

SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

**CURITIBA - PR
2007**

SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de especialista no Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Criminologia do Instituto de Criminologia e Política Criminal – PCP. Prof. Orientador: Dr. Juarez Cirino dos Santos.

CURITIBA - PR

TERMO DE APROVAÇÃO

ACIR PEREIRA DA SILVA
SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

Aprovada em: ____ / ____ / ____

Prof.

Prof.

Prof.

À minha esposa Roseana e aos meus
filhos Jefferson, William e Edward
pela compreensão e incentivo aos
meus estudos.

III

AGRADECIMENTOS

Minha primeira dívida de gratidão é para o colega Delegado de Polícia e grande amigo, Professor Doutor CARLOS ROBERTO BACILA, que me indicou o Curso de Pós- Graduação em Direito Penal e Criminologia do ICPC, sempre dando apoio e incentivo.

Especial agradecimento ao Professor Doutor JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, pela sua sabedoria e conhecimento transmitidos nas excelentes aulas ministradas e que de forma quase mágica, abriram minha mente para novos conceitos em Direito Penal, principalmente em Criminologia Crítica, na qual ousou melhor aprofundar meus estudos.

À Gláucia Andréia, secretária do ICPC, pela simpatia, competência e presteza nos atendimentos às nossas solicitações.

RESUMO

Com o advento do paradigma da reação social inauguraram-se os estudos referentes aos sistemas de controle penal e a seleção da criminalidade pelas instâncias formal e informal. Houve desta forma, uma ruptura no paradigma que associava o delito a comportamentos indissociáveis da personalidade humana, relegando à sociedade a responsabilidade pela construção dos comportamentos delitivos. Concebeu o Direito Penal como sistema dinâmico do controle social, afirmando que nos diversos processos existe uma desigualdade de tratamento quanto aos atingidos (escolhidos) pelo sistema. O sistema penal seria, portanto, o mecanismo de controle social que pune seletivamente, deixando imunes àqueles pertencentes às camadas mais altas da sociedade, que em sua grande maioria cometem crimes de índole transindividual, ligados normalmente aos delitos contra a ordem econômica. São, portanto, evidência empírica de que no processo de criminalização primária, a isonomia assume um caráter estritamente simbólico.

Palavras-chave: Controle social; Direito Penal; Seletividade

ABSTRACT

With the advent of the paradigm of the social reaction the referring studies to the systems of criminal control and the election of crime for the instances had been inaugurated formal and informal. It had in such a way, a rupture in the paradigm that associated the delict the behaviors of the personality human being, relegating to the society the responsibility for the construction of the criminal behaviors. It conceived the Criminal law as dynamic system of the social control, affirming that in the diverse processes an inequality of treatment how much to the reached ones (chosen) for the system exists. The criminal system would be, therefore, the mechanism of social control that punishes selectively, leaving immune to those pertaining ones to the layers highest of the society, that in its great majority crimes of transindividual nature commit, on normally to the delicts against the economic order. They are, therefore, empirical evidence of that in the process of primary criminalization, the isonomy assumes a symbolic character strict.

Key words: Social control; Criminal law; Selectivity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
1 PRECONCEITOS E DESIGUALDADES <i>VERSUS</i> O ACESSO A JUSTIÇA.....	04
1.1 Crime do Colarinho branco	05
1.2 Corrupção.....	09
1.3 A Lei nº. 8.429/92	13
1.3.1 Responsabilização criminal.....	15
2 DESIGUALDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	17
2.1 O Princípio da Isonomia	17
2.2 Desigualdade Jurídica	21
3 PANORAMA HISTÓRICO JURÍDICO-SOCIAL DA ATUALIDADE	22
3.1 Necessidade de novos paradigmas.....	26
3.2 Princípios necessários aos novos paradigmas.....	30
3.2.1 Dignidade da pessoa humana.....	30
CONCLUSÃO	33
REFERENCIAS	35

INTRODUÇÃO

A corrupção, definida como a apropriação ilegal de recursos públicos para fins privados, é um problema imanente ao exercício do poder. O Brasil convive lado a lado com esse problema desde o seu descobrimento. Ela se dá de várias maneiras.

Não se confinando à esfera da moral, a corrupção traduz principalmente um fenômeno político que agride profundamente os fundamentos do contrato social e da liberdade civil, atentando contra os princípios básicos da democracia, ou seja, a igualdade e a justiça.

A corrupção tem ênfase maior na área sociológica que na jurídica, envolvendo interesses econômicos solidamente engajados com relações de poder. Atravessa as fronteiras nacionais, inibindo investimentos no país, criando dificuldades nas negociações de dívidas externas.

O Brasil é um país rico. Tão pujante que, ao longo de mais de quinhentos anos de exploração contínua, externa e interna, ainda se mantém em patamar invejável. Tal pujança, entretanto, não reflete seu lado nebuloso. Desigualdades sociais, pobreza absoluta e fome são alguns destes que, se de um lado demonstram a incompetência do governo na sua função de elemento condutor do Estado, de outro passam a integrar uma realidade social tida, por conveniência, como sem solução.

A corrupção constitui-se assim em relevante obstáculo ao desenvolvimento nacional, trazendo desperdício de valiosos recursos públicos, acarretando custos elevados ao país e conseqüentemente aos cidadãos. Causa descrença nas instituições que prejudica, subvertendo o sistema jurídico, atingindo a credibilidade Estatal. A governabilidade permanece em risco com a dilapidação de recursos financeiros, com a estimulação de evasão de divisas fiscais.

As violações da lei ocasionadas por pessoas da classe socioeconômica alta são por conveniência chamadas crimes de “colarinho branco”.

Este conceito não possui a intenção de ser definitivo, mas somente de chamar a atenção sobre os delitos que não se incluem ordinariamente dentro do campo da criminologia. O delito de colarinho branco pode ser definido, aproximadamente, como um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e *status* social alto no curso de sua ocupação. Conseqüentemente, exclui muitos crimes da classe social alta, como a maioria de seus assassinatos, adultério, intoxicações, etc, visto que estes, não são geralmente, parte de seus procedimentos ocupacionais. Também, excluem abusos de confiança de membros ricos do submundo, pois, não são pessoas de respeitabilidade e alto status social.

A seletividade comumente ocorre na aplicação da lei penal. A utilização excessiva de fórmulas relativas aos crimes de colarinho branco, longe de propiciar um sistema de defesa dos direitos dos cidadãos, como tantas vezes se afirma, na realidade, cria uma dupla balança da justiça: de um lado, a balança que penaliza sistematicamente os crimes cometidos por pobres; de outro, a que se mostra complacente e condescendente com os crimes dos ricos.

Não é de hoje que os crimes comuns e os crimes do colarinho branco são foco de tratamento penal e processual penal distintos, e também de um diferente tratamento policial e penitenciário. As redes de controle social se tecem em uma trama densa para lutar contra os delitos comuns, porém, as tramas agigantam-se para deixarem impunes os crimes dos delinqüentes do colarinho branco.

O interesse e estudo dos delitos do colarinho branco se dão pela constatação da influência que as associações diferenciais entre esses agentes autores de crimes contra o sistema financeiro utilizam em seu agir uma vez que possuem o conhecimento do mercado, do seu funcionamento, as falhas da lei, demonstrando que agem de acordo com suas vontades e com o objetivo de enriquecer cada vez mais.

Na presente estudo, será considerado crime do colarinho branco aquele praticado por agentes especialmente influentes, possuidores de privilegiadas

situações pessoais ou profissionais, advindas de sua posição social, econômica, profissional, ou de conhecimento técnico elevado.

A importância do tema se revela nesta ordem, já que os ditames criminológicos não estão em sintonia direta com a dogmática penal brasileira, gerando conseqüentes abusos por parte do poder legislativo na criminalização de tipos penais concernentes aos setores mais possuídos economicamente.

1. PRECONCEITOS E DESIGUALDADES VERSUS O ACESSO A JUSTIÇA

Acesso à Justiça é um tema que vem evoluindo constantemente e seu significado é muito amplo, levando em conta a ideologia que se deseja dar à expressão. Sua evolução vem acompanhando o desenvolvimento político e social juntamente com a idéia de cidadania, que através dos tempos tem visto o Acesso à Justiça sobre ângulos, que vão desde o acesso ao Judiciário na sua prestação jurisdicional, até o acesso às informações com tratamento justo sem discriminação que resulte em uma Justiça equânime para todos que a busquem, independente de qualquer status econômico e social.

Sabemos que o Acesso à Justiça é muito mais que o acesso ao judiciário, mas sabemos também que os meios legais se encontram dentro do sistema jurisdicional. O que precisa acontecer é que sejam oferecidas a todas as partes, condições processuais iguais, sem distinção social ou econômica, para que tenhamos tratamentos justos dentro do Processo, sendo alcançado o fim para o qual foi proposto.

Em consonância com este entendimento, Dinamarco preceitua: “O Acesso à Justiça é, mais visão do que ingresso no Processo e aos meios que ele oferece, modo de buscar eficientemente, na medida da razão de cada um, situações e bens da vida que por outro caminho não se poderiam obter¹”.

Nessa visão instrumentalista quem não buscar seus Direitos através do Processo, dificilmente terá seus Direitos restabelecidos ou respeitados. Quem não vier, ou não puder vir em juízo, acabará renunciando a um Direito que julgava ter e não terá acesso a uma ordem jurídica justa, por falta dos meios necessários.

¹ DINAMARCO, Cândido R. *A Instrumentalidade do Processo*. 8 ed. São Paulo. Malheiros.2000, p. 283.

1.1 Crime do Colarinho branco

O conceito de “crime do colarinho branco” encontra-se descrito na Lei 7492/86 e estabelece uma amplitude de significados, quer quando provenha da criminologia, quer do campo normativo, porém sua unicidade está relacionada, na sua grande maioria, aos crimes econômicos².

A definição de crimes de colarinho branco é carente de precisão, surgindo diversas concepções.

Edwin Sutherland³ destacou as características do sujeito do delito, expondo que:

As violações da lei por parte das pessoas de classe social econômica alta são, por conveniência, chamadas de delitos de colarinho branco. Porém, referido conceito não intenta ser definitivo, senão chamar a atenção sobre os delitos que não se incluem ordinariamente dentro do campo da criminologia. O delito de colarinho branco pode definir-se aproximadamente como um delito cometido por uma pessoa de respeitabilidade e status social alto no curso de sua ocupação. O significado criminológico do crime de colarinho branco é que não está associada com a pobreza, ou com patologias sociais e pessoais que acompanham a pobreza.

Segundo Mannheim⁴

O conceito proposto por Sutherland, continha cinco elementos: a existência de um crime; o cometimento por pessoas respeitáveis; com elevado estatuto social; no exercício de sua profissão; e constituindo normalmente, numa violação da confiança (...) a condição de elevado *status* social faz extinguir quaisquer membros de classes trabalhadoras das investigações criminológicas.

² SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Trad. Rosa Del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999. p. 277

³ Ibid, p. 65

⁴ MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. Trad. J. F. Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, p. 724

Sutherland⁵ clarificou o conteúdo de seu conceito dispondo que “a hipótese em que se funda esse conceito de delito de colarinho branco é que este delito difere de outros no modo mediante o qual se efetiva a lei”.

Contraditoriamente a Sutherland, em meados da década de setenta, junto ao Departamento de Justiça, Herbert Edelhertz⁶ procurou demonstrar a falsa afirmação de que a classe social do agente da infração era causa para o tratamento desigualitário e definiu os crimes de colarinho branco como “um acto ilegal ou uma série de actos ilegais, praticados através de meios não físicos e com dissimulação ou engano, para obter dinheiro ou bens, para evitar o pagamento ou perda de dinheiro ou bens, ou para obter vantagens negociais ou pessoais”.

Porém, relatou Coleman⁷, “o novo conceito é inadequado, pois, qualquer crime relacionado a bens, cometido unicamente por meio de fraude e ardil, seria considerado um crime do colarinho branco”.

Essa conceitualização, que não exige que os criminosos do colarinho branco fossem portadores de elevada posição social, foi sustentada por dois argumentos, mas logo rebatidas por Coleman⁸:

O primeiro é no sentido de que as transgressões legais estão baseadas unicamente no comportamento e não na posição social do transgressor. Referido argumento é pouco convincente uma vez que as definições legais de praticamente todos os crimes também incluem algumas características do transgressor (p. ex. se é psiquicamente imputável, se tivera dolo no momento da ação, se é maior de 18 anos etc.). O segundo argumento defende que a inclusão da posição social na definição do crime do colarinho branco é um erro porque nos impede de usá-la como variável explanatória, pois por definição somente pessoas de posição social elevada podem cometer tais crimes.

Continuou Coleman⁹:

⁵ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*

⁶ COLEMAN, James W. *A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco*. 5 ed. São Paulo: Manole, 2005, p.13.

⁷ *Ibid*, p.14.

⁸ *Ibid*, p. 4

Não há motivos para conceituar a posição socioeconômica como uma dicotomia: existe um amplo espectro de variação da posição social entre os transgressores de colarinho branco, segundo Sutherland. Mesmo se isso não fosse verdadeiro, a posição socioeconômica ainda poderia ser usada como uma variável explanatória no caso do crime de colarinho branco, exatamente como as características sociológicas e psicológicas de adolescentes são usadas como variáveis na delinquência juvenil.

A questão dos meios não físicos, proposta na concepção de Edelhertz foi, por sua vez, analisada por Feldens¹⁰, esclarecendo:

Que esse tipo de pensamento ensejaria a concepção de que seria descabível a pena privativa de liberdade para esses criminosos: tal assertiva é ingênua, pois, se considerarmos um exemplo hipotético contido na sonegação de 10 bilhões de reais, supondo que esse dinheiro houvesse sido tributado na pessoa física, o resultado de uma operação virtual oportunaria pagar, durante 35 anos, um salário mínimo para um milhão, quatrocentos e dez mil trabalhadores brasileiros. Enquanto no Brasil e no mundo real da população vive abaixo da linha da pobreza; praticamente 50% da população urbana nacional esta lançada à periferia das capitais, onde só tem o caminhão de lixo passando à frente de sua residência de quatro em quatro dias (...); em São Paulo, uma senhora catadora de lixo reclama não poder comer seu pão em sua 'residência' – um recuo de um beco na cidade de São Paulo –, isso porque, antes dela, os ratos o deglutiram (...)

Advertiu Coleman¹¹ que o sentido da utilização do termo colarinho branco teve a finalidade de se referir a alguém de posição social relativamente alta em comparação ao trabalhador de colarinho azul, ao desempregado, pois,

[...] se um mendigo alcoólatra passa o amigo para trás e fica com sua garrafa, se uma mãe de família que recebe o seguro-desemprego omite a renda de um trabalho de meio período e se um malandro trapaceiro de segunda categoria forem classificados como criminosos do colarinho branco qual seria o sentido em manter esse termo?

⁹ COLEMAN, James W, *Op. cit.*, p. 5

¹⁰ FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 229/330.

¹¹ COLEMAN, James W. *Op. cit.*, p. 14.

Portanto, segundo Coleman¹² a abordagem de Herbert Edelhertz constituiu-se em uma verdadeira “ameaça ao avanço intelectual resultante do esforço de chamar a atenção para os crimes de ricos e poderosos e para a forma como eles escapam das punições”.

Marshall Clinard e Richard Quinney¹³ tentaram redefinir o conceito de crime do colarinho branco e sugeriram crime corporativo e crime profissional (definidos por eles como crimes cometidos por indivíduos que agem unicamente por interesses próprios e não em nome de seus empregadores).

À luz da desigualdade na administração da justiça penal, Santos¹⁴ frisou que é de fundamental importância a delimitação conceitual em torno das características do infrator, pois:

Os que caracterizam aqueles crimes através de especificidades inerentes o próprio delito – apresentando-os, pois como algo de distinto do restante da criminalidade – dificilmente poderão invocar qualquer arbítrio na justiça penal por contraposição aos crimes comuns, pois tal representaria uma pretensão de igual tratamento de realidade, materialmente diversas; ser-lhes-á possível apenas comparar a danosidade inerente às várias espécies de infrações para aferir da correção de algumas valorações inerentes à justiça penal.

Já aqueles que perfilharem a definição tradicional e qualificarem a infração pelas características do agente terão toda legitimidade para comparar a punição por crimes cuja danosidade social até por ser semelhante, apenas se distinguindo alguns deles por força do especial poder do infrator. O que equivale a significar que o próprio problema do tratamento desigualitário do *White-collar crime* pelas instâncias formais de controle ganha especial sentido à luz de uma definição preocupada com as características do agente.

Um dos fundamentos para a conceitualização de crimes de colarinho branco reside no modo pelo qual se efetiva a lei, ou seja, pelo modo em que a legislação penal era aplicada aos casos de crimes cometidos por pessoas

¹² COLEMAN, James W. *Op. cit.*, p.6.

¹³ MARSHALL CLINARD e RICHARD QUINNEY *apud* COLEMAN, James W. *Op. cit.* p. 7

¹⁴ SANTOS, Claudia Maria Cruz Santos. *O crime do colarinho branco*. Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça pena. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Almedina, 2001. p. 71/72

pertencentes às classes socioeconômicas altas que utilizavam sua posição social e/ou profissional para o cometimento de atividade ilícita.

1.2 Corrupção

Conceitua-se corrupção como:

[...] suborno e qualquer outro comportamento, em relação a pessoas a quem se confiam responsabilidades no setor público ou privado, que violam seus deveres como servidores públicos, empregados privados, agentes independentes ou outra relação desse tipo, pela obtenção de vantagens impróprias de qualquer espécie para elas ou para outrem¹⁵.

Ainda, numa visão ampla, pode-se definir a corrupção como a ação e o efeito de corromper ou corromper-se, ocorrendo quando a atividade do funcionário público ou do político não tiver base na realização do interesse geral.

De acordo com Bobbio¹⁶ (1991, p.292), “a corrupção consiste em um modo particular de exercer influencia ilícita, ilegal e ilegítima”.

Pode-se ainda analisar a corrupção a partir de diferentes enfoques, tais como o jurídico, o econômico, o sociológico ou o político gerando com isso diferentes respostas.

Via de regra, o enfoque jurídico é o mais utilizado quando se fala sobre corrupção, sobretudo em virtude das suas implicações no campo penal, implicando no recebimento de benefícios diretos ou indiretos como consequência de uma ação ou ato oficial praticada de maneira que desvia das obrigações juridicamente

¹⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Corrupção no poder público: peculato, concussão, corrupção passiva e prevaricação*. São Paulo: Atlas, 2002, p.13.

¹⁶ BOBBIO, N; MATEUCCI, N; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Distrito Federal, v.1, UNB/Linha Gráfica Ed., 1991, p.292.

impostas com o objetivo geral de influenciar ou ser influenciado no exercício do cargo público para a obtenção de vantagens.

No que diz respeito ao enfoque político da corrupção, pode a mesma ser definida como sendo a deterioração moral de um sistema de governo em virtude do desvio do exercício das funções públicas por parte de seus responsáveis.

A corrupção acaba sendo absorvida e incorporada às vísceras do corpo social, redundando na crescente fragilização dos mecanismos de controle do exercício público e na inversão da função estatal de cumprir e fazer cumprir a legislação.

As normas jurídicas permanecem inadaptadas à dinâmica evolução das práticas corruptivas, seja pela proliferação de condutas atípicas, que gera a viabilidade da impunidade, seja pela complexidade de redação das leis, que torna difícil sua aplicação, seja pela ausência de normas que ataquem o nascedouro da corrupção pública, quer dizer, pela espantosa facilidade para diluir responsabilidades no âmbito da Administração Pública, proporcional à concentração de poderes em pequenos grupos de interesses.

O Estado é o sujeito passivo de todos os delitos praticados pelos oficiais públicos em detrimento da regularidade da função pública, sendo mediatamente prejudicada a própria sociedade.

Segundo Di Pietro¹⁷:

São sujeitos passivos dos atos de corrupção pública expressos como crimes contra a Administração em geral: as autarquias e suas agências, as fundações do Poder Público, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as subsidiárias e controladas dessas sociedades, as empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto, as concessionárias e permissionárias de serviços públicos, as empresas conveniadas ou contratadas para execução de atividades públicas, e os serviços sociais autônomos.

São sujeitos ativos, como regra, o agente público (ativo) e o particular, eventualmente, o co-autor ou partícipe. Sujeitos passivos são o Estado (passivo primário) e o particular, eventualmente prejudicado (passivo secundário).

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo, Atlas, 2000, p.111.

O bem jurídico ofendido é a função pública do Estado, direcionada ao atendimento dos objetivos postos pela Constituição Federal. Os crimes praticados por agentes públicos contra a Administração Pública, em geral, são todos crimes próprios funcionais, ou seja, os que só podem ser feitos por determinadas pessoas, em face de uma condição ou situação particular. No caso, delitos que só podem ser praticados por pessoas que exercem funções públicas.

Segundo Jain¹⁸:

[...] para que a corrupção ocorra, algumas condições devem ser verificadas, dentre as quais pode-se destacar: a) a existência de poderes discricionários; b) a existência de rendas econômicas consideráveis; e c) uma probabilidade de detecção e punição relativamente baixa.

Ademais, "os valores morais da sociedade são importantes para que se determine a extensão da corrupção tendo em vista que, a maneira como uma sociedade vê e aceita pequenas atividades ilegais, pode dar uma boa idéia sobre a aceitação de atos corruptos"¹⁹.

Outrossim, a penalidade para a corrupção é outra questão fundamental para a decisão por parte do indivíduo de praticar ou não atos de corrupção²⁰.

Por fim, o papel, assim como a qualidade das instituições governamentais representa outro determinante do nível de corrupção de uma sociedade, uma vez que é dessas instituições que deriva a probabilidade e a intensidade de punição.

Na linguagem penal, os bens ou objetividades jurídicas são valores sociais que a ordem jurídica entende mais relevantes, protegendo-os, por isso mesmo, de forma mais incisiva, mediante a cominação de sanções rigorosas (penas privativas

¹⁸ JAIN, Arvind K., Corruption: a Review. *Journal of Economics Surveys*, vol.15, n°1, 2001, p.77.

¹⁹ OLIVEIRA, Anna Cynthia de . O Papel da Sociedade Civil no Controle da Corrupção. in: SPECK, Bruno Wilhelm (Org.). (2002). **Caminhos da Transparência**. Campinas: Editora da Unicamp, 2002, p.422.

²⁰ JAIN, Arvind K. *Op. cit*, p.83

de liberdade e pecuniárias) para prevenir e reprimir as condutas humanas que lhes confrontam.

A posição do agente público no aparato estatal é circunstância que deve ser sobremaneira considerada, tendo em vista o cuidado de se observar o princípio da proporcionalidade, sob pena de se impor a mesma sanção para agentes públicos exercentes de ofícios de diversa relevância social.

A regularidade do exercício da função pública coibindo seu uso indevido, o que significa dizer, prevenindo e corrigindo o exercício desviado de competência pública, é o que o legislador tem em mira.

O agente público corrupto apropria-se, desvia, furta, concute, solicita, recebe, aceita, prevarica – em suma, utiliza seus poderes administrativos com extrema dissonância em relação às finalidades legais, única e exclusivamente, para obter vantagem, e que, se é contrária ao direito, é vantagem indevida.

Na corrupção passiva, o enriquecimento ilícito haurido pelo agente público será revertido ao Estado.

Na prevaricação, como não há vantagem material, não há o que restituir. Nos crimes de peculato e concussão, o agente público que obteve a vantagem pode restituí-la, seja ao Estado, no primeiro caso, seja ao administrado, no segundo.

Não se aplica o princípio da insignificância aos crimes de corrupção pública praticados por agente público contra a Administração em geral, sendo as razões da negativa as mesmas que rejeitam a eficácia da restituição.

Não se aplica o princípio da insignificância à prática do delito de peculato, mesmo quando o valor do prejuízo é irrisório à medida que o bem jurídico tutelado, que se traduz na Administração Pública, em seu aspecto patrimonial e moral, já foi ferido.

Também tal princípio não se aplica à concussão, que não é crime patrimonial e portanto insuscetível de amoldar-se às hipóteses que autorizam a aplicação do princípio em pauta.

Delitos contra a Administração, em geral praticados por agentes públicos, atos de improbidade administrativa, crimes de responsabilidade, crimes contra o

sistema financeiro, infrações contra a previdência social, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta de empresas estatais – enfim –, a esparsa gama de condutas caracterizadoras de corrupção pública, na ordem jurídica positiva, torna praticamente impossível seu enfoque exaustivo.

No direito brasileiro, os atos de corrupção pública ou são condutas delituosas ou são atos de improbidade administrativas dos mesmos fenômenos.

As expressões penais mais significativas da corrupção pública titulada por agentes públicos são as diversas espécies de peculato doloso, de concussão, de corrupção passiva e de prevaricação, previstas no Código Penal.

A corrupção, ao tornar-se patologia, apreende-se e transmite-se como pauta cultural, como algo normal. Incorpora-se como crença de que tudo tem seu preço, apesar do que dizem as leis, tornando-se parte da ordem instituída, sendo reconhecida por quem precisa negociar com o setor público.

1.3 A Lei nº. 8.429/92

A Lei nº. 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, sancionada por Fernando Collor de Mello, Presidente da República, que veio a ser cassado por práticas, dentre outras, de improbidade Administrativa. Não foi uma legislação inédita, mas introduz, com feições peculiares, uma ação pública quanto ao objeto, a qual acarreta penalidades civis e, ao mesmo tempo, suspensivas do gozo de direitos políticos.

Conforme abordado por Fazzio Junior²¹:

²¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 36.

A Lei de Improbidade Administrativa possui como importante meta, a imposição aos Agentes Públicos de qualquer hierarquia, de observar, com responsabilidade e zelo, os princípios inerentes à Administração Pública, quais sejam, a legalidade, a moralidade, a impessoalidade e a publicidade, na execução de toda e qualquer função que a eles for atribuída.

Esta Lei veio, certamente, com o intuito de punir os atos ímprobos, ou seja, atos faltosos praticados por parte dos agentes na Administração Pública.

É de longa data, a preocupação do legislador brasileiro em punir o Administrador ímprobo, nefasto. Mas somente com a CRFB/88, e finalmente com a promulgação da LIA (Lei de Improbidade Administrativa), também conhecida como Lei anti-Corrupção e também como lei colarinho branco, estabelecendo-se assim, definitivamente os contornos a volta dos atos de Improbidade, como também a vasta aplicação a que esta lei estabelece, aplicando-se a todos os agentes públicos em geral²².

Cumulada com outras sanções, como as previstas nas esferas penais, civis e administrativas poderão e deverão serem aplicadas a responsabilização por atos de Improbidade Administrativa, atingindo assim, o agente público faltoso²³.

Ainda nos colaciona Costa Netto²⁴:

Dentre os diversos atos de improbidade administrativa, exemplificados na lei 8.429/92, o de “adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou renda do agente público” (art.9º, VII) merece destaque, dado seu notável alcance, pois inverte o ônus da prova, sempre difícil para o autor da ação em casos como o descrito pela norma. Nessa hipótese, quando desproporcional, o enriquecimento é presumido como ilícito, cabendo ao agente público a prova de que ele foi lícito, apontando a origem dos recursos necessários à aquisição.

²² MASSANTI, Ricardo César. *Do crime do colarinho branco: uma análise dentro do contexto normativo atual*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4758>>. Acessado em: 10 ago 2007.

²³ COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. *Improbidade administrativa*. São Luís: Seção Judiciária do Maranhão, 2001, p.109.

²⁴ Ibid, p.110.

O que se deve ser perguntado, diz respeito quanto à natureza da sanção do ato de Improbidade.

O art. 12 da lei é bem claro em ressaltar que, independentemente das sanções civis, penais e administrativas as quais cabem aos atos lesivos a Administração Pública, ao agente será também imposta a responsabilidade pelo ato de Improbidade Administrativa, como também prevê a Constituição da República Federativa do Brasil²⁵.

1.3.1 Responsabilização criminal

Os crimes funcionais resultam em responsabilidade criminal. Consta no “Código Penal brasileiro” - CP, arts. 91 e 92, os ilícitos penais onde o servidor público deverá suportar os efeitos legais da condenação, bem como responder a processo crime, sendo tal matéria regida pelo Direito Penal, constituindo reserva constitucional da União, conforme art. 22, I da Constituição.

No título XI do CP, estão previstos a maioria dos crimes contra a Administração Pública estando estes distribuídos nos caps. I, arts. 312 a 326 e II arts. 359-A a 359-H.

Neste sentido, Mirabette²⁶ ensina:

A fim de atingir os resultados a que se destina, o Estado estabelece normas a respeito de sua própria organização, regula as suas relações com os indivíduos e as havidas entre estes, e executa essas normas, promovendo o que elas visam, protegendo-as e zelando para que elas sejam obedecidas. São as funções legislativas, executivas e judiciárias do Estado. Em sentido amplo, a administração pública compreende essas funções e é nesse caráter que a lei a ela se refere no Título XI do Código Penal.

²⁵ MASSANTI, Ricardo César. *Do crime do colarinho branco: uma análise dentro do contexto normativo atual*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4758>>. Acessado em: 10 ago 2007.

²⁶ MIRABETTE. Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 295.

Ainda Massanti²⁷ colaciona sobre a natureza da sanção:

Se fosse ilícito penal, estaria tipificada a sua conduta e conseqüentemente restariam sem efeito as disposições do Código Penal a respeito dos crimes contra a Administração Pública, bem como não haveria ressalva no próprio artigo da CRFB: "sem prejuízo da ação penal cabível".

Assim, conclui-se que tais atos, os quais importem em atos lesivos ao patrimônio público, em si são ilícitos penais, mas assim o podem ser, caso encontre respaldo na legislação penal²⁸.

Todo cidadão é parte legítima para propor ação popular que objetive anular ato lesivo ao patrimônio público, ou de entidade de que o estado participe, à moralidade administrativa, inteligência do inc. LXXII do art. 5º da Constituição Federal.

O texto da CRFB, prevê a Ação Popular em seu art. 5º, LXXIII, *in verbis*:

Art. 5º - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

A Legitimidade *ad causam* da ação popular deveria se estender às pessoas jurídicas, mesmo porque atendem ao requisito da cidadania *latu sensu*, pois embora não usem e gozem dos direitos políticos, são nacionais.

²⁷ MASSANTI, Ricardo César. *Do crime do colarinho branco*: uma análise dentro do contexto normativo atual. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4758>>. Acessado em: 10 ago 2007.

²⁸ MASSANTI, Ricardo César. *Do crime do colarinho branco*: uma análise dentro do contexto normativo atual. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4758>>. Acessado em: 09 ago 2007.

2. DESIGUALDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A criminalização diferencial de indivíduos notou-se decorrer em função da vinculação de classe social, confirmando a assertiva de que a população pertencente aos setores mais altos é possuidora de certos privilégios que as tornam imunes à aplicação do Direito Penal.

Nesse diapasão, destacou-se o papel fundamental que teve a teoria do *White Collar-Crime*, de Edwin Sutherland, para comprovar o fato de que a criminalidade é fenômeno pertencente a todos os estratos sociais, além de evidenciar que a massa correspondente à criminalidade dos indivíduos pertencentes às altas esferas da sociedade raramente eram perseguida.

De acordo com as investigações empíricas, levadas a cabo por Sutherland²⁹, cunhou-se o entendimento, de que as classes socioeconômicas mais altas eram portadoras de um tratamento diferenciado principalmente no quesito aplicação da pena de prisão (criminalização terciária), o que favorece a desigualdade nos processos de criminalização.

Essa desigualdade é por vezes reconhecida na criminalização primária quando se trata da criminalidade fiscal, especificamente ao crime de sonegação fiscal, o que expor-se-á a seguir.

2.1 O Princípio da Isonomia

O princípio da igualdade ou da isonomia é a pedra fundamental do Estado Democrático de Direito. Está previsto, em nosso ordenamento pátrio, na Constituição da República Federal de 1988, em seu art. 5º: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros

²⁹ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.* p.279.

residentes no país a inviolabilidade do direito á vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).”

Estatuiu Canotilho³⁰

O princípio da igualdade considera-se também como princípio da justiça social, o que é inerente à própria idéia de igual dignidade social (dignidade da pessoa humana) e funciona não apenas como fundamento antropológico-axiológico contra discriminações objectivas ou subjectivas, mas também como princípio jurídico constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e como princípio sancionador de violação da igualdade por comportamentos omissivos.

No mesmo sentido destacou Feldens³¹:

O princípio da igualdade é mais que princípio do Estado de Direito, ele exterioriza-se como um princípio do Estado Social. O princípio da igualdade sob o ponto de vista jurídico-constitucional assume relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades e de reais condições de vida, retratando-se, pois, como a mais valiosa das garantias sociais, ou os meios dos princípios garantidores dos direitos individuais.

A finalidade do princípio da igualdade visou, segundo Melo³², a dois objetivos: “de um lado propiciar garantia individual (não é sem razão que se acha insculpido em artigo subordinado à rubrica constitucional dos “Direitos e Garantias Fundamentais”) contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos”.

O reconhecimento histórico do princípio da igualdade adveio da propalada sentença de Aristóteles, onde se identificava a justiça com o tratamento igualitário (a igualdade e a justiça são sinônimas): “ser justo é ser igual, ser injusto é ser

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 420/421.

³¹ FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 71

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 23.

desigual”. A igualdade consistiria em tratar igualmente os iguais, desigualando-os, em contrapartida, os desiguais.³³

Para além dessa perspectiva de cunho ideológico, a afirmação dos direitos humanos e a consideração da pessoa como ser investido de dignidade foram os antecedentes históricos que puseram a fundamentar uma relação de igualdade entre as pessoas:

[...] o reconhecimento do ser humano como ser dotado de liberdade e razão – cogita-se – identifica-se com o período axial (600 e 480 a.c.), ocasião em que se lançaram os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes³⁴.

Expõe Canotilho³⁵, que sua previsão jurídica está prevista na *Declaration des droits de l’homme et du citoyen*, de 1789, e seus precedentes: *Bill of Rigths*, de 1776, das colônias americanas, o *Bill of Rigths*, inglês de 1689; e, na modernidade, destaca-se a Declaração das Nações Unidas, 1942, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

A dignidade humana existe singularmente em todo o indivíduo, conclusão que traz consigo um enfoque igualitário, afinal, “tal como em si, a dignidade está no outro, e tal como está no outro, está em si, é ao mesmo tempo universal e singular”³⁶.

Destaca Feldens³⁷

³³ SANTOS, Claudia Maria Cruz. *O crime do colarinho branco*. Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça pena. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Almedina, 2001. p. 200.

³⁴ FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 73

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 420

³⁶ FELDENS, Luciano. *Op. cit*, p. 75

³⁷ *Ibid*, p. 75

[...] a igualdade conecta-se a uma política de justiça social e a concretização das imposições constitucionais tendentes à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, relevando-se inerente à própria idéia de igual dignidade social (e de igual dignidade da pessoa humana)".

O conteúdo jurídico do princípio da igualdade revela-se um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais cujos traços mais importantes são: a igualdade na aplicação e a igualdade quanto à criação do direito.

Concebendo o princípio da igualdade como pilastra da democracia, possui, além de seu sentido formal (igualdade perante a lei) que se refere à exigência de igualdade na aplicação da lei, ou seja, que as leis devessem ser cumpridas sem que se levassem em conta as pessoas que viessem a ser por elas alcançadas; verificou-se que o princípio da igualdade não se exaure na mera aplicação da lei, embora essa constitua uma das dimensões do princípio, mas este possui outro endereço além do juiz e do administrador, o próprio legislador, na medida em que o vincula à criação de um direito igual para todos os cidadãos.

Expôs Melo³⁸

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo políticoideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes. Dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.

Assim sendo, a aplicação do direito que se expressa pela afirmação: todo cidadão é igual perante a lei, significa a dimensão básica do princípio da igualdade (igualdade formal), porém não resolve o cerne do problema, qual seja saber quem são os iguais e quem são os desiguais (igualdade material). O princípio da igualdade impossibilita as desigualdades fortuitas ou injustificadas.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 10

2.2 Desigualdade Jurídica

Inserindo o criminoso de colarinho branco no processo seletivo e estigmatizante constata-se, que o mesmo possui um *plus*, ou seja, um escudo, uma idade, que o exclui do aparato penal.

Em todos os diferentes níveis do controle penal encontramos uma enorme desigualdade na relação entre os criminosos de colarinho branco, pois o próprio sistema se encarrega de criar os mecanismos para essa atuação desigualitária³⁹.

A aplicação das penas restritivas de direito, especificamente quanto à pena de prestação pecuniária, a extinção da punibilidade, o programa de recuperação fiscal e a suspensão da ação penal nos crimes tributários, remetem ao conteúdo material das disciplinas extrapenais, como o Direito Civil, numa espécie de despenalização, como se fosse legítima a ausência dos dispositivos penais em vista da ofensa ao bem jurídico ofendido, nos casos de sonegação de impostos.

Há, portanto, uma enorme atenuação da responsabilidade penal nos casos de sonegação fiscal.

Expõe Feldens⁴⁰

Este processo representa uma verdadeira despenalização de condutas que ofendem de forma inescrupulosa os bens jurídicos coletivos mais "caros" à sociedade brasileira. Curiosamente, esse episódio de 'civilização' do Direito Penal aproveita exclusivamente aos autores dos crimes de colarinho branco. As modificações legislativas, que veiculam essa civilização vem dar-se coincidentemente em momento histórico em que o Direito Penal principia por alcançar sua maturidade, lançando-se ao sancionamento de

³⁹ Em síntese, extinção da punibilidade é a perda do da possibilidade jurídica de o Estado aplicar a sanção ao sujeito ativo da infração penal, ou seja, a perda do direito de punir do Estado (*jus puniendi*). As causas de extinção da punibilidade podem atingir a pretensão punitiva ou a pretensão executória, conforme antes ou depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva. 1999. v. 1 p. 495.

⁴⁰FELDENS, Luciano. *Op. cit*, p. 181

crimes praticados em detrimento da ordem econômico-tributária e do sistema financeiro.

O tratamento destinado ao crime de sonegação fiscal fomenta a desigualdade social que a Constituição Social pretende eliminar, e engrossam a lamentável estatística da impunidade, é quem está a merecer especial proteção neste caso é o grave bem jurídico tutelado e não o seu violador.

3. PANORAMA HISTÓRICO JURÍDICO-SOCIAL DA ATUALIDADE

O mundo contemporâneo sofre significativas transformações nos mais diversos níveis. A tecnologia avança diariamente; rapidez, individualidade e consumismo tomaram-se marcas da sociedade presente.

Alterações comportamentais igualmente ocorreram: existe uma disfunção social e institucional na realidade contemporânea. Estas disfunções refletem a decadência do período denominado “sociedade industrial”.

O advento e a consolidação da sociedade industrial e as inúmeras revoluções deste último século embora tenham trazido recursos tecnológicos e transformadores no âmbito social, empregatício, relacional e jurídico deixou de gerar o fortalecimento do ser humano. Ao contrário: nesta realidade industrial, o indivíduo teria sido induzido a gozar de uma falsa liberdade.

Isto porque, segundo o jusfilósofo José Elias Faria⁴¹:

[...] guiadas pela lógica monopolizadora e totalizante inerente ao desenvolvimento capitalista, a ciência e a técnica os teriam levado a se separar irreversivelmente da natureza. Não conseguindo conciliar historicamente experiência científica, expansão tecnológica e liberdade social, pois o processo cumulador, centralizador e concentrador decorrente da Revolução Industrial teria hipostasiado o progresso da razão como valor

⁴¹ FARIA, J. E. C. de O. *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Rev Tribunais. 2002 P. 34

autônomo, existente por si e indiferente a tudo, o espírito científico e a razão oriunda do iluminismo revelaram-se com o tempo, incapazes de neutralizar a angústia dos homens.

A atualidade, portanto, encontra-se atrelada a transformações quase instantâneas. São transformações fluidas, isto é: aquilo que há tempos atrás requeria séculos ou milênios para se alterar, nos tempos hodiernos ocorre em poucos anos. É possível até mesmo afirmar que a estabilidade é produto da antiguidade e modificação resultado do presente.

Nas palavras do sociólogo Bauman⁴², “a modernidade imediata é “leve”, “líquida”, ‘fluida’ e infinitamente mais dinâmica que a modernidade ‘sólida’ que suplantou. A passagem de uma a outra acarretou profundas mudanças em todos os aspectos da vida humana”.

Neste contexto transformativo social, tem-se a percepção de que o Direito, de igual sorte, alterou-se e ainda clama por mudanças⁴³. No âmbito específico do Direito Civil, transformações foram sentidas desde o final do século XIX e o decorrer da segunda metade do século XX, especialmente após a percepção da insuficiência dos paradigmas da sociedade industrial. Estas mudanças e reflexões trouxeram ao jurista um novo sentir.

Os paradigmas que fundamentaram a modernidade foram necessários e precisaram se impor por várias razões. Primeiramente, foi imperativo à face do absolutismo que marcou o fim do período medieval. Posteriormente, foram cogentes para superar os traumas e a realidade da Primeira Grande Guerra.

⁴² BAUMAN, Z. Z. *Modernidade Líquida*. São Paulo: Jorge Zahar. 1999, p.18.

⁴³ Necessário se faz, neste momento ainda introdutório, estabelecer breves apontamentos sobre o Direito, para a compreensão de determinados conceitos a serem formulados. A finalidade primordial das regras sociais é proteger o ser humano e regular suas atividades com fim a promover o equilíbrio e a harmonia entre os demais participantes de determinada sociedade. Vicente Ráo (1997), afirma que o direito tem origem no próprio homem e é o fundamento desta ordem. Decorre da natureza humana e sua origem, essência e finalidade advêm desta força social. Na antiga Roma, desconhecia-se a palavra direito. O vocábulo cognato e etimológico deste era *directus* que significava “aquilo que é conforme a linha reta”. O termo que traduz a palavra “direito” para nossa realidade é, em latim, *jus*, que pertence à mesma raiz do verbo *jubere*, que significa ordena, que igualmente prende-se a mesma origem do verbo *jurare* – jurar. Assim, *jus* é o ordenado, o sagrado e consagrado. Entende-se por paradigma “uma constelação de concepções, de valores, de percepções e de práticas compartilhados por uma comunidade, que dá forma a uma visão particular da realidade, a qual constitui a base da maneira como a comunidade se organiza” (KUHN, 1975, p. 29)

Aqueles foram momentos de alterações profundas e de busca de superação de injustiças e desigualdades. Naquele tempo, a prioridade era a conquista da segurança jurídica, da preservação dos direitos, do estabelecimento das igualdades e da consideração máxima ao indivíduo, que não havia ocorrido na Idade Média, tampouco no absolutismo.

Os paradigmas da era moderna foram a lei e da jurisdição. Além do mais, a segurança pretendida devia resultar de uma construção normativa que fosse abstrata para ser universal e clara para abranger todas as hipóteses vislumbráveis. A preocupação de caráter lógico-formal dominou e resultou nos grandes sistemas codificados. Estes compreendiam serem aptos a regular fatos e atos. Entendiam poder atender a toda hipótese fática que pudesse ocorrer na trajetória privada civil.

E ainda, restava o paradigma “do dizer o direito⁴⁴”. Este era traduzido pela pessoa do juiz que reproduzia o comando hipotético e abstrato da norma jurídica. Certo é que esta construção foi relevante há seu tempo. Contudo, esta estruturação do direito não foi suficiente para fundamentar as expectativas, os anseios, os fatos e a vida desenvolvidos especialmente após as Grandes Guerras.

Neste sentido, leciona Antônio Carlos Wolkmer⁴⁵:

Os modelos culturais, normativos e instrumentais que fundamentaram o mundo da vida, a organização social e os critérios de cientificidade tornaram-se insatisfatórios e limitados. A crescente descrença em modelos filosóficos e científicos que não ofereceram mais diretrizes e normas seguras abrem espaço para se repensarem padrões alternativos de fundamentação.

Por tudo isso, tornou-se (e ainda se torna) imprescindível a reorganização dos paradigmas jurídicos. Estes novos paradigmas estão diretamente ligados à complexidade de conflitos das relações contemporâneas, que produzem efeitos no Direito. Diante desta complexidade, não se pode mais conceber um modelo único, ainda que abstrato.

⁴⁴ Dizer a lei era dizer o direito, porque a lei era o direito.

⁴⁵ WOLKMER, A. C. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1

Relacionam-se também com a constante transformação da sociedade, na qual “ambiência legislada é, por vezes, estreita demais, ou insuficiente, ou inoportuna, ou mesmo inútil, para a realidade intrínseca e essencialmente mutável da vida dos homens”⁴⁶

Os traços da contemporaneidade ainda apresentam a superação da dicotomia privado-público. Tem-se a denominada constitucionalização do Direito Civil. Isto é, a constituição como aquela que coordena os ramos do Direito, inclusive o privado. Princípios que buscam proteger o ser humano; novos conceitos. Surgiram, ainda, tendências a outros rumos legislativos: a decodificação e os microssistemas.

Igualmente, se faz preciso reorganizar o paradigma da lei. Neste sentido, aduz Hironaka⁴⁷:

O paradigma da lei é estreito. E já se critica o paradigma do juiz, mesmo em sua evolução modernizada, isto é, mesmo sob esta sua nova postura e atuação, advindas de uma ampliação de seus poderes, pela autorização que lhe é concedida de decidir com base em noções vagas que são ilações de conceitos jurídicos indeterminados, como por exemplo, a função social, a boa-fé e as demais cláusulas gerais. Esse fenômeno que foi visto como o fenômeno da fuga das leis para o juiz, embora conveniente em certo momento, parece já não ter como se manter atuando, enquanto paradigma da pós-modernidade. É preciso um passo a mais, um passo adiante, nesta seara. Um passo que vise exatamente sepultar, em definitivo, o dogma do juiz servo a lei, do juiz como a boca que fala a letra da lei, exclusivamente.

Em meio a estas realidades no Direito atual, e em especial, no Direito Civil, surge um Código Civil cujo projeto de lei possui 26 anos. Com o intuito de conservar o possível do antigo código e inovar sempre que necessário, o Código entrou em vigor em 2002, trazendo alguns diferenciais.

Enfim, o Direito Civil caminha para um novo momento.

Ao final do século XX, portanto, séculos depois da vigência do estatuto moderno fundamental da apropriação dos bens, da titularidade e do sujeito – o

⁴⁶ HIRONAKA, G. M. F. N. *Direito Civil Brasileiro: de Clóvis Bevilacqua a Miguel Reale. A visão Contemporânea, a transição legislativa e as tendências para o Século XXI*. Disponível em: <www.mudojuridico.adv.br>. Acesso: 10 ago 2007.

⁴⁷ Ibid.

Código Napoleônico – esboça uma tentativa de superação do sujeito abstrato, com a construção do sujeito concreto, agregando-se àquela noção de cidadania. Eis aí o porvir do Direito Civil.

O século XXI inspira um Direito mais humanizado e interessado na pessoa humana – e não no indivíduo sujeito de direito – como o seu verdadeiro centro: “um Direito mais ético, mais composto com o sentir do que com a razão, mais digno, mais socializado, mais corajoso e fiel, mais despojado de arcabouços meramente patrimoniais, mais permeável ao afeto, enfim”⁴⁸. Um Direito que atenda ao clamor da sociedade e que se aproxime das práticas sociais cotidianas.

3.1 Necessidade de novos paradigmas

José Saramago⁴⁹, reconhecido literário lusitano, ao encerrar o ciclo de Estudos da Universidade de Coimbra “Perspectivas do Direito no Início do Século XXI” teceu uma interessante conto denominado “O Direito e os Sinos”. Reflexão pertinente se faz sobre este no presente momento.

Em linhas gerais, conta que um camponês em Florença, ao procurar resolver seu conflito por diversas maneiras – judiciais e extrajudiciais – não obteve resposta. Assim, dirigiu-se ao centro da vila onde habitava e tocou os sinos a finados. Questionado por seus conterrâneos sobre quem tinha falecido, informou ter sido o Direito, pois não havia obtido dele qualquer auxílio.

Ao meditar sobre o conto, Saramago apresenta o seguinte apontamento

50.

⁴⁸ HIRONAKA, G. M. F. N. *Família e casamento*. Revista do Advogado. São Paulo, n. 62, p. 16-24, Mar./2001.

⁴⁹ SARAMAGO, J. *O direito e o sinos*. Perspectivas do direito no início do século XXI. Coimbra: Coimbra. 1999.

⁵⁰ SARAMAGO, J. *Op. cit*, p.35.

Suponho ter sido esta a única vez que, em qualquer parte do mundo, um sino, [...] chorou a morte do Direito. Nunca mais tomou a ouvir-se aquele fúnebre dobre da aldeia de Florença, mas a Justiça continuou e continua a morrer todos os dias. Agora mesmo, neste instante em que vos falo, longe ou aqui ao lado, à porta da nossa casa, alguém o está matando. De cada vez que morre, é como se afinal nunca tivesse existido para aqueles que nela tinham confiado, para aqueles que dele esperavam o que da Justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça.

Não qualquer justiça ou uma justiça distante, ao contrário, uma justiça companheira do ser humano. E finaliza o autor em palavras poéticas que lhes são comuns⁵¹.

[...] uma justiça para quem o justo seria o mais exacto e rigoroso sinónimo do ético, uma justiça que chegasse a ser tão indispensável à felicidade do espírito como indispensável à vida é o alimento do corpo. Uma justiça exercida pelos tribunais, sem dúvida, sempre que a isso os determinasse a lei, mas também, e, sobretudo, uma justiça que fosse a emanação espontânea da própria sociedade em acção, uma justiça em que se manifestasse, como um iniludível imperativo moral, o respeito pelo direito a ser que a cada ser humano assiste.

O mundo contemporâneo freqüentemente convive com a descrença no Direito. Gomes e Gottschalk⁵² descreve que “a injustiça social que reina neste mundo leva o homem da rua a crer que a lei se inspira na iníqua sentença, segunda a qual a razão do mais forte é sempre a melhor”.

A frase supra transcrita retrata duas verdades peculiares: a primeira diz respeito à veracidade desta afirmativa, pois não é este juízo tão despropositado quanto parece a uns; a segunda ensina que este juízo também não é tão absoluto quanto a outros se afigura.

O fato é que o Direito, em alguns momentos, encontra-se em descompasso com sua proposta. Por vezes, inexistente no universo jurídico a relevância constitucional dada à dignidade da pessoa humana, nem qualquer cuidado com o indivíduo em si. Há um desajuste entre a estrutura social e a

⁵¹ Ibid.

⁵² GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Élson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 80

superestrutura jurídica. É possível que muitos daqueles que recorreram ao judiciário, especialmente nos conflitos familiares, ainda que vencedores frustraram-se com o sistema.

Antônio Carlos Wolkmer⁵³, neste sentido, assim afirma:

Assinala-se que a crise que se abate sobre o arcabouço jurídico tradicional está perfeitamente em sintonia com o esgotamento e as mudanças que atravessam os modelos vigentes nas ciências humanas. Adverte-se que as verdades metafísicas e racionais que sustentaram durante séculos as formas de saber e de racionalidade dominantes, não mais mediatizam as inquietações e as necessidades do presente estágio da modernidade liberal-burguês-capitalista. [...] abrindo espaço para se repensar padrões alternativos de referência e legitimação.

Leciona ainda e corrobora com o entendimento de Orlando Gomes⁵⁴ que o Direito positivo estatal encontra-se muitas vezes impotente e não atende de forma geral o universo complexo e dinâmico das atuais sociedades de massa. Estas sofrem profundas contradições sociais e instabilidades, que refletem em crises de legitimidade, produção e aplicação da justiça.

Por fim, assevera Wolkmer⁵⁵ que se torna obrigatório discutir a “crise dos paradigmas” na esfera específica do fenômeno jurídico. A crise no âmbito do Direito significa o esgotamento e a contradição do paradigma liberal-individualista que não consegue mais dar respostas aos novos problemas emergentes.

Lênio Luiz Streck⁵⁶ desenvolve sua narrativa no sentido de haver uma crise que decorre do Judiciário, derivada de descompasso entre sua atuação e as necessidades sociais. Assevera que, historicamente, alguns daqueles que operaram o Direito, o utilizam mais para sonegar do que para garantir direitos do cidadão: para tanto, basta olhar para os presídios, favelas, índices de mortalidade e coeficientes de impunidade, para entender a dimensão do problema.

⁵³ WOLKMER, A. C. Introdução ao pensamento jurídico crítico. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.1.

⁵⁴ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. *Op. cit*, p.15.

⁵⁵ WOLKMER, A. C. *Op. cit*, p.13.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma nova crítica ao Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Verifica-se, portanto, que não basta a simples elaboração de um texto para que se introduza efetivamente na sociedade a idéia que o inspirou. É necessário superar o paradigma normativista do modelo de produção de Direito liberal-individualista.

Existem, portanto, brados que advêm das exigências sociais pela busca de novos padrões que possam solucionar de maneira apropriada, as recentes necessidades, aproximando-se das práticas sociais cotidianas.

Para tamanha construção paradigmática, é preciso que se articule de um projeto pedagógico desmistificador, libertador e popular.

Para Wolkmer⁵⁷, este processo pedagógico que se consubstancializa numa teoria, pensamento ou discurso crítico tem a função estratégica de preparar, em nível prático, os horizontes de um acesso mais democrático à justiça. Chega-se, assim, a alguns elementos caracterizadores da teoria crítica do Direito, enquanto instrumental de 'transição' para uma juridicidade pluralista e emancipadora.

Na sociedade contemporânea, a sistemática tradicional carece de novo perceber e novos paradigmas. "Outro tempo, novos conceitos. A crise pressupõe idéia de superação, a expressão segmentada que tem como premissa a possibilidade de encontrar sentido em outras perspectivas", afirma com propriedade Fachin⁵⁸.

Urgem, portanto, respostas eficazes para atender aos clamores populares por justiça e dignidade, bem como soluções eficazes aos conflitos sociais. E estas podem se dar através da busca por soluções alternativas, que valorizem o ser humano, instrumentalizem o direito atingir seu escopo.

⁵⁷ WOLKMER, A. C. *Op. cit.*, p.4.

⁵⁸ FACHIN, L. E. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar. 2003, p.358.

3.2 Princípios necessários aos novos paradigmas

3.2.1 Dignidade da pessoa humana

A dignidade do ser humano representa um valor que excede o patrimônio e que traz consigo a idéia de algo apropriado ou adequado à condição de homem. “É um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supermo, construído pela razão jurídica”⁵⁹.

A dignidade é qualidade intrínseca da pessoa humana, algo que simplesmente existe sendo irrenunciável e inalienável. Trata de elemento que qualifica a pessoa, que nas palavras de Miguel Reale⁶⁰, “é o valor-fonte de todos os valores, sendo o principal fundamento do ordenamento jurídico”.

A Constituição Federal de 1988, ao perceber esta demanda social universal estabeleceu em seu artigo 1º, III um princípio fundamental do Estado Brasileiro: fixou o denominado princípio da dignidade da pessoa humana. Percebe-se, nos tempos atuais, uma inversão: o Estado existe em função das pessoas e não as pessoas pelo Estado.

Neste sentido, leciona Vincenzo Scalisi⁶¹:

[...] a pessoa que a Constituição eleva de vértice do ordenamento, não é mais o sujeito de direito codificado, formalista e abstrato, apreciável somente em termos patrimoniais e mais propriamente econômico-produtivos, mas sim o sujeito histórico real, considerado na multiplicidade de suas variadas e diversas necessidades, interesses, exigências,

⁵⁹ BETTI, Francisco de Assis. Lei n. 8.429/92 – Dos crimes de corrupção e suas conseqüências. Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, n. 10, ano IV, abr. 2000, p.46

⁶⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed, São Paulo: Saraiva, 2002, p.2.

⁶¹ *Apud* NEVARES, A. L. M. Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p. 295.

qualidades individuais, condições econômicas, posições sociais e, enquanto tal, devendo ser considerado como portador de valores de valores essenciais e fundamentais instâncias de promoção e desenvolvimento da pessoa.

A dignidade diz respeito a um postulado que orienta o ordenamento positivo. Não pode ser compreendida como simples norma, mas sim como delineador do Direito e das relações jurídicas. A dignidade humana constitui valor unificador de todos os direitos fundamentais e tem ainda função legitimadora do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos⁶².

O respeito pela dignidade humana pode ser tido como princípio geral de direito comum dos povos civilizados. As codificações atuais têm inserido, sistematicamente, a pessoa como portadora de vontade abstrata. A tendência contemporânea do direito privado é a orientação que acompanha a teoria dos direitos da personalidade, que garante a proteção da integridade física e moral da pessoa humana e proclama sua primazia.

Deste modo, as relações privatistas possuem de forma direta a influência do princípio da dignidade da pessoa humana. Isto porque as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo nuclear dos direitos fundamentais. Trata-se do que a doutrina alemã designa por *Ausstrahlungswirkung*, isto é, “efeito irradiante”: os direitos fundamentais se irradiam nas relações privadas.

A codificação civil liberal tinha como valor necessário à realização da pessoa a propriedade, em torno da qual se encontravam os demais interesses privados. O patrimônio era aquele que realizava a pessoa humana. A prevalência do patrimônio, como valor individual a ser tutelado nos códigos, abafava a pessoa humana que passou a figurar no pólo de relação jurídica como sujeito abstraído de sua realidade.

Esta ênfase no patrimônio encontra-se em retrocesso e é incompatível com realidade atual. Tem-se, contemporaneamente na doutrina, a denominada

⁶² Ibid, p. 298

repersonalização do direito civil. Isto é, a valorização da pessoa e promoção de sua dignidade.

A repersonalização traz o ser humano como centro do Direito Civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante. O personalismo coloca o ser humano no núcleo do sistema jurídico e retira o patrimônio dessa posição de bem a ser primordialmente tutelado.

É preciso, portanto, adequar o direito aos novos paradigmas. Neste sentido afirma Paulo Luiz Netto Lobo⁶³:

O desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e, através dela, seu patrimônio. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.

Deste modo, caminho certo a ser percorrido pelo Direito Civil contemporâneo é a personalização. A primazia da pessoa e sua elevação como cerne do Direito. As novas tendências do Direito Civil necessariamente avançam neste sentido e apresentam possibilidades de concretizar este honrado princípio da dignidade da pessoa humana.

⁶³ LÔBO, P. L. N. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso: 10 ago 2007.

CONCLUSÃO

O princípio da igualdade deverá ser, portanto, o fio condutor de todas as normas, principalmente quando se refere a criminalização de condutas, de índole individual.

A manutenção da desigualdade social e seleção de condutas, há algumas ilegalidades que são toleradas e muito pouco absorvidas pelo sistema penal. São aquelas praticadas pelas classes mais elevadas, os chamados crimes do colarinho branco. E essas ilegalidades são toleradas justamente porque são úteis. Úteis porque beneficiam as classes mais altas, as próprias detentoras do poder, e também porque, se tais ilegalidades fossem diferenciadas pelo sistema penal, as classes dominantes seriam enfraquecidas e sua predominância no poder ficaria fragilizada.

Os crimes do colarinho branco não são perseguidos porque são praticados por membros de uma camada superior da sociedade, que detêm o poder econômico e político e controlam a ideologia oficial do direito penal, bem como os mecanismos de produção do senso comum. São os detentores dos meios de produção que exercem a hegemonia econômica nas sociedades capitalistas.

Portanto, embora suas condutas estejam previstas como crimes, tais previsões possuem apenas um caráter simbólico, o que termina por legitimar a ampla perseguição das condutas cometidas pelos miseráveis, dando uma falsa impressão de igualdade (formal) no tratamento da delinquência pelo Estado.

O direito penal produzido por uma sociedade capitalista tem por fim manter o *status quo* da desigualdade social. Como mecanismo essencial de manutenção da ordem social, ele deve perseguir e punir as camadas mais baixas da sociedade: pessoas marginalizadas, fora do mercado de trabalho. Ao ingressar no sistema penal resta-lhes duas opções: ou adotam os valores de uma classe dominante e passam a integrar o mercado de trabalho, ou voltam a cometer delitos e retornam à prisão. Em virtude do estigma da prisão, a segunda opção é a mais

freqüente. Em razão desse ciclo vicioso a que o prisioneiro é integrado, forma-se um estereótipo de criminoso oriundo das camadas mais baixas, enquanto o empresário (sonegador, fraudador do sistema financeiro) dificilmente é identificado como criminoso pela cultura popular. Tais estereótipos têm muita influência, mesmo que inconsciente, na atuação da polícia e dos demais órgãos de seleção de criminosos, pois procuram o delito em pessoas desse perfil.

Os crimes do colarinho branco, para a criminologia crítica, integram a área de negatividade social por excelência, pois são geralmente condutas com graves consequências sociais, ainda que seus efeitos se dêem de forma difusa. Sua impunidade, segundo o discurso crítico, está em conformidade com as funções latentes do direito penal. Como tais crimes são tipicamente praticados pelas camadas mais altas da sociedade, sua efetiva repressão geraria um enfraquecimento de tais classes e portanto da própria divisão do poder. Ademais, a criminalidade do colarinho branco é útil aos mais ricos, pois os ajuda a alimentar o sistema político que garante suas posições sociais.

Diante disso, o Direito tem vislumbrado paradigmas contemporâneos que buscam atender à realidade social, tais como a dignidade da pessoa humana, a função social, o afeto, dentre muitos outros. Almeja-se um Direito mais conectado com a pessoa e não no indivíduo sujeito de direitos.

REFERENCIAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal** . Parte Geral. São Paulo: Saraiva. 1999. v. 1.

BETTI, Francisco de Assis. **Lei n. 8.429/92 – Dos crimes de corrupção e suas consequências**. **Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, n. 10, ano IV, abr. 2000, p.46.

BOBBIO, N.; MATEUCCI, N. e PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. Distrito Federal, v.1, UNB/Linha Gráfica Ed., 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COLEMAN, James W. **A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco**. 5 ed. São Paulo: Manole, 2005.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. **Improbidade administrativa**. São Luis: Seção Judiciária do Maranhão, 2001

DINAMARCO, Cândido R. **A Instrumentalidade do Processo**. 8 ed. São Paulo. Malheiros.2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo, Atlas, 2000.

FARIA, J. E. C. de O. **Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista**. São Paulo: Rev Tribunais. 2002

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001

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

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Élson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HIRONAKA, G. M. F. N. **Direito Civil Brasileiro**: de Clóvis Bevilacqua a Miguel Reale. A visão Contemporânea, a transição legislativa e as tendências para o Século XXI. Disponível em: <www.mudojuridico.adv.br>. Acesso: 10 ago 2007

JAIN, Arvind K., Corruption: a Review. **Journal of Economics Surveys**, vol.15, nº1, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998

MIRABETTE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Anna Cynthia de . O Papel da Sociedade Civil no Controle da Corrupção. in: SPECK, Bruno Wilhelm (Org.). (2002). **Caminhos da Transparência**. Campinas: Editora da Unicamp, 2002, p.421-435.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed, São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Claudia Maria Cruz Santos. **O crime do colarinho branco**. Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça pena. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Almedina, 2001.

SARAMAGO, J. **O direito e o sinos**. Perspectivas do direito no início do século XXI. Coimbra: Coimbra. 1999

SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Trad. Rosa Del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999.

WOLKMER, A. C. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002