

Esta época atual, tanto em nível nacional como internacional, é marcada pela modificação de paradigmas. A pós-modernidade atingiu de forma contundente todos os setores da sociedade humana, e o Direito Público não poderia restar incólume. Com essa mudança do elemento factual, o aspecto da normalidade, novos desafios são colocados para a sociedade política organizada em todos os órgãos componentes do aparato estatal, o que obriga, do mesmo modo, a uma mudança na substância teórica que pulula nas searas que se apóiam na supremacia do interesse coletivo.

A obra que ora se apresenta tem o escopo de apresentar aos leitores uma chave de leitura que permita uma revisitação de velhas e novas indagações com outros olhos e outros pressupostos teóricos, possibilitando a construção de marcos teóricos mais factíveis de concretização, o que enseja uma reestruturação mais eficaz do aparelho estatal.

Em um país que figura entre as dez economias mais avançadas do mundo e que ao mesmo tempo apresenta uma das piores desigualdades de renda do mundo, uma postura audaciosa aos *novos desafios do Direito Público*, antes de se configurar como uma celeuma jurídica, mostra-se como imperioso dever de cidadania.

ISBN 978-85-7700-134-7



www.editoraforum.com.br

Walber de Moura Agra, Celso Luiz Braga de Castro,
André Ramos Tavares (Coordenadores)

CONSTITUCIONALISMO
Os Desafios no Terceiro Milênio



Walber de Moura Agra
Celso Luiz Braga de Castro
André Ramos Tavares

(Coordenadores)

Constitucionalismo

Os Desafios no Terceiro Milênio

ef Editora Fórum

© 2008 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Editora Fórum Ltda.
Av. Afonso Pena, 2.770 – 15º/16º andar
Funcionários – CEP 30130-007
Belo Horizonte – Minas Gerais
Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br
editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisor: Michel Gannan

Bibliotecária: Fernanda de Paula Moreira – CRB 2900 – 6ª Região
Projeto gráfico: Walter Santos
Formatação e capa: Carolina Rocha

C758 Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio / Coordenadores: Walber de Moura Agra, Celso Luiz Braga de Castro, André Ramos Tavares. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

518 p.
ISBN 978-85-7700-134-7

1. Direito constitucional. 2. Democracia. 3. Sistema eleitoral. 4. Inconstitucionalidade das leis. 5. Direito ambiental. 6. Separação de poderes. 7. Princípio da subsidiariedade. 8. Direito administrativo. 9. Jurisdição constitucional. 10. Parceria público-privada (PPP). I. Agra, Walber de Moura. II. Castro, Celso Luiz Braga de. III. Tavares, André Ramos.

CDD: 341.2
CDU: 342(81)

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 518 p. ISBN 978-85-7700-134-7.

Sumário

Apresentação	13
Sistema eleitoral e democracia representativa	
Adriano Sant'Ana Pedra	15
1 Introdução	15
2 Circunscrição eleitoral	17
2.1 Magnitude das circunscrições	17
2.2 Peso da circunscrição e <i>malapportionment</i>	17
2.3 Geometria da circunscrição e <i>gerrymandering</i>	20
3 Fórmulas eleitorais	20
3.1 Fórmulas majoritárias	21
3.2 Fórmulas proporcionais	21
4 Sistema majoritário	23
4.1 Sistema majoritário puro ou simples	23
4.2 Sistema majoritário de dois turnos	25
5 Sistema proporcional	25
5.1 Fórmulas unioperacionais	27
5.2 Fórmulas bioperacionais	28
5.3 Formas de candidatura	29
5.3.1 Listas fechadas	30
5.3.2 Listas abertas	31
5.4 Voto de legenda	32
6 Sistema distrital	32
6.1 Sistema distrital puro	33
6.2 Sistema distrital misto	35
6.2.1 Sistema distrital misto por correção	35
6.2.2 Sistema distrital misto por superposição	36
7 Considerações finais	37
Referências	38

A constitucionalização do direito e o controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário

Anderson Sant'Ana Pedra	41
1 Introdução	41
2 A constitucionalização do direito	43

2.3	A contribuição da doutrina social da Igreja Católica	174
2.4	Elementos conceituais modernos	178
2.5	Natureza	182
2.6	Fundamentos	184
3	Conclusão	188
	Referências	189

Inelegibilidade decorrente da rejeição de contas de gestores públicos e a nova interpretação da Súmula nº 1 do TSE: a moralidade administrativa como desafio do Terceiro Milênio

George Ventura Morais	191
1 O enquadramento da questão	191
1.1 A contextualização normativa na Constituição Federal de 1988	195
1.2 A Lei Complementar nº 64/90	196
1.3 A lei de improbidade administrativa	198
1.4 A Súmula nº 1 do TSE	200
2 O princípio constitucional da moralidade administrativa	202
2.1 O dever da probidade administrativa	205
3 O artigo 1, inciso I alínea g, da LC nº 64/90	207
4 Da nova interpretação do TSE à Súmula nº 1	208
5 Conclusões	215
Referências	216

Jurisdição constitucional: a legitimidade de um tribunal constitucional jurídico-político

João Carlos de Oliveira Teles	219
1 Introdução: aportes iniciais do tema	219
2 Natureza do tribunal constitucional	223
2.1 Natureza política do tribunal constitucional	224
2.2 Natureza jurídica do tribunal constitucional	226
3 Legitimidade do tribunal constitucional	229
4 Considerações finais	233
Referências	235

Estado mínimo vs. Estado máximo: o dilema

José dos Santos Carvalho Filho	239
1 Introdução	239

2	O Estado e a sociedade	241
3	Estado interventivo	243
4	Organização administrativa	245
5	Fins institucionais	247
6	A reforma administrativa	249
7	A desestatização	251
8	Causas gerais e concretas da transformação	253
9	Problemas atuais: o dilema	256
10	Conclusões	262

Afinal: quem é o Estado?

Por uma Teoria (possível) do/para o Estado Constitucional

Jose Luis Bolzan de Moraes	263
---	-----

Ações afirmativas como meio para a efetivação dos direitos sociais

Juliana Melo Azevedo	293
1 Introdução	293
2 Considerações introdutórias sobre os direitos sociais	295
3 Concepção moderna do princípio da igualdade	300
4 As ações afirmativas	305
5 Conclusões	313
Referências	321

Novos desafios do direito penal na contemporaneidade

Juliana Pinheiro Damasceno e Santos	325
1 Introdução	325
2 Desafios do direito penal na sociedade contemporânea	328
3 A intervenção punitiva do estado na criminalidade econômica financeira e a expansão da tutela penal na contemporaneidade	334
4 "Modernização" do direito penal: avanço ou retrocesso lamentável?	339
5 O simbolismo em matéria penal na sociedade contemporânea	345
6 Conclusão	348
Referências	349

Novos desafios do direito penal na contemporaneidade

Juliana Pinheiro Damasceno e Santos

*Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).
Especialização em Ciências Criminais pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).
Pós-graduanda em Direito do Estado (Especialização) pela Universidade Federal da
Bahia (UFBA). Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia
(UFBA). Professora Universitária.*

Sumário: 1 Introdução - 2 Desafios do direito penal na sociedade contemporânea -
3 A intervenção punitiva do estado na criminalidade econômico financeira e a
expansão da tutela penal na contemporaneidade - 4 "Modernização" do direito penal:
avanço ou retrocesso lamentável? - 5 O simbolismo em matéria penal na sociedade
contemporânea - 6 Conclusão - Referências

1 Introdução

A criminalidade econômico-financeira afigura-se como extraordinária fonte para analisar os limites da eficácia do Direito Penal e sua (in)capacidade de produzir respostas institucionais compatíveis com as profundas mudanças experimentadas nas estruturas socioeconômicas e políticas na sociedade contemporânea.

A delinquência, enquanto expressão integrativa de determinada realidade social, se amolda às novas formas de socialização decorrentes das vertiginosas transformações proporcionadas pela revolução tecnológica e científica, refletidas na ordem econômica global, pelo capitalismo neoliberal e a transnacionalização dos mercados financeiros.

Vivencia-se uma nova configuração social, marcada pela insegurança e pela globalização dos riscos, atuais e potenciais, decorrentes das atividades humanas. Notadamente, a mobilidade

de capitais e de pessoas deu margem à inserção de novas formas delinqüenciais, cuja experiência jurídica deverá enfrentar.

A abordagem dogmático-jurídica do tema passará pelos problemas ocasionados pela criminalidade econômica no Direito Positivo e suas manifestações eloqüentes no plano teórico da dogmática jurídico-penal.

Contudo, por se tratar de tema de relevante interesse societário, não é possível ignorar as íntimas conexões entre a *criminalidade dos poderosos* e os fatores sociais que condicionam estruturalmente o funcionamento seletivo da Justiça Penal. As instâncias mais rudimentares de solução de conflitos já revelavam um tratamento não igualitário entre o forte e o débil, o pobre e o rico. As raízes de injustificados favorecimentos remontam, pois, aos primórdios da humanidade, e já se vislumbrava desde a forma embrionária da Justiça Criminal.

Não se trata, portanto, de notar o fenômeno apenas como efeito colateral da globalização da economia, em escala planetária; antes, deita o trabalho suas raízes nas íntimas relações entre o homem, a sociedade, a cultura e o direito.

Em que pese a evolução do pensamento humano, que abriu espaço às reivindicações dos valores da igualdade e da solidariedade, as vantagens da vida comunitária nunca chegaram a ser igualmente partilhadas, pois os que dispõem da mais mínima parcela de poder foram sempre beneficiados com um tratamento diferenciado. Desejada e proclamada por muitos, a igualdade, ainda, não foi, satisfatoriamente, conquistada, mormente no âmbito penal.

Se é verdade que muito desses comportamentos desviantes, no âmbito da atividade econômica e financeira, são extremamente nocivos ao interesse societário, é correto dizer, também, que há uma irracional precipitação no seu sancionamento, culminando em uma indesejável instrumentalização do Direito Penal. “O Direito Penal Econômico perfila-se, assim, como uma das raras áreas do ordenamento jurídico penal onde a vertente da

neocriminalização sobreleva claramente a influência do movimento geral de *descriminalização*.”¹

A ilusão pueril de que esse ramo do ordenamento jurídico pode dar conta de resolução dos problemas sociais que marcam a contemporaneidade, servindo-se dele como instrumento de direção da vida social e conseqüente ordenação, esbarra com suas próprias tradições democráticas.

O presente texto objetiva recolher subsídios teóricos para compreender os desafios e aspectos mais relevantes da (in)eficácia da intervenção penal na criminalidade de colarinho branco,² mormente no que diz respeito à delinqüência econômico-financeira na contemporaneidade.

O arcabouço da dogmática jurídico-penal de bases clássicas impõe limitações naturais e lógicas a essa desmesurada expansão da tutela penal; sendo de salientar a sua incapacidade de reagir eficazmente aos grandes riscos sociais.

Para além das inúmeras deficiências de ordem dogmática, vê-se a inadequação do tratamento da matéria pelos diplomas legais. Cuida-se de realidade dificilmente enquadrada nas categorias tradicionais da ciência jurídico-penal. As novas formas de delinqüência desenham-se com contornos próprios, que distam da criminalidade tradicionalmente afeta àquele Direito Penal de “sangue e lágrimas” — que recaia toda a dramaticidade da vida. Sobretudo, se deve considerar que “pela sua aptidão para criar defesas, frustrando as formas de luta que lhe são dirigidas, a criminalidade econômica é uma ameaça séria a minar os alicerces de qualquer sociedade organizada”³

¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. Notas a propósito do colóquio preparatório para a AIDP (Freiburg, setembro de 1982). In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 100.

² Crime de colarinho branco (*white collar crime*) — alusão às vestes dos empresários, que se contrapõem aos operários de *blue collar* (referindo-se aos macacões de trabalho).

³ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. A problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

A complexidade no desvendamento das condutas criminosas está muito além da elevada danosidade/lesividade desses delitos. A sua visibilidade escassa, a vitimização difusa — inconsciência da qualidade da vítima — e certa imperceptibilidade da prática dessas infrações, além das dificuldades de aplicação de técnicas legislativas adequadas quando do sancionamento das condutas e todas as escolhas racionais, tecnicismos e astúcias que envolvem essas formas delitivas, são exemplos da alta problemática envolvente do tema.

2 Desafios do direito penal na sociedade contemporânea

O instrumental punitivo tradicional está muito aquém dos reclamos das modernas configurações penais. Isto porque, concebido para o Estado Liberal do século XIX, construído com base em uma realidade sociocultural inteiramente diversa da atual. Saliente-se, por pertinente, a colocação de William Terra de Oliveira, para quem “o Direito Penal Clássico tende a resistir à quebra de seus postulados, apresentando e dando sustentáculo — ainda nos dias de hoje — a um arsenal punitivo incompatível, em termo de eficácia repressora e preventiva, com muitas das querências coletivas”.⁴

Falar em *white collar crime*⁵ significa, também, pôr em relevo a questão da funcionalidade do aludido instrumento punitivo. Isto é, a adoção de políticas de controle dos comportamentos criminosos, por intermédio da instrumentalização da tutela penal, para responder, eficazmente, às transformações sociais. Sucede que essa maximização da capacidade funcional do Direito

⁴ OLIVEIRA. Algumas questões em torno do novo Direito Penal Econômico. *RBCCRIM*, p. 232.

⁵ Edwin H. Sutherland denominou de *white collar crime* “os crimes cometidos por indivíduos de alto nível social e grande respeitabilidade social no curso de suas ocupações profissionais”. A expressão *White collar crime* se notabilizou de tal maneira que encontra correlata, em diversos idiomas, a saber: *crime de colarinho branco* (Portugal e Brasil), *delincuencia de cuello blanco* (espanhol), *criminalità en colletti bianchi o inquantigalli* (na Itália), *criminalité en col blanc* (na França), *weissekragen-kriminalität* (na Alemanha), de maneira que se percebe que os estudos desenvolvidos acerca dessa modalidade delitiva projetaram sua influência na doutrina e nos ordenamentos jurídicos de outros países.

Penal se materializa, por vezes, à custa do atropelo de garantias dogmáticas tradicionais.⁶ Muitas das sólidas conquistas históricas das idéias penais são, agora, colocadas em xeque.

Essa tendência à *funcionalização* do Direito Penal, consoante arguta observação de Francisco Muñoz Conde, “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”.⁷

É preciso transcender às respostas puramente formais ou técnicas, pois o problema é conjuntural. Constitui evidência irrecusável a vinculação funcional dos crimes de colarinho branco na composição geral da sociedade, como se percebe pela invulnerabilidade conferida aos protagonistas sociais desses delitos.

Os postulados da dogmática jurídico-penal tradicional, forjados num modelo de pensamento instituído pela concepção liberal individualista do ideário político ilustrado, ressentiram-se dos efeitos colaterais da tendência expansionista do Direito Penal em matéria econômico-financeira. Materializadas pela flexibilização, no sentido técnico-jurídico das suas categorias tradicionais e princípios de feição garantística.

Nesse sentido, assistiu-se à precipitação do legislador penal na incriminação e no sancionamento de condutas no âmbito econômico e áreas afins, contrariando o princípio da intervenção mínima e o caráter subsidiário do Direito Penal; a vulneração do

⁶ A esse respeito, Cezar Roberto Bitencourt assevera que “por isso a política criminal do Direito Penal Funcional sustenta, como modernização funcional no combate à ‘criminalidade moderna’, uma mudança semântico-dogmática: ‘perigo’ em vez de dano, ‘risco’ em vez de ofensa efetiva a um bem jurídico; ‘abstrato’ em vez de concreto; ‘tipo aberto’ em vez de fechado; ‘bem jurídico coletivo’ em vez de individual etc.” (In: Princípios garantistas e a delinqüência do colarinho branco. *RBCCRIM*. v. 3, n. 11, p. 123, jul./set. 1995).

⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. O “moderno” direito penal no novo código penal espanhol: princípios e tendências. *IBCCRIM*. In: MUÑOZ CONDE. O moderno direito penal no novo código penal espanhol: princípios e tendências. *IBCCRIM. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, p. 37-42.

princípio da legalidade e da taxatividade na elaboração das normas incriminadoras, e reflexos quanto à conformação da tipicidade penal — a multiplicação de tipos abertos e vagos, as inúmeras normas penais em branco, a freqüente utilização de normas de reenvio. Verificou-se, ainda, com invulgar recorrência, a formulação de crimes de perigo abstrato, notabilizando-se uma idéia de antecipação de punibilidade e ampliação dos espaços de risco penalmente relevantes, a pretexto de uma proteção efetiva dos aludidos bens jurídicos coletivos; além do reconhecimento da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e outras flexibilizações relativas ao Princípio da Culpabilidade.

Segundo Warat, “a dogmática jurídica permite a legitimação do poder no direito, garante o seu funcionamento, sempre irrestrito, com a ficção de um limite racional. Garante a fantasia de segurança jurídica para um poder ambivalentemente limitado e irrestrito”.⁸

O discurso da dogmática jurídico-penal, no tocante à criminalidade econômica, tem demonstrado ineficácia jurídica e social. Mas, uma eficácia simbólica legitimadora, isto é, vê-se um chamamento meramente retórico do Direito Penal para supostamente dar conta de um problema social incapaz de ser resolvido. Existe, portanto, uma idealização do funcionamento e da capacidade de reação do Direito Penal não condizente com a realidade do sistema penal.

Investigações sociológicas evidenciaram a enorme cifra oculta na criminalidade econômica, comprovando-se a defasagem entre a criminalidade real e a criminalidade oficialmente registrada — criminalidade estatística. Estudos empíricos, como os de Castillo, dão conta de como certos segmentos da sociedade são excluídos do controle penal.

⁸ WARAT. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA-(Org.). *Teoria do Direito e do Estado*, p. 87.

Apesar da magnitude da abrangência das leis penais regulamentadoras do controle da criminalidade econômico-financeira, a aplicação de tais normas, na prática, não surte as conseqüências almejadas em face da intrínseca incapacidade operacional do sistema penal; não se verificando, portanto, o poder criminalizante programado no discurso jurídico-penal oficial.

Malgrado haja promessas oficiais de distribuição igualitária da justiça criminal por via da previsão normativa abstrata de ações legalmente definidas como criminosas — cujos potenciais sujeitos ativos da conduta são as elites delinqüentes, atores sociais, praticantes dessas ações de maior danosidade social, são beneficiários da seletividade estrutural da justiça criminal.

Na prática, o sistema penal é altamente seletivo e desigual, direcionando sua fúria, quase sempre, às pessoas etiquetadas como delinqüentes, pertencentes aos estratos sociais mais vulneráveis e marginalizados, e não, como deveria ser, àqueles praticantes da conduta qualificada como criminosa.

Confirma-se a assertiva de Alessandro Baratta, para quem a seletividade depende da própria estrutura do sistema. Ou seja, da discrepância entre os programas de ação previstos nas leis penais e as reais possibilidades de intervenção. Equivale dizer: a imunidade, e não a criminalização, é a regra no modo de funcionamento do sistema, no que tange ao tema em comento.

As diferenças de oportunidades entre os indivíduos e a desigualitária distribuição de benesses em dada estrutura social, as relações de poder entre os estratos sociais, trazem como reflexo inelutável a distribuição desigual das definições do *status* de criminoso.

A Justiça Criminal nada mais é que refletor ideal das multifárias relações de poder travadas no seio social, servindo de espelho da desigualdade social subjacente.

Para transcender a simples respostas formais e técnicas, a um problema consabidamente, conjuntural, é imprescindível

vislumbrar a invulnerabilidade conferida estruturalmente aos criminosos de colarinho branco. Seria, no mínimo, ingenuidade analisar a fenomenologia de tais modalidades delitivas à luz das definições legais, além de superficial e estéril à crítica da estrutura social vigente. Os limites formais traçados nos códigos penais não são suficientes para divisar as características do *white collar criminality*.

Torna-se imperioso o intercâmbio de conversações entre a criminologia, a dogmática jurídico-penal e a política criminal.

A intervenção penal na criminalidade econômica-financeira não pode ser percebida, em sua inteireza, por meio de perspectivas criminológicas isoladas, rechaçando-se exclusivismos de qualquer ordem. A tendência mais coerente com a dinâmica da matéria é a abordagem por um prisma interacionista. A problematização teórica e empírica deve ser feita com base em um modelo aberto no qual a busca de explicações e respostas estejam assentadas no acúmulo do saber criminológico desenvolvido até então.

O combate aos grandes riscos sociais, perceptível no expansionismo penal, sobretudo, com a inserção do fundamento econômico, no perfil criminógeno, não pode ter por solução simplista e ineficaz o embrutecimento do sistema punitivo: endurecimento e aumento das opções repressivas, a vulneração das garantias constitucionais tradicionais e do absoluto desprezo à idéia de Direito Penal Mínimo.

Muito dessa utilização indiscriminada da ameaça penal parte de uma política criminal irracional, cumpridora das funções meramente simbólicas. Isto alimenta a ilusão pueril de que a tendência expansionista das leis penais resolverá ou mitigará o problema da criminalidade econômico-financeira. E o mais deplorável disso tudo: deixa desprotegido o bem jurídico necessitado de especial proteção.

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.

Dentro dos marcos regulatórios de um Estado Democrático de Direito, a luta pela integração da criminalidade de colarinho branco no discurso punitivo oficial e a especial gravidade e danosidade desses delitos não justificam, por si só, a redução de garantias em nome de uma maior eficiência na persecução dessa modalidade delitiva. Ressalte-se, em termo de desvalor, tal criminalidade não ser intrinsecamente diferente da convencional. Porém, a forma como se exterioriza é diversa; sobretudo, há evidentes dessemelhanças quanto à Reação Social.

A intervenção jurídica deve buscar, portanto, a máxima eficácia preventiva e a certeza do castigo, preservando, em sua inteireza, os direitos fundamentais do acusado.

Apesar da imperfeição e brutalidade, o Direito Penal não pode renunciar, de todo, os bens jurídicos coletivos. Pois, no seu atual estágio, ainda é necessário e 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. Além disso, o princípio da taxatividade obriga ao legislador penal descrever o comportamento criminoso da forma mais clara e precisa possível.

O Direito Penal deve, aos poucos, despojar-se da missão que lhe fora imposta, conjuntamente, de tutela primeira de bens universais — *prima ratio* —, sendo de sobressair tais bens jurídicos deverem encontrar proteção no Direito Civil, no Direito Administrativo, no próprio mercado ou pelo próprio cuidado da vítima, como propugna Winfried Hassemer. É que nesses âmbitos poderiam ser verdadeiramente tutelados, livrando-se de promessas penais falaciosas de proteção e sancionamento daqueles vulneradores de um bem jurídico de tal relevância. É imperioso, portanto, desenvolver políticas públicas ensejadoras,

efetivamente, da prevenção, do controle e do sancionamento da criminalidade de colarinho branco. Admitindo-se, inclusive, como se referiu ao longo do trabalho, um sistema precipuamente preventivo e também de internalização de mecanismos de controle dentro do próprio marco empresarial, como maneira eficiente de enfrentar a criminalidade exurgente.

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

Ao ser absolutamente inquestionável a convicção delitiva, são legítimos os pronunciamentos do Direito Penal, a partir da cominação de sanções, devendo ser implementados, expressam a desaprovação social do comportamento e o conteúdo ético residente nas sanções penais. Assim, logrará manter o equilíbrio do sistema e superar sua crise deslegitimadora do poder punitivo.

A política criminal deve estar sempre orientada à dignidade humana, independentemente se o réu é descamisado ou ter colarinho branco.

3 A intervenção punitiva do estado na criminalidade econômico financeira e a expansão da tutela penal na contemporaneidade

Em que pese haver um consenso acerca da idéia de que o Direito Penal se afigura como a mais gravosa forma de intervenção do Estado em face do indivíduo, pela violência que lhe é inerente e que, assim sendo, só pode ser convocado, como *ultima ratio*,⁹ as últimas décadas têm evidenciado um acentuado expansionismo

⁹ Assim é que só pode ser convocado como última razão de ser do Estado, quando absolutamente imprescindível à proteção de bens jurídico-considerados fundamentais, que garantam a coexistência pacífica na sociedade.

penal. Como corolário do princípio da intervenção mínima, tem-se o caráter fragmentário desse ramo do ordenamento jurídico, ele “quer dizer que apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas a bens valiosos podem ser objeto de criminalização”.¹⁰

Nesses setores emergentes da criminalidade, as respostas institucionais são quase sempre dadas mediante um fluxo crescente de criminalizações. Isto é, como se o apelo ao Direito Penal fora único mecanismo válido e idôneo para prevenir delitos, sobretudo, relativos à macrocriminalidade. Tais normas incriminadoras, embora formalmente válidas, são, normalmente, despidas de eficácia. Decorre, inexoravelmente, uma crise de legitimação do sistema penal, quer do ponto de vista da prevenção geral, quer da prevenção especial.

Para não correr o risco de o sistema penal cair no vazio de opções normativas meramente simbólicas, é que a tutela penal legitima-se. Isso ocorre quando a criminalização é realmente necessária e quando a conduta reveste-se de dignidade penal e seja provável sua eficácia. Assim, a lei penal deverá intervir, subsidiariamente “e, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia”.

A emergência penal, facilmente perceptível pela multiplicação de formas de criminalidade, pela ampliação de tipos delitivos, pelo recrudescimento punitivo, pela precipitação irracional do legislador penal através da super e sobreposição de normas incriminadoras carecedoras de precisão e clareza — certa orgia legiferante —, embrutece o sistema, mas não lhe garante eficácia.

Ao revés, a exacerbação da intervenção punitiva corrói as tradições garantistas, despreza o Direito Penal Mínimo e inverte o conteúdo dos princípios fundantes da filosofia penal da

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Elementos de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1, p. 30.

ilustração atravessadora dos séculos, logrando assento nos textos constitucionais dos Estados Democráticos de Direito.

A esse respeito, aponta Jesús María Silva Sánchez que: “Criação 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, não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo ‘expansão’”.¹¹

O autor supracitado observa, inclusive, a referida “expansão” como uma característica do Código Penal espanhol de 1995. Referindo à valoração positiva que a doutrina espanhola faz sobre o *codex* evidenciadora que a “fuga — seletiva — ao Direito Penal” não se trata de um problema de “legisladores superficiais e frívolos”, mas que começa a galgar uma cobertura ideológica de que 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, seria resolvida dando prudente acolhida às novas formas de delinqüência, todavia eliminando as espécies delitivas que perderam sua razão de ser.¹²

No Brasil, a clarividente tendência expansionista manifestou-se, por exemplo, com a edição de inúmeras leis de caráter econômico, financeiro e tributário, supostamente para dar conta do funcionamento de novas instituições ou para proceder à regulamentação jurídico-penal de problemas típicos da complexidade da vida contemporânea, mormente, no âmbito da economia.

Os delitos de feição econômico-financeira têm dado mostras do seu crescimento, sobretudo nos países ocidentais muito industrializados, mas o fenômeno, também, é perceptível

naqueles países em via de desenvolvimento, dentre os quais o Brasil.¹³

Como exemplo, pode-se citar a Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que trata dos crimes contra a economia popular; a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que dispõe sobre a repressão aos abusos do poder econômico; a Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965 — Lei de Sonegação Fiscal —, que define o crime de Sonegação Fiscal; a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986 — Lei do Colarinho Branco —, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional; a Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989 — Lei dos Crimes contra Investidores —, que também dispõe sobre a Ação Civil Pública de Responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliário; a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 — Lei de Proteção ao Consumidor —, que traz na sua disciplina crimes contra as relações de consumo, em geral delitos que versam sobre abuso do poder econômico e má-fé no trato com o consumidor; a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 — Leis dos Crimes contra Ordem Econômica e Tributária —, que define os crimes contra a Ordem Tributária, Econômica, e contra as Relações de Consumo; Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991 — Lei de Defesa da Concorrência; a Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991, que prevê crimes contra a Ordem Econômica e cria o sistema de estoque de combustíveis; a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 — Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica —, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a Ordem Econômica; Lei nº 9.034,

¹¹ SILVA SÁNCHEZ. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, p. 21.

¹² SILVA SÁNCHEZ. *Op. cit.*, p. 22.

¹³ Nesse sentido, merece alusão o comentário de Willian Terra de Oliveira: “A criminalidade de colarinho branco está sendo estudada em vários países, pois o fenômeno é comum tanto nas sociedades industrializadas, como naquelas de economia agrária, da mesma forma que está presente desde economias de mercado até as de alto grau de estatização.” OLIVEIRA. *Algumas questões em torno do novo direito penal econômico*. *RBCCRIM*, p. 234.

de 3 de maio de 1995 — Lei de Repressão às organizações criminosas —, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas; a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 — Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro —, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei.

Sucede que o mero incremento da intervenção penal, por meio da descrição de novos tipos legais, a multiplicação de microssistemas penais — *elefantíase do Direito Penal*¹⁴ —, as neocriminalizações, ou, ainda, o agravamento das sanções penais não têm causado impacto em âmbito societário. Como se poderia imaginar, nenhuma — ou quase nenhuma — melhoria efetiva houve no combate à criminalidade econômica.

Verifica-se, portanto, uma tensão¹⁵ entre o fenômeno que se convencionou chamar de “expansão do Direito Penal” e o “Direito Penal mínimo”.

Silva Sánchez critica a expansão — *ad absurdum* — dos instrumentos de proteção jurídico-penais, proveniente de uma política criminal intervencionista, como se fora 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.¹⁶ Remete-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”.¹⁷

A principal manifestação da globalização da economia na área criminal são os delitos econômicos, que distam, em muitos aspectos, dos delitos clássicos. Destaque-se que são paradigmas inteiramente diversos: “O crime de autor individual praticado contra vítima específica é sobremaneira diferente, por exemplo, de uma transação financeira fraudulenta que vitima milhares de cidadãos, cuja individualização é difícil, senão impossível”.¹⁸

Observe-se a advertência feita por Silva Sánchez, para quem:

Do ponto de vista material, a criminalidade da globalização é a criminalidade de sujeitos poderosos, caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas também políticos e sociais. Sua capacidade de desestabilização geral dos mercados, assim como de corrupção de funcionários e governantes, são traços da mesma forma notáveis.

A efetivação de uma tutela penal da ordem econômica, no seu sentido lato, suscita uma série de indagações, dentre as quais avulta em importância as seguintes: As injunções do Direito Penal no âmbito da criminalidade econômico-financeira são legítimas? O sistema da justiça criminal pode servir como instrumento de correção das disfuncionalidades do sistema econômico, ou mesmo servir à sua edificação?

4 “Modernização” do direito penal: avanço ou retrocesso lamentável?

O processo de “modernização” do Direito Penal a que temos assistido deu margem a construções como o Direito Penal do

¹⁴ Expressão cunhada por Luigi Ferrajoli.

¹⁵ Cabe aqui a reflexão feita por Flávia Goulart Pereira: “Vê-se, portanto, que o mesmo vento que trouxe a elevação de interesses como o meio ambiente, a segurança econômica e a biogenética à categoria de bens jurídicos dignos da tutela penal (um avanço no sentido de proteger direitos e garantias fundamentais) também é responsável pela preocupação crescente com a necessidade de limitar o poder incriminador do Estado.” PEREIRA. Os crimes econômicos na sociedade de risco. *RBCCRIM*, p. 107.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 61/62.

¹⁷ Idem. p. 62.

¹⁸ PEREIRA. Op. cit., p. 122.

Inimigo, patrocinado por Günther Jakobs, que tensiona alijar da condição de cidadãos a determinados indivíduos que devem ser tratados como *fontes de perigo*, que devem ser neutralizadas a qualquer preço.

Frente a essa realidade, Eduardo Demetrio Crespo, professor titular de Direito Penal da Universidade de Castilla-La Mancha, questiona se a “modernização” representaria, realmente, uma evolução ou, como sugere, uma involução lamentável.

A respeito do tema, Crespo colheu subsídios teóricos nas lições de Cancio Meliá, apresentando o Direito Penal do Inimigo, dentre 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.¹⁹

Referindo-se ao mesmo fenômeno, Muñoz Conde assinala que o Direito Penal é o mais autoritário ramo do ordenamento jurídico, e, provavelmente, de todos os sistemas formalizados, de controle social. Sendo que o Direito Penal dos Inimigos caracteriza-se como um Direito Penal mais autoritário que o normal, 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.²⁰

Alastram-se discursos radicais e intolerantes por uma desmesurada criminalização, sob o argumento da extrema relevância da tutela penal.

¹⁹ DEMETRIO CRESPO. Eduardo. De nuevo sobre el pensamiento abolicionista. *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 tolerante zero, Année 2003, p. 110.

²⁰ MUÑOZ CONDE. El nuevo Derecho Penal autoritario. In: 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.

A maximização da tutela é como o canto da sereia: fascinante aos incautos e envolvente, mas, como costuma acontecer, o fascínio turva a visão do real, levando-nos à direção oposta a das nossas necessidades reais. Temos de nos amarrar ao barco, tal qual Ulisses, para não sermos tentados a seguir a irracionalidade panfletária da mídia ignóbil.

Erigem-se, pois, na seara penal os delineamentos de um Direito Penal Mínimo e de um Direito Penal Máximo, cuja distinção foi 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.²¹

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”.²²

É preciso estar atento ao fato de que a inserção de componentes autoritários, nos moldes de uma política de *tolerância zero*,²³

²¹ FERRAJOLI. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal, p. 84-85. Segue o autor: “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”, ver FERRAJOLI. Op. cit. p. 84-85.

²² GÜNTHER, K. *Vorschrift und autonomie* apud SÁNCHEZ. Op. cit., p. 64.

²³ Na verdade, vale-se aqui apenas da força da expressão porque, verdadeiramente, a política de tolerância zero levada a efeito por William Bratton, no início dos anos 1990, voltava sua fúria punitiva e policialesca 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

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, como sistema de garantias para o cidadão, cega ao modo de ser do agente, sob pena de falarmos num Direito Penal de autor — de priscas eras e péssima memória.

A maximização da tutela penal, na lição de Giuseppe Maggiore, é

o sepultamento da velha fórmula individualista do *nullum crimen sine lege* para o triunfo do novo princípio *nullum crimen sine poena*. O que importa em novos regimes revolucionários, nos quais a substância da moralidade vale mais do que a aparência de legalidade, é que nenhum fato considerado criminoso pela consciência pública encontre um complacente direito de asilo no chamado prestígio da lei. (...) Assim, o direito penal se converte realmente em totalitário.²⁴

Como restou desenhado, parte dessa modernização do Direito Penal diz com retrocessos autoritários. A pressão da obtenção de respostas imediatas e eficazes ao agigantamento das novas formas de criminalidade do século XXI, partindo do reconhecimento de que o instrumental clássico não é apto para a luta contra o crime, admitiu-se a antecipação da punibilidade, a exacerbação punitiva e o agravamento das sanções penais, a ampliação dos mecanismos policiais de investigação. Destarte, há total alheamento aos direitos constitucionais do investigado, nomeadamente, o uso de agentes infiltrados, investigadores disfarçados, métodos audiovisuais, escutas telefônicas, invasão da privacidade de terceiros não participantes de ato delituoso.

Outra linha de entendimento sobre o Direito Penal moderno é dos representantes da Escola de Frankfurt, que tem como

a impunidade de delitos mais gravosos, como os delitos econômicos, o narcotráfico, a corrupção empresarial, cujos atores eram os poderosos da sociedade.

²⁴ MAGGIORE apud FERRAJOLI, Op. cit., p. 93.

um dos seus principais expoentes Hassemer, que afirmam que se trata de *uma crise de metamorfose* e que a insustentável situação a que chegamos, na contemporaneidade, resulta dos esforços pela *modernização do Direito Penal*.

Para Hassemer, o Direito Penal Moderno²⁵ é efetivamente uma instituição distinta do Direito Penal Clássico, apontando três características que aparecem junto a uma “desmetafísicação” do pensamento penal: a proteção de bens jurídicos, a prevenção e a orientação às conseqüências.

Percebe-se uma mudança sub-reptícia do *princípio da proteção de bem jurídico*, que passou de um princípio negativo a um princípio positivo. Se antes o legislador não podia criar delitos no qual inexistisse bem jurídico, hoje se transforma em uma exigência de que se criminalizem determinadas condutas — uma demanda de criminalização crescente. A *prevenção*, que era um objetivo colateral do Direito Penal Clássico, tornou-se o paradigma dominante — cada vez mais os fins parecem justificar os meios —, dificultando a concretização dos princípios da proporcionalidade e da igualdade. Quanto à *orientação pelas conseqüências*, que era um critério adicional do Direito Penal Clássico de molde a justificar uma legislação adequada, converteu-se no objetivo dominante do Direito Penal contemporâneo, sendo de assinalar como exemplo a tendência a utilizar o Direito Penal não como *ultima*, senão como *sola* ou *prima ratio* para solucionar conflitos sociais.²⁶

Aponta como características da criminalidade da atualidade: a) a ausência de vítimas individuais — só existem de forma

²⁵ Hassemer aponta como exemplos de criminalidade moderna: a criminalidade econômica moderna, que é difusa e tem por vítima, de regra, pessoas jurídicas, como a Comunidade Européia; o descalabro das economias do antigo bloco comunista (Rússia, Polônia, Tchecoslováquia, Hungria) e criminalidade econômica desenvolvida nessa região; a criminalidade ecológica; a criminalidade no comércio exterior; a criminalidade na área do contrabando de armas; o contrabando internacional de drogas; a criminalidade organizada etc.

²⁶ HASSEMER. Rasgos y crisis del derecho penal moderno. IBCCRIM. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, p. 239-240.

mediata —, em geral, as vítimas são o Estado ou comunidades, como a Comunidade Européia; b) a pouca visibilidade dos danos causados: o delito perde a sua tangibilidade, adquire estrutura diversa dos delitos clássicos; é que transcende os direitos individuais, não se trata mais de vida, liberdade, honra, corpo, patrimônio das pessoas, como no Direito Penal Clássico, mas se fala em capacidade funcional do mercado de subsídios, saúde pública, capacidade funcional das bolsas, que do ponto de vista do conteúdo, segundo ele, nada dizem; são bens jurídicos supra-individuais, universais, muito vagos e genéricos; c) novo *modus operandi*: as formas de ação criminosa são civis, não corre sangue, e ensina Hassemer: “De um modo geral há colarinhos brancos, caneta, papel, assinatura de contratos e, também por isso, os danos desse tipo de criminalidade não são visíveis: contratos, pagamentos, cartas, negociações, solicitações”.²⁷

Por fim, Hassemer apresenta três características fundamentais: “internacionalidade desse tipo de crime, profissionalidade, divisão de trabalho e gente boa, gente com cabeça e proteção contra a investigação policial”.²⁸

Os representantes da Escola de Frankfurt criticam severamente as exacerbações de deformações que a política criminal oficial tem imposto ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, postulando o retorno ao “velho e bom Direito Penal Liberal” e seus princípios político-criminais garantistas, quer os relativos ao direito material, quer processuais.

As infrações contra os novos bens jurídicos, como a ordem econômica, poderiam ser reguladas, segundo Hassemer, pelo Direito de Intervenção. Este se afiguraria como uma zona fronteira entre o Direito Penal, o Direito Administrativo e a responsabilidade civil por atos ilícitos, que, a um só tempo, não se

²⁷ HASSEMER. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. RBCCRIM, p. 41-51.

²⁸ Idem, p. 45.

compatibilizaria com a pena privativa de liberdade, com sanções menos intensas e, portanto, dotado de menores garantias e formalidades processuais que o Direito Penal Clássico.

Como não se ignora, a Escola de Frankfurt tem se debruçado sobre a problemática da sociedade de risco e suas ingerências no Direito Penal e, ao propugnar novas formas de superar tal contexto, reconhece a ineficácia penal dos novos interesses. E, por conseguinte, sua total ilegitimidade para cuidar de bens jurídicos universais que estão fundamentados em conceitos diversos dos individuais, objeto do tratamento do Direito Penal Clássico.

O Direito Penal, nessa linha de intelecção, deve cingir-se ao seu núcleo essencial — Direito Penal Nuclear —, isto é, proteção de bens jurídicos predominantemente individuais — a vida, saúde, honra, liberdade, integridade sexual — e patrimoniais; quando forem lesionados ou postos em perigo, de forma grave.

5 O simbolismo em matéria penal na sociedade contemporânea

“O mundo é um objeto simbólico”, assegurou o escritor romano Salústio. De fato, a capacidade de simbolizar é essencialmente humana. Em se tratando de uma forma especial de linguagem, os símbolos, como bem disse Jack Tresidder, sempre estiveram “intimamente ligados à experiência do mistério e do sagrado, o fascínio dos símbolos foi sendo analisado multissecularmente por várias formas de saber: antropologia, mitologia, história das religiões, esoterismo, psicanálise etc.”.²⁹

Uma das notas merecedoras de destaque, quando se investiga a tendência expansionista da tutela penal na contemporaneidade, é o caráter freqüentemente simbólico assumido pelo Direito Penal.

²⁹ TRESIDDER. *Os símbolos e o seu significado*.

À teoria psicanalítica interessa, sobretudo, a descontinuidade entre o símbolo e o termo simbolizado. O tema está ligado à práxis penal eis que relevante para compreensão do Direito Penal Contemporâneo, em sua situação existencial.

O expansionismo desenfreado da ameaça punitiva, a transferência de expectativas ao Direito Penal e sua ilusão pueril de açambarcar toda a luta contra a macrocriminalidade surgiu, abruptamente, divorciado de qualquer base dogmático-jurídica lastreante. Consagrou o simbolismo penal, pois, a simples tipificação, a hipertrofia legislativa, a exacerbação do rigor punitivo. Por um lado, satisfaz as expectativas de uma mentalidade punitiva clássica; por outro, não é instrumento hábil para desencadear as almejadas mudanças sociais ou para servir de instrumento de governo da sociedade.

Ao tratar da sociedade capitalista e da desintegração dos seus valores tradicionais, na sua obra *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*, Eric Hobsbawm chamou a atenção ao fato de que:

Todo observador realista e a maioria dos governos sabiam que não se diminuía nem mesmo se controlava o crime executando-se criminosos ou pela dissuasão de longas sentenças penais, mas todo político conhecia a força enorme e emocionalmente carregada, racional ou não, da exigência em massa dos cidadãos comuns para que se punisse o anti-social.³⁰

Dentre as muitas considerações que temos tecido acerca da criminalidade econômico-financeira, apontamos o uso indiscriminado do Direito Penal, o que tem contribuído na 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.

A ampliação do espectro de abrangência do Direito Penal afasta-o das tradições liberais em que a proteção era direcionada

aos interesses vitais das pessoas e da missão histórica que lhe fora conferida.

Um dos grandes males do Brasil é crer que mudanças sociais podem ser produzidas a partir do recurso à simples juridicização, ou do meio mais radical representado pela intervenção jurídico-penal, ainda quando não se divisa qualquer possibilidade de concretização da pretendida tutela; até porque, raríssimos são os problemas para os quais o Direito Penal seja a solução mais idônea.

Essa tentativa de aprisionar em molduras penais realidades demasiadamente fluidas e mutáveis, por vezes, deu vazão a um Direito Penal puramente simbólico, já que despido de qualquer efetividade.

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.

Alberto Silva Franco também se preocupou com a situação, apresentando o *pampenalismo*, isto é, “a utilização do Direito Penal como uma espécie de panacéia para todos os males”. Para ele, o fenômeno “quando não se traduz numa bastardização deste instrumento de controle social, pode representar uma completa desmoralização decorrente de sua inoperância e de sua ineficácia”.³¹

Anabela Miranda Rodrigues, ao refletir sobre o Direito Penal Fiscal, reconhece a dimensão de *ultima ratio* que ele deve assumir, 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.³² No seu sentir:

Em vez de contribuir para afirmar valores, exerce um efeito contrário, corrosivo da essencialidade desses mesmos valores. E os que

³¹ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: RT, 1994. p. 36-37.

³² RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. In: *Direito penal econômico europeu: textos doutrinários*. v. 2, p. 483.

³⁰ HOBBSAWM. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*.

são apanhados pela malha da punição são apenas meros “bodes expiatórios” que são “utilizados” para mostrar que o sistema, aparentemente, funciona.³³

Para finalizar, razão parece estar com Massimo Pavarini, quando aduz que:

Em definitivo, as respostas oferecidas para as novas e cada vez mais alarmantes manifestações criminais confirmam o fato de que a política criminal se encontra exposta ao risco da irracionalidade em qualquer caso de excessos, especialmente, quando esta, na atual democracia de opinião, resulta das expectativas e das emoções mais elementares dos cidadãos.³⁴

6 Conclusão

Finalizamos manifestando a íntima convicção de que maior desafio do Direito Penal, na sociedade contemporânea, é encontrar mecanismos que possibilitem mais eficácia (parâmetro empírico) na persecução punitiva da criminalidade econômico-financeira, sem reduzir seu conteúdo valorativo das garantias que foram instituídas pela dogmática jurídica, como um sistema de proteção ao cidadão, quer pobre, quer poderoso. Não pode transigir, sob nenhum pretexto, aos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito.

Se, por um lado, reclama-se eficácia com a pretendida modernização do Direito Penal, esta não pode realizar-se à custa da erosão dos padrões valorativos de garantias. Enquanto

³³ RODRIGUES, Anabela Miranda. Discurso punitivo em matéria penal fiscal. In: PODVAL, Roberto (Org.). *temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 183. Arremata a autora: “É, assim, um direito penal ‘injusto’ com laivos de exemplaridade, que falhará na verdadeira finalidade de prevenção geral de integração positiva que cabe às normas penais. A comunidade deixa de acreditar na validade destas normas, por se aperceber do seu caráter meramente programática e de intenções, de que o Estado apenas se serve para proclamar e se autoconfirmar no seu poder punitivo, embora lhe falte capacidade real de resolução do ‘problema’.”, ver: RODRIGUES. Op. cit., p. 183-184.

³⁴ PAVARINI, Massimo. Il grottesco della penologia contemporanea, in *Diritto penale mínimo*, p. 280.

expressão máxima do *jus puniendi* estatal, que busca a coexistência pacífica da sociedade através da prevenção e repressão de condutas lesivas aos bens jurídicos mais relevantes da vida societária, o Direito Penal está legitimando, desde que funcione no mais profundo respeito ao ser humano, sua dignidade e liberdade. O retrocesso lamentável na incorporação, paulatina, de componentes autoritários poderá importar em mais desigualdade, injustiça e exclusão da velha clientela do sistema penal.

O expansionismo penal trouxe, portanto, *sintomas mórbidos* desfigurando o velho Direito Penal Clássico, conhecido como produto da ilustração. A crise reside principalmente na sua perda de identidade, vale dizer: inúmeras transformações estão em curso na Ciência Penal, em consequência das transformações estruturais experimentadas pela sociedade contemporânea. Todavia, a crise não se consumou ainda porque não há qualquer novo paradigma estruturado e sistematizado, como referencial com capacidade de ser adotado em sua substituição. A essa concepção, casa-se o pensamento de Gramsci quando lança a advertência de que “a crise consiste precisamente no fato de que o velho está morrendo e o novo não pode nascer; neste interregno, surge uma grande variedade de sintomas mórbidos”.³⁵

Referências

BOULLANGER, Hervé. *La criminalité économique en Europe*. Paris: Universitaires de France, 2002.

BOVINO, Alberto. *Los delitos de cuello blanco: inmunidades y exclusión del derecho en la construcción del problema criminal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

BUENO, Paulo Eduardo. Crimes empresariais. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 14, jun./jul. 2002. Doutrina.

BULLETIN DE LA SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DÉFENSE SOCIALE POUR UNE POLITIQUE CRIMINELLE HUMANISTE. *Cahiers de Defense*

³⁵ GRAMISCI. *Cadernos*: seleções de notas de prisão, p. 25-26.

- Sociale. Mélanges en l'honneur de Louk Hulsmann. Droit Penal entre abolitionnisme et tolérante zero, Année 2003.*
- CALLEGARI, André Luís. A importância e efeito da delinquência econômica. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 101, p. 10-11, abr. 2001.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GRAMISCI, Antônio. *Cadernos: seleções de notas de prisão*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1971.
- HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito Penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, ano 3, n. 18, p. 144-157, fev./mar. 2003.
- HASSEMER, Winfried. Por qué y con qué fin se aplican las penas? (sentido y fin de la sanción penal). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2. ed., n. 3, p. 317-331, ene. 1999.
- HASSEMER, Winfried. Perspectivas del Derecho Penal futuro. *IBCCRIM. Revista Penal*, Barcelona, v. 1, fasc. 1, p. 37-41, ene. 1998.
- HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. *RBCCRIM*, São Paulo, ano 6, n. 22, p. 27-35, abr./jun. 1998.
- HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *RBCCRIM*, São Paulo, ano 2, n. 8, p. 41-51, out./dez. 1994.
- HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del derecho penal moderno. *IBCCRIM. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 1, ene./abr. 1992.
- HASSEMER, Winfried. Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *IBCCRIM*, Madrid, n. 1, p. 23-36, sep./dic. 1991.
- HASSEMER, Winfried. Derecho Penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, ano 14, n. 53/54, p. 87-100, ene./jun. 1991.
- HASSEMER, Winfried. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz". *Doctrina Penal*, Buenos Aires, ano 13, n. 49/52, p. 193-204, 1990.
- HASSEMER, Winfried. Alternativas al principio de culpabilidad? *Doctrina Penal*, Buenos Aires, ano 5, n. 17/20, 1982.
- HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. *IBCCRIM. Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, p. 54-66.
- HASSEMER, Winfried. Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal. *IBCCRIM. Revista Penal*, Barcelona, n. 11, p. 30-40.
- HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 598 p.
- JAKOBS, Gunter. *Fundamentos do direito penal*. Tradução por André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. 252 p.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Como imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial? In: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. *IBCCRIM*. Madrid, 6-10 nov. 2000. p. 501-531.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos. *Revista Penal*, Barcelona, v. 1, fasc. 1, p. 67-76, ene. 1998.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. O moderno direito penal no novo código penal espanhol: princípios e tendências. *IBCCRIM. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 37-42, jul./dez. 1997.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Principios político-criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico el proyecto de Código Penal espanhol de 1994. *RBCCRIM*, São Paulo, ano 3, n. 11, p. 7-20, jul./set. 1995.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal. *IBCCRIM. Revista Penal*, Barcelona, n. 5, p. 44-51.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. El nuevo Derecho Penal autoritario. In: 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.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998.
- OLIVEIRA, William Terra de. Algumas questões em torno do novo direito penal econômico. *RBCCRIM*, São Paulo, v. 3, fasc. 11, p. 231-239, jul./set. 1995.
- PEREIRA, Flavia Goulart. Os crimes econômicos na sociedade de risco. *RBCCRIM*, São Paulo, v. 12, n. 51, p. 105-131, nov./dez. 2004.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492, de 16.6.86*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 24.

PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime do colarinho branco. *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, São Paulo, n. 28, p. 9-19, abr./jun. 1974.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

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: Revista dos Tribunais, 2002. (Série as ciências criminais no século XXI) v. 11.

STRECK, Lênio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 304 p.

SUTHERLAND, Edwin H. *Princípios de criminologia*. Tradução de Asdrúbal Mendes Gonçalves. São Paulo: Martins Fontes J. A., 1949.

SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime: the uncut version*. New Haven: Yale University Press, c1983.

SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Traducción del inglés de Rosa del Olmo. Edición y prólogo de Fernando Álvarez-Uría. Madrid: La Piqueta, 1999.

TRESIDDER, Jack. *Os símbolos e o seu significado*. Tradução de Marisa Costa. Lisboa: Estampa, 2000. 184 p.

WARAT, Luis Alberto. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994. p. 81-95.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*. Calle: Ardenos, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SANTOS, Juliana Pinheiro Damasceno e. Novos desafios do direito penal na contemporaneidade. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 325-352. ISBN 978-85-7700-134-7.

A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional

Lenio Luiz Streck

Pós-Doutor em Direito. Professor Titular da Unisinos-RS.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

Doutor em Direito. Professor Adjunto da UFMG e da PUC Minas.

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Doutor em Direito. Professor Titular da Unifor-CE.

Sumário: 1 Considerações preliminares: a mutação como caminho (ou condição) para a decisão - 2 A Reclamação nº 4.335-5, o controle difuso e a as conseqüências da nova posição do Supremo Tribunal Federal - 3 O sistema atual de controle de constitucionalidade sobre o pano de fundo da tradição do controle difuso: o papel do Senado Federal - 4 Controle difuso e controle concentrado no Brasil - 5 O problema da mutação constitucional e os limites da jurisdição. Da alteração da norma de um texto para a alteração do próprio texto - 6 Aportes finais

1 Considerações preliminares: a mutação como caminho (ou condição) para a decisão

A recente polêmica que vem sendo travada no Supremo Tribunal Federal, com base na Reclamação nº 4.335-5/AC, cujo relator é o ministro Gilmar Mendes, não fará da decisão que vier a ser tomada, certamente, apenas mais um importante

