

Novas perspectivas das Ciências Criminais

escritos em homenagem à
Professora Maria Auxiliadora Minahim

Maria Auxiliadora Minahim é uma daquelas pessoas cuja vida e cuja história se confundem com a história da Faculdade de Direito que tanto ama. São 37 anos de dedicação à docência por essa Mestra de tantos. (...)

Como uma celebração de tantas conquistas e reconhecimento da relevância de sua obra feito fora de casa, entendemos que seria o momento de prestarmos a devida homenagem à Professora – como afetuosamente a chamamos – pela relevância de sua atuação acadêmica e pela qualidade de sua produção na área do Direito Penal.

Cientes de que não conseguiríamos abranger o grande círculo de relações profissionais e afetivas que ela estabeleceu, convidamos e reunimos nesta obra Professoras e Professores de Direito Penal e Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da UFBA e de outras instituições de Ensino Superior com quem a Professora conviveu no Doutorado da UFRJ ou se aproximou em razão das atividades da Pós-Graduação, e também representantes dos orientandos do Doutorado, todos eles testemunhas do seu compromisso com as atividades acadêmicas, com a valorização da Universidade Federal da Bahia. (...)

Finalizamos fazendo nossa, Professora, a frase que um dia o Mestre Raul Chaves lhe disse: “Estou vivo e conto ainda viver amanhã, como hoje, amando a vida, onde há gente como você”.

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado
Sebastião Borges de Albuquerque Mello
Yuri Carneiro Coêlho



Coordenadores

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado
Sebastião Borges de Albuquerque Mello
Yuri Carneiro Coêlho

Novas perspectivas das Ciências Criminais

escritos em homenagem à
Professora Maria Auxiliadora Minahim

Adriano Antunes Damasceno	Karyna Batista Sposato
Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado	Lucas Gabriel Santos Costa
César de Faria Júnior	Luís Greco
Cláudio Alberto Gabriel Guimarães	Luiz Regis Prado
Daniela Carvalho Portugal	Misael Neto Bispo da França
Diego Prezzi Santos	Natália Petersen
Érika Mendes de Carvalho	Nereu José Giacomolli
Fábio Roque Araújo	Nilo Batista
Felipe Mrack Giacomolli	Sebastião Borges de Albuquerque Mello
Gustavo Noronha de Ávila	Selma Pereira de Santana
Izabele Kasecker	Tarsis Barreto Oliveira
Juarez Cirino dos Santos	Yuri Carneiro Coêlho
Juliana Pinheiro Damasceno e Santos	

Coordenadores-

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

Sebastião Borges de Albuquerque Mello

Yuri Carneiro Coêlho

**Novas perspectivas das
Ciências Criminais**
escritos em homenagem à
Professora Maria Auxiliadora Minahim

2018



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 164, Ed. Marfina, 1º Andar – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3045.9051
• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

Copyright: Edições JusPodivm

Conselho Editorial: Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Ana Caquetti

P896n Novas perspectivas das ciências criminais: homenagem à Professora Maria Auxiliadora Minahim / Coordenadores: Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado, Sebastián de Albuquerque Mello e Yuri Carneiro Coelho – Salvador: Editora JusPodivm, 2018.
320 p.

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-85-442-2326-0.

1. Direito Penal. 2. Direito Processual Penal. I. Prado, Alessandra Rapacci Mascarenhas. II. Mello, Sebastián de Albuquerque. III. Coelho, Yuri Carneiro. IV. Título.

CDD 341.5

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPodivm.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPodivm. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

Sobre os Coordenadores

ALESSANDRA RAPACCI MASCARENHAS PRADO

Mestre e Doutora, PUC-SP. Professora de Direito Penal do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA.

SEBÁSTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO

Advogado, Mestre e Doutor em Direito pela UFBA, Professor Adjunto de Direito Penal da Graduação e Pós-Graduação (mestrado e doutorado) da UFBA, Professor de Direito Penal da Faculdade Baiana de Direito.

YURI CARNEIRO COELHO

Doutor em Direito (UFBA). Mestre em Direito (UFBA). Professor de Direito Penal da Faculdade Unijorge (SSA); Estácio (SSA) e Faculdade Nobre (FSA); Professor de Direito Penal da Pós-graduação da Faculdade Damásio (SP) e do CEJAS (BA). Professor do Damásio Educacional (SP).

Sobre os Autores

ALESSANDRA RAPACCI MASCARENHAS PRADO

Mestre e Doutora, PUC-SP. Professora de Direito Penal do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA.

CÉSAR DE FARIA JÚNIOR

Prof. Doutor Associado da FDUFBA, Advogado Criminalista, Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

CLÁUDIO ALBERTO GABRIEL GUIMARÃES

Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Especialista em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Docência Superior pela Universidade CEUMA - UNICEUMA. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, com área de concentração em Direito Penal. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com área de concentração em Criminologia. Professor Pesquisador do CNPq e UNICEUMA. Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão. calguimaraes@yahoo.com.br

ADRIANO ANTUNES DAMASCENO

Doutorando em Direito pela FND-UFRJ. Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela UFMA. Professor da UNDB. Defensor Público. adridamasceno@yahoo.com.br

DANIELA CARVALHO PORTUGAL

Doutora em Direito Penal (UFBA). Professora de Direito Penal da UFBA. Advogada criminalista e Conselheira da OAB/BA. E-mail da autora: danielacarvalhoportugal@gmail.com

ÉRIKA MENDES DE CARVALHO

Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá. Doutora e pós-doutora em Direito Penal pela Universidad de Zaragoza (Espanha). Professora Associada de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá. Bolsista do PNPd/CAPES junto ao PPGD/UENP.

GUSTAVO NORONHA DE ÁVILA

Mestre e Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor do UNICESUMAR.

FÁBIO ROQUE ARAÚJO

Juiz Federal/BA. Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor-Adjunto da Faculdade de Direito da UFBA. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade Católica de Salvador (UCSal).

LUÍS GRECO

Professor Catedrático na Humboldt-Universität zu Berlin.

IZABELE KASECKER

Mestranda pela Universität Augsburg.

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS

Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR. Presidente do Instituto de Criminologia e Política Criminal/ICPC, Curitiba/PR.

JULIANA PINHEIRO DAMASCENO E SANTOS

Professora Assistente de Direito Penal da UFBA. Mestre e Doutoranda em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. É Pós-graduada em Ciências Criminais pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia e Pós-gra-

duada em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Possui graduação em Direito, com láurea acadêmica, pela Universidade Federal da Bahia. É advogada criminalista.

KARYNA BÁTISTA SPOSATO

Doutora em Direito pela UFBA. Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe.

LUCAS GABRIEL SANTOS COSTA

Doutorando em Direito Público, Mestre em Direito Público e Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal da Bahia.

NATÁLIA PETERSEN

Doutoranda em Direito Público e Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

LUIZ REGIS PRADO

Pós-Doutorado em Direito (Universidade de Zaragoza e Universidade Robert Schuman, Strasbourg). Doutor em Direito (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo). Professor Titular de Direito Penal (UEM/FADISP). Jurista. E-mail: professor@regisprado.com.br

DIEGO PREZZI SANTOS

Doutor em Direito (FADISP). Professor de Direito Processual Penal. Faculdade Caetaí, Faculdade Pitágoras, Universidade Estadual de Londrina e Universidade Positivo. Advogado. E-mail: diegoprezzi@yahoo.com.br

MISAEL NETO BISPO DA FRANÇA

Professor de Direito Processual Penal e Prática Jurídica Penal da Faculdade de Direito da UFBA. Mestre e Doutorando em Direito pela UFBA. Analista Jurídico do Ministério Público da União.

NEREU JOSÉ GIACOMOLLI

Doutor em Direito Processual pela Universidad Complutense de Madrid, Professor na Graduação, Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais da PUCRS, advogado e consultor jurídico.

FELIPE MRACK GIACOMOLLI

Especialista em Direito Empresarial; advogado.

NILO BATISTA

Graduado pela Universidade Federal de Juiz de Fora (1966), Mestre pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1997), Doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2009), ex-Presidente da OAB/RJ (1984-1985), ex-Secretário de Justiça e Polícia Civil (1991-1993) e ex-Governador do Estado do Rio de Janeiro (1994). Professor Titular de Direito Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

SEBÁSTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO

Advogado, Mestre e Doutor em Direito pela UFBA, Professor Adjunto de Direito Penal da Graduação e Pós-Graduação (*mestrado e doutorado*) da UFBA, Professor de Direito Penal da Faculdade Baiana de Direito.

SELMA PEREIRA DE SANTANA

Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2006). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais por esta última Faculdade (2002). Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1984). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público da Bahia, FESMIP. Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Faculdade de Direito - FFD. Especialização em Processo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBA. Possui curso de Aperfeiçoamento em Ciências Criminais e Dogmática Penal Alemã pela Georg-August Universität Göttingen, GAUG - Alemanha. Promotora do Ministério Público Militar da União. Professora Associada de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (Graduação e Pós-Graduação - Linha de Pesquisa: Justiça Restaurativa). Coordenadora do Grupo de Pesquisas Justiça Restaurativa (cadastrado pelo CNPq). Parecerista técnico do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI. Membro do Conselho Científico do Boletim da Escola Superior do Ministério Público da União. Membro do Conselho Editorial da Revista do Ministério Público Militar. Membro do Conselho Editorial da Revista do CEPEJ. Parecerista do Corpo de Especialistas da Editora da Universidade Federal da Bahia (EDUFBA). Integrante do Cadastro Nacional e Internacional de Avaliadores do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito). Parecerista da Revista Brasileira de Direito. Parecerista da Revista de Estudos Empíricos em Direito. Parecerista da Revista Brasileira de Ciências Criminais. Possui obras e artigos publicados no Brasil e no exterior.

TARSIS BARRETO OLIVEIRA

Doutor e Mestre em Direito pela UFBA. Professor Adjunto de Direito Penal da UFT e Unitins. Professor do Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da UFT/ESMAT. Membro do Comité International des Pénalistes Francophones e da Association Internationale de Droit Pénal.

YURI CARNEIRO COELHO

Doutor em Direito (UFBA). Mestre em Direito (UFBA). Professor de Direito Penal da Faculdade Unijorge (SSA); Estácio (SSA) e Faculdade Nobre (FSA); Professor de Direito Penal da Pós-graduação da Faculdade Damásio (SP) e do CÊJAS (BA). Professor do Damásio Educacional (SP).

RUSCHE/KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure*. New Brunswick e Londres: Transaction Publishers, 2003,

PASUKANIS, *A teoria geral do direito e o marxismo*. Lisboa: Perspectiva Jurídica, 1972.

WILSON James Q., KELLING Georg L. (1982), *Broken Windows: the Police and neighborhood safety*, in "The Atlantic Monthly", 3.

ZAFFARONI, E. Raúl. *"O inimigo no Direito Penal"*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

CAPÍTULO 9

Criminalização meramente simbólica nos domínios da criminalidade econômico-financeira?

Juliana Pinheiro Damasceno e Santos

1. INTRODUÇÃO

Há inúmeras leis penais no Brasil que proíbem violações a valores essenciais da sociedade e cujos potenciais sujeitos ativos são membros das elites estratégicas do País (crimes de colarinho-branco). Questiona-se se há uma criminalização meramente simbólica dos desvios típicos das classes sociais hegemônicas, como vulgarmente se preceitua, e, depois disso, em que medida o universo simbólico do Direito Penal (e suas figurações) ainda é um instrumento de utilidade social dentro da atual configuração comunitária.

Nos domínios da criminalidade econômico-financeira, com frequência invulgar, diz-se que se está diante de um *Direito Penal simbólico* (uma reação puramente simbólica) (HASSEMER, 1998) ou de o instrumento repressivo exercer apenas uma *função promocional* (SILVA SÁNCHEZ, 2002). Denuncia-se o legislador penal de adotar uma "política desonesta", um "faz-de-conta" (HASSEMER, 1998, p. 43), causando a impressão de que está preocupado com o problema da criminalidade, quando, na verdade, elege um instrumento consabidamente inepto para combater eficientemente a criminalidade real. Renato de Mello Jorge Silveira manifestou-se sobre a matéria:

Grande equívoco e inexorável problema das sociedades de risco são estas formulações simbólicas. Deformando o justo aos prazeres não-científicos, não raras vezes é percebida a impropriedade da atuação penal. Mais do que nunca, a tutela dos interesses difusos bem deve combater semelhante tendência, pretendendo pontificar o Direito Penal ideal (SILVEIRA, 2003, p. 174).

Para Hassemer (1998), o Direito Penal simbólico identifica-se a partir de duas características: não serve à proteção de bens jurídicos e obedece a propósitos de pura jactância da classe política.

Outra preocupação, nessa mesma linha, é a de o Direito Penal perder o seu caráter de *ultima ratio*, contrariando o princípio da intervenção mínima, que deve seguir como norte interpretativo de um Direito Penal Garantidor.

Refere Muñoz Conde (1997, p. 37-42) que essa tendência à *funcionalização* do Direito Penal “encerra o perigo de que lhe sejam atribuídas tarefas que na prática não pode cumprir, oferecendo, enganosamente, à opinião pública perspectivas de soluções de problemas que de imediato não se apresentam na realidade”.

Argui-se, nesse sentido, se a tentativa de aprisionar em molduras penais realidades demasiadamente fluidas e mutáveis (ordem econômica, sistema financeiro, por exemplo), por vezes, resulta em um Direito Penal puramente simbólico, visto que supostamente despojado de eficácia social.

2. CRIMINALIZAÇÃO MERAMENTE SIMBÓLICA NOS DOMÍNIOS DA CRIMINALIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA?

Os símbolos, por se tratar de uma forma especial de linguagem, sempre estiveram atrelados às experiências humanas, seu mistério e sacralidade. Dessa forma, os diversos campos do conhecimento debruçaram-se, em alguma medida, sobre seu estudo para melhor compreender as próprias estruturas e instituições sociais.

Obviamente, o Direito Penal, por sua própria natureza, como objeto cultural – produto da criação humana – é necessariamente simbólico; como simbólico é, também, o próprio homem. De acordo com Cassirer (1994), deve-se definir o homem como *animal symbolicum*, e não como *rationale*.

Partindo-se da premissa de que todo o Direito apresenta uma função primariamente simbólica, ao reconhecer ideais que representam exatamente o oposto da conduta estabelecida, formando um mundo onírico, encobridor de contradições, irracionalidades e governado, ao menos retoricamente, pela razão, (Arnold *apud* NEVES, 2007) não haveria sentido falar em Direito Penal simbólico pois, particularmente, não haveria um problema na produção dos textos dessa seara.

Contudo, o termo adjetivador “simbólico”, em matéria de política criminal, é frequentemente empregado no sentido de “falacioso”, “enganoso”.

Anabela Miranda Rodrigues (1999), ao refletir sobre o Direito Penal fiscal, defende sua dimensão de *ultima ratio*, ao tempo em que critica a *carga simbólica negativa* trazida pelo Direito Penal, cujo arsenal punitivo não se mostra à altura de lhe garantir vigência e validade, falecendo-lhe, pois, capacidade real para solução do problema.

No seu sentir, em vez de afirmar valores, contrariamente gera um efeito corrosivo da essencialidade desses mesmos valores, “e os que são apanhados pela malha da punição são apenas meros bodes expiatórios que são utilizados para mostrar que o sistema, aparentemente, funciona” (RODRIGUES, 1999, p. 183).

No Brasil, Alberto Silva Franco cunhou a expressão *pampenalismo* para designar essa forma de utilização do Direito Penal como se fora “uma espécie de panacéia para todos os males”. Para ele, o fenômeno “quando não se traduz em uma bastardização deste instrumento de controle social, pode representar uma completa desmoralização decorrente de sua inoperância e de sua ineficácia” (FRANCO, 1994, p. 36-37).

Seria a maior das utopias cognitivas enxergar a Ciência repressiva como objeto em si, ignorando suas íntimas conexões com o funcionamento da sociedade. Merece referência a lição de Marcelo Neves, para quem:

A legislação álibi decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso, obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade. Entretanto, é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, pois as variáveis normativo-jurídicas defrontam-se com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos (NEVES, 2007, p. 39).

Na mesma linha de intelecção, Silva Sánchez preleciona:

Não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no plano da instrumentalidade (da proteção efetiva) (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 23)

Analisando a escalada da criminalidade no Brasil, a partir das duas últimas décadas do século XX, Marcelo Neves preleciona que a discussão sobre

uma legislação penal mais rigorosa apresenta-se como um álibi, dado que "o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência dos pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor" (NEVES, 2007, p. 39)

Silencia-se,¹ nesse momento, à indagação polêmica feita por Coleman a respeito da origem das leis que instituíram os crimes de colarinho-branco: "Serão essas leis reflexo do consenso normativo da sociedade, produto de uma luta pluralista entre grupos mais ou menos equivalentes ou o principal objetivo delas é realmente proteger os privilégios da elite governante e do sistema capitalista?" (COLEMAN, 2005, p. 206-207)

Uma dificuldade que se apresenta à atribuição, sem receios, da pecha de simbólico a tal intervenção penal (porque normativamente ineficaz) é saber, por exemplo, como questiona Marcelo Neves (2007, p. 51), "Qual o grau de ineficácia normativa então necessário, para que se atribuam a uma lei efeitos hipertroficadamente simbólicos (legislação simbólica)".

Seguramente, o recurso imoderado à tipificação penal, a hipertrofia legislativa, a exacerbação do rigor punitivo pode aplacar os anseios de uma mentalidade punitivista; contudo, não são meios idôneos para desencadear as almejadas mudanças sociais ou, tampouco, pode servir de instrumento de governo da sociedade. A presença do Direito Penal – meio mais radical de intervenção jurídica nessas novas zonas de criminalização – não produzirá, por si mesma, mudanças sociais significativas, até porque não é possível lhe atribuir um viés emancipador.

O problema está no manejo indiscriminado e irracional do Direito Penal, porque contribui para sua desfiguração enquanto instrumento repressivo, sentida pela perda do conteúdo ético que deve residir nas sanções criminais e pela inidoneidade para prevenção de certos riscos, culminando, inclusive, com uma descrença generalizada no sistema jurídico.

De mais a mais, o legislar por legislar gera uma perigosa indiferença entre o Direito e a sociedade, o alheamento à possibilidade real de aplicação da lei penal.

Embora se reconheça a legitimidade das injunções do Direito Penal para proteção da ordem econômica e do sistema financeiro, a política cri-

1. Não serão examinados o desenvolvimento histórico e o processo dessas leis e os bastidores de seu processo de elaboração por não ser o objetivo do presente trabalho. De qualquer sorte, no Brasil, o processo legislativo obedece a um sistema democrático estabelecido constitucionalmente, no qual os legisladores são representantes da vontade popular.

minal não pode se expor ao risco de precipitações irracionais, nem dar vazão a excessos, oscilando ao sabor das emoções midiáticas, para entorpecer os anseios, nem valer-se da sua normatividade para satisfazer fetiches punitivistas divorciados da racionalidade penal democrática.

A tutela penal legitima-se quando a criminalização for realmente necessária, valendo o critério da *ultima ratio* para sua intervenção. Quando a conduta revestir-se de dignidade penal, pela confirmação de valores sociais, a tipificação de condutas ainda serve como fonte de estabilização de comportamentos, para assegurar expectativas normativas. Ainda que a conduta não desejada se materialize, ao menos a estrutura de expectativa jurídico-penal de que esta não deveria se realizar resta, genericamente, garantida.

Como arremata Ferraz Júnior (2003, p. 104), "Normas, nesse contexto, manifestam expectativas cuja duração é estabilizada de modo *contrafático*, isto é, a generalização da expectativa independe do cumprimento ou descumprimento da ação empiricamente esperada".

Refoge ao objetivo deste trabalho discorrer sobre a teorização institucional do Direito, como teoria estrutural da sociedade e o pensamento de seus protagonistas Niklas Luhmann (teoria dos sistemas) e Jürgen Habermas (teoria da comunicação). De qualquer sorte, ambas as teorias descrevem as normas como estruturas sociais transmitidas por comunicação. Nesse sentido, as normas são *esquemas simbólicos* de orientação que, por se tratar de normas jurídicas, determinam as características fundamentais de uma concreta configuração social. Por meio delas o sistema de comunicação social se descreve e se reproduz (MÜSSIG, 2001, p. 35-36).

Apesar da brutalidade do sistema repressivo, o Direito Penal não pode renunciar à missão de proteger bens jurídicos. Reveste-se de legitimidade como instância de controle social das graves disfunções em matéria econômica, desde que esteja fundamentado no absoluto respeito às garantias constitucionais e aos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade.

3. EXPANSIONISMO PENAL E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Um juízo mais açodado sobre a miríade de condutas que criminalizam ameaças, reais ou supostas, de violações a tais interesses poderia levar à conclusão de que, ao se empenhar nessa tutela, o Direito Penal vulneraria a *intervenção mínima*, princípio clássico de limitação do *ius*

puniendi estatal, bem como de seus subprincípios da fragmentariedade e da subsidiariedade. Além de conduzir à indagação: como será possível conciliá-los com a demanda crescente por proteção e segurança?

Se, de um lado, se busca a reafirmação intransigente de um Direito Penal *ultima ratio* e, portanto, mínimo, de outro, propagam-se discursos radicais por uma desmesurada criminalização, sob o argumento da extrema relevância da tutela penal. Erigem-se, pois, na seara penal os delineamentos de um Direito Penal mínimo e de um Direito Penal máximo, cuja distinção foi assim traçada por Luigi Ferrajoli:

A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. Os dois tipos de certeza e os custos ligados às incertezas correlativas refletem interesses e opiniões políticas contrapostas: por um lado, a máxima tutela da certeza pública acerca das ofensas ocasionadas pelo delito e, por outro lado, a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias (FERRAJOLI, 2002, p. 84-85).

Malgrado haja um consenso em derredor da ideia de que o Direito Penal se afigura como a mais gravosa forma de intervenção do Estado em face do indivíduo, e que, dessa forma, só pode ser convocado como recurso de *ultima ratio*,² as últimas décadas têm assistido a um acentuado expansionismo penal. A excepcionalidade da intervenção, por vezes, deixa de ser regra, verificando-se uma hipertrofia do sistema penal, principalmente no domínio específico do Direito Penal econômico.

José de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade (1982, p. 100) pontificam que: "O Direito Penal econômico perfila-se, assim, como uma das raras áreas do ordenamento jurídico penal onde a vertente da *neo-criminalização* sobreleva claramente a influência do movimento geral de *descriminalização*".

Jesús-María Silva Sánchez, em crítica ferrenha, denunciou a atual tendência expansionista do Direito Penal, denominando "expansão"³ à "criação

2. Assim é que só pode ser convocado como última razão de ser do Estado, quando absolutamente imprescindível à proteção de bens jurídicos considerados fundamentais, que garantam a coexistência pacífica na sociedade.

3. Despontam, então, uma tendência à expansão do Direito Penal pós-industrial, de que fala Jesús-María Silva Sánchez. Entre as causas mencionadas por Silva Sánchez, devem-se assinalar: a) O aparecimento de novos interesses ou de novas valorações de outros já existentes – por

de novos 'bens jurídico-penais', ampliação dos espaços de riscos juridicamente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia". (SILVA-SÁNCHEZ, 2002, p. 21).

De acordo com a lição de Carbonell (1996, p. 194), "a tarefa do Direito Penal é precisamente a de intervir o mínimo possível para conseguir o máximo de liberdade".

Em defesa de uma modernização do Direito Penal e da integração de toda a criminalidade material típica das classes poderosas, que fora historicamente excluída de seu discurso, adverte Luis Gracia Martín:

Em outras palavras: a modernização do Direito Penal é a luta pela integração no discurso penal da criminalidade material das classes sociais poderosas que elas mesmas conseguiram até agora excluir daquele discurso graças à sua posição de poder de disposição absoluto sobre o princípio de legalidade penal desde a sua invenção pelo ideário político ilustrado liberal da burguesia capitalista (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 117).

Por sua vez, em defesa de um modelo de Direito Penal mínimo, Paulo de Souza Queiroz propugna a redução do marco de intervenção do sistema penal, como exigência de racionalidade e imperativo de justiça social, uma vez que é um só instrumento, "nem o mais importante, nem o mais recomendável" (QUEIROZ, 2002, p. 29), a serviço dos fins constitucionais do Estado, assinalando tratar-se da mais violenta e desastrosa forma de intervenção na vida dos cidadãos.

A preocupação com o crescimento desmedido do Direito Penal figura, atualmente, como "cabo das tormentas" daqueles que se debruçam

exemplo, as instituições econômicas de crédito ou de inversão – isto é, a ascensão de novos bens jurídicos penais em face da conformação de novas realidades; b) a institucionalização da insegurança: em uma sociedade complexa, os contatos sociais podem redundar na produção de danos a longo prazo porque se opta pelo uso frequente de tipos de perigo e de perigo presumido (configuração mais abstrata); c) a sensação social de insegurança (sociedade do medo) da qual resulta uma demanda por um aumento da proteção penal; como se vê no recurso à criminalização em matéria econômica, ambiental e de corrupção política; d) a identificação social com a vítima (sujeito passivo) do delito, o que importa em uma demanda pelo recrudescimento do direito penal nessa área. Verifica-se uma alteração progressiva no *jus puniendi*: se antes se destacava "a espada do Estado contra o delinquente desvalido", agora, "a espada da sociedade contra a delinquência dos poderosos". A política criminal intervencionista é acolhida pela sociedade como forma de reação à criminalidade dos poderosos e das empresas (*crimes of the powerful-corporate and business crime*); e) descrença em outras instâncias de proteção e a consequente atribuição ao Direito Penal de instrumento de pedagogia político-social, mecanismo de socialização, de civilização, ou, de outro modo dito, grandes questões de funcionamento da sociedade – que nem instituições políticas nem grupos sociais foram capazes de resolver. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal...*, cit.

sobre a matéria. Para além de fixar as estratégias político-criminais que deem conta da prevenção e controle efetivo dessas ações delituosas da vida econômica de alta danosidade social, demanda-se a confirmação, sem renúncias, dos princípios do Direito Penal liberal.

A crítica à extensão da intervenção penal a novos âmbitos (geralmente suscetíveis às violações pelas classes sociais poderosas) sob o argumento da violação ao princípio da intervenção mínima e de seus consectários (fragmentariedade, subsidiariedade, *ultima ratio*), hoje, parece vazia. Precisamente porque continua válido o princípio da intervenção mínima, apenas merecendo uma melhor compatibilização com a nova configuração de um Estado que assume a defesa de conteúdos sociais e deve estender a tutela penal a outros bens jurídicos, diversos dos tradicionais.

Também, nesses casos, empregando-a em *ultima ratio* e preservando o caráter fragmentário desse ramo do ordenamento jurídico, ou seja, “apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas a bens valiosos podem ser objeto de criminalização” (PRADO, 2005, p. 30).

A proteção jurídico-penal à ordem econômica, por exemplo, deve ser feita em *ultima ratio* para preservar um interesse juridicamente protegido e garantir o bem-estar comum, devendo ser o último recurso do Estado, depois de haver lançado mão de todos os outros instrumentos de controle social ou de política econômica disponíveis.

Deve-se estar atento à lição de Luis Gracia Martín:

O rechaço à modernização do Direito Penal, todavia, não fica no plano examinado da crítica teórica de princípios. Esse rechaço só pode ter lugar de *lege ferenda*, pois a crítica, obviamente, não impede que todos os aspectos considerados pela mesma sejam características de um Direito Penal que está vigente. (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 103)

Silva Sánchez (2002, p. 22) observa a referida “expansão” como uma característica do Código Penal espanhol de 1995. Referindo à valoração positiva que a doutrina espanhola faz sobre o *codex*, Silva Sánchez evidencia que a “fuga (seletiva) ao Direito Penal” não se trata apenas de um problema de “legisladores superficiais e frívolos”, mas que começa a galgar uma cobertura ideológica de que antes não dispunha. Aduz, ainda, que a exposição de motivos do código reconhece haver uma antinomia entre o princípio da intervenção mínima e as crescentes necessidades de tutela em uma sociedade cada vez mais complexa. Destarte, tal antinomia seria resolvida dando prudente acolhida às novas formas de delinquência, todavia eliminando as espécies delitivas que perderam sua razão de ser.

Silva Sánchez (2002, p. 62) critica a expansão – *ad absurdum* – dos instrumentos de proteção jurídico-penais – proveniente de uma política criminal intervencionista –, como se fora o único mecanismo eficaz de pedagogia político-social, socialização ou civilização. É que, segundo ele, é inútil alimentar tal visão do Direito Penal porque se lhe transfere um fardo que não tem condições de carregar. Pontifica o autor que o caráter macroscópico, estrutural ou sistêmico dos “macroproblemas” – grandes questões sociopolíticas – ainda que se vislumbre neles “uma natureza globalmente criminal”, torna o Direito Penal um mecanismo insatisfatório à sua abordagem adequada. Remetem-se, assim, ao Direito Penal “as grandes questões do funcionamento da comunidade como tal, questões que, em última análise, nem as instituições políticas, nem os grupos sociais são capazes de resolver”.

A hipercriminalização, sentida pela multiplicação de leis extravagantes, expõe o sistema penal ao risco da perda da legitimidade, altamente prejudicial à sua credibilidade enquanto instância de controle social; ao tempo em que coloca em xeque a sua eficácia. Em razão da inflação legislativa, como alude Nilo Batista, o desconhecimento da lei passou a ser regra no Brasil; segundo a crença do autor, bacharéis em Direito, não especialistas em Direito Penal, ignorarão 80% ou 90% dos crimes que foram criados por lei cujos títulos indicam versar sobre os domínios mais distantes do Direito Penal, concluindo que o cidadão comum não faz a mais remota ideia dessa “ameaça penal por atacado, que o circunda por todos os passos”. (BATISTA *apud* SANTOS, 1981)

Deve ser desacreditada a expansão irracional do Direito Penal, desautorizando-se excessos punitivos condutores a um *Direito Penal autoritário* ou um *Direito Penal do autor*, castigador do modo de ser do agente, e não a conduta por ele praticada.

Ressalte-se, por pertinente, que é possível defender uma expansão moderada do Direito Penal, sem abdicar dos princípios do Estado Democrático de Direito e sem descarrilar para construções como o *Direito Penal do inimigo*, patrocinado por Jakobs e Meliá (2008), que tenciona alijar a condição de cidadãos de determinados indivíduos, tratados como *fontes de perigo* e, portanto, desconsiderados em sua dignidade ínsita.

Diante de tal realidade, Eduardo Demétrio Crespo questiona se a “modernização” representaria, realmente, uma evolução ou, como sugere, uma involução lamentável. A respeito do tema, Demétrio Crespo (2003, p. 110) colheu subsídios teóricos nas lições de Cancio Meliá, apresentando o Direito Penal do inimigo, entre outras características definitoriais, pela antecipação da punibilidade, pela adoção de uma

perspectiva fundamentalmente prospectiva, por um notável incremento das penas e pela flexibilização de determinadas garantias processuais individuais.

Referindo-se ao mesmo fenômeno, Muñoz Conde (2003) assinala que o Direito Penal é o mais autoritário ramo do ordenamento jurídico e, provavelmente, de todos os sistemas formalizados de controle social. Assinala o autor que o Direito Penal do inimigo caracteriza-se como um Direito Penal mais autoritário que o normal, uma vez que entra “pela porta falsa” de um ordenamento jurídico, cujos parâmetros constitucionais reconhecem direitos humanos fundamentais, garantias, que, pelo menos formalmente, servem de barreira infranqueável ao poder punitivo do Estado.

As dificuldades de controle experimentadas pela delinquência de colarinho-branco dos setores mais poderosos suscitaram, sobretudo pela opinião pública, o clamor pela aludida intervenção máxima, em face das classes poderosas, produzindo, conforme se tem afirmado, “um fenômeno de fascinação de diversas organizações sociais pelo Direito Penal, fascinação-essa da qual carecem todos os seus equivalentes funcionais” (GÜNTHER *apud* SILVA SANGHEZ, 2002).

É preciso estar atento ao fato de que a inserção de componentes autoritários, nos moldes de uma política de *tolerância zero*,⁴ quer para os comportamentos criminosos das classes poderosas do sistema ou para os naturalmente desgraçados, não se sustenta no espaço do Estado Democrático de Direito; até porque a dogmática se constrói, ao menos em tese, enquanto sistema de garantias para o cidadão, cega ao modo de ser do agente, sob pena de se falar em um Direito Penal de autor – de prisas eras e péssima memória.

Sobreleva observar, como fazia Tobias Barreto, que “a aplicação legislativa na penalidade é uma pura questão de política social. Ela resume-se na seguinte máxima: impor penas em todos os casos em que a sociedade não pode passar sem ela” (BARRETO, 1991, p. 116)

4. Na verdade, se vale aqui apenas da força da expressão porque, verdadeiramente, a política de tolerância zero levada a efeito por William Bratton, no início dos anos 90, voltava sua fúria punitiva e policial para os setores marginalizados da sociedade, a quem denominavam o “lixo” (drogados, prostitutas, pequenos delinquentes, imigrantes ilegais, membros da classe baixa ou classe média empobrecida, etc.); o centro das atenções era a criminalidade de massa, de rua (patrimonial e violenta) enquanto favorecia a impunidade de delitos mais graves como os delitos econômicos, o narcotráfico, a corrupção empresarial, cujos atores eram os poderosos da sociedade.

Obviamente, não se trata de promover uma expansão irracional, imoderada e erosiva do próprio conteúdo ético-valorativo do Direito Penal, antes disso reafirmá-lo como instância última de proteção de bem jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Respeitando-se o caráter subsidiário do Direito Penal e o princípio da mínima intervenção, quando absolutamente inquestionável a convicção delitiva, são legítimos os pronunciamentos do Direito Penal quanto aos mencionados bens jurídicos, devendo ser implementada sua tutela, para expressar a desaprovação social do comportamento e afirmar o conteúdo ético residente nas sanções penais.

Os critérios norteadores da proteção subsidiária de bens jurídicos do recurso ao Direito Penal como *ultima ratio* permanecem. Apenas quando os demais ramos do ordenamento jurídico fracassarem na sua missão protetiva, autoriza-se a convocação das sanções penais para responder às mais graves formas de agressão à ordem econômica e ao sistema financeiro, por exemplo. Não há choque, antes deve haver uma harmonização entre a gestão dos interesses típicos da contemporaneidade e os imperativos da segurança jurídica e da justiça.

O universo simbólico do Direito Penal, isto é, sua dimensão comunicativa, é útil e necessário, na medida em que ainda tem a capacidade de reafirmar valores, exprimindo-os por meio da sanção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro: Record, 1991. v. 2.
- CASSIRER, Ernst. *Ensaio sobre o homem*: introdução a uma filosofia da cultura humana. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- COLEMAN, James William. *A elite do crime*: para entender o crime do colarinho-branco. Tradução de Denise R. Sales. Barueri: Manole, 2005.
- COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. Notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP (Freiburg, setembro de 1982.). In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2000. p. 97-120.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. De nuevo sobre el pensamiento abolicionista. In: *Bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste*. Cahiers de Defense Sociale. Mélanges en l'honneur de Louk Hulsman. *Droit Penal entre abolitionnisme et tolérante zero*, Année 2003, p. 110.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: RT, 1994.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução de Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Fabris, 2005.
- HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 22, p. 27-35, abr.-jun. 1998.
- _____. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 8, p. 41-51, out.-dez.1994.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Organização e tradução de André Luís Callegari, Nereu-José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- MATEU, Carbonell. **Derecho penal: conceptos y principios constitucionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **El nuevo derecho penal autoritario**. Texto de la ponencia mantenida por su autor en el Coloquio Internacional Humboldt "La función mediadora del derecho como ciencia universal en una época de globalización y de lucha contra el terrorismo", celebrado en Montevideo entre 6 y el 8 de abril del año 2003.
- _____. O moderno direito penal no novo código penal espanhol: princípios e tendências. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, v. 2, fasc. 4, p. 37-42, 1997.
- _____. Principios político criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal español de 1994. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3, n. 11, p. 7-20, jul.-set. 1995.
- MÜSSIG, Bernd. **Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema**. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF, 2007. (Coleção Justiça e direito.)
- PRADO, Luiz Regis. **Elementos de direito penal**. São Paulo: RT, 2005. v. 1
- QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Lineamentos para um direito penal mínimo. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002
- RODRIGUES, Anabela Miranda. **Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal**. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários - problemas especiais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. v. 2, p. 483.
- Discorso punitivo em matéria penal fiscal. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: RT, 2000. p. 181-191.
- SANTOS, Gérson Pereira dos. **Direito penal econômico**. São Paulo: Saraiva, 1981.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. (Série As ciências criminais no século XXI, v. 11.)
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**. São Paulo: RT, 2003. (Ciência do direito penal contemporânea, v. 3.)

CAPÍTULO 10

Responsabilidade Penal e Menoridade

Karyna Batista Sposato

Escrever um capítulo nesta obra em homenagem à professora Maria Auxiliadora Minahim é motivo de enorme honra e satisfação, pois me permite demonstrar, pública e academicamente, minha profunda admiração por sua produção e trajetória no campo do Direito penal e, ao mesmo tempo, estar acompanhada de colegas que participaram do meu processo de formação e reflexão acadêmica. Em um misto de gratidão intelectual e amizade, lanço aqui algumas considerações em torno da Responsabilidade Penal de menores de dezoito anos no Direito brasileiro, tema este que nos une desde quando estive sob sua primorosa orientação de doutorado.

1. INTRODUÇÃO

Não é de hoje que o tema da Responsabilidade penal dos menores de dezoito anos de idade ocupa diversos autores, em busca de uma adequada classificação e localização temática no âmbito da ciência do Direito. Objeto de disputas entre o Direito penal tradicional e um suposto direito misto, especial, a questão da responsabilização dos adolescentes e da natureza jurídica das conseqüências impostas frente o cometimento de infrações penais, embora muito debatida parece ainda não ter encontrado um denominador comum: chamar de direito penal a intervenção socioeducativa é, para alguns, risco de incorporar a racionalidade penal moderna para o campo da justiça juvenil, vindo a piorar o atendimento e, com isso, afastar a essência pedagógica da medida, enquanto para outros é o único caminho na construção de garantias clássicas frente ao poder punitivo que se possa exercer sobre adolescentes.

2. O DIREITO PENAL JUVENIL OU O DIREITO PENAL DE ADOLESCENTES

Há uma extensa variedade de autores estrangeiros que se dedicam a definir o Direito penal juvenil. Nas lições de Higuera Guimerá, trata-se

...the ...
...the ...
...the ...

...the ...
...the ...
...the ...

...the ...
...the ...
...the ...

...the ...
...the ...
...the ...

...the ...
...the ...
...the ...

...the ...
...the ...
...the ...

...the ...
...the ...
...the ...

...the ...
...the ...
...the ...

...the ...
...the ...
...the ...

...the ...
...the ...
...the ...