender, ao contrário, que tais documentos atestavam, tão somente, que, em certo momento, Lula foi considerado um potencial comprador.

Mas, apesar de o sentenciante abordar a suficiência das provas documentais para o decreto condenatório, há de se mencionar que o processo ora analisado também contava com alguns meios de provas para além destes abordados até aqui.

Estas outras provas, em grande maioria, sobrevinham dos depoimentos colhidos na instrução probatória e de alguns acordos de delação premiada. O teor de tais dados comprobatórios ilustrava a existência de duas versões de depoimentos completamente divergentes.

Uma das versões atestava o interrogatório de Lula e o atribuía a qualidade de um possível comprador do apartamento “triplex”. Ao contrário, a outra versão imputava a Luiz Inácio Lula da Silva o cometimento dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, sob o argumento de que o Presidente utilizava os processos licitatórios da Petrobrás para obter vantagem indevida.

Diante da aludida situação, o magistrado, no tópico 597, realizou a seguinte consideração:

“597. Apesar da prova oral não ser uníssona, há apenas uma versão dos fatos que é consistente com a prova documental já examinada no tópico II.12.” (Justiça Federal. 13ª Vara Federal de Curitiba. Proc. nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR. Juiz: Sérgio Moro. 12 jun. 2017)

Como exposto, o sentenciante considerou somente os testemunhos desfavoráveis ao Presidente, sob a justificativa de que somente esta versão estava em consonância com as provas documentais.

Segundo a sentença:

“847. Provado que as duas versões apresentadas pelo ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o ocorrido em relação ao apartamento 164-A, triplex, no Condomínio Solaris, no Guarujá, não são consistentes com as provas documentais constantes nos autos.” (Justiça Federal. 13ª Vara Federal de Curitiba. Proc. nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR. Juiz: Sérgio Moro. 12 jun. 2017)

Veja-se que o magistrado defende que foi realizada a devida indução fática. Sustenta que as alegações defensivas foram refutadas pelas provas documentais. Mas, na prática, não parece tão claro que esta circunstância foi provada, ou, melhor, refutada.

Se Lula admite que fora um possível comprador, tal qualificação, em tese, normalizava a realização de visitas ao apartamento, bem como a existência de documentos não assinados nas dependências de sua residência.

Na verdade, o que se concebe de toda esta análise, é que a atividade de indução utilizou critérios específicos de valoração, os quais, ao que tudo indica, advinham do exercício de um poder de discricionariedade.

E tal poder não é algo atípico nos processos de colarinho branco. Cada vez mais, os juízes têm elevado o grau de probabilidade de provas teóricas fracas, ou, entendido como refutadas teses que não foram devidamente contraditadas, para embasar um édito condenatório, na ânsia de efetivação de um combate à corrupção, que foge dos parâmetros modelados pela raiz garantista.

4.3 Da Atividade de Verificação Jurídica no Processo em Estudo.

Mas não só a verificação fática deixa dúvida quanto à verdade processual do caso em análise. Há uma questão, também, com relação à verificação jurídica.

Recorde-se que, para explicar uma patologia da verificação jurídica, oriunda de um defeito da estrita legalidade, optou-se, neste estudo, em uma abordagem anterior, pela transcrição do texto legal do crime de corrupção passiva.

Como visto, o aludido tipo penal condena a solicitação ou recebimento de vantagem

em razão de cargo público e esta última abstração consiste em uma qualificação deveras vaga.

Ora, não é uma atividade fácil a averiguação da razão do recebimento de uma vantagem. E vale ressaltar, também, que esta qualificação demasiadamente vaga não autoriza a presunção de que todo funcionário público que receba uma vantagem a tenha recebido em razão de sua função.

É certo, pois, que este termo vago afasta o caráter formalista da norma e, conseqüentemente, concede ao juiz o poder de apreciação da conduta. O magistrado, então, é quem decide se a vantagem foi ou não concedida em face do cargo público.

Tamanha é a abstração desta qualificação que o próprio sentenciante do processo em estudo encontrou dificuldade para a imposição da conduta apreciada nos termos legais, veja-se:

“862. Há crime de corrupção se há pagamento de vantagem indevida a agente público em razão do cargo por ele ocupado.

863. A efetiva prática de ato de ofício ilegal é causa de aumento de pena, mas não é exigido para a tipificação dos crimes dos arts. 317 e 333 do CP.

864. Assim, uma empresa não pode realizar pagamentos a agentes públicos, quer ela tenha ou não presente uma contrapartida específica naquele momento.

865. Basta para a configuração que os pagamentos sejam realizados em razão do cargo ainda que em troca de atos de ofício indeterminados, a serem praticados assim que as oportunidades apareçam. Citando Direito Comparado, ‘é suficiente que o agente público entenda que dele ou dela era esperado que exercitasse alguma influência em favor do pagador assim que as oportunidades surgissem’ (‘Us v. DiMasi’, nº 11-2163, 1st Cir. 2013, no mesmo sentido, v.g., ‘US v. Abbey’, 6th Cir. 2009, ‘Us v. Terry’, 6th Cir. 2013, ‘Us v. Jefferson’, 4th Cir. 2012, todos de Cortes de Apelação Federais dos Estados Unidos).

866. Na jurisprudência brasileira, a questão é ainda objeto de debates, mas os julgados mais recentes inclinam-se no sentido de que a configuração do crime de corrupção não depende da prática do ato de ofício e que não há necessidade de uma determinação precisa dele. Nesse sentido, v.g., decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro Gurgel de Faria:

‘O crime de corrupção passiva é formal e prescinde da efetiva prática do ato de ofício, sendo incabível a alegação de que o ato funcional deveria ser individualizado e indubitavelmente ligado à vantagem recebida, uma vez que a mercancia da função pública se dá de modo difuso, através de uma pluralidade de atos de difícil individualização.’ (RHC 48400 – Rel. Min. Gurgel de Faria – 5ª Turma do STJ – un. – j. 17/03/2017)

867. Na Ação Penal 470, julgada pelo Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal (AP 470/MG, Relator Min. Joaquim Barbosa, por maioria, j. 17/12/2012), a questão foi discutida, mas, na interpretação deste Juízo, não há uma afirmação conclusiva a respeito dela, pelo menos expressa nos fundamentos do julgado.

868. De todo modo, verifica-se, no resultado do julgamento, que foram condenados parlamentares federais por receberem vantagem indevida em troca de suporte político ao Governo Federal, ou como consta na ementa ‘para formação de base aliada ao Governo Federal na Câmara dos Deputados’ (para ser mais preciso, também consta da ementa a ‘comprovação do amplo esquema de distribuição de dinheiro a parlamentares, os quais, em troca, ofereceram seu apoio e o de seus

correligionários aos projetos de interesse do Governo Federal na Câmara dos Deputados’), ou seja, por atos de ofício com certo grau de indeterminação, sem a sua vinculação estrita a atos específicos.

869. Tal compreensão é essencial em casos de macrocorrupção envolvendo elevadas autoridades públicas, especialmente quando o crime de corrupção envolve não um ato isolado no tempo e espaço, mas uma relação duradoura, o que é o caso quando o pagamento de vantagem indevida é tratado como uma ‘regra de mercado’ ou uma ‘obrigação consentida’ ou envolve uma ‘conta corrente informal de propinas’ entre um grupo empresarial e agentes públicos.

870. Certamente, há casos de pagamento de valores em benefício de agente público que por terem causa lícita não tipificam corrupção.

871. Assim, por exemplo, doações eleitorais.

872. Doações eleitorais registradas são condutas legais e não caracterizam por óbvio corrupção, salvo excepcionalmente se vinculadas a uma contrapartida muito específica, como, por exemplo, a não-convocação de empresário investigado por comissão de inquérito do Congresso em decorrência da ação de parlamentar corrompido (caso do ex-Senador Jorge Afonso Argello, condenado na ação penal 5022179-78.2016.4.04.7000).

873. Doações eleitorais não registradas são condutas ilegais, podem caracterizar o crime do art. 350 do Código Eleitoral, e não tipificam, como regra, corrupção, salvo em hipóteses semelhantes a apontadas no parágrafo anterior.

874. Entretanto, não há como qualificar os créditos e pagamentos no presente caso, que têm origem em contratos da Petrobrás e destino em benefício material ao ex-Presidente como caracterizando alguma espécie de doação eleitoral.

875. É evidente, outrossim, pela relação mantida entre o grupo OAS e o Governo Federal, que os pagamentos não foram realizados para atender simplesmente a agentes do Partido dos Trabalhadores, e sim, para atender agentes do Partido dos Trabalhadores que ocupavam cargos na cúpula do Governo Federal, entre eles o então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

876. Então trata-se de pagamentos efetuados a agente público federal por solicitação ou com a aprovação deste, o que configura crime de corrupção e não outro crime ou conduta lícita.

(...)

880. Mesmo tendo parte dos benefícios materiais sido disponibilizada posteriormente, durante o ano de 2014, tendo eles origem em créditos decorrentes de contratos da Construtora OAS celebrados em 10/12/2009, considerando aqui somente os contratos do Consórcio CONEST/RNEST, configuram vantagem indevida disponibilizada em razão do cargo de agente público federal, não só para o então Presidente, mas para os igualmente beneficiários executivos da Petrobrás.” (Justiça Federal. 13ª Vara Federal de Curitiba. Proc. nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR. Juiz: Sérgio Moro. 12 jun. 2017)

Veja-se que o sentenciante despendeu grande parte do decreto condenatório para explicar a atribuição de relevância jurídica à conduta apreciada.

A atividade do juiz no processo nos tópicos supramencionados, quando da apreciação da conduta, consistia na denotação fática, segundo etapa da verificação jurídica, como abordado no início deste estudo.

Entretanto, como o espaço de abstração era demasiadamente vago, ocasionado pela qualificação do termo legal, ao juiz se delegou o ônus de interpretar os fatos conforme seu

entendimento, ou seja, conforme o poder de disposição.

Decretou-se, então, que o réu recebeu vantagens em razão do cargo. Mas é um pouco complicada esta dedução. Não se compreende, claramente, o que a lei espera de avaliação para a constatação de que uma vantagem foi recebida em função de um cargo público.

Fato é que, nos moldes constatados hodiernamente, todo recebimento de coisa por servidor público se enquadra nos termos do art. 317 do Código Penal. É tão vaga a valoração deste tipo que um réu se sujeita, então, a apreciação do juízo, pessoa que decidirá, como bem entender, se uma vantagem foi recebida ou não em função da ocupação.

5 CONCLUSÃO

No decorrer do trabalho, foi possível constatar que os crimes de cunho econômico possuem, em regra, extrema carência probatória, fator que acarreta condenações baseadas em provas indiciárias e aloca o réu em uma discricionariedade do julgador.

Constatou-se, também, que a técnica legislativa utilizada para a elaboração de leis que criminalizam os crimes de colarinho branco apresenta alguns vícios, que resultam na qualificação vaga e abstrata de determinadas conotações.

O estudo de caso buscou comprovar, ainda que minimamente, que a ação penal, especificamente quanto à condução dos crimes de colarinho branco, tem possibilitado condenações fundadas em decisões discricionárias, que escoam na livre convicção e na legitimidade de interpretação normativa de um juiz.

Não importa, aqui, se a sentença condenatória do “Caso Tríplex” merece anulação, ou, se Lula cometeu (ou não) os crimes que lhe foram imputados, nem mesmo se Lula recebeu ou não alguma vantagem indevida e se isso ocorreu em razão da ocupação de cargo público.

Importa, na verdade, que sejam escancarados alguns problemas, na esfera do “*white-collar crime*”, da relação existente entre a definição legislativa e a atividade jurisdicional.

Tendo em vista que os crimes de colarinho branco são, por natureza, peculiares, e isso acarreta a escassez probatória e a especificade dos casos concretos, o Direito Penal e o Direito Processual Penal precisam se adaptar a estas especificidades.

Nessa senda, a obrigatoriedade de um órgão colegiado em 1ª instância para julgar crimes de colarinho branco se constitui, por exemplo, como uma solução adequada para a minimização da problemática. A referida implantação remediaria a extrema arbitrariedade dos julgadores, pois decisões colegiadas reduzem, justamente, o viés subjetivo de um julgador.

Outra melhoria imprescindível para a questão abordada consiste na ampliação do

aparato estatal, no que concerne ao poder de polícia.

Como exaustivamente abordado, a obtenção de provas nos crimes de colarinho branco é uma atividade árdua. Mas não há como conviver com esta qualidade destes crimes, simplesmente se aceitando esta característica, o que ocasionaria uma impunidade sem precedentes ou a ampliação da atuação discricionária como foco da condenação.

Nessa perspectiva, nasce a imprescindibilidade de investimento e melhorias no setor de polícia, circunstância que resultaria em uma melhor instrução da ação penal, sobretudo na obtenção de provas.

Há a necessidade, também, de elaboração de uma técnica legislativa mais satisfatória, que atenda de modo cauteloso às condições preceituadas pelo princípio da legalidade estrita. Esta solução afastaria algumas abstrações legais, como aquela oriunda do texto que criminaliza a corrupção passiva, que faculta ao magistrado um espaço de atuação subjetiva e arbitrária.

Além disso, existem autores que defendem outras perspectivas de mudanças. Maurício José Polakowski defende, por exemplo, a realização de uma reforma política como solução para a problemática.

Segundo o jurista, o atual sistema advém de um coronelismo e, por conseguinte, carrega consigo algumas mazelas, desde a sua criação. Nesse sentido, a instituição de uma reforma política seria como uma mola propulsora, que permitiria o avanço no combate à corrupção.

Para o mencionado autor, a realidade política atual dificulta o avanço sociológico. E sempre que uma sociedade se mostra desorganizada e desestruturada, cria-se um cenário favorável ao cometimento de crimes de colarinho branco.

Portanto, a reforma surgiria para facilitar o acesso do povo ao político. Haveria, basicamente, uma mudança do cenário atual. Os representantes não seriam mais vistos como uma figura inalcançável, além de serem devidamente fiscalizados durante seus mandatos.

Algumas das proposições do autor para tal reforma consistem em: revisão da imunidade parlamentar e foro privilegiado, verbas transparentes de campanha, maior acessibilidade à política. O autor também elenca algumas ideias mais complexas, como a retirada do voto proporcional para deputados e vereadores, assunto que carece de um estudo exclusivo para que seja avaliada a possibilidade.

Ademais, outro remédio interessante para o cenário atual brasileiro foi proposto pelo autor Francisco César Pinheiro Rodrigues, consiste na ampliação do prazo prescricional dos crimes de colarinho branco e o estabelecimento da preferência de julgamento para estes

crimes, nos casos de alta relevância econômica.

O estabelecimento de um maior prazo prescricional para crimes de colarinho branco, em face da complexidade do delito, e a preferência no julgamento desses crimes, seriam, de fato, medicamentos plausíveis para a problemática.

O raciocínio do autor goza de plausibilidade. Dada a excepcionalidade dos crimes de colarinho branco, pelo fato de a prática ter relevante aparato financeiro e viabilizar uma ocultação melhor do delito, a ampliação do prazo prescricional seria adequada.

A título de exemplificação, cita-se que o processo objeto do estudo de caso deste trabalho, após a decretação de nulidade de certos atos por instâncias superiores, teve sua prescrição reconhecida no ano de 2022. Ou seja, após todas as questões processuais de extrema relevância social, a sociedade, agora, precisa aceitar que a narrativa fática jamais será devidamente apreciada, para se confirmar e punir, ou, absolver, a conduta de corrupção denunciada.

Também é compreensível que tais crimes tenham preferência de julgamento, pois o ordenamento jurídico precisa encontrar meios de cumprir, efetivamente, a proibição dos tipos penais econômicos.

De certo modo, todas estas ideias minimizam, em certo ponto, as problemáticas de um processo penal que versa sobre crimes de colarinho branco. São todas estas soluções, então, dignas de apreciação para o avanço de um modelo processual garantista.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 de abril. 2023.
- BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. In: *Vade mecum* acadêmico de direito. 37ª ed. – São Paulo: Rideel, 2023.
- BRASIL. Justiça Federal de Curitiba. **13ª Vara Federal de Curitiba Sentença proc. nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR**. Luiz Inácio Lula da Silva e Ministério Público Federal. MORO, Sérgio. 12 jun. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-condena-lula-triplex.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2023.
- BRASIL. Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998. **Dispõe sobre os crimes de lavagem de ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei [...]**. Brasília, DF. Presidente da República, [1998]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm. Acesso em 15 de abril de 2023.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Tradução por: Ana Paula Zomer Sica / Fauzi Hassan Choukr / Juarez Tavares / Luiz Flávio Gomes.
- MATIDA, Janaina Roland. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova**. Rio de Janeiro, 2009. 111p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.
- POLAKOWSKI, Maurício José. **País precisa punir exemplarmente crimes de colarinho branco**. Revista Consultor Jurídico, 18 Jun. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-jun-18/pais_punir_exemplarmente_crimes_colarinho_branco. Acesso em 15 mai. 2023.
- RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. **A solução possível para a impunidade do colarinho branco**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 27 Set. 2008. Disponível em: <https://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-penal/880-a-solucao-possivel-para-a-impunidade-do-colarinho-branco>. Acesso em 15 mai. 2023.
- SUTHERLAND, E. H. **Crime de Colarinho Branco: versão sem cortes**. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015 (Pensar Criminológico).