Fernanda Afonso de Almeida

**Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal: uma abordagem à luz
da teoria crítica**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Sérgio Salomão Shecaira

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo
2012

Fernanda Afonso de Almeida

**Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal: uma abordagem à luz
da teoria crítica**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre na área de concentração: Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia.

Orientador: Professor Titular Sérgio Salomão Shecaira

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo
2012

Nome: Fernanda Afonso de Almeida

Título: Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal: uma abordagem à luz da teoria crítica

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre na área de concentração: Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia.

Aprovada em ____/____/____

Banca Examinadora

Orientador Professor Titular Sérgio Salomão Shecaira
Instituição:

Professor Doutor:
Instituição:

Professor Doutor:
Instituição:

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor Titular Sérgio Salomão Shecaira, por possibilitar, com a realização deste trabalho, meu crescimento não só como jurista, mas principalmente como pessoa.

Ao Professor Doutor Alamiro Velludo Salvador Netto, pelas preciosas observações no exame de qualificação.

Ao Professor Doutor Davi de Paiva Costa Tangerino, meu colega de graduação, pela contribuição na banca de qualificação.

Ao meu companheiro de jornada, Ronaldo Veiga, que por um longo período foi substituído por livros e horas de estudo sem que perdesse a paciência e o sorriso.

À minha grande amiga Maria Elisa Terra Alves, com a sabedoria que lhe é peculiar.

RESUMO

ALMEIDA, Fernanda Afonso de. **Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal: uma abordagem à luz da teoria crítica**. 2012. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

Notam-se semelhanças fundamentais entre os delitos patrimoniais e os crimes de sonegação fiscal, os quais possuem dignidade penal no ordenamento jurídico nacional. Não obstante isso, ao comparar o tratamento dado a eles pelas agências formais de controle social, percebe-se uma escancarada preferência em criminalizar os autores de crimes contra o patrimônio, que são, em sua grande maioria, pertencentes às classes sociais mais pobres, enquanto se imunizam comportamentos típicos de indivíduos pertencentes às classes dominantes, como a sonegação fiscal. Nota-se que o Direito Penal, supostamente igualitário, é seletivo e discriminatório; é o Direito desigual por excelência. A teoria crítica da Criminologia, a partir do método materialista-histórico de Karl Marx, procura explicar que, em uma sociedade (capitalista) embasada fundamentalmente em relações de propriedade, a diferença de classes estrutural acaba por circunscrever a operacionalidade do sistema de justiça penal. O preconceito de classe conduz toda a seletividade do Direito Penal: as imunidades e a criminalização incidem em medida correspondente às relações de poder entre as classes sociais. Desvenda-se uma ordem legal ideológica e imaginária, fundada em conceitos de igualdade e de justiça social e projetada para legitimar a ordem vigente, em contrapartida a uma ordem real opressiva, que se dirige aos pobres, marginalizados, despossuídos e não proprietários, com uma função distinta da que prega: reproduzir as relações de desigualdade e as massas criminalizadas. A escola crítica, defronte a esse quadro e tratando-se de uma teoria comprometida com a construção de uma sociedade mais igualitária, apresenta propostas para tentar reduzir os mecanismos discriminatórios da justiça penal.

Palavras-chave: Crimes patrimoniais. Sonegação fiscal. Teoria crítica. Direito Penal desigual. Justiça de classe. Ideologia da ordem legal.

ABSTRACT

ALMEIDA, Fernanda Afonso de. **The Criminal Protection of Property and the Tax Evasion: a Critical Theory Approach**. 2012. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

Fundamental similarities can be observed between property crimes and tax evasion, both of which having penal legitimacy in the public legal order. Notwithstanding, by comparing the treatment the official agencies of social control applied to them, it can be noticed a clearly preference to criminalize the agents of property crimes, who, in great number, belong to the poor social class, while typical conducts from high social class, as tax evasion, are immunized. It can be noticed that Criminal Law, supposedly egalitarian, is selective and discriminatory; it is the unequal Law par excellence. The critical theory of Criminology tries to explain, from Karl Marx's historical-materialist method, why in a (capitalist) society, structured mainly on properties relations, the differences between classes limit the criminal justice system operation. The class prejudice conducts the Criminal Law selectiveness: immunities and criminalization are focused correspondingly to power relations between the social classes. It can be unveiled an ideological and imaginary legal order, founded in equality and social justice, projected in order to legitimate the existing order, in contrast to an oppressive real order and directed to the poor, marginalized, dispossessed, nonproprietary, which performs in a different way of its speech: reproducing the unequal relations and the criminalized mass. The critical theory, in front of this frame, as a theory committed to the construction of a more equal society, presents proposals to try to reduce the discriminatory mechanisms of the criminal justice.

Keywords: Property crimes. Tax evasion. Critical theory. Unequal Criminal Law. Justice of class. Ideology of the legal order.

*Dende que elige a su gusto,
lo más espinoso elige;
pero esto poco me aflige
y le contesto a mi modo:
la ley se hace para todos,
mas sólo al pobre le rige.*

*La ley es tela de araña
-en mi inorancia lo esplico-.
No la tema el hombre rico;
nunca la tema el que mande;
pues la ruepe el bicho grande
y sólo enrieda a los chicos.*

*Es la ley como la lluvia:
nunca puede ser pareja;
el que la aguanta se queja,
pero el asunto es sencillo:
la ley es como el cuchillo:
no ofiende a quien lo maneja.*

(Martín Fierro)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PARTE I - ANÁLISE JURÍDICO-DOGMÁTICA DOS CRIMES PATRIMONIAIS E DOS CRIMES DE SONEGAÇÃO FISCAL	12
1 A DIGNIDADE PENAL DOS TIPOS	13
1.1 Considerações metodológicas iniciais	13
1.2 O Direito Penal brasileiro no Estado social e Democrático de Direito	17
1.3 O princípio da legalidade e o conteúdo material do delito	21
1.3.1 Enfoques da concepção material de delito	23
1.4 A questão do bem jurídico digno de tutela penal	25
1.4.1 O patrimônio como bem jurídico individual	34
1.4.2 A arrecadação tributária como bem jurídico supraindividual	42
1.4.2.1 Direito Penal Tributário: um ramo do Direito Penal Econômico	50
1.4.2.2 A matriz constitucional	56
1.5 A <i>ultima ratio</i> do Direito Penal	58
2 SIMILITUDES E DISTINÇÕES NO TRATAMENTO DESPENDIDO AOS DELITOS PATRIMONIAIS E À SONEGAÇÃO FISCAL	64
2.1 Extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo <i>versus</i> arrependimento posterior	67
2.2 O princípio da bagatela	77
2.3 Encerramento da instância administrativa como antecedente necessário à instauração do processo criminal	89
2.4 Estatísticas carcerárias	95
PARTE II - ABORDAGEM CRIMINOLÓGICA À LUZ DA TEORIA CRÍTICA	100
1 BREVES CONSIDERAÇÕES	101
2 A TEORIA CRÍTICA: ORIGENS E MÉTODO	102
2.1 Noções preliminares	102
2.2 Origens	103
2.3 O enfoque marxista do delito	107
2.4 O método radical: materialismo histórico	114
3 IDEIAS CENTRAIS DA TEORIA CRÍTICA	118
3.1 Ataque às posturas criminológicas tradicionais e críticas	118
3.1.1 O positivismo criminológico	119
3.1.1.1 A falha positivista	123
3.1.1.2 A persistência da matriz positivista	125
3.1.2 A Criminologia de denúncia	126
3.1.2.1 O surgimento do <i>white-collar crime</i> : a partir de Edwin H. Sutherland	127
3.1.2.2 O tratamento diferenciado dado aos agentes de crimes de colarinho branco	128
3.1.2.3 O crime fiscal como crime do colarinho branco	131
3.1.2.4 A insuficiência da Criminologia de denúncia	133
3.1.3 O <i>labelling approach</i> : ruptura do paradigma etiológico e surgimento do paradigma da reação social	135
3.1.3.1 A limitação da teoria do desvio	139
3.2 A visão crítica do controle do crime na sociedade capitalista	141
3.3 A gênese crítica: a definição legal de crime e as estatísticas oficiais	147
3.4 A ideologia da ordem legal: verdade distorcida	153

3.5 O Direito Penal como o Direito desigual por excelência.....	161
3.5.1 A seletividade no momento de criação da norma	165
3.5.2 A seletividade no momento de aplicação da norma	171
3.6 O sistema carcerário: a função de reprodução das desigualdades das relações sociais capitalistas.....	180
3.6.1 A seletividade no momento de execução da pena	191
3.7 A construção de uma teoria materialista do desvio	194
4 O COMPROMETIMENTO COM A TRANSFORMAÇÃO SOCIAL	199
4.1 A busca por uma sociedade mais igualitária.....	199
4.2 A redefinição do objeto da investigação: um conceito proletário de crime.....	201
4.3 Alternativas de controle social.....	203
CONCLUSÃO	218
REFERÊNCIAS.....	225

INTRODUÇÃO

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu, na Apelação Criminal n. 1.066.802.3-6, da comarca de São Paulo,¹ pelo reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no artigo 16 do Código Penal,² em razão da devolução da *res furtiva* de forma voluntária pelo agente. A coisa furtada perfazia o montante de R\$ 85,00. O Ministério Público, como apelante, havia requerido o afastamento do arrependimento posterior admitido na sentença, sob a alegação de falta de espontaneidade do agente. Manteve-se a condenação do réu às penas de quatro meses de reclusão e três dias-multas, comprovada a subtração de R\$ 85,00 de um posto de gasolina.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, no *Habeas Corpus* n. 50.157-SC,³ julgou extinta a punibilidade dos acusados pela prática do crime tipificado no artigo 1º, I, II e IV, da Lei n. 8.137/90,⁴ com fundamento no artigo 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003,⁵ por ter havido o pagamento integral da dívida tributária relativa à empresa da qual eram representantes, que atingiu o valor aproximado de R\$ 1 milhão.

Esse é apenas um dos retratos da escancarada preferência da justiça penal em recrutar uma circunscrita população criminal, selecionada dentro do mais amplo círculo dos que cometem ações previstas na lei penal: os indivíduos socialmente mais débeis, o pobre, o despossuído, o pouco escolarizado, o marginalizado — autores da imensa maioria dos delitos contra o patrimônio —, enquanto se imunizam outras formas de criminalidade típicas de indivíduos pertencentes às classes de poder, pouco importando o prejuízo social que possam provocar — como os delitos de sonegação fiscal.

Outras incoerências são flagrantemente visíveis no ordenamento nacional quando se comparam os crimes patrimoniais e os crimes de sonegação fiscal, levando à conclusão

¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação com Revisão n. 1.066.802.3-6**. Relator: Desembargador Antonio Benedito Morello. São Paulo, j. 29 ago. 2008, v.u.

² BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 50.157-SC**. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, j. 06 nov. 2006. DJ 18 dez. 2006.

⁴ BRASIL. **Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

⁵ BRASIL. **Lei n. 10.684, de 30 de maio de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.684.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

de que o Direito Penal, supostamente igualitário, é o Direito desigual por excelência. Ele é seletivo, discriminatório e estigmatizante.

As distinções no trato dos crimes cotejados neste trabalho pelas instâncias oficiais de controle social decerto já foram percebidas pelos operadores do Direito, mas não foram analisadas sob a ótica da teoria crítica da Criminologia. Este foi o principal motor para a realização deste estudo: explicar sob um prisma diverso o motivo pelo qual é dado tratamento distinto aos agentes de crimes patrimoniais — condutas típicas de grupos marginalizados —, comparado àquele dado aos agentes de crimes de sonegação fiscal — pertencentes à classe hegemônica —, e demonstrar que pode haver outra função na atuação do sistema penal de justiça. A teoria crítica elucida isso, partindo da ideia de uma sociedade capitalista de classes, em que o sistema punitivo está organizado ideologicamente com o objetivo de proteger os interesses da classe dominante, ao mesmo tempo em que derruba seu peso, vertiginosamente, sobre as classes sociais mais débeis, e destina-se a conservar a estrutura vertical de dominação e poder existente na sociedade.

O trabalho foi, assim, dividido em duas partes.

Na primeira, expõe-se sobre aspectos jurídico-dogmáticos dos crimes confrontados para buscar uma justificativa racional da tipificação das condutas descritas em seus tipos penais, no ordenamento, de modo a lhes conferir dignidade penal. O critério a ser usado é aquele mais comumente aceito pelos penalistas e doutrinadores para justificar a criminalização de condutas e repousa sobre a teoria do bem jurídico. Sustenta-se, destarte, que a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos primordiais ao máximo desenvolvimento da personalidade do homem e à convivência pacífica em sociedade. Tal análise parte da concepção de Estado social e Democrático de Direito — modelo político adotado pela nação — e considera o princípio da legalidade e a *ultima ratio* da intervenção punitiva. Em seguida, são examinadas semelhanças entre os delitos, bem como questões relativas às distinções em seu trato pelas agências oficiais de controle social.

Na segunda parte, faz-se uma abordagem criminológica da diferenciação da aplicação da justiça penal em relação aos delitos tratados no trabalho, com base na teoria crítica. Em princípio, dissecam-se as origens dessa escola, a fim de contextualizá-la, e a metodologia que emprega para o estudo do problema criminal. A seguir, apontam-se os

principais fundamentos sobre os quais a teoria se erigiu e, com eles, desvendam-se mitos e ideologias na ordem social vigente. Essa nova Criminologia leva a questionamentos sobre a qualidade da justiça em nossa sociedade: a avaliar a democracia das instituições políticas, a equidade das instituições econômicas e a humanidade das relações sociais. Por se tratar de uma teoria comprometida com a realização prática do seu saber, analisam-se, por fim, três aspectos relacionados com sua busca pela materialização de uma sociedade mais igualitária: a necessidade de mudanças na estrutura social atual, a redefinição do conceito de crime e as propostas alternativas de controle social. Em relação ao último item, atém-se àquelas com efeito prático e passíveis de serem concretizadas dentro da realidade social e econômica do país.

O trabalho pretende contribuir para a conscientização e para a mobilização não só da academia, mas das agências de controle social formal, com o objetivo de tentar reduzir as diferenças no tratamento dado aos tipos estudados. Quer servir como incentivo a uma necessária revisão legislativa no sentido de conferir aos agentes de crimes patrimoniais as “benesses”, tais quais hoje são concedidas aos sonegadores, ou de condicionar a ação penal relacionada aos crimes patrimoniais à representação da vítima; espera-se que repercuta no âmbito das agências judiciais, reduzindo-se os mecanismos discriminatórios contra os setores mais baixos da população.

**PARTE I - ANÁLISE JURÍDICO-DOGMÁTICA DOS CRIMES
PATRIMONIAIS E DOS CRIMES DE SONEGAÇÃO FISCAL**

1 A DIGNIDADE PENAL DOS TIPOS

1.1 Considerações metodológicas iniciais

A abordagem jurídico-dogmática⁶ dos crimes contra o patrimônio e dos crimes de sonegação fiscal não constitui o enfoque primordial desta dissertação. Porém, é imprescindível, pois serve como ponto de partida obrigatório de onde emanarão as diretrizes para a análise comparativa dos delitos sob a perspectiva crítico-criminológica, funcionando como delimitação do objeto da pesquisa.

Cumprido, dessa forma, antes de atingir o cerne da dissertação, justificar, sob o ponto de vista dogmático, a legitimidade da tipificação penal das condutas descritas naqueles tipos penais; pretende-se encontrar fundamentos racionais que confirmem dignidade penal aos referidos crimes, com base nas categorias lógicas do ordenamento jurídico. Para tanto, parte-se do contexto de um Estado social e Democrático de Direito, cuja intervenção penal justifica-se somente quanto voltada à exclusiva proteção de bens jurídicos imprescindíveis à convivência pacífica entre os indivíduos, como *ultima ratio* da política social.

Em relação aos crimes de sonegação fiscal, hoje são denominados “crimes contra a ordem tributária” e estão previstos no artigo 1º e no artigo 2º da Lei n. 8.137/90:⁷

Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

⁶ Entende-se esta como a análise da letra do texto legislativo, em sua decomposição analítica e em elementos (unidades ou dogmas) e na reconstrução destes elementos de forma coerente, a produzir como resultado uma construção ou teoria. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**: v. 1: parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 146). À dogmática atribui-se a função de procurar uma correta interpretação dos textos positivos, buscando as relações existentes entre estes e descobrindo princípios e instituições ínsitos na lei. Sobre esta base, cabe à dogmática construir e sistematizar uma teoria completa e bem assentada dos fundamentos do Direito Positivo. Por meio dela é possível a aplicação racional e uniforme da lei penal, como garantia essencial da segurança jurídica; ela procura uma administração da justiça democrática, igualitária e justa. (VICO MAÑAS, Carlos. **Tipicidade e princípio da insignificância**. 1993. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993, p. 39).

⁷ A Lei n. 4.729/65 foi a primeira legislação extravagante a usar a denominação “crime de sonegação fiscal”, termo que foi substituído por “crime contra a ordem tributária” com a edição da Lei n. 8.137/90. Não há que se olvidar que normas anteriores previram crimes fiscais.

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º. Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

É preciso salientar que outros delitos também são considerados crimes contra a ordem tributária, como a infração prevista na segunda parte do artigo 334 do Código Penal⁸ (descaminho) e os delitos previdenciários descritos no artigo 168-A⁹ (apropriação

⁸ “Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria: Pena - reclusão, de um a quatro anos.” O descaminho refere-se à segunda parte do dispositivo: “iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria”. Incrimina-se a ação de iludir, fraudar, burlar, total ou parcialmente, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, saída ou consumo, observando-se que o imposto de consumo não mais existe sob tal denominação. (DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 837).

⁹ “Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. § 1º. Nas mesmas penas incorre quem deixar de: I - recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público; II - recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços; III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.”

indébita previdenciária) e no artigo 337-A¹⁰ (sonegação de contribuição previdenciária) do mesmo Diploma, assim como as figuras do artigo 3º da Lei n. 8.137/90,¹¹ referentes aos crimes funcionais. Por simples questão de facilitação no trato do assunto, todos serão abordados da mesma forma: como crimes contra a ordem tributária ou crimes de sonegação fiscal ou, ainda, como crimes fiscais ou tributários.

Quanto aos delitos patrimoniais, será dada prioridade a um tipo penal em especial, praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa: o furto.

Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º. A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º. Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º. Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

§ 4º. A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5º. A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

A escolha desse delito deve-se ao fato de que ele se assemelha ao crime contra a ordem tributária, por não envolver a prática de ato violento ou com grave ameaça e de ser

¹⁰ “Art. 377-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; II - deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; III - omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.”

¹¹ “Art. 3º. Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I): I - extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social; II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

possível o ressarcimento ao ofendido. E, conquanto possua ainda outras características que tornam os tipos parecidos, percebe-se uma diferença de tratamento enorme entre eles por parte das instâncias formais de controle social. Essa distinção de tratamento é, especificamente, a peça chave para uma análise criminológica sob o ponto de vista crítico.

O crime de estelionato também será considerado neste trabalho, em razão de sua aproximação dogmática mais evidente em relação ao crime fiscal, pois além da ausência de violência e grave ameaça e da possibilidade de ressarcimento ao ofendido, também é cometido mediante fraude:

Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:
Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.
§ 1º. Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.

Inevitável, outrossim, a comparação da apropriação indébita previdenciária (descrita em nota anterior) com a apropriação indébita do artigo 168 do Código Penal:

Art. 168. Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.
§ 1º. A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa:
I - em depósito necessário;
II - na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial;
III - em razão de ofício, emprego ou profissão.

Por uma questão óbvia, ficam afastados da análise comparativa os delitos patrimoniais violentos, como o roubo e a extorsão, pois cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Também não é caso de se incluírem os delitos de usurpação, dano e receptação, pois suas condutas se afastam dos tipos de sonegação fiscal.

Pois bem, justificada a ingerência penal sobre as condutas dos delitos confrontados neste trabalho — aferida com base no princípio da legalidade, no bem jurídico-penal e na *ultima ratio* da intervenção punitiva —, apontar-se-ão semelhanças essenciais entre eles e, não obstante isso, diferenças gritantes de tratamento pelas instâncias formais de controle social.

Esses serão os contornos a partir dos quais se tentará um exame particularizado da situação (não igualitária) sob a ótica da teoria crítica da Criminologia, com o objetivo de explicar a desigual distribuição da criminalização na sociedade. Após, serão analisadas alternativas radicais para tentar concretizar uma sociedade mais igualitária e um Direito Penal mais democrático.

1.2 O Direito Penal brasileiro no Estado social e Democrático de Direito

O modelo jurídico adotado pelo Brasil, segundo o artigo 1º da Constituição Federal de 1988,¹² é o de “Estado Democrático de Direito” e tem como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

À primeira vista, essa nomenclatura leva a crer tenha sido abraçado o modelo de Estado liberal,¹³ o qual prima pela salvaguarda dos direitos individuais do homem, com a finalidade de defendê-lo contra o arbítrio do poder estatal. Esse modelo, com origem nas revoluções burguesas, toma a ideia de Estado de Direito, cujo alicerce é sua submissão ao império da lei, considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto por representantes do povo, além de caracterizar-se pela divisão dos poderes, independentes e harmônicos entre si, e pela enunciação de garantias e direitos individuais.¹⁴

A Carta Magna, porém, explicitou uma série de direitos e garantias coletivas ao lado das garantias individuais, tutelando valores sociais e econômicos de interesse geral, como aqueles atinentes à saúde, ao meio ambiente, à atividade econômica, suficiente para concluir tratar-se de política intervencionista característica de Estado social de Direito.¹⁵

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 nov. 2011.

¹³ FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**: v. 1: tomo 1: parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 30.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 116-117.

¹⁵ FRANCO, op. cit., p. 30.

O Estado social de Direito surgiu das injustiças causadas pelo individualismo e pelo neutralismo do Estado liberal.¹⁶ Ao garantir uma liberdade de ação praticamente ilimitada às forças econômicas, o Estado liberal possibilitou a acumulação de poder econômico e político nas mãos de poucos, disfarçando, sob a imagem do jogo livre e igual de mercado, uma sociedade de classes em que predomina a classe capitalista. Com o aumento das desigualdades sociais, o Estado liberal, reduzido a guardião de garantias meramente formais entre os indivíduos, deixou de atender às condições próprias da sociedade industrial, o que o levou a ser sucedido pelo Estado social de Direito.¹⁷ Este, sim, atua (ou ao menos pretende atuar) de forma a concretizar e materializar a igualdade e a justiça entre todos.¹⁸

Mir Puig explica que o Estado social tem intenção de derrubar as barreiras que no Estado liberal o separavam da sociedade; se o princípio que regia a função do Estado liberal era a limitação da ação do Estado, o Estado social se erige como um motor ativo da vida social, chamado a modificar as relações sociais; de Estado-árbitro imparcial, guardião da não intervenção no jogo social, passa-se progressivamente ao Estado intervencionista. Pela fórmula “Estado social e Democrático de Direito”, o jurista assevera que se pretende unir os modelos de Estado liberal e Estado social, não só em uma tentativa de submeter a atuação do Estado social aos limites formais do Estado de Direito, mas de se orientar materialmente para fazer uma democracia real.¹⁹

O artigo 3º da Constituição Federal cataloga os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, as metas prioritárias a serem alcançadas nas ações governamentais, quais sejam: a instituição de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo ou outros modos de discriminação. A seleção de tais escopos confirma que o país é um Estado social e Democrático de Direito, traduzido por Alberto Silva Franco como:

¹⁶ SILVA, 2001, p. 119.

¹⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do Direito Penal**. 2010. 464 f. Tese (Livre-Docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 30.

¹⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 51.

¹⁹ MIR PUIG, Santiago. **El Derecho Penal en el Estado social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994, p. 31-33.

Aquela concepção sintética que reúne, em relação dialética, a idéia de Estado de Direito, isto é, de um Estado regido pelo Direito que provém da vontade geral expressa pelo povo e de um Estado social que interfere, direta e imediatamente, no jogo social; é a fusão entre o Estado guardião do cidadão e do Estado intervencionista nas relações sociais, a que se acresce a idéia de democracia, isto é, do Estado que exclui a prepotência e é, por sua formação e por seu conteúdo organizacional, democraticamente, legitimado.²⁰

Isso significa que o Estado avançou os limites da igualdade formal pregada pelo liberalismo e passou a se preocupar com a realidade e com o mundo prático, com a finalidade de alcançar os nobres objetivos da República, dentre os quais se encontram a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais.²¹

Figueiredo Dias atribui o nome “Estado de Direito material contemporâneo” ao Estado social e Democrático atual que mantém rígido o esquema da legalidade, mas que se preocupa com a efetividade dos direitos, liberdades e garantias da pessoa, com a finalidade de permitir ao homem realizar-se de forma plena em todos os planos, seja político, social, cultural ou econômico.²²

Decerto é necessário que o Direito Penal se coadune com os fundamentos e objetivos cobijados na Carta Política, os quais, inclusive, fixam os limites, as diretrizes e servem de instrumento de interpretação e compreensão do próprio sistema penal.²³

No Estado de Direito social propugnado pela Constituição Federal de 1988, portanto, o sistema penal, além de ter uma postura de garante das liberdades individuais típicas do pensamento liberal, pretende ter uma atitude comprometida com a construção de uma sociedade igualitária, edificada sobre a defesa inflexível da dignidade humana de todos os cidadãos indistintamente.²⁴

²⁰ FRANCO, 1997, p. 29.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “*la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos*”. **Revista de Estudos Criminais**. Publicação conjunta do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-RS e do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, n. 31, p. 65-96, out./dez. 2008, p. 72.

²² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 33.

²³ FRANCO, op. cit., p. 31.

²⁴ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 36-37.

A meta penal, segundo Zaffaroni e Pierangeli, é prover a segurança jurídica por meio da proteção de bens jurídicos que permitam assegurar a todos a coexistência pacífica e a possibilidade de dispor e usar o que cada um considere necessário para sua autorrealização, por meio da coerção penal.²⁵

Claus Roxin atribui ao Direito Penal a função de “garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos”.²⁶ Essa função, que ele confirma estar atrelada historicamente ao Estado Democrático oriundo do pensamento jurídico-racional do Iluminismo, prima pelo equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, de modo a garantir a cada um tanto a proteção estatal necessária, como também a liberdade individual possível. Disso resulta que, em um Estado Democrático de Direito, as normas jurídico-penais devem somente perseguir o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve assegurar, com a intervenção penal, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência digna (isto é, a proteção da vida, do corpo, da propriedade), mas também as instituições estatais adequadas para esse fim (como uma administração da justiça eficiente e um sistema monetário e de impostos saudáveis), sempre e quando não se possa alcançar de outra forma.²⁷

Esta é a finalidade arrogada ao Direito Penal no âmbito deste trabalho: a proteção de bens jurídicos essenciais a garantir o máximo desenvolvimento da personalidade do homem e a coexistência pacífica em sociedade, sem olvidar sua característica de tutela subsidiária de bens jurídico-penais que encontram respaldo constitucional.

Verificam-se, destarte, dois âmbitos de atuação no campo do Direito Penal decorrentes da organização político-social própria do modelo de Estado adotado: uma característica do Estado liberal, que privilegia programas de proteção a direitos individuais, uma vez que seu alicerce está na salvaguarda destes — como o patrimônio tutelado pelos tipos de furto, estelionato e apropriação indébita —; e outra que responde ao Estado social,

²⁵ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 86-87.

²⁶ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 16-17.

²⁷ Ibid., p. 18-19.

ressaltando programas de criminalização de comportamentos lesivos a bens jurídicos coletivos, na medida em que se preocupa com condutas que criam entraves à consecução do projeto constitucional e à realização material da igualdade e do bem-estar de todos. É neste segundo contexto que se depara com propostas de criminalização de comportamentos que ferem a ordem econômica, como os crimes de sonegação fiscal, porquanto eles confrontam com os objetivos fundamentais almejados pelo Estado.²⁸

Passa-se a analisar, então, sob o enfoque jurídico-dogmático e de forma sucinta, alguns dos pontos que legitimam a intervenção penal em relação aos crimes cotejados neste trabalho — o crime patrimonial e a sonegação fiscal. Serão usados os seguintes critérios: observância ao princípio da legalidade, à exclusiva proteção ao bem jurídico e à *ultima ratio* da intervenção punitiva.

Observa-se que a exposição se restringe a levantar aspectos peculiares que justificam a dignidade penal dos referidos delitos, sem esgotar o tema, pois cada um, por certo, pode ser objeto de uma dissertação individual.

Nessa conjuntura, ademais, serão assinalados os diversos institutos despenalizadores e as benesses concedidas em favor dos agentes de um dos delitos (sonegação fiscal), enquanto se observa que os autores de delitos contra o patrimônio permanecem enredados na rígida teia da criminalização.

1.3 O princípio da legalidade e o conteúdo material do delito

Nascido no contexto do Estado de Direito, de vertente liberal e individualista, o princípio da legalidade está previsto no artigo 5º, II, da Constituição Federal.²⁹ Isso significa que toda atividade estatal, na qual se inclui o *ius puniendi*, fica sujeita ao império

²⁸ SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 51.

²⁹ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Na esfera penal, referido princípio também está previsto no inciso XXXIX e XL (respectivamente: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”).

da lei, entendida como expressão da vontade geral, representada por meio de órgãos, em conformidade com o processo previsto na Constituição.³⁰

Em razão do modelo de Estado e do regime político assumido no Brasil, a legalidade democrática não deve ficar circunscrita ao seu conceito formal, subordinado às leis que disciplinam as formas de seu exercício, mas deve estar em condições de, no plano substancial, servir de garantia aos direitos fundamentais da pessoa.³¹

Segundo Ferrajoli, o princípio da legalidade na esfera penal não se esgota na observância da formalidade legislativa no momento de criação da lei penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) — norma de reconhecimento de todas as prescrições penais legalmente vigentes ou positivamente existentes —, mas exige vinculação à substância e ao conteúdo dos atos que o envolvem (*nulla lex poenalis sine damno, sine actione..., sine defensione*). Assim, para que seja formalmente válida, a lei deve ser promulgada em obediência ao processo legislativo de criação da norma; e, para que também seja substancialmente legítima, incumbe a ela definir o crime e a pena, com demarcação precisa de seus limites, descrição exata da conduta lesiva ou suficientemente idônea para colocar em perigo um bem jurídico relevante e estipular uma pena para quem a pratica, vinculando seu conteúdo a valores e princípios fundamentais.³²

Portanto, para a observância do princípio da legalidade na tipificação penal, além de ser indispensável a fiel execução do procedimento de elaboração da norma jurídica penal, conforme regras constitucionalmente estabelecidas, é necessário que se respeitem limites de ordem material. Existirão restrições ao legislador na escolha de quais objetos podem ser sujeitos à criminalização, balizadas pelos princípios e objetivos fundamentais pregados na Carta Maior.

A esse respeito, ganha relevância o aspecto substancial da legalidade, pois converge à questão acerca dos limites materiais colocados à atividade legiferante. Pergunta-se, pois, quais condutas o legislador pode elevar à categoria de penalmente tuteláveis. Esse é um assunto extenso, que não cabe ser dissecado neste trabalho. Pretende-se, tão somente, fazer

³⁰ SILVA, 2001, p. 423.

³¹ FRANCO, 1997, p. 29.

³² FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. **Teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 380-381.

uma exposição breve sobre as perspectivas tomadas no decorrer dos tempos para determinação material do comportamento criminal e sobre a evolução dogmática do bem jurídico, para que se possa chegar às colocações quanto à necessária tutela jurídico-penal de bens supraindividuais, como é o caso da arrecadação tributária, ao lado de bens jurídicos individuais abrigados em tipos como o furto, como é o patrimônio.

1.3.1 Enfoques da concepção material de delito

No decorrer da história, distintas perspectivas propuseram fornecer a concepção material de delito, com a finalidade de explicar os critérios de seleção das condutas que poderiam ou deveriam ser elevadas à categoria de crimes.

O enfoque positivista-legalista define o Direito Penal, em sentido objetivo, como o conjunto de normas jurídicas que atribuem consequências jurídicas (penas e medidas de segurança) a determinados comportamentos humanos (crimes) — o *ius poenale*. Em sentido subjetivo, o Direito Penal corresponde ao *ius puniendi*, ao poder punitivo do Estado resultante de sua soberana legitimação para considerar como crimes certos comportamentos humanos. Daí se poder afirmar que o Direito Penal objetivo é expressão do poder punitivo estatal. O conceito material de delito, neste aspecto, acaba por se confundir com o próprio conceito formal de delito, de tal sorte que é crime a conduta eleita pelo legislador que a descreve no tipo penal. A regularidade do procedimento formal (a legitimidade daqueles que elegem determinadas condutas como crimes) identifica-se com sua legitimidade material.³³

Decerto, esse enfoque não pode ser acolhido, pois não responde à pergunta acerca de onde emana a legitimidade de eleger determinados comportamentos como crimes — nada se fica a saber sobre quais qualidades o comportamento deve assumir para que o legislador possa sancioná-lo —, bem como não permite relacionar o conceito material de crime à verdadeira questão em que se insere — a função e os limites do Direito Penal.³⁴

Aqueles que debatiam o enfoque positivista-legalista do conceito material de crime encontravam suporte na ideia de delito natural preconizada por Garofalo — a ótica

³³ DIAS, 1999, p. 54-55.

³⁴ Ibid., p. 54-55.

positivista-sociológica. Garofalo relacionava o crime com a violação de sentimentos médios altruísticos de piedade e probidade, conforme o bem atingido fosse a pessoa ou o patrimônio. O delito, para ele, residia na violação daqueles sentimentos morais mais profundos, segundo o padrão médio da humanidade civilizada.³⁵ Durkheim, seguindo a mesma linha contrária à noção técnico-jurídica, aduzia que a característica comum dos crimes é o fato de serem universalmente reprovados pelos membros da sociedade, comuns à consciência coletiva, fortes e precisos. Para o autor, o ato criminoso é aquele que ofende condições consolidadas e definidas da consciência coletiva — entendida esta como o conjunto de crenças e sentimentos comuns à média dos membros de uma sociedade que forma um sistema determinado e com vida própria.³⁶ Ambos os conceitos pecam pela imprecisão, pois não delimitam o âmbito de atuação do legislador e deixam de conferir segurança quanto aos limites da criminalização.³⁷

Welzel sustentava uma abordagem moral (ético-social) para definição material do delito: o crime corresponde a uma violação de deveres ético-sociais elementares da vida em comunidade. O Direito Penal, neste caso, pretende proteger determinados bens vitais da comunidade (valores materiais como, por exemplo, a integridade do Estado, a vida, a saúde, a propriedade, etc.), impondo consequências jurídicas à sua lesão, assegurando-se, assim, a vigência dos valores ético-sociais de caráter positivo.³⁸ Contudo, o Direito não pode pretender impor moral aos indivíduos, uma vez que agasalha a liberdade de consciência de cada um, inclusive quanto às escolhas de atos morais ou imorais, virtuosos ou não, e diante das sociedades democráticas e pluralistas dos nossos dias.³⁹

A controvérsia das diferentes perspectivas conduziu à perspectiva teleológico-funcional e racional, como a defendida por Figueiredo Dias. Trata-se da vertente que se entende como adequada para a valoração dogmático-penal no momento da escolha dos comportamentos que devem ser considerados crimes. Ela encontra alicerce na teleologia própria do sistema penal, em sua funcionalidade e racionalidade; legitima-se a intervenção penal a partir da própria função do Direito Penal de tutela subsidiária de bens jurídicos

³⁵ GAROFALO, Raffaele. **Criminologia**: estudo sobre o delicto e a repressão penal. 4. ed. Lisboa: Clássica, 1925, p. 64, 87-88.

³⁶ DURKHEIM, Émile. **Sociologia**. Tradução Laura Natal Rodrigues. Organizador José Albertino Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Ática, 1981, p. 73-75.

³⁷ DIAS, 1999, p. 56-58.

³⁸ WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**: parte general. 4. ed. Tradução Juan Bustos Ramírez; Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 1-2, 5.

³⁹ DIAS, op. cit., p. 59-60.

dotados de dignidade penal, cuja lesão se revele digna de pena, segundo critérios de necessidade.⁴⁰

Seguindo este enfoque, apenas é legítima a criminalização onde se divise o propósito de tutelar um bem jurídico-penal, acrescido do critério da necessidade da tutela penal, entendida esta como *ultima ratio* da política social.

A limitação material do delito, portanto, está conectada à própria função do Direito Penal. E, para que seja possível abalizar concretamente essa fronteira, imperioso buscar qual acepção para “bem jurídico” é adequada, encontrar o fundamento de sua proteção penal no ordenamento, assim como encontrar o sentido da *ultima ratio*.

1.4 A questão do bem jurídico digno de tutela penal

Diversos são os discursos para definir de forma mais exata o conceito de bem jurídico, na contemporaneidade.

Zaffaroni e Pierangeli definem: “bens jurídicos são os direitos que temos a dispor de certos objetos”. Para eles, o ente que a ordem jurídica tutela contra certas condutas que o perturbam é a relação de disponibilidade do titular com a coisa e não a coisa em si.⁴¹

Bettioli enfatiza que bem jurídico é a posse ou a vida, isto é, o valor que a norma jurídica tutela, valor que jamais pode ser considerado como algo material, embora encontre na matéria seu ponto de referência. Reza o autor que o bem jurídico está intimamente ligado às concepções ético-políticas dominantes e, portanto, assume significado e conteúdo diversos com a mudança de tempo e de lugar. Assim, o Direito Penal está jungido a valores de uma determinada época. O autor, a esse propósito, fala que “valores” é o termo mais apropriado para exprimir a natureza ética do conteúdo das normas penais — até porque parte de uma concepção ético-valorativa —, e não “interesses”, uma vez que estes exprimem uma relação.⁴²

⁴⁰ DIAS, 1999, p. 62, 78.

⁴¹ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 399.

⁴² BETTIOLI, Giuseppe. **Direito Penal**. 2. ed. Tradução Paulo José da Costa Júnior; Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, v. 1, p. 229-231.

Miguel Reale Júnior sustenta a posição de que o termo “bem”, por não deixar de fazer referência ao fato de pertencer a alguém, não é ideal para traduzir a finalidade do Direito, de modo que falar em “valor” seria mais adequado, considerando que a missão do Direito é impor a positividade de valores; valores que adquirem dignidade penal em virtude da danosidade social provocada por sua ofensa. Como exemplo, afirma que o patrimônio é um valor a ser tutelado pelo Direito Penal diante de determinados comportamentos lesivos e com danosidade social.⁴³

Em que pese haver a distinção entre “bem” e “valor” jurídico, neste trabalho serão usados como sinônimos, podendo referir-se ora a um, ora a outro, sem que com isso se pretenda diferenciá-los.

Alberto Silva Franco ressalta a estreita vinculação entre ordem jurídica e ordem social. Ele assevera que, a partir da análise da realidade social, é possível identificar os bens relevantes que devem ser resguardados por meio do mecanismo repressor penal, desde que estejam refletidos ou definidos na Constituição. Mas isso apenas não basta, é necessário que se verifique tratar de um valor socialmente aceito e suscetível de sofrer lesão ou de ser posto gravemente em perigo, passível de comprometer o funcionamento regular da sociedade. A tutela penal exige observância à lesividade, devendo abranger apenas os casos em que se colocam em perigo concreto bens jurídicos essenciais para a pessoa ou para a vida em comunidade.⁴⁴

Neste tocante, vale observar que um dos princípios constitucionais que não está expressamente listado na Carta Política, mas decorre do próprio modelo jurídico adotado pelo Estado, é o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, também denominado “princípio da ofensividade ou lesividade”. De acordo com este, o controle social penal apenas pode ser acionado quando ocorrer lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos concretos. Trata-se de clara limitação ao poder punitivo estatal, na medida em que restringe a intervenção do Direito Penal à tutela de bens jurídicos relevantes de natureza coletiva ou individual contra graves ataques a esses bens.⁴⁵

⁴³ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: v. 1: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 22-23.

⁴⁴ FRANCO, 1997, p. 37-38.

⁴⁵ Ibid., p. 37. Há quem entenda ser desnecessário ocupar-se do tema “bens jurídicos”, como Günther Jakobs, uma vez que considera que a função do Direito Penal é a confirmação da vigência da norma (é a estabilização

Com origem iluminista, mencionado princípio fundamenta-se na racionalidade instrumental do Direito Penal e persegue um objetivo prático e socialmente útil: proteger aquele bem ou interesse de cuja tutela depende a garantia de uma convivência pacífica.⁴⁶

Ferrajoli ensina que o princípio da lesividade é reconhecido pelo axioma *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*. Cuida-se do princípio que vê, no dano causado a terceiros, as razões, os critérios e a medida das proibições e das penas. Somente assim as proibições e as penas configuram instrumento de minimização da violência e de tutela dos mais débeis contra os ataques arbitrários dos mais fortes, em um marco que concebe o Direito Penal como instrumento de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.⁴⁷

Mas a noção de bem jurídico não se confunde com o elemento (pessoa ou coisa) sobre o qual incide o comportamento delitivo. Definir qual é o bem jurídico penal é de fundamental importância, já que é elemento básico para servir de baliza material intransponível à intervenção punitiva, além de ser essencial para a interpretação última da norma e para que seja possível ao Direito Penal cumprir sua finalidade.⁴⁸

E como definir quais seriam os bens essenciais a uma determinada sociedade a permitir ameaça de sanção criminal? Determinar a qualidade dos comportamentos que

contrafática das expectativas comunitárias na validade da norma violada) e não a proteção de bens jurídicos — tese não defendida neste trabalho, pois um sistema não pode ser um valor em si mesmo, mas deve atender à finalidade dos homens que vivem na sociedade. Jakobs, ademais, evita qualquer declaração sobre a legitimidade ou não dos conteúdos das normas, asseverando que se trata de questão não científica, mas política. Acolher esta ideia seria, como rebateu Roxin, permitir a arbitrariedade legislativa. (ROXIN, 2009, p. 15).

⁴⁶ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto Penale**: parte generale. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1989, p. 19-22.

⁴⁷ FERRAJOLI, 2000, p. 466.

⁴⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 35. A este respeito, Gonzalo D. Fernández explica, em linhas gerais, que o bem jurídico cumpre diversas funções: (i) função crítica ou de garantia, correspondente à função político-criminal tendente a limitar o exercício do *ius puniendi* estatal; (ii) função axiológica, intimamente relacionada à natureza valorativa do Direito Penal, na qual é possível indicar em cada norma penal o que se protege e por que se protege — o que implica em uma revisão crítica sobre a efetiva necessidade e idoneidade da intervenção punitiva —; (iii) função de legitimação material da norma, que necessita ser justificada racionalmente em um contexto de Estado Democrático de Direito; (iv) função teleológica ou dogmática, caso em que serve como critério de interpretação dos tipos penais; e, por fim, (v) função sistemática, consistente em servir como elemento de aglutinação, classificação e hierarquização dos distintos tipos delitivos. (FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien jurídico y sistema del delito**: un ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires; Montevideo: IBDeF, 2004, p. 6-9).

podem ser objeto de punição constitui sempre matéria sujeita a constantes alterações, revisões e críticas, pois a criação, a descrição e o conteúdo das normas jurídicas estão intrinsecamente ligados a valorações de sentido⁴⁹ e a fundamentos axiológicos apreendidos pelo legislador em determinada circunstância histórico-cultural.⁵⁰

As primeiras noções sobre o que, de fato, seria o bem jurídico-penal foram trazidas por Birnbaum, em 1834, em contraposição à teoria da lesão ao direito subjetivo de Feuerbach.⁵¹ Birnbaum entendia que o objeto do ilícito correspondia a um bem e não a um direito e envolvia um conteúdo individualista e liberal; o autor identificava-o com os interesses primordiais do homem na sociedade, como a vida, a liberdade, seu corpo, seu patrimônio. Desta forma, o Estado valorava um bem extraído do mundo do ser, da realidade, com importância individual ou coletiva que, caso lesionado pela conduta delitiva e perturbasse a ordem social, permitiria a criminalização.⁵²

Von Jhering pregava a ideia de que os bens jurídico-penais estavam ligados à danosidade social; eles eram apontados pelo legislador com a finalidade de blindar as condições de vida em sociedade da exposição ao perigo, sendo esta a finalidade da própria lei penal, qual seja, abrigar as condições vitais sociais.⁵³

Karl Binding, por sua vez, influenciado pelo positivismo jurídico-racionalista, ainda no século XIX, definiu o bem jurídico-penal formalmente como aquilo que é eleito pelo legislador como tal; a concepção de bem jurídico, para ele, dava-se em tudo que aos olhos do legislador teria valor como condição para uma vida saudável dos cidadãos e que deveria ser protegido contra lesão ou perigo.⁵⁴ Havia, então, absoluta congruência entre a norma e o bem jurídico — visão esta que pecava pela sujeição do processo de criminalização à

⁴⁹ DIAS, 1999, p. 28-29.

⁵⁰ REALE JÚNIOR, 2006, p. 23.

⁵¹ Feuerbach é considerado precursor da teoria do bem jurídico, a partir de sua obra “Tratado”, em 1801. Ele é tributário da filosofia da Ilustração, que tem como raízes o contratualismo, base sobre a qual se hierarquiza o rol dos direitos subjetivos. Estes são o objeto de proteção penal, sendo que o delito consiste, assim, na lesão a um direito subjetivo; trata-se de uma conduta danosa que ofende o Estado, como garante das condições da vida em comunidade, e a qual esse aplica uma penalidade. (FERNÁNDEZ, 2004, p. 11-12).

⁵² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. **Revista Liberdades**, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009, p. 17.

⁵³ SILVEIRA, 2003, p. 41-42.

⁵⁴ BINDING, Karl. **Compendio di Diritto Penale**: parte generale. 8. ed. Roma: Athenaeum, 1927, p. 198.

arbitrariedade e à aleatoriedade da atuação do legislador, pois ficava a seu crivo a definição dos valores sujeitos à tutela penal.⁵⁵

Franz von Liszt, grande contraditor de Binding, e reagindo ao seu formalismo, entendia o bem jurídico sob um viés naturalístico-sociológico. O bem jurídico, para ele, existe no mundo real e preexiste à normatização; não é produto do ordenamento jurídico, mas da vida, sendo, portanto, estabelecido previamente.⁵⁶

A partir da segunda metade do século XX, desenvolve-se a concepção metodológica de bem jurídico, sob a égide da filosofia neokantiana. Referida concepção buscou a substância material de bem jurídico em uma realidade prévia ao Direito, situada no mundo espiritual subjetivo dos valores culturais, como entreposto entre os mundos do ser e do dever-ser. Fizeram-se, assim, dos bens jurídicos, fórmulas interpretativas dos tipos legais.⁵⁷ Richard Honig, representante dessa vertente, identificou o bem jurídico com a *ratio* da norma. O bem jurídico-penal estaria ligado tão somente ao escopo da norma penal incriminadora — no sentido teleológico de cada tipo penal.⁵⁸

Teorias sociológicas assumidas por Knut Amelung, Winfried Hassemer e Jürgen Habermas, após a Segunda Grande Guerra, encontravam fórmulas para o conceito de bem jurídico com base na danosidade social, os dois primeiros retomando antigas posições como a de von Liszt; essas teorias não chegaram a formular um conceito material de bem jurídico capaz de delinear e explicitar o que vem a ser lesionado com a conduta delitiva, bem como não responderam por que uma certa sociedade criminaliza determinados comportamentos e outros não.⁵⁹

Dentro dessa linha, cabe citar o posicionamento de Hassemer, que tem a pessoa como marco referencial. Para ele, a noção de “bem jurídico” deve adequar-se à realidade social moderna, o que significa que deve corresponder aos interesses da pessoa, nos dias de hoje, nos quais se incluem tanto os individuais como os coletivos, sendo que os segundos

⁵⁵ BECHARA, 2010, p. 95-97.

⁵⁶ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal alemão**. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial; Superior Tribunal de Justiça, 2006, v. 1. Primeira edição brasileira: 1899, p. 93-95. No mesmo sentido: SILVEIRA, 2003, p. 43-44.

⁵⁷ BECHARA, op. cit., p. 102-103.

⁵⁸ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 35.

⁵⁹ SILVEIRA, op. cit., p. 48-50.

só se legitimam na medida em que mantêm vinculação à pessoa.⁶⁰ Seu conceito é vago e aberto, deixando a constituição do substrato material do bem jurídico ao âmbito social.⁶¹

Roland Hefendehl critica de forma veemente a teoria pessoal do bem jurídico. Segundo o autor, esta teoria reporta-se ao Direito Penal clássico e defende uma restrição do Direito Penal aos bens jurídicos imediatamente referidos a uma pessoa, dentre os quais estão a vida, a saúde, o patrimônio, a propriedade. Acontece que o verdadeiro componente desse Direito Penal clássico é a propriedade — o que se nota pelo lugar de destaque ocupado pelos crimes patrimoniais nos Códigos Penais. Ora, sabendo que esta é a delinquência das classes baixas, o Direito Penal acaba por assumir uma perspectiva da classe dominante — o que não pode ser aceito, principalmente porque este foco na proteção da propriedade afigura-se característico de um Direito Penal defasado e superado. Tão evidente quanto a necessidade de se proteger o proprietário é a injusta distribuição dessa propriedade, que acaba tendo consequências na determinação de quem virão a ser os autores dos delitos patrimoniais. E seria ingênuo supor que apenas aqueles carentes de posses busquem propriedade e patrimônio ilicitamente, pois pessoas abastadas também o fazem, por meio de métodos de enriquecimento muito mais sutis do que o furto, com consequências que são igualmente (ou mais) devastadoras.⁶²

Assim, o autor propõe um Direito Penal socialmente integrado, ou seja, que leve em conta a sociedade e cada um de seus membros, sem privilegiar uma parte deles, e formula uma teoria do bem jurídico social. De acordo com esta, tanto bens jurídicos individuais — que servem aos interesses de uma pessoa ou de um determinado grupo — quanto bens universais — protetores dos interesses de muitos — devem ser objeto de tutela. Os bens jurídicos coletivos definem-se com base em critérios de não exclusividade e de não rivalidade do consumo (ninguém pode ser excluído do uso do bem e, quando usado por um, isso não impede ou prejudica o uso por outra pessoa que dele se beneficie) e são de três ordens: (i) delitos de proteção do Estado, para que ele possa se defender e funcionar; (ii) delitos de proteção de recursos estatais, nos quais se inclui o pagamento de impostos; e (iii) delitos de proteção dos recursos ambientais. A teoria social, dessa forma, por não se

⁶⁰ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico**. Tradução Rafael Alcácer; Maria Martín; Ínigo Orgiz de Urbine. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 95-104, p. 104.

⁶¹ BECHARA, 2010, p. 129.

⁶² HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 18, n. 87, p. 103-120, nov./dez. 2010, p. 107-110.

concentrar em bens jurídicos individuais e unilaterais, como a propriedade e o patrimônio, abrangendo também bens jurídicos coletivos que caracterizam o Direito Penal contemporâneo, garante chances de participação a todos os membros da sociedade, sem discriminações, e faz justiça à sociedade.⁶³

Paralelamente, surgem as teorias constitucionais, que buscam na Constituição os objetos aos quais o Direito Penal deve conferir proteção, procurando fornecer uma noção segura ao substrato material do bem jurídico.

Dentre elas está aquela que se julga ser a mais apropriada atualmente para delimitar o conteúdo do bem jurídico: é a vertente político-criminal, a qual relaciona o Direito Penal com a Constituição e a política criminal, defendida por Roxin. De acordo com esta corrente, o bem jurídico, que deve oferecer ao legislador uma diretriz do que pode ou não ser penalizado de forma legítima, deve ter seu conteúdo inferido da Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais. Esta concepção deve estar subjacente ao princípio básico que informa a teoria do Estado já ressaltada, a saber: o equilíbrio entre intervenção estatal e liberdade civil.⁶⁴

Referida perspectiva assemelha-se à concepção teleológica-funcional e racional de bem jurídico acolhida por Figueiredo Dias, pois uma das condições que alega ser mínima e necessária é a adoção da orientação político-criminal do sistema jurídico constitucional, de modo que o bem jurídico-penal deva estar refletido em algum valor constitucional relacionado, intrínseca ou explicitamente, aos direitos e garantias fundamentais — o que significa que entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem jurídico-penal existe uma relação de mútua referência. Antes, porém, de cumprida esta condição, o bem jurídico-penal deve ser provido de um conteúdo, de uma “corporização” que constitua indicador do conteúdo material do crime e sirva como padrão crítico de normas constituídas ou a constituir; além disso, o bem jurídico-penal deve ser tal que possa ser objeto de críticas imanentes e alheias ao sistema a ponto de possibilitar a criminalização e a descriminalização de condutas, a mobilidade e a evolução do sistema penal.⁶⁵

⁶³ HEFENDEHL, 2010, p. 112-116.

⁶⁴ ROXIN, 2009, p. 39.

⁶⁵ DIAS, 1999, p. 65.

Luiz Regis Prado, adepto dessa vertente, afirma que somente tendo como ponto de partida a concepção representada pelas teorias constitucionais pode-se aspirar à individualização, ainda que aproximada, dos objetos de tutela que efetivamente constituem os fundamentos de uma estrutura social, em determinado momento histórico.⁶⁶

Nesse passo, Ana Elisa Bechara adverte que o fato de um valor ou interesse estar expresso na Constituição não implica na obrigação do legislador de promover-lhes a tutela penal, pois, em um Estado Democrático e pluralista, a força normativa da Constituição em relação ao Direito Penal deve voltar-se à sua limitação em sentido negativo, regida sempre pelos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade.⁶⁷

As normas constitucionais, portanto, inclusive os princípios e preceitos que norteiam a organização política do país como Estado social e Democrático de Direito, servem de rumo para orientar o legislador no momento de hierarquização dos bens jurídicos penalmente relevantes, constituindo o referencial de sustentação do sistema jurídico penal.⁶⁸ A partir do texto constitucional e da própria definição de Estado nele epigrafada é que se encontra a orientação político-criminal. A Carta Brasileira de 1988, já em seu preâmbulo, enuncia as bases de um Estado de Direito Democrático, com forte matiz social e, em seguida, aduz os fundamentos e os objetivos desse Estado, bem como assinala os direitos individuais e coletivos, não sendo facultado a nenhuma norma infraconstitucional ignorar esse quadro axiológico, mas, ao contrário, buscar sua real concreção.⁶⁹

Admitida a posição doutrinária de que os bens jurídico-penais necessariamente refletem um valor jurídico-constitucional, atrelado à orientação política estatal perfilhada (de Estado social e Democrático de Direito), forçoso distinguir a existência do que Figueiredo Dias chama de “direito penal de justiça, direito penal clássico ou direito penal primário” — correspondente ao que está nos códigos penais e que tem por objetivo proteger a esfera de atuação especificamente pessoal do homem relacionada aos direitos,

⁶⁶ PRADO, 1997, p. 24, 51.

⁶⁷ BECHARA, 2010, p. 376, 409-410.

⁶⁸ Miguel Reale Júnior é contrário ao entendimento de que a dignidade penal decorra de valores constitucionais. Ele assevera que a Constituição consagra valores com a finalidade de dirigir a ação estatal e não para descrever condutas proibidas, e que o valor constitucional de um bem não se reflete no dever do legislador de criminalizá-lo. Isto permitiria alargar o campo do Direito Penal ao invés de restringi-lo, conduzindo-o ao máximo e não ao mínimo. (REALE JÚNIOR, 2006, p. 28).

⁶⁹ PRADO, op. cit., p. 67-69.

liberdades e garantias fundamentais da pessoa — e de “direito penal administrativo, direito penal secundário ou direito penal extravagante” — contido nas leis esparsas e que tem por finalidade resguardar a esfera de atuação social do homem, como membro da comunidade, conformando-se através dos direitos sociais, econômicos e culturais.⁷⁰

No mesmo diapasão, Roxin assinala essas duas perspectivas de proteção penal em um Estado ao qual denomina moderno. Ao lado dos bens jurídicos individuais — considerados como condições valiosas em determinado momento histórico e social e imprescindíveis para a existência comum, tais como a vida, a integridade física e a propriedade —, há os bens jurídicos da generalidade. Estes são legítimos quando servem definitivamente ao cidadão em particular e isto não se possa alcançar de outra forma. Segundo o autor, facilmente pode ser observado que um sistema monetário estável é necessário para o livre desenvolvimento de cada um na sociedade; o mesmo acontece com o dever de pagar impostos, repudiado com frequência pelos cidadãos, mas que revertem (ao menos deveriam) em seu benefício, ao financiarem as atividades estatais que são aproveitadas e usufruídas por eles.⁷¹ Trata-se de assegurar, a par da proteção de bens jurídicos constitutivos da sociedade, o cumprimento de prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado, ambos imprescindíveis ao cidadão para possibilitar o livre desenvolvimento de sua personalidade, que a Constituição considera pressuposto de uma condição digna.⁷²

Percebe-se, de tal modo, a coexistência de duas ordens de proteção jurídico-penal: uma com finalidade de resguardo do âmbito de atuação pessoal do homem, que seleciona bens jurídicos sob uma perspectiva individual, na qual se incluem os crimes contra o patrimônio (seria o aspecto do Estado liberal), e outra cujo alvo é tutelar o âmbito de atuação social do homem, considerado como membro da comunidade, por meio da seleção de bens jurídicos de cunho coletivo, como a arrecadação tributária (o ângulo do Estado social).

Trata-se de uma dupla maneira de realização do homem: a via de sua realização pessoal, que acarreta para o Estado a obrigação de proteger diretamente a esfera de atuação

⁷⁰ DIAS, 1999, p. 68.

⁷¹ ROXIN, 2009, p. 18-19.

⁷² ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Tradução Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz; Ana Isabel de Figueiredo; Maria Fernanda Palma. Lisboa: Veja, 1986, p. 27-28.

própria da pessoa, autolimitando-se perante ela, e, por outro lado, a via de sua realização social, como membro da comunidade, que vincula o Estado à tarefa positiva de promover a satisfação dos interesses decorrentes dos princípios e objetivos sociais.⁷³

1.4.1 O patrimônio como bem jurídico individual

Logo depois de estabelecidos os princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, os mandamentos nucleares que constituem matriz diretiva para todos os demais preceitos normativos, no Título I da Magna Carta, seguem os direitos e garantias fundamentais do homem, individuais e coletivos, no Título II.⁷⁴

No *caput* do artigo 5º é assegurada a inviolabilidade da propriedade privada. Referida proteção é acentuada no inciso XXII:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:
[...]
XXII – é garantido o direito de propriedade;

Está aí o embasamento constitucional dos crimes contra o patrimônio: o direito individual à propriedade.

O bem jurídico protegido nos mencionados tipos penais — previstos no Título II da Parte Especial do Código Penal, denominado: “Dos crimes contra o patrimônio” — é o patrimônio. Seu conceito, de acordo com Alberto Silva Franco, está vinculado à ideia de bem ou de conjunto de bens, de caráter natural ou de conotação cultural, que é axiologicamente tido como relevante para uma determinada coletividade e que necessita de tutela jurídica a fim de que todos e cada um dos cidadãos possam dele usufruir.⁷⁵

⁷³ DIAS, Jorge de Figueiredo. A reforma do direito penal econômico e social português. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 11-63, p. 44.

⁷⁴ SILVA, 2001, p. 97-98.

⁷⁵ FRANCO, Alberto Silva. Breves anotações sobre os crimes patrimoniais. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)**. São Paulo: Método, 2001, p. 57-72, p. 57.

Giovanni Fiandaca e Enzo Musco explicam que o bem jurídico protegido é o patrimônio, e não a propriedade, pelo fato de que os tipos penais não tutelam somente esta, mas também outros direitos reais, como a posse de fato separada da propriedade e, em alguns casos, os direitos obrigacionais. Eles asseveram que o entendimento do legislador é de que “patrimônio” constitui uma etiqueta de síntese para indicar que a lei penal tutela o complexo de direitos e de relações jurídicas de conteúdo patrimonial que fazem parte de uma pessoa, cuja acepção não é puramente econômica.⁷⁶

Observa-se não caber aqui a análise a fundo das distinções entre “propriedade” e “patrimônio”, tampouco a discussão de seus conceitos, uma vez que se trata de uma matéria complexa e controvertida, além do que, a escolha de um ou de outro como bem jurídico não acarreta mudanças significativas para uma abordagem criminológica.

Segundo Sgubbi, o modelo tradicional e mais comumente aceito que se utiliza para a interpretação do sistema penal de proteção do patrimônio funda-se em uma concepção de Direito Penal do mundo burguês, em seu momento liberal e clássico, compreendido como um Direito formal e igual. Tal modelo tem uma ótica exclusivamente individualista e trata de proteger os interesses comuns a todos os cidadãos, isto é, os bens fundamentais e essenciais à vida em sociedade, a que todos os consorciados são, indistintamente, interessados, os quais se apresentam na forma de direito subjetivo individual. Logo, a tutela penal do patrimônio tem como função a exclusiva proteção ao direito subjetivo da propriedade ou a outro direito subjetivo patrimonial do indivíduo — entendido como relação entre homem e coisa — e sua violação constitui o conteúdo efetivo (o objeto jurídico) do delito contra o patrimônio. O indivíduo, seu direito, seu patrimônio, constituem a unidade de medida da intervenção punitiva, resultando que a sanção penal deve se mostrar proporcional à lesão do patrimônio individual.⁷⁷

O ordenamento jurídico brasileiro seguiu esse padrão burguês. A tipificação penal dos crimes patrimoniais tem nítida feição liberal-individualista, reflexo do individualismo filosófico e político imperante no século das luzes, em que os valores individuais estavam acima dos valores sociais e em que o homem, titular desses direitos individuais absolutos

⁷⁶ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto Penale**: parte speciale: v. 2: tomo 2: i delitti contro il patrimonio. 2. ed. Milano: Zanichelli, 1996, p. 3-4.

⁷⁷ SGUBBI, Filippo. **Uno studio sulla tutela penale del patrimonio**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1980, p. 4-7.

(como a vida, a liberdade e o patrimônio), deveria ser resguardado contra toda e qualquer usurpação ou abuso do poder.

A liberdade, naquele tempo, era essencial ao modelo de sociedade burguesa, em que predominava o liberalismo econômico, caracterizado pela presença negativa do Estado no domínio econômico e social, segundo a máxima *laissez faire, laissez passer* — liberdade indiscriminada e sem obstáculos (de uso e abuso) de produção, de acumulação e de hegemonia capitalista. E, observando-se os tipos penais patrimoniais, constata-se que foi indubitosa a adesão do legislador à sacralidade e à inviolabilidade da propriedade privada como fundamento básico do regime capitalista.⁷⁸

O sistema de proteção penal do patrimônio de matriz burguesa sujeitou-se a uma releitura política a partir de um viés marxista.⁷⁹ Em uma crítica ao Direito Penal liberal, apontou-se existir uma função real da proteção penal do patrimônio, latente e diversa daquela aparente e oficialmente declarada. Esta função real não se constitui na proteção de todas as lesões aos bens patrimoniais socialmente danosas e, por isso, merecedoras de pena, mas sim na garantia e na defesa de uma relação social fundada na propriedade. Isso significa que a função real da proteção penal do patrimônio não é de tutela do direito subjetivo patrimonial de todos os indivíduos, de forma igualitária, mas de garantia e defesa de um determinado grupo de pessoas organizado em função de uma relação econômica e social capitalista. Não se quer proteger, com os delitos patrimoniais, a sociedade em sua complexidade, compreendida como entidade homogênea e consensual, mas a hegemonia de um certo grupo e a consolidação do interesse deste grupo, que é a classe dominante. A função real, portanto, não é técnica, tampouco neutra, mas valorativa e política.⁸⁰

Passa-se a afirmar, assim, que coexistem duas funções do sistema de proteção penal do patrimônio em recíproca contraposição: a formal — que corresponde à função ideológica e aparente de tutela de um direito subjetivo de conteúdo patrimonial, de tutela da propriedade como um direito subjetivo, de proteção de uma relação jurídica de domínio entre o homem e uma coisa —; e a substancial — que corresponde à função real e dissimulada de garantia e defesa de uma relação social de conteúdo econômico, de garantia

⁷⁸ FRANCO, 2001, p. 57.

⁷⁹ FIANDACA; MUSCO, 1996, p. 15.

⁸⁰ SGUBBI, 1980, p. 33-34.

e defesa da propriedade concebida como uma relação social, como uma relação humana de domínio de classe, de um homem sobre outro homem.⁸¹ Esta função real, que é produto histórico do tipo de sociedade capitalista-liberal, articula-se de duas formas: graduando a repressão penal não de acordo com o grau de lesão ao bem jurídico protegido, mas de acordo com o grau de periculosidade subjetiva que o autor revela ter frente ao domínio econômico de classe; e imunizando condutas próprias dos membros das classes superiores, por mais danosas que sejam, sob o argumento de que constituem licitudes face ao liberalismo econômico.⁸²

Na opinião de Sgubbi, a fratura entre as funções substancial-real e ideológica-formal é a razão de tantas anomalias presentes no sistema penal.

As anomalias a que o autor se refere dizem respeito principalmente às contradições existentes dentro do próprio sistema de proteção penal do patrimônio. Entretanto, diversas outras podem ser apontadas quando se compara o patrimônio com outros bens jurídicos, e isso leva à conclusão de que a relação de produção capitalista é o valor cardinal em torno do qual se organiza a estrutura de todo o sistema penal.

No ordenamento jurídico-penal brasileiro, de fato, notam-se diversas incongruências.

Enorme importância foi dada ao crime de furto, para o qual foram estipuladas diversas qualificadoras, com o agravamento da pena em dobro, tais como: abuso de confiança, uso de chave falsa, de escalada ou destreza, fraude, destruição ou rompimento de obstáculo e concurso de duas ou mais pessoas.

Ao compará-lo com outros delitos, estabelecidas como parâmetro as sanções cominadas, verifica-se a preferência em dar abrigo às condutas ofensivas ao patrimônio individual, preterindo-se até mesmo os delitos contra a pessoa: é assim que ao furto qualificado é aplicada pena de reclusão de dois a oito anos e multa, enquanto à lesão corporal de natureza grave é fixada sanção de um a cinco anos de reclusão. Isso significa que o fato de uma pessoa de confiança subtrair bem da residência de alguém é, de acordo

⁸¹ SGUBBI, 1980, p. 34.

⁸² FIANDACA; MUSCO, 1996, p. 15. No mesmo sentido: SGUBBI, op. cit., p. 35-37.

com nosso ordenamento jurídico, mais grave do que uma agressão que venha causar ao agredido debilidade permanente de seu sentido da visão, por exemplo. As penas do furto e da apropriação indébita simples, de um a quatro anos de reclusão e multa, sem olvidar a pena do estelionato, de um a cinco anos de reclusão e multa, são superiores e mais graves do que as sanções cominadas ao crime de exposição ou abandono de recém-nascido, até mesmo quando lhe resulte lesão corporal de natureza grave: detenção de um a três anos! A pena máxima do furto simples é ainda mais severa do que aquela cominada no artigo 97, parágrafo único, do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003)⁸³ para o caso de falta de assistência ao idoso que lhe venha a acarretar a morte!⁸⁴

Também se constata que ao tipo do furto simples, assim como à apropriação indébita simples e ao estelionato, foram instituídas penas mais rigorosas do que a outros delitos previstos em legislação especial não de somenos relevância; pelo contrário, são crimes relacionados à dilapidação do erário público e que envolvem um aspecto de moralidade além do aspecto patrimonial, como os crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, previstos nos incisos III a XXIII, do artigo 1º do Decreto-Lei n. 201/67 (pena de três meses a três anos de detenção).⁸⁵ Exemplos:

Art. 1º. São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

[...]

III - desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas;

[...]

V - ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes;

[...]

XI - adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei;

[...].⁸⁶

⁸³ “Art. 97. Deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.” (BRASIL. **Lei n. 10.741, de 1º de dezembro de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011).

⁸⁴ STRECK, 2008, p. 74-78.

⁸⁵ Ibid., p. 74-78.

⁸⁶ BRASIL. **Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

Ademais, o furto simples e o estelionato foram apenados mais severamente do que os crimes contra a ordem tributária do artigo 2º da Lei n. 8.137/90 (seis meses a dois anos de detenção e multa) — os quais se incluem entre os delitos de pequeno potencial ofensivo, nos termos do artigo 61 da Lei n. 9.099/95.⁸⁷ O furto qualificado também tem pena maior do que os crimes do artigo 1º da lei mencionada (dois a cinco anos de reclusão e multa); o furto de veículo automotor que venha a ser transportado a outro Estado é apenado com mais rigorismo (três a oito anos de reclusão). Antes da edição da Lei n. 8.137/90, a qual veio a agravar a sanção do crime de sonegação fiscal, a Lei n. 4.729/65 fixava punição ainda menor se comparada àquele delito patrimonial na forma simples (seis meses a dois anos de detenção e multa).⁸⁸

Essa hipervalorização atribuída ao bem “patrimônio”, desproporcional em relação a outros bens jurídico-penais, pode ser explicada pela mesma hipervalorização que se verifica no sistema normativo penal italiano, o qual serviu de inspiração ao Código Penal de 1940.⁸⁹ Sergio Moccia explica que o Código Rocco tutela de maneira privilegiada a propriedade sobre “coisas”, móveis ou imóveis, em seu sentido naturalístico e estático, como uma massa patrimonial claramente identificada. E essa concepção de “patrimônio”, legado do tempo de elaboração daquele diploma — como expressão do poder de um sujeito sobre um bem, baseada em uma economia do tipo agrário-artesanal, em que o Direito Penal tinha clara propensão a ser utilizado como instrumento sancionatório de relações civis —, ainda persiste, embora seja pouco idônea e seja inadequada à dinâmica da vida econômica atual.⁹⁰

Reza citado autor que a relevância constitucional da propriedade como bem jurídico-penal individual (funcional ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo), condizente com aquele momento em que a norma penal foi elaborada, foi relativizada com

⁸⁷ “Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.” (BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011).

⁸⁸ BRASIL. **Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4729.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

⁸⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Os crimes contra o patrimônio. **Revista Forense**, n. 300, out./dez. 1987. Conferência proferida em meados de 1984, na Fundação Casa Rui Barbosa e publicada postumamente, sem revisão do autor. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo40.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2011, p. 4-5.

⁹⁰ MOCCIA, Sergio. **Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali**. Padova: Cedam, 1988, p. 80-81.

os novos fundamentos pregados pela Constituição de um Estado social e Democrático de Direito, agora fonte de referência do ordenamento jurídico. Esses novos fundamentos alteraram a escala de valores e obrigam a um redimensionamento do bem patrimonial frente a outros bens jurídicos individuais ou supraindividuais, gerando como consequência a necessidade de recuo da tutela penal, por meio da adoção de outros meios de controle social ou pela mitigação da atual resposta positiva, e de revisão dos tipos penais patrimoniais. Os princípios constitucionais da proporcionalidade, subsidiariedade, ofensividade e integridade social, que se exige sejam observados em um sistema penal de um Estado social de Direito, também contribuem para que se demande um retrocesso da máxima tutela penal do patrimônio, adequando-se à atual exigência socioinstitucional. Para o autor, é inadmissível o rigor conferido à tutela penal do patrimônio em relação à criminalidade econômica, por exemplo, caracterizada por uma danosidade social em larga escala, também de caráter patrimonial e cujo êxito atinge de forma mais grave o bem jurídico do que aquele derivado de uma lesão advinda de um crime contra o patrimônio.⁹¹

É certo que com a Constituição de 1988 foram trazidos à baila novos questionamentos em relação à acentuada tutela penal do patrimônio. O Estado social e Democrático de Direito, como novo paradigma constitucional, deu ênfase aos direitos fundamentais, tomando por eixo e como princípio estruturante a dignidade da pessoa humana. Logicamente, a sacralidade e inviolabilidade do direito de propriedade, explicada pelo Iluminismo e pela tradição civilista românica, não pode mais persistir; não se pode equiparar em um mesmo patamar valorativo os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais, urgindo-se a necessidade de balanceamento e de reformulação da tipologia dos crimes contra o patrimônio.⁹²

Não obstante a importância extremada conferida a esse bem jurídico no ordenamento, como se pôde observar com os exemplos, dentre inúmeros outros (e isso será ainda mais notável em capítulo adiante ao comparar os crimes patrimoniais com o crime de sonegação fiscal), a atribuição do patrimônio como bem jurídico-penal parece uma questão que está além de qualquer dúvida quando se trata de dirimir problemas de convívio social. Não há como negar a dificuldade em encontrar argumentos contra a tipificação dos delitos

⁹¹ MOCCIA, 1988, p. 26-29, 40.

⁹² FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). **Código Penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 770.

patrimoniais, que têm por finalidade proteger o patrimônio individual, sob pena do caos e da desordem social.

Ademais, observa-se pelas cifras constantes dos dados consolidados do sistema penitenciário no Brasil, fornecidas pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), especificamente pelo Sistema Nacional de Informação Penitenciária (InfoPen), que o furto figurou em terceiro lugar como o crime mais cometido dentre a população carcerária masculina custodiada no sistema penitenciário, tanto em 2008, quanto em 2009; dentre a população carcerária feminina, o furto estava em segundo lugar no ano de 2008, e em terceiro lugar em 2009.⁹³ No ano de 2010⁹⁴ e no primeiro semestre de 2011,⁹⁵ referido delito ficou classificado como o terceiro mais cometido, nas duas categorias. As estatísticas podem demonstrar que se trata de um dos crimes mais praticados em nosso país.⁹⁶

O estelionato também consta da classificação, como o décimo delito, em relação aos presos do sexo masculino, em 2008 e em 2009, e como o oitavo, em relação às presas, nos dois anos.⁹⁷ Nos registros de 2010, o estelionato corresponde a 2% dentre os crimes patrimoniais cometidos pelos homens (que equivalem a quase 52% dos crimes totais) e a 5% em relação às mulheres (cujos crimes patrimoniais perfazem 22% dos crimes totais), sendo que 0,2% referem-se à prática de crimes de apropriação indébita, nos dois sexos.⁹⁸ As estatísticas de junho de 2011 apontaram que, dentre os crimes patrimoniais, que correspondem a 50% do total dos delitos praticados pelos presos do sexo masculino, cerca de 1,1% refere-se à prática de estelionato, enquanto de um total de 24% de delitos contra o patrimônio cometidos pelas detentas femininas, 1,5% corresponde a esse crime; e menos

⁹³ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Dados consolidados do sistema penitenciário no Brasil**. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2011, p. 41-42. Segundo informação do DEPEN, estão excluídos os presos em unidades policiais e a divergência de informações quanto aos somatórios das porcentagens de cada crime e o total de presos custodiados decorre da inconsistência no preenchimento de danos pelas unidades da Federação.

⁹⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Sistema integrado de informações penitenciárias – Infopen**: formulário categoria e indicadores preenchidos. Brasília, dez. 2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2011, p. 3-4.

⁹⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Sistema integrado de informações penitenciárias – Infopen**: formulário categoria e indicadores preenchidos. Brasília, jun. 2011. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2012, p. 3-4.

⁹⁶ Não se pode olvidar sobre a representatividade real da criminalidade registrada nos órgãos oficiais ou as cifras ocultas.

⁹⁷ BRASIL. Ministério da Justiça, 2008, p. 41-42.

⁹⁸ BRASIL. Ministério da Justiça, 2010, p. 3-4.

de 1% diz respeito ao cometimento de apropriação indébita pelos presos de ambos os gêneros.⁹⁹

O cometimento excessivo e constante de crimes patrimoniais torna-se, por certo, preocupante ao Estado.

Destarte, é legítima a intervenção penal estatal perante condutas ofensivas ao patrimônio individual, a fim de que se possa garantir a convivência pacífica e a promoção do bem-estar social, almejados em um Estado social e Democrático de Direito. Apesar disso, continua-se a atacar a severidade penal com que são tratados esses tipos: praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa e com possibilidade de ressarcimento integral ao ofendido — que é desproporcional em comparação a outras condutas lesivas a bens jurídico-penais de maior ou pelo menos de igual relevância no ordenamento.

1.4.2 A arrecadação tributária como bem jurídico supraindividual

A doutrina do bem jurídico acompanhou o avanço histórico-social, tendo sofrido alterações em virtude das profundas mudanças sociais ocorridas, sobretudo, em decorrência do fracasso do Estado liberal e do fenômeno da globalização.¹⁰⁰

Além do Estado puramente liberal ter cedido passo a uma concepção social de Estado, passando a intervir nas disfunções dos processos socioeconômicos para atender às necessidades reais de todos,¹⁰¹ há que se levar em consideração as transformações sociais das últimas décadas, noticiadas pelos diversos âmbitos de conhecimento e vivenciadas por todas as comunidades, marcadas pela profundidade e velocidade. Chama-se o conjunto dessas transformações de “contemporaneidade”, “pós-modernidade”, “modernidade tardia” ou, ainda, identifica-se com quadros sociais denominados “sociedade de risco”, “sociedade de consumo”, “sociedade de informação”, etc. — conceitos sujeitos a distintas elaborações teóricas e a críticas. O que é indiscutível é que tais alterações operam em um contexto fortemente caracterizado pelo aumento da complexidade das relações sociais e, por

⁹⁹ BRASIL. Ministério da Justiça, 2011, p. 3-4.

¹⁰⁰ SILVEIRA, 2003, p. 56-57.

¹⁰¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. **Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense**. Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jimenez de Asua. Madri, p. 147-164, jun. 1986, p. 149.

consequência, dos respectivos espaços de conflitualidade, sobre os quais o Direito Penal tem sido, invariavelmente, chamado a intervir.¹⁰²

Novas necessidades, novos valores e novos problemas desta sociedade altamente tecnificada e industrializada levam ao questionamento e à redefinição dos interesses merecedores de tutela penal. O horizonte penal, destarte, expande-se, formatando-se os bens jurídicos supraindividuais, ao lado dos bens jurídicos de cunho clássico, individual e liberal-burguês.¹⁰³

Não cabe neste trabalho discutir a terminologia adequada ou as distinções doutrinárias dos conceitos de bens supraindividuais, metaindividuais, difusos ou coletivos. Esses termos serão usados como sinônimos, levando-se em conta a ideia principal de que não tutelam direitos ou interesses de apenas uma pessoa individualmente considerada, mas o interesse de um grupo de pessoas, de uma coletividade, sem perder de vista o referencial de que lastreiam, em pano de fundo, direitos fundamentais da pessoa.¹⁰⁴

Os bens jurídicos coletivos, afirma Bustos Ramírez, devem ser definidos a partir de uma relação social baseada na satisfação das necessidades de cada um dos membros da sociedade ou da coletividade em conformidade com o funcionamento do sistema social. Eles não estão diretamente relacionados à pessoa, como acontece com o bem jurídico individual, no qual a ofensa é precisamente delimitada e perceptível de maneira pessoal — donde seu caráter microssocial. Diferentemente, eles estão vinculados ao funcionamento

¹⁰² D'AVILA, Fabio Roberto. O espaço do direito penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 64, p. 78-98, jan./fev. 2007, p. 81.

¹⁰³ SILVEIRA, 2003, p. 56-57.

¹⁰⁴ Ada Pellegrini Grinover distingue: é metaindividual o interesse público, exercido com relação ao Estado. Mas esse interesse (à ordem pública, à segurança pública) constitui interesse de que todos compartilham. Por “interesses coletivos” entendem-se os interesses comuns à coletividade de pessoas e apenas a ela, mas ainda repousando sobre o vínculo jurídico definido que as congrega. A sociedade comercial, o condomínio, a família são exemplos que dão margem ao surgimento de interesses comuns, nascidos em função da relação-base que congrega seus componentes e que não se confundem com os interesses individuais. Outro grupo é o de interesses metaindividuais ou difusos, nos quais estão compreendidos os interesses que não encontram apoio em uma relação-base definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores conjunturais genéricos, a dados acidentais e mutáveis, como habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições socioeconômicas, etc. Trata-se de interesses espalhados e informais à tutela de necessidades, também coletivas, sinteticamente referidas à qualidade de vida. Nos interesses difusos, pelo fato da titularidade pertencer a uma série indeterminada de sujeitos, resta aniquilado o conceito clássico de direito subjetivo, centro de todo o sistema clássico burguês, que investia o indivíduo do exercício de direitos subjetivos; também seu objeto é insuscetível de divisão, de modo que a satisfação por um interessado implica na satisfação de todos ao mesmo tempo e a lesão a um implica na lesão de todos. (GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 29-45, p. 30-31).

do sistema e são propagados sempre sobre uma massa de indivíduos ou em certos setores da sociedade — daí o cunho macrossocial. Sua particularidade reside no aspecto massivo e universal; tal é o caso dos crimes contra o consumidor, contra o meio ambiente, contra a Fazenda Pública.¹⁰⁵

O mesmo autor ressalva o equívoco em se falar de uma categoria que estaria acima ou além do bem jurídico individual; ele afirma tratar-se de bens jurídicos “complementares” àquele, pois trazem a ideia de que com o regular funcionamento do sistema social serão asseguradas materialmente bases e condições para a satisfação das necessidades de cada um dos membros da comunidade, protegendo, em última instância, os bens jurídicos individuais; trata-se apenas de um ponto de vista macrossocial, uma categoria que está em função de todos os membros da sociedade, em consideração a cada um deles.¹⁰⁶

Corcoy Bidasolo anota que os bens jurídico-penais supraindividuais são autônomos. No entanto, não exclui que, enquanto interesses predominantes na sociedade, só podem ser classificados como tais e, em consequência, legitimar a intervenção penal, conquanto objetivem o desenvolvimento máximo pessoal de cada um dos indivíduos que a compõem.¹⁰⁷

A diferença existente entre tais bens — individuais e coletivos —, pondera Heloisa Estellita, diz respeito somente ao número de pessoas potencialmente envolvidas (determináveis ou não) e à instrumentalidade; em sua essência, dirigem-se ao mesmo valor fundante da ordem jurídica constitucional: a dignidade da pessoa humana.¹⁰⁸

É de se lembrar das inúmeras problematizações que surgem da proteção penal de bens jurídicos coletivos, como a ampliação ou antecipação dos limites do ilícito, por meio da criação de tipos de perigo abstrato, a ofensa ao princípio da lesividade e as particularidades em matéria de culpa, como a responsabilidade por atuação em nome de

¹⁰⁵ BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 158-159

¹⁰⁶ Ibid., p. 159-161.

¹⁰⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. In: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dir.); GÓMEZ MARTÍN, Victor (Coord.). **La política criminal en Europa**. Barcelona: Atelier Penal, 2004, p. 25-40, p. 30.

¹⁰⁸ ESTELLITA, Heloisa. **A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 176.

outrem e a punibilidade das pessoas jurídicas. Além disso, reclamam-se diversas “adaptações” do Direito Penal em face dessas novas relações sociais, que inclusive levam a questionamentos sobre sua legitimidade, em virtude da perda do verdadeiro Direito Penal de *ultima ratio*, do aumento de sua carga simbólica, da redução da incidência da pena privativa de liberdade e da relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.¹⁰⁹ No entanto, é pouco provável que a nova categoria de bens seja abandonada nos países que adotam o Estado social e Democrático de Direito, em que se proclama o dever de promoção da igualdade real e efetiva entre todos os cidadãos, e diante do quadro social globalizado.¹¹⁰

O bem jurídico agasalhado nos crimes fiscais é um exemplo de proteção penal difusa em nosso ordenamento: a arrecadação tributária.

A arrecadação tributária é uma das vias pelas quais é possível realizar a igualdade e a justiça entre todos, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, concretizando um Estado social e Democrático de Direito da forma propugnada pela Carta de 1988.¹¹¹ É por meio dos tributos arrecadados, dentre outras receitas, que o Estado coloca em prática políticas públicas em benefício da sociedade, ao promover o melhor atendimento à saúde, melhores condições de moradia, de saneamento básico, de transporte, de educação, etc.

Luiz Regis Prado leciona:

A tutela penal da ordem tributária se encontra justificada pela natureza supra-individual, de cariz institucional, do bem jurídico, em razão de que são os recursos auferidos das receitas tributárias que darão o respaldo econômico necessário para a realização das atividades destinadas a atender às necessidades sociais. Tal assertiva é corroborada pela proteção constitucional conferida à ordem econômica (art. 170 da CF).¹¹²

¹⁰⁹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Criminalidade moderna *versus* criminalidade de massa. In: SÁ, Alvinio Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). **Criminologia e os problemas da atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 140-161, p. 147.

¹¹⁰ CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional**: Lei n. 7.492, de 16/6/86. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. No mesmo sentido: COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 99-120, p. 110-115.

¹¹¹ STRECK, 2008, p. 73.

¹¹² PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 399.

Além da função de obtenção de divisas para que o Estado faça frente às tarefas que lhe incumbem (função de fiscalidade), o tributo exerce o papel de influir positivamente na redistribuição de riquezas dentro do país — quer entre as classes sociais, quer entre as regiões —, e no domínio econômico — como mais um instrumento de realização de política econômica voltada para o desenvolvimento nacional.¹¹³ Nesta função, denominada de extrafiscalidade, o tributo é utilizado como meio de intervenção e consecução de metas sociais e econômicas definidas constitucionalmente, alcançadas através de incentivos ou desestímulos fiscais.¹¹⁴

A política fiscal, que tem lugar com a atividade tributária do Estado é, dessa forma, um dos instrumentos fundamentais da formulação da política econômica global, a qual busca a satisfação ampla, geral e irrestrita do bem-estar individual e coletivo.¹¹⁵

Luis Gracia Martín assevera serem três as funções do tributo: (i) de acordo com a função financeira, exatamente fiscal ou arrecadatória, o tributo serve de instrumento de capacitação de ingressos econômicos pelo Estado e demais entes públicos para custear os bens e serviços públicos; (ii) outra é a função de justiça, traduzida na justa repartição dos encargos tributários entre a população, de acordo com sua capacidade contributiva; (iii) por fim, há a função político-econômica, que está relacionada com o sistema tributário em seu conjunto e com seu uso como instrumento de política econômica, principalmente nos Estados sociais e Democráticos.¹¹⁶

Assim, enquanto a arrecadação tributária serve para fins de obter receitas para fazer frente às despesas que competem ao Estado e regulamentar e ordenar a vida econômica e os fatores que a influenciam, por meio da boa execução da política fiscal, e está axiologicamente orientada e implementada segundo os valores constitucionais antes elencados, merece a mais ampla proteção. Por isso a preocupação com a evasão fiscal

¹¹³ ESTELLITA, 2001, p. 102.

¹¹⁴ Ibid., p. 127-128, 131. A autora explica que os incentivos fiscais podem ser concedidos por meio de imunidades, isenções, concessão de créditos, remissões, redução de alíquotas, ou seja, instrumentos que limitam, suprimem ou reduzem a carga tributária em certas situações; os desestímulos fiscais, por sua vez, induzem os contribuintes a não assumirem condutas que, embora lícitas, são havidas como impróprias sob os aspectos político, econômico ou social; eles objetivam evitar que o contribuinte pratique a conduta que se encaixa na hipótese de incidência por meio da exacerbação da carga tributária.

¹¹⁵ PRADO, 2004, p. 401.

¹¹⁶ GRACIA MARTÍN, Luis. Nuevas perspectivas del Derecho Penal Tributario: las funciones del tributo como bien jurídico). **Actualidad Penal**, v. 1, n. 1/26, p. 183-217, 1994, p. 203-206.

crescente e a tipificação, com o escopo de prevenir e reprimir condutas que objetivem a supressão ou redução dos recursos que dão o respaldo necessário para a consecução dos já citados objetivos constitucionais.¹¹⁷

Expõe Anabela Miranda Rodrigues que:

É através da cobrança de impostos que o Estado realiza em grande parte os objetivos de justiça social que a sua dimensão democrática lhe impõe. É sabido que ao Estado hoje cabe assegurar *ao cidadão* não só a liberdade *de ser* como a liberdade *para ser*. E a satisfação de *prestações* necessárias à existência do indivíduo em sociedade deve ser garantida pelo Estado *ao mesmo nível* que a proteção dos seus direitos fundamentais, quando estiver em causa a lesão ou perigo de lesão dos interesses ou valores aí contidos — o que vale por dizer, ao nível *penal*. Bens jurídicos dignos *desta proteção* são, na verdade, tanto aqueles que surgem como concretização de valores jurídico-constitucionais ligados aos direitos sociais e à organização econômica, como os que surgem como concretização de valores ligados aos direitos, liberdades e garantias.¹¹⁸

De acordo com a autora, o fundamento ético do tributo é que legitima a intervenção penal nesta área, uma vez que o sistema fiscal não visa apenas a arrecadar receitas, tendo em conta as necessidades de financiamento das atividades sociais do Estado, mas a realizar objetivos de justiça social distributiva derivada de seu cariz democrático. Trata-se do fenômeno conhecido como “eticização” do Direito Penal Fiscal, fundamento político-criminal da punição dos crimes contra a ordem tributária.

Entende-se, neste trabalho, ser a arrecadação tributária o bem jurídico tutelado nos crimes fiscais, na medida em que traduz melhor a ideia de proteção a recursos que devam ser recolhidos aos cofres públicos pelos contribuintes, como instrumento de formação de receita pública a ser utilizada na implementação de políticas públicas voltadas ao bem-estar social e como instrumento de realização de política-econômica voltada ao desenvolvimento nacional, de acordo com as metas socioeconômicas definidas na Constituição.

Esse conceito guarda nítida índole patrimonial e representa o objeto que é efetivamente protegido e que não se confunde com o motivo da incriminação — esta sim

¹¹⁷ PRADO, 2004, p. 405.

¹¹⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 181-191, p. 181-182.

correspondente às funções do tributo. A seleção da arrecadação tributária como bem jurídico tutelado nos crimes fiscais não deixou de considerar, fundamentalmente, que tal critério é o que mais aproxima referidos delitos aos crimes patrimoniais, para efeito de uma análise comparativa, tendo em vista que, nestes, o bem jurídico protegido é o patrimônio individual.

Não se pode negar, ademais, que a arrecadação tributária corresponde aos interesses patrimoniais universais de que a comunidade é titular, representando um valor supraindividual, na medida em que se refere a toda coletividade e não a um patrimônio individual da Fazenda Pública ou dos indivíduos singularmente.¹¹⁹

Todavia, não é pacífico o entendimento de que a arrecadação tributária é o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a ordem tributária.

Susana Aires de Sousa pondera sobre diversos critérios que são levados em consideração para aferição do bem jurídico nos citados delitos.¹²⁰ Um deles é o modelo funcionalista. Diversas teorias, sob esta designação, recusam uma configuração patrimonial do objeto de tutela nos crimes fiscais, relacionando-o com as funções atribuídas ao tributo.¹²¹

Dentre estas está a posição de Luis Gracia Martín, que afirma que para se eleger uma fórmula sintética e concreta de bem jurídico nos tipos protegidos no Direito Penal Tributário é indispensável a integração dialética daquelas funções do tributo antes citadas, as quais podem ser materializadas “na possibilidade de realização efetiva das previsões de arrecadação tributária de acordo com a norma reguladora de cada tributo individual integrante do sistema tributário”.¹²²

Há quem diga que o bem jurídico protegido nos crimes de sonegação fiscal seja o patrimônio público. Acolher esse conceito parece amplificar o alcance do bem jurídico de forma indevida, uma vez que o patrimônio público não é formado apenas pela receita de

¹¹⁹ SOUSA, Susana Aires. **Os crimes fiscais**: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 299.

¹²⁰ Ibid., p. 266-288.

¹²¹ Ibid., p. 267.

¹²² GRACIA MARTÍN, 1994, p. 208. Tradução livre da autora.

ordem tributária, mas por receitas creditícias e patrimoniais relacionadas com a entrada do Estado no mercado financeiro e com a exploração do patrimônio do Estado segundo regras de Direito Privado. Ademais, o conceito não encerra toda a dimensão da arrecadação tributária constitucionalmente prevista, pois parece subtrair o aspecto extrafiscal e, por outro lado, até mesmo deslegitimaria os delitos tributários, porquanto se poderia tipificar a sonegação fiscal no rol dos crimes contra o patrimônio previstos no Código Penal.¹²³

Outros afirmam ser a Fazenda Pública — o que deve ser afastado, porque compreende o sujeito passivo do delito.¹²⁴

A concretude e a determinação exigíveis de um conceito de bem jurídico, apto a servir de limite ao *ius puniendi* e a receber críticas do Direito positivo, impedem a identificação da ordem econômica ou da ordem tributária como bem jurídico, na medida em que são expressões com sentido vago e incapazes de dar cumprimento a essas funções; tornam quase impossível a apreensão do conteúdo material e não possuem referencial individual. Isso poderia até aumentar o âmbito de atuação do Direito Penal, de maneira indevida, com violações dissociadas do resultado supressão ou redução de tributos, ao invés de restringi-lo.¹²⁵

A fidedignidade das informações prestadas pelo contribuinte, a seu turno, restringe por demais o alcance do conceito de bem jurídico protegido nos crimes fiscais, pois deixa de abranger condutas também protegidas.¹²⁶

Por tais motivos, escolheu-se, neste trabalho, a arrecadação tributária como o bem jurídico protegido nos crimes de sonegação fiscal e, pelo fato de ter relevância constitucional (como se verá em tópico seguinte) e indiretamente reconduzir à pessoa humana, por ser esta a última beneficiária da norma, está apta a ser merecedora de pena em caso de ofensa.¹²⁷

¹²³ ESTELLITA, 2001, p. 184-185.

¹²⁴ Ibid., p. 186.

¹²⁵ Ibid., p. 186-187.

¹²⁶ ANTONELI, Osvaldo Gianotti. **Inadequação e ineficácia da tutela penal tributária no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 30.

¹²⁷ ESTELLITA, op. cit., p. 188.

1.4.2.1 Direito Penal Tributário: um ramo do Direito Penal Econômico

Historicamente, conveniente lembrar que os direitos econômicos se originaram das novas condições materiais apresentadas pela sociedade liberal, decorrentes do surgimento de um proletariado amplo e dominado pela burguesia capitalista.¹²⁸ Percebendo-se a imperfeição e a impossibilidade do mundo econômico autogovernar-se (*laissez-faire, laissez passer*), foi necessária a intervenção do Estado para coibir os abusos e a exploração dos fracos pelos fortes, com vista a suavizar as injustiças e opressões econômicas e sociais.

A interferência do Estado na fiscalização, regulação e gestão de atividades econômicas, portanto, foi determinada mais como resultado de necessidades práticas do que por inspiração ideológica. Iniciaram-se medidas estatais destinadas a resolver problemas de subsistência e moradia dos grupos economicamente desfavorecidos, que se estenderam logo para o melhoramento da educação e da saúde desses grupos, dentre outros. Foram as duas Grandes Guerras que impuseram esta ingerência estatal como necessidade e como única forma de resolver, em curto prazo, os graves problemas de destruição, migração e debilitação geral da economia que delas advieram.¹²⁹ Alguns autores consideram a crise de 1929 como um dos marcos fundamentais, em razão das mudanças de toda ordem verificadas naquele período.¹³⁰

Diversos outros fatores surgidos com a modernidade também contribuíram para a participação ativa do Estado na economia: as novas relações existentes entre capital e trabalho, a evolução dos meios de produção e transporte, o nascimento de empresas com investidores anônimos, as novas posições do mercado financeiro, a complexa interação dos fatores do mercado econômico, do trabalho e do mercado financeiro, dos preços dos salários e das rendas.¹³¹

As Constituições contemporâneas, como no caso do Brasil, incluíram em seus textos disposições atinentes à ordem econômica — é o que se denomina “conteúdo social” das Constituições. São normas de grande relevância, pois, ao determinar a realização dos

¹²⁸ SILVA, 2001, p. 178.

¹²⁹ MONREAL, Eduardo Novoa. Reflexões para a determinação e delimitação do delito econômico. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, n. 33, p. 91-121, jan./jun. 1982, p. 102.

¹³⁰ SILVEIRA, 2003, p. 142.

¹³¹ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 8.

fins sociais por meio de programas de intervenção na economia, tendem a instaurar um regime democrático de substância.¹³²

Eduardo Novoa Monreal ensina que o que forma o conteúdo do Direito Econômico são as medidas que submetem as atividades econômicas de um país a regras obrigatórias que limitam as possibilidades de atuação de empresas ou indivíduos, com fins de proteção de uma determinada organização socioeconômica nacional e em nome do interesse geral.¹³³

O Direito Penal Econômico, por sua vez, surge, paralelamente, como meio de defesa interessante e recomendável do modelo econômico buscado pelo Estado.¹³⁴ Este lança mão da sanção penal para tutelar bens e interesses juridicamente relevantes relacionados com a ordem econômica, e emerge um novo tipo de criminalidade: a econômica.

Não há como negar a importância de sua proteção penal a fim de que se possa garantir equilíbrio na produção, circulação e distribuição de riqueza entre os grupos sociais.¹³⁵

José de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade levantam três razões, a título exemplificativo, pelas quais se imputa grande relevância atualmente ao Direito Penal Econômico:¹³⁶

- i. As modificações operadas nas representações filosófico-culturais e políticas, que trouxeram ao primeiro plano os valores da igualdade e da solidariedade. Cuida-se da reivindicação de uma igualdade real entre os cidadãos que veio de encontro a um Direito Penal acostumado a prender os pequenos e deixar fugir os grandes, para o que muito contribuiu a Criminologia do conflito, das cifras negras e da seleção, colocando em crise a ideologia igualitária de um sistema penal que distribui de

¹³² SILVA, 2001, p. 765-766.

¹³³ MONREAL, 1982, p. 103.

¹³⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 20-21. No mesmo prisma: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 64-98, p. 69.

¹³⁵ CASTILHO, 1998, p. 79.

¹³⁶ COSTA; ANDRADE, 2000, p. 100-101.

forma diferente a criminalização e a impunidade. E tal decorre da conscientização de que o intervencionismo na vida econômica é um pressuposto para que o Estado se possa assumir como garante de limiares mínimos de dignidade para a generalidade dos cidadãos.

- ii. As transformações verificadas no plano econômico em geral e que conduzem à superação do modelo liberal no que respeita às relações entre o Estado e a sociedade, o Direito e a economia. Definindo-se como Estado de Direito social, este se viu confrontado com a necessidade de multiplicar as injunções sobre a vida econômica. O Direito Penal é, neste contexto, usado como instrumento para tentar induzir conformidade social às normas econômicas, que não se inscrevem sobre linhas de valoração cultural pré-existent, interiorizadas e atuantes na consciência coletiva, e como meio de mobilização para emprestar carga ética a essas condutas.
- iii. O impacto da crise econômica dos últimos anos, decisivo para imprimir força a favor da criminalização em matéria econômica.

Os conceitos de “Direito Penal Econômico” e de “delito econômico” não são unânimes na doutrina e no Direito comparado. Diferentes definições são moldadas na Criminologia, na Criminalística e na Dogmática, sem que haja unanimidade; são conceitos que, respectivamente, consideram aspectos criminológicos e problemas empíricos, que partem de um ponto de vista metodológico e segundo uma visão normativa do tema.¹³⁷

Em uma primeira perspectiva, o delito econômico define-se por aspectos subjetivos, ou seja, relacionados ao *status* do agente. O crime econômico é aquele praticado por pessoas do alto escalão no exercício de sua atividade, por pessoas de certas profissões ou praticado no domínio da empresa. Trata-se do conceito de *white-collar crime* sugerido inicialmente por Edwin H. Sutherland.

Sob a ótica criminalística, o crime econômico seria aquele que apresenta peculiar complexidade prática e, portanto, investigativa; são delitos que exigem investigação por

¹³⁷ DIAS; ANDRADE, 2000, p. 81-83. Também sobre o tema: TIEDEMANN, Klaus. Objetivos, propósitos y métodos de la investigación criminológica europea en el ámbito de los delitos económicos. **Nuevo Pensamiento Penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales**, ano 6, n. 13-14, p. 145-163, jan./jun. 1977, p. 154-155.

policiais dotados de conhecimentos da vida econômica moderna e demandam julgamentos por magistrados também dotados de tais conhecimentos, mediante processos especiais.

Ideia difundida na Alemanha para conceituar o delito econômico, mas sem univocidade, é a eclética, que o define em função da violação da confiança em que se assenta a vida econômica e sem a qual esta não é possível. Há quem veja na violação da confiança o meio para obtenção das vantagens indevidas na relação econômica; também se encara a confiança como um valor fundamental da vida econômica, linha em que o bem jurídico é a própria confiança; outros apontam a vida econômica ou a ordem econômica como o bem jurídico.¹³⁸

Na ótica da dogmática jurídico-penal, Figueiredo Dias e Costa Andrade admitem a possibilidade de que tal conceituação seja remetida para o Direito Econômico, desde que se estabeleçam de forma clara os valores fundamentais em uma coletividade organizada, como acontece na doutrina germânica. Na Alemanha, considera-se o Direito Econômico como o conjunto de normas por meio das quais se traduz juridicamente a intervenção do Estado na economia. O Direito Penal Econômico seria, portanto, a defesa penal tanto da economia nacional no seu conjunto quanto das suas instituições fundamentais, protetor de bens jurídicos supraindividuais; o delito econômico, por sua vez, traduzir-se-ia na conduta que danifica ou põe em perigo a ordem econômica como um todo.¹³⁹

Klaus Tiedemann concilia o Direito Penal e a Criminologia para definir o crime econômico como sendo aquele que afeta a economia organizada na sociedade. Ele afirma compreender a defesa penal da atividade interventora e regulamentadora do Estado na economia e, ainda, transgressões no campo dos chamados bens jurídicos coletivos ou supraindividuais da vida econômica que, por necessidade conceitual, transcendem os interesses jurídicos individuais. No conceito, também estão incluídos os atos no campo dos delitos patrimoniais clássicos (extorsão, fraude, corrupção, estelionato), quando se dirigem contra patrimônios supraindividuais (como no caso de obtenção fraudulenta de subvenções e créditos estatais) ou quando tais delitos constituem abuso de medidas e instrumentos da

¹³⁸ DIAS; ANDRADE, 2000, p. 81-83.

¹³⁹ Ibid., p. 86.

vida econômica (como no caso do cheque sem fundo).¹⁴⁰ Por “Direito Penal Econômico”, entende o autor tratar-se de um conceito que abarca as partes do Direito que tutelam primordialmente o bem constituído pela ordem econômica estatal em seu conjunto e, por conseguinte, o fluxo da economia em sua organicidade, ou seja, a economia nacional.

Francisco Muñoz Conde, destacando a ausência de uma regulação jurídica unitária sobre a delinquência econômica, acentua duas definições para “Direito Penal Econômico” fornecidas pela doutrina. Parte dela reserva ao Direito Penal Econômico a função de proteção da ordem econômica em sentido estrito, ou seja, aquela parte da ordem econômica dirigida ou que sofre a intervenção do Estado. A ordem econômica, assim entendida, não seria outra coisa senão a intervenção direta do Estado na relação econômica, como um sujeito que impõe coercivamente uma série de normas regulamentadoras dos comportamentos dos sujeitos econômicos. Para a proteção desta ordem econômica surgem os delitos fiscais, os delitos monetários e de contrabando e os delitos que afetam a determinação e a formação dos preços, pois em todos eles o objeto de proteção é uma determinada forma de intervenção do Estado na economia. Segundo o autor, essa definição é insuficiente para abranger setores peculiares como os relacionados a fraudes a consumidores, às grandes falências e aos escândalos financeiros, daí a ampliação do conceito de ordem econômica como reguladora da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Neste sentido amplo, é possível englobar todas as infrações delitivas que têm a ver com o mundo da economia.¹⁴¹

Na doutrina nacional, ainda na visão jurídico-dogmática, de acordo com Manoel Pedro Pimentel, o Direito Penal Econômico é um sistema de normas que defende a política econômica do Estado. Tal Direito, ao preocupar-se com a segurança e com a regularidade dos meios de realização desta política, acaba por proteger, simultaneamente, além do patrimônio de indefinido número de pessoas, o patrimônio público, o comércio em geral, a troca de moedas, a fé pública e a administração pública. Os delitos econômicos, por sua

¹⁴⁰ TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. **Cuadernos de Política Criminal**, n. 28, p. 65-74, 1986, p. 67-68.

¹⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Principios politicocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal Español de 1994. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 3, n. 11, p. 7-20, jul./set. 1995, p. 8-9.

vez, são definidos como condutas típicas sancionadas penalmente pelas leis editadas com o fim de prover a segurança e a regularidade da política econômica do Estado.¹⁴²

Segundo mencionado autor, o Direito Penal Econômico não se confunde com o Direito Penal Financeiro nem com o Direito Penal Tributário, em razão dos objetos jurídicos distintos. O Direito Penal Financeiro tem como objeto jurídico a proteção da política financeira do Estado relativamente à receita e às despesas públicas — logo, refere-se ao orçamento. Já o Direito Penal Tributário tem por finalidade defender os interesses do Estado ligados à arrecadação de tributos quando houver grave ofensa a eles, sendo, em última análise, um ramo do Direito Penal Financeiro. Todos, no entanto, estão entrelaçados; o Direito Penal Financeiro é parte do Direito Penal Econômico e, o Direito Tributário, parte do Financeiro.¹⁴³

Nas lições de Luiz Regis Prado, o Direito Penal Econômico deve abranger a intervenção estatal na economia, a organização, o desenvolvimento e a conservação dos bens econômicos (inclusive serviços), bem como sua produção, circulação, distribuição e consumo. Este conceito engloba a ordem tributária, a ordem financeira, a ordem monetária, as relações de consumo, a livre concorrência e o meio ambiente, que constituem bens supraindividuais.¹⁴⁴

Conclui-se, portanto, com base na perspectiva dogmático-jurídica, especialmente aquela formulada na doutrina nacional por Manoel Pedro Pimentel, que o Direito Penal Tributário é um ramo do Direito Penal Econômico e que o crime contra a ordem tributária é um crime econômico.

¹⁴² PIMENTEL, 1973, p. 21.

¹⁴³ Ibid., p. 17-19. Eduardo Novoa Monreal não inclui as fraudes fiscais e o contrabando entre os delitos econômicos, pois afirma que eles são, em princípio, formas de preservação de valores próprios do Direito Fazendário (ou Direito Fiscal ou Direito Aduaneiro) e que têm em mira a proteção do interesse do Fisco e não da estrutura econômica nacional. Apenas no caso de certos impostos ou taxas aduaneiras que tenham sido estabelecidos pela lei não para dar ao Fisco uma fonte de recursos, senão com ânimo de influir nos processos econômicos nacionais e lograr, por esta via, um melhoramento geral do sistema econômico, desde que esta particularidade fosse prevista de forma clara, poder-se-ia falar em delito fiscal ou aduaneiro como delito econômico. (MONREAL, 1982, p. 116).

¹⁴⁴ PRADO, 2004, p. 27-28.

1.4.2.2 A matriz constitucional

Assim como os delitos patrimoniais, os crimes de sonegação fiscal não fogem à regra de que todo bem jurídico penalmente tutelado deve encontrar parâmetro no Diploma Constitucional (consoante o critério teleológico-racional antes exposto). A Magna Carta reserva-lhes um espaço no Título VII, quando trata da ordem econômica e financeira, no artigo 170 e seguintes.

O artigo 170 da Constituição Federal preceitua:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Da singela leitura do dispositivo — especialmente quando dispõe que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social — torna-se possível extrair os critérios legitimadores para a tutela penal do Direito Econômico, logo, do Direito Tributário.

É inegável que a boa saúde da ordem econômica nacional é primordial para o crescimento e o desenvolvimento da coletividade e de seus cidadãos individualmente considerados; nota-se a essencialidade da estabilidade da vida econômica para que possam ser distribuídos aos cidadãos bens e direitos mínimos para uma existência digna. Uma das vias pelas quais isso se sustenta é o bom andamento da política tributária e o financiamento de atividades sociais pelo Estado. A prática de condutas lesivas à arrecadação de tributos, de tal modo, merece máxima blindagem do ordenamento.

Nessa norma, por conseguinte, está constitucionalmente justificada a proteção penal de condutas lesivas à arrecadação tributária.

Vale ressaltar que embora o artigo 173, § 5º, da Constituição não se refira expressamente à responsabilidade penal dos dirigentes da pessoa jurídica em relação a atos praticados contra a ordem econômica e financeira, decerto também não a exclui:

§ 5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Interessante a nota feita por José Afonso da Silva quando afirma que o direito de propriedade não se trata apenas de um direito individual, mas de uma instituição da ordem econômica:

É verdade que o art. 170 inscreve a propriedade privada e a sua função social como princípios da ordem econômica (incs. II e III). Isso tem importância, porque, então, embora prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Se é assim, então a propriedade privada, que, ademais tem que atender a sua função social, fica vinculada à consecução daquele princípio. É claro que, também, não é sem consequência o fato de estar inserida, no seu aspecto geral, entre as normas de previsão dos direitos individuais. É que, previsto como tal, fica assegurada a instituição, não mais, porém, na extensão que o individualismo reconheceu.¹⁴⁵

Como bem tido pelo autor, hoje, a propriedade não é somente considerada um direito individual — “concebido como uma relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um sujeito passivo universal integrado por todas as pessoas, o qual tem o dever de respeitá-lo, abstraindo-se de violá-lo”¹⁴⁶ —, mas também uma instituição de Direito Público. Instituir a propriedade privada e sua relação com o cumprimento de uma função social como princípios ordenadores da ordem econômica alterou sua estrutura e conceito. Desta forma, a propriedade constitui, além de um direito que se encerra em si mesmo — ao estar

¹⁴⁵ SILVA, 2001, p. 273-274.

¹⁴⁶ Ibid., p. 274.

arrolado como direito e garantia fundamental individual —, um direito que visa a um fim social, qual seja, o de consecução do bem-estar de toda coletividade — quando concebida como princípio ordenador da atividade econômica.

Com base nesse duplo conceito de propriedade, vislumbra-se um aspecto muito sutil comum aos crimes patrimoniais e aos delitos de sonegação fiscal no que tange aos respectivos bens jurídicos tutelados: eles convergem, ao final, para a defesa da propriedade. Uma propriedade que se pretende blindada no âmbito individual da pessoa — ao se criminalizarem condutas que lesam o direito de propriedade de cada indivíduo singularmente considerado — e, concomitantemente, no âmbito econômico e social — por penalizar o cidadão que não paga os tributos (sonegação fiscal). Quanto ao último enfoque, não se quer aludir à proteção da arrecadação tributária entendida como patrimônio coletivo, na medida em que traduz a receita obtida com o pagamento dos tributos pelos cidadãos e, portanto, pertencente a esses, mas como um dos meios pelos quais é possível equilibrar a política tributária e racionalizar a economia do país, em vista à efetivação da justiça social (função extrafiscal). Se a ordenação da vida econômica nacional é alcançada pela via dos tributos (dentre outras) e o regime de justiça social que almeja pretende assegurar a todos a possibilidade de dispor de meios materiais para viver confortavelmente e de forma digna (por meio da satisfação de necessidades diárias como alimentos, roupa, moradia, etc.), não há como negar que a criminalização de condutas lesivas à arrecadação tributária, em última instância, minimiza a desigual distribuição de riquezas e facilita o acesso de todos à aquisição daquela propriedade. Destarte, o furto defende a propriedade individual em si, ao passo em que a sonegação fiscal agasalha a possibilidade de que todos adquiram aquela propriedade.

1.5 A *ultima ratio* do Direito Penal

Não basta a eleição de um bem jurídico dotado de dignidade penal em conformidade com os procedimentos formais e materiais dispostos na Constituição para tornar legítima a criminalização de uma conduta. Imperativo esteja configurada a *necessidade* da tutela penal, tendo em vista o Direito Penal constituir a *ultima ratio* da política social. Em razão de seus elevados custos sociais e efeitos nocivos, só é permitido intervir na proteção de bens jurídicos essenciais à sociedade e nos casos em que outros

meios não penais se mostrem insuficientes para seu funcionamento e para o controle social.¹⁴⁷

Isso significa que o Estado deve esgotar todas as alternativas menos custosas para a proteção dos interesses sociais — e somente aqueles de suma importância —, dando preferência à utilização de instrumentos desprovidos de sanção, como uma adequada política social ou mecanismos sancionatórios no âmbito civil e administrativo, dentre outros e, somente quando houver falha desses, intervir com a pena.¹⁴⁸

Cuida-se do princípio da intervenção mínima, que prescreve uma limitação para a intervenção punitiva a fim de que o Direito Penal possa cumprir sua função de solucionar os conflitos de forma mais racional e menos violenta possível, sendo que a limitação prévia e geral do direito do Estado de punir alguém é reconhecer ao ser humano o caráter de pessoa, ente capaz de autodeterminar-se de acordo com sua consciência.¹⁴⁹

Roxin afiança que com a natureza subsidiária do Direito Penal quer-se dizer que somente se podem punir lesões de bens jurídicos se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Ele ressalva que onde bastem os meios do Direito Civil ou do Direito Público, o Direito Penal deve retirar-se. Por atingir de forma grave a existência da pessoa e restringir fortemente sua liberdade pessoal, cuidando-se da pena mais forte da sociedade, apenas se pode recorrer a ela em último lugar. E continua:

Se for utilizada quando bastem outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica, carece da legitimidade que lhe advém da necessidade social, e a paz jurídica vê-se perturbada pela presença de um exército de pessoas com antecedentes penais numa medida superior à que pode ser fundamentada pela cominação legal. Deste modo, o bem jurídico recebe dupla proteção: *através* do direito penal e *ante* o direito penal, cuja utilização exacerbada provoca precisamente as situações que pretende combater.¹⁵⁰

Dessa forma, o controle social penal, por não ser um sistema corriqueiro e comum destinado à solução de qualquer conflito ou tensão que surja na sociedade, é recorrível

¹⁴⁷ DIAS, 1999, p. 78.

¹⁴⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general: tomo 1: fundamentos: la estructura de la teoría del delito. Tradução Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 65. Neste sentido: BECHARA, 2010, p. 36.

¹⁴⁹ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 74, 83.

¹⁵⁰ ROXIN, 1986, p. 28.

exclusivamente aos casos de extrema necessidade, com a finalidade de defender bens jurídicos fundamentais dos ataques intoleráveis, quando outras estratégias de natureza não penal não logram êxito. Duas são suas perspectivas: (i) a primeira refere-se ao caráter fragmentário, tendo em vista que a intervenção penal não é idônea a proteger de forma homogênea todos os bens jurídicos, mas somente bens jurídicos fundamentais e de vital importância para a convivência pacífica em sociedade e para a realização da personalidade de cada indivíduo da maneira mais livre possível; (ii) a segunda consiste na subsidiariedade, que recomenda o uso do Direito Penal e de seus recursos extremamente enérgicos e traumáticos apenas quando outros meios menos coativos fracassarem.¹⁵¹

No que concerne aos crimes contra a ordem tributária, Anabela Miranda Rodrigues afirma que a expansão do Direito Penal à esfera do Direito Fiscal não se justifica apenas pela dignidade constitucional, ou seja, pelo fato de seu conteúdo estar descrito na Constituição (no artigo 170), mas se exige que obedeça a razões de subsidiariedade e eficácia. Isto significa que a decisão de criminalização só está legitimada se constituir *ultima ratio* — se não se encontram à disposição do Estado meios não criminais de política social adequados e suficientes para a proteção de valores que está em causa garantir e se os meios de natureza penal utilizados são aptos a tutelar de modo eficaz tais bens ou valores.¹⁵²

A autora assevera haver, ainda, outras duas justificativas para a intervenção punitiva no domínio fiscal. Uma relaciona-se com a função conservadora de valores atuais (de que a arrecadação pretende promover objetivos de justiça social e equitativa), isto é, conservar ou reforçar a norma violada pelo crime como modelo de orientação do comportamento das pessoas na sociedade. Ao lado desta, verifica-se uma função promocional de despertar a consciência das pessoas para as vantagens advindas do cumprimento dos deveres fiscais, numa palavra, para formação da consciência ética fiscal.¹⁵³

Referente a tais delitos, a previsão legal do pagamento do tributo como causa extintiva da punibilidade faz emergir dúvidas quanto à *ultima ratio* da intervenção

¹⁵¹ FRANCO, 1997, p. 38.

¹⁵² RODRIGUES, 2000, p. 181-183.

¹⁵³ Ibid., p. 181-183.

punitiva.¹⁵⁴ O raciocínio que se formula é no sentido de que, se isso é possível, a tipificação penal não tem outra serventia senão agir como substitutiva à lei de execuções fiscais ou à falha fiscalização administrativa, tornando-a mera ferramenta de prevenção da sonegação ou instrumento coercitivo arrecadatório — o que não pode ser admitido. O Direito Penal, assim, torna-se mero veículo cobrador de tributos.

A maioria dos tributaristas e penalistas que são contrários à referida causa extintiva da punibilidade entendem que o Direito Penal tutela valores sociais importantes aos cidadãos, como a boa execução da política tributária e a proteção da administração pública, sendo inadmissível que sirva como interesse meramente arrecadador do Estado. Por sua relevância, tal interesse não se coaduna com o objetivo exclusivo de coagir o contribuinte.¹⁵⁵ Eles alegam, ademais, tratar-se de uma questão de ordem moral. Alegam que a previsão da extinção da pena pelo pagamento do tributo incentiva a cultura da impunidade, pois ninguém mais pagará tributos, salvo quando sujeito à eventualidade da fiscalização; ainda, afirmam que tal instituto é aplicado em prol dos sonegadores e em prejuízo dos insolventes, que não possuem condições efetivas de arcar com o pagamento do tributo em nenhum momento.¹⁵⁶

Eduardo Reale Ferrari, com razão, sustenta que a benesse legislativa não retira a legitimidade da intervenção penal nos crimes de sonegação fiscal. Segundo referido autor, o Direito Penal é instrumento que almeja proteger as relações sociais, amparando os bens mais caros à sociedade, dentre os quais se encontra a arrecadação tributária. Pago o tributo, depara-se com uma situação em que o bem jurídico não mais merece tutela, porquanto houve a arrecadação e o Estado poderá investir nas áreas sociais de interesse da coletividade e cumprir outras funções, não havendo mais motivo para a continuidade da persecução penal. Trata-se de uma medida de política criminal que procura prestigiar o bem jurídico tutelado nos crimes contra a ordem tributária e não o deslegitimar.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Referido instituto será tratado no capítulo a seguir.

¹⁵⁵ STOCO, Rui. Crimes contra a ordem tributária. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 1, p. 593-702, p. 636.

¹⁵⁶ PODVAL, Roberto. Um grande equívoco. **Boletim IBCCrim**: jurisprudência, fev. 1996, p. 125, p. 125.

¹⁵⁷ FERRARI, Eduardo Reale. A extinção da punibilidade do tributo nos crimes de sonegação fiscal como medida de política criminal. **Boletim IBCCrim**, n. 40, p. 6-7, abr. 1996, p. 6.

E, se de fato estamos defronte a um Direito Penal utilitarista, tendo em vista que as normas protetoras do crédito tributário objetivam torná-lo efetivo, satisfeito este, deixam de subsistir razões para insistir na persecução penal.¹⁵⁸ Não se pode olvidar que existe uma consequência desagradável para o contribuinte faltoso, ainda que extrapenal: a incidência de multa sobre o montante devido, a qual pode chegar a percentuais muito elevados.

O argumento de que a sonegação aumentará em razão da benesse concedida não convence, pois o não pagamento de tributos é uma realidade que sempre existiu e a ideia de reprovabilidade da conduta também sempre esteve presente na consciência da comunidade; e se desconhece estudo empírico que assim comprove.

Por outro ângulo, um sonegador preso pelo não recolhimento do tributo devido, com muito mais razão deixará de fazê-lo, pois nada o estimulará ao pagamento se as consequências continuarem as mesmas ou se apenas forem reduzidas por uma causa de diminuição de pena. E mais, enquanto permanece no cárcere, o agente continua improdutivo e gera despesas mensais elevadas ao Estado com sua manutenção.¹⁵⁹

Ives Gandra da Silva Martins certifica que a hipótese de extinção da punibilidade do crime tributário, tradicional no país, decorre da natureza peculiar da imposição fiscal, que tem na sanção administrativa ou penal norma primária para garantir o cumprimento da obrigação tributária. A norma sancionatória, segundo o jurista, apenas tem como função desestimular o contribuinte a deixar de recolher aos cofres públicos o tributo devido, pois a sociedade repugna a norma tributária — trata-se de norma de rejeição social. Assim, uma vez recebido, com a parcela atinente à sanção administrativa (encargos moratórios), não mais interessa ao Estado punir, pois lhe é mais útil o contribuinte solto “produzindo” do que preso e estancada a fonte de receita.¹⁶⁰

Trata-se de um Direito Penal que ao mesmo tempo recrudescer (penaliza) e arrefece (oferece meios de despenalizar), cujo raciocínio é utilitário e racional-econômico e

¹⁵⁸ MACHADO, Hugo de Brito. Extinção do crédito e extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 48, p. 73-86, set. 1999, p. 77.

¹⁵⁹ O custo mensal para manutenção de um preso no cárcere varia em cada local, podendo chegar a mais de mil reais.

¹⁶⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O espectro do artigo 34 da lei 9.249/95. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord). *Crimes contra a ordem tributária*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 396-297, p. 396-297.

considera o custo-benefício da persecução penal e da arrecadação de dinheiro aos cofres públicos.¹⁶¹

No que pertine aos crimes contra o patrimônio, como antes aduzido, não há como negar ser essencial a intervenção punitiva para dar abrigo ao patrimônio particular, até mesmo como conquista do Direito Penal liberal, em prol da ordem social. O que se questiona com fervor é que uma visão utilitarista do sistema de justiça penal não é refletida em relação a tais delitos.

¹⁶¹ SALVADOR NETTO, 2009, p. 176.

2 SIMILITUDES E DISTINÇÕES NO TRATAMENTO DESPENDIDO AOS DELITOS PATRIMONIAIS E À SONEGAÇÃO FISCAL

Analizados os aspectos legitimadores da intervenção penal às condutas descritas nos tipos patrimoniais e de sonegação fiscal, no ordenamento, concluindo-se pela dignidade penal de ambos, oportuno expor acerca das similitudes e do trato diferenciado dado aos citados delitos por parte das agências formais de controle social. A distinção de tratamento, apesar da notória semelhança entre os tipos é, ressalta-se, o motivo fundamental da escolha do tema da dissertação, cujo cerne é sua análise crítico-criminológica. Conforme se constata na tabela abaixo, os delitos comparados no trabalho são diferentes em alguns aspectos:

	Delitos patrimoniais	Sonegação fiscal
Espécie	Crime contra o patrimônio	Crime contra a ordem tributária
Previsão legal	Parte especial do Código Penal	Parte especial do Código Penal e lei especial
Bem jurídico	Patrimônio (âmbito patrimonial individual)	Arrecadação tributária (âmbito patrimonial supraindividual)

Contudo, verificam-se semelhanças fundamentais entre eles:

	Delitos patrimoniais	Sonegação fiscal
Conduta	Sem violência ou grave ameaça à pessoa	Sem violência ou grave ameaça à pessoa
Lesão	Patrimônio (âmbito individual)	Patrimônio (âmbito supraindividual)
Possibilidade de ressarcimento integral ao ofendido	Por meio da devolução da <i>res furtiva</i> ou ressarcimento do dano ¹⁶²	Por meio do pagamento do tributo

¹⁶² A devolução da *res furtiva* ou o ressarcimento do dano não têm a mesma consequência do pagamento do tributo, não obstante todos constituam modos de ressarcir o ofendido dos danos advindos da conduta delitiva — distinção esta essencial e que será analisada a seguir.

Além das similaridades apresentadas na tabela acima, verifica-se que os verbos que integram as condutas dos tipos possuem significados muito parecidos.

“Subtrair” – conduta do tipo furto – significa, segundo o Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa, tirar às escondidas ou fraudulentamente, fazer desaparecer, retirar, tirar, deduzir, diminuir, esquivar-se, fugir, livrar, afastar, escapar.¹⁶³

Diversos verbos dos tipos do artigo 1º e artigo 2º da Lei n. 8.137/90 têm significado semelhante ao verbo do furto: (i) “suprimir” quer dizer impedir que apareça, cortar, eliminar, extinguir, abolir, passar em silêncio, não dizer ou mencionar, omitir; (ii) “reduzir” é o mesmo que “diminuir” (reduzir a menos, subtrair, deduzir); (iii) “omitir” significa deixar de fazer, dizer ou escrever, não mencionar, preterir, postergar.¹⁶⁴

A partir dessas definições, pode-se afirmar que furto é a subtração de coisa alheia móvel pertencente a um indivíduo, e que sonegação fiscal é a subtração de coisa alheia móvel, especificamente dinheiro, pertencente ao Fisco, em última instância, à coletividade. Na essência, a vontade e a consciência — elemento integrante e inseparável da conduta¹⁶⁵ — de ambos os tipos é dirigida à subtração, diminuição, redução do patrimônio alheio, seja de uma pessoa individualmente considerada ou de várias coletivamente.

Mais adequado ainda seria falar que os crimes tributários nada mais são do que um estelionato contra o Fisco.

Eduardo Reale Ferrari leciona que são três os elementos que atualmente caracterizam o crime contra a ordem tributária, o qual é definido pela conduta do contribuinte de suprimir ou reduzir indevidamente tributos: (i) a intenção do agente de afrontar a lei por meio de induzimento ou de manutenção do Fisco em erro, por meio de ardil ou fraude; (ii) o prejuízo econômico ao Fisco; e (iii) a vantagem econômica ao contribuinte. Esses três elementos concomitantes e compulsórios da infração tributária equivalem àqueles do crime de estelionato. Nos crimes contra a ordem tributária, o contribuinte, fraudulenta e intencionalmente, induz o Fisco a erro ou assim o mantém por

¹⁶³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: JEMM, 1989.

¹⁶⁴ Recorda-se que tais verbos também integram o tipo do artigo 337-A do Código Penal.

¹⁶⁵ Aqui adotada a teoria finalística acolhida pelo Código Penal.

meio do ardil com a finalidade de obter proveito econômico. A vantagem econômica do contribuinte, que é pagar menos tributos, decorre do prejuízo ao Fisco, que tem parcela da sua receita necessariamente subtraída ou reduzida.¹⁶⁶

No crime de estelionato, a conduta do agente, percebe-se, é exatamente a mesma, também se configurando um polinômio composto por vários elementos, isto é, induzir ou manter alguém fraudulentamente em erro visando a obter proveito de qualquer natureza. O único elemento que o diferencia dos tipos penais tributários é a pessoa atingida pelo ato doloso, pois enquanto no crime de estelionato normalmente a pessoa física é a vítima, na infração tributária é, obrigatoriamente, o Fisco.¹⁶⁷

A mesma afirmação pode ser feita em relação à conduta do delito de descaminho, que tem como verbo “iludir”, tendo em vista que envolve um engano, uma burla, uma dissimulação, uma fraude.

No tocante à apropriação indébita “clássica” e à “previdenciária”, são apontadas três diferenças entre elas, não obstante a identidade até mesmo no nome: (i) a figura do artigo 168 descreve conduta comissiva, de apropriação, enquanto a figura do 168-A enuncia conduta mista, pois uma conduta omissiva de não repasse dos valores descontados ao órgão arrecadador sucede à ação comissiva de apropriação; (ii) a apropriação clássica é crime material e a previdenciária, formal;¹⁶⁸ e (iii) inexistente posse anterior quando se trata de apropriação previdenciária, uma vez que tal posse é mera presunção que se esconde por trás de uma operação de desconto dos ganhos do empregado, pois quando o empregador paga o salário a este não existe o empenho do montante total, mas só da quantia líquida, já

¹⁶⁶ FERRARI, Eduardo Reale. **Parecer sobre suposta prática de delito tributário por determinada empresa**. São Paulo. 2006, p. 6-7. Nota-se que o estelionato, assim como os outros crimes patrimoniais e as figuras do artigo 1º da “Lei dos crimes contra a ordem tributária” são todos classificados como crimes materiais, em que há um resultado externo à ação, descrito na lei e que se destaca cronologicamente da conduta. Em que pese haja divergências, algumas das figuras do artigo 2º, assim como o parágrafo único do artigo 1º e o artigo 3º da Lei n. 8.137/90, são classificadas como crimes formais, dispensando-se a realização daquilo que é pretendido pelo agente (suprimir ou reduzir tributo). Não se verifica, contudo, que referida distinção de classificação tenha grande relevância para fins de uma análise criminológica dos dois delitos.

¹⁶⁷ Ibid., p. 7.

¹⁶⁸ Há entendimento no sentido de que o referido delito seja omissivo material e não formal: “Apropriação indébita previdenciária. Crime. Espécie. A apropriação indébita disciplinada no artigo 168-A do Código Penal consubstancia crime omissivo material e não simplesmente formal. Inquérito. Sonegação fiscal. Processo administrativo. Estando em curso processo administrativo mediante o qual questionada a exigibilidade do tributo, ficam afastadas a persecução criminal e — ante o princípio da não-contradição, o princípio da razão suficiente — a manutenção de inquérito, ainda que sobrestado.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Inquérito n. 2537-GO**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, j. 10 mar. 2008. DJE 12 jun. 2008).

realizado o cálculo e diminuída a parcela retida. Observa-se, ademais, a similitude que a apropriação indébita guarda com a conduta descrita no artigo 2º, II, da Lei n. 8.137/90.¹⁶⁹

Isso posto, é de se esperar que fosse dado tratamento ao menos semelhante aos mencionados delitos, mas não é o que se verifica no âmbito de criação da norma, de sua aplicação e de sua execução.

2.1 Extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo *versus* arrependimento posterior

A questão que mais chama a atenção dos juristas e operadores do Direito, relacionada aos crimes contra a ordem tributária, é a extinção da punibilidade em razão do pagamento do tributo — forma de descriminalização tradicional em nosso Direito Penal Tributário.¹⁷⁰

Cumprе narrar um breve histórico acerca da matéria antes de se chegar à norma atualmente em vigor para que seja possível perceber a inconsistência da *mens legislatoris* acerca dessa política jurídica, com avanços e retrocessos.

Antes mesmo da edição da Lei n. 4.729/65, que definiu os crimes de sonegação fiscal, a extinção da punibilidade em virtude do pagamento do tributo já estava prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Era o que prescreviam os parágrafos 1º e 2º do artigo 11 da Lei n. 4.357/64, que tratava dos casos de apropriação indébita de débitos relativos a imposto de renda, imposto de consumo e imposto do selo.¹⁷¹ O artigo 2º da Lei n. 4.729/65,

¹⁶⁹ CASAGRANDE, Daniel Alberto. Apropriação indébita previdenciária: bem jurídico, causas de justificação, autoria e extinção da punibilidade à luz da *law and economics*. In: TANGERINO, Davi de Paiva Costa; GARCIA, Denise Nunes (Coord.). **Direito Penal Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 280-304, p. 291.

¹⁷⁰ STOCO, 2002, p. 635.

¹⁷¹ “Art. 11. Inclui-se entre os fatos constitutivos do crime de apropriação indébita, definido no art. 168 do Código Penal, o não-recolhimento, dentro de 90 (noventa) dias do término dos prazos legais: a) das importâncias do Imposto de Renda, seus adicionais e empréstimos compulsórios, descontados pelas fontes pagadoras de rendimentos; b) do valor do Imposto de Consumo indevidamente creditado nos livros de registro de matérias-primas (modêlos 21 e 21-A do Regulamento do Imposto de Consumo) e deduzido de recolhimentos quinzenais, referente a notas fiscais que não correspondam a uma efetiva operação de compra e venda ou que tenham sido emitidas em nome de firma ou sociedade inexistente ou fictícia; c) do valor do Imposto do Selo recebido de terceiros pelos estabelecimentos sujeitos ao regime de verba especial. § 1º. O fato deixa de ser punível, se o contribuinte ou fonte retentora, recolher os débitos previstos neste artigo antes da decisão administrativa de primeira instância no respectivo processo fiscal. § 2º. Extingue-se a punibilidade de crime de que trata este artigo, pela existência, à data da apuração da falta, de crédito do infrator, perante a

posteriormente, regulamentou: “Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta lei quando o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria”.

O Decreto-Lei n. 157/67, no artigo 18, estendeu o prazo para recolhimento do tributo: era possível a extinção da punibilidade se o pagamento fosse feito mesmo após o início da ação fiscal ou se efetuado o depósito, na repartição competente, após o julgamento da autoridade administrativa de primeira instância.¹⁷² No ano seguinte, o artigo 1º da Lei n. 5.498/68 estabeleceu a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento integral do tributo ou da primeira prestação do parcelamento concedido.¹⁷³ A despeito de tratar-se de crime assemelhado, o descaminho foi excluído da abrangência da referida causa de extinção da punibilidade pela Lei n. 6.910/80.¹⁷⁴

A Lei n. 8.137/90 disciplinou a matéria tratada na Lei n. 4.729/65 no que tange aos crimes de sonegação fiscal e determinou, em seu artigo 14: “Extingue-se a punibilidade

Fazenda Nacional, autarquias federais e sociedade de economia mista em que a União seja majoritária, de importância superior aos tributos não recolhido, executados os créditos restituíveis nos termos da Lei nº 4.155, de 28 de novembro de 1962.” (BRASIL. **Lei n. 4.357, de 16 de julho de 1964**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4357.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011).

¹⁷² “Art. 18. Nos casos de que trata a Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, também se extinguirá a punibilidade dos crimes nela previstos se, mesmo iniciada a ação fiscal, o agente promover o recolhimento dos tributos e multas devidos, de acordo com as disposições do Decreto-Lei nº 62, de 21 de novembro de 1966, ou deste Decreto-Lei, ou, não estando julgado o respectivo processo depositar, nos prazos fixados, na repartição competente, em dinheiro ou em Obrigações Reajustáveis do Tesouro, as importâncias nele consideradas devidas, para liquidação do débito após o julgamento da autoridade da primeira instância. § 1º. O contribuinte que requerer, até 15 de março de 1967, à repartição competente retificação de sua situação tributária, antes do início da ação fiscal, indicando as faltas cometidas, ficará isento de responsabilidade pelo crime de sonegação fiscal, em relação às faltas indicadas, sem prejuízo do pagamento dos tributos e multas que venham a ser considerados devidos. § 2º. Extingue-se a punibilidade quando a imputação penal, de natureza diversa da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, decorra de ter o agente elidido o pagamento de tributo, desde que ainda não tenha sido iniciada a ação penal se o montante do tributo e multas fôr pago ou depositado na forma deste artigo.” (BRASIL. **Decreto-Lei n. 157, de 10 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0157.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011).

¹⁷³ “Art. 1º. Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, para os contribuintes do imposto de renda que, dentro de 30 (trinta) dias da publicação desta Lei, satisfizerem o pagamento de seus débitos na totalidade, ou efetuarem o pagamento de 1ª (primeira) quota do parcelamento que lhes tenha sido concedido. § 1º. Fica igualmente extinta a punibilidade dos contribuintes, mencionados neste artigo, que tenham pago seus débitos ou que os estejam pagando na forma da legislação vigente. § 2º. As disposições deste artigo não se aplicam aos contribuintes cujos débitos decorram de operações realizadas através de entidades nacionais ou estrangeiras que não tenham sido autorizadas a funcionar no País.” (BRASIL. **Lei n. 5.498, de 9 de setembro de 1968**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19501969/L5498.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011).

¹⁷⁴ “Art. 1º. O disposto no artigo 2º da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, e no artigo 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967, não se aplica aos crimes de contrabando ou descaminho, em suas modalidades próprias ou equiparadas nos termos dos §§ 1º e 2º do artigo 334 do Código Penal.” (BRASIL. **Lei n. 6.910, de 13 de julho de 1980**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L6910.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011).

dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”. Referida disposição teve curta vigência, pois foi revogada de forma expressa pela Lei n. 8.383/91,¹⁷⁵ e o dispositivo da Lei n. 8.696/93,¹⁷⁶ que restabeleceu o pagamento do tributo como causa de extinção da punibilidade antes do encerramento do procedimento administrativo, foi vetado. Nas razões do veto, o Executivo exclamou a contrariedade ao interesse público, por colocar ganhos ilícitos provenientes da corrupção funcional a salvo de penalização, e a violação ao princípio da moralidade administrativa.¹⁷⁷

Novamente, a legislação foi alterada. O artigo 34 da Lei n. 9.249/95 previu: “Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137/90, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n. 4.729/65, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”. Portanto, nos termos deste dispositivo, para não ser processado criminalmente o contribuinte deveria efetuar o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia.¹⁷⁸

Pois bem, pela narrativa cronológica e frequentes alterações substanciais acerca da matéria, facilmente se atestam as incertezas e dúvidas do legislador, cuja intenção, ao final, sempre pareceu ser conceder “perdão” ao contribuinte faltoso, obviamente desde que recolhido o tributo aos cofres públicos. E não se olvide que, por se tratar de norma benéfica ao réu, retroage para atingir fatos pretéritos, o que leva a crer que o sonegador quase sempre teve a lei a seu favor.

As benesses instituídas em prol dos sonegadores, entretanto, não pararam por aí. Malgrado o princípio da legalidade sempre tenha sido coluna mestra do ordenamento jurídico — sendo ainda mais rigoroso no âmbito penal —, parte das altas cortes do

¹⁷⁵ “Art. 98. Revogam-se o artigo 44 da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, os §§ 1º e 2º do artigo 11 da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964, o artigo 2º da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, o artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969, os arts. 13 e 14 da Lei nº 7.713, de 1988, os incisos III e IV e os §§ 1º e 2º do artigo 7º e o artigo 10 da Lei nº 8.023, de 1990, o inciso III e parágrafo único do artigo 11 da Lei nº 8.134, de 27 de dezembro de 1990 e o artigo 14 da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.” (BRASIL. **Lei n. 8.383, de 30 de dezembro de 1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8383.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011).

¹⁷⁶ BRASIL. **Lei n. 8.696, de 26 de agosto de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8696.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

¹⁷⁷ BRASIL. **Lei n. 8.696, de 26 de agosto de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-8696-1993.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011.

¹⁷⁸ BRASIL. **Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

Judiciário estenderam a extinção da punibilidade ao singelo pedido de parcelamento da dívida tributária, antes do recebimento da denúncia.¹⁷⁹ As decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sua grande maioria, são nesse sentido.¹⁸⁰

Depois, instituiu-se o Programa de Recuperação Fiscal (REFIS), com a Lei n. 9.964/2000, destinado a promover a regularização de créditos da União. No artigo 15, houve expressa menção de que somente o pagamento integral do débito tributário, objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia, teria o condão de afastar a incidência da norma penal.¹⁸¹ Em princípio, recusou-se a aplicar referido dispositivo aos agentes cuja denúncia no processo-crime já havia sido recebida, por força do princípio da isonomia e da retroatividade da lei penal mais benéfica. Contudo, em agosto de 2005, o Superior Tribunal de Justiça exarou o acórdão no Recurso Especial n. 659.081-SP, de relatoria do ministro Hamilton Carvalhido,¹⁸² reconhecendo que a condição temporal de adesão ao REFIS em data anterior ao recebimento da denúncia não deveria ser exigida daqueles que, no termo inicial da vigência daquela lei, já se encontravam denunciados.¹⁸³

¹⁷⁹ Segundo este posicionamento, o apontado artigo 34, ao dispor “promover o pagamento”, não distingue se deve ser integral ou fracionado, bastando o ato concreto de pagar à vista ou a prazo, o que é suficiente para retirar a justa causa para a ação penal. Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 9.909-PE**. Relator: Ministro Edson Vidigal. Brasília, j. 08 nov. 1999. DJ 13 dez. 1999. Outra fundamentação para essa posição embasa-se no argumento de que o parcelamento do tributo tem natureza de novação de dívida, criando nova obrigação e extinguindo a relação jurídica originária (criminosa), retirando-lhe o conteúdo criminal para lhe conferir o caráter de ilícito civil *lato sensu*, ou seja, meramente patrimonial. Neste prisma: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 11.598-SC**. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, j. 07 maio 2002. DJ 02 set. 2002.

¹⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 229.496-RS**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, j. 11 dez. 2002. DJ 03 fev. 2003. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 250.840-SC**. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, j. 12 fev. 2003. DJU 17 mar. 2003.

¹⁸¹ “Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no REFIS, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal. § 1º. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º. O disposto neste artigo aplica-se, também: I – a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta Lei; II – aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13. § 3º. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.” (BRASIL. **Lei n. 9.964, de 10 de abril de 2000**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9964.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011).

¹⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 659.081-SP**. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, j. 16 ago. 2005. DJ 06 fev. 2006.

¹⁸³ TANGERINO, Davi de Paiva Costa; PISCITELLI, Tathiane. Suspensão da pretensão punitiva estatal pelo parcelamento. In: TANGERINO, Davi de Paiva Costa; GARCIA, Denise Nunes (Coord.). **Direito Penal Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 158-177, p. 171.

Para reforçar a incoerência das normas editadas pelo órgão legislador, é caso de citar duas teratologias em relação a essa matéria incluídas pela Lei n. 9.983/2000.¹⁸⁴

A primeira delas refere-se à previsão da extinção da punibilidade do agente do crime de apropriação indébita previdenciária que, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições e, além disso, presta informações devidas à previdência, na forma da lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal (artigo 168-A, § 2º, do Código Penal).¹⁸⁵ Trata-se de uma verdadeira discrepância legal, especialmente porque afronta o princípio da isonomia, já que mencionado delito e os crimes previstos na Lei n. 8.137/90, assim como os outros delitos fiscais do Código Penal, são assemelhados, inexistindo motivo para tratá-los de modo diferente.

A segunda cuida da possibilidade de extinção da punibilidade se o réu do crime de sonegação de contribuição previdenciária (artigo 337-A, § 1º, do Código Penal), espontaneamente, declara e confessa as contribuições e presta as informações devidas à previdência social, na forma da lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.¹⁸⁶ Ora, permite-se, portanto, em relação a esse delito, a extinção da punibilidade sem ao menos exigir-se a tão almejada “promoção do pagamento”.

Além disso, estabeleceu-se a possibilidade, nesses dois tipos penais, de o juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a multa em determinados casos.¹⁸⁷

¹⁸⁴ BRASIL. **Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9983.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

¹⁸⁵ “Art. 168-A. [...] § 2º. É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.”

¹⁸⁶ “Art. 337-A. [...] § 1º. É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.”

¹⁸⁷ “Art. 168-A. [...] § 3º. É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.”

“Art. 337-A. [...] § 2º. É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: I - (VETADO); II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. § 3º. Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R\$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar apenas a de multa. § 4º. O valor a que se refere o

Posteriormente, converteu-se a Medida Provisória n. 107/2003 na Lei n. 10.684/2003, instituindo-se o Programa de Parcelamento Especial (PAES), criando-se, enfim, uma norma geral de extinção da punibilidade pelo efetivo pagamento do tributo, solicitado o parcelamento a qualquer tempo (resta abdicada a condição temporal antes prevista na Lei do REFIS).¹⁸⁸ Referida medida é formalmente inconstitucional pelos seguintes motivos: (i) por ser resultado da conversão de medida provisória, jamais poderia dispor sobre Direito Penal e sobre Direito Processual Penal, nem poderia ser convalidada, pelo vício de origem; e (ii) por não se limitar a converter a medida, cujo texto é bem reduzido, tendo sido acrescentados vários outros dispositivos, desrespeitando o devido processo legislativo. A despeito de sua inconstitucionalidade formal, foi integralmente aplicada.

Ora, tendo-se optado pelo parcelamento do débito tributário a qualquer tempo, não há que se cogitar em inquérito policial, oferecimento de peça acusatória ou prosseguimento da ação penal, não só pelo fato de estar afastada, temporariamente, a exigibilidade do crédito tributário, mas, sobretudo, por estar suspensa a pretensão punitiva estatal e a prescrição. Com o pagamento *in totum*, possível o efeito extintivo penal.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), que prevalece até hoje, a extinção da punibilidade decorre do pagamento do tributo a qualquer tempo e, por ser norma benéfica ao réu, retroage.¹⁸⁹

parágrafo anterior será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social.”

¹⁸⁸ “Art. 9º. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. § 1º. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.”

¹⁸⁹ Neste vértice: “Ação Penal. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal nº 10.684/03, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 81.929-RJ. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Brasília, j. 16 dez. 2003. DJ 27 fev. 2004).

Vale ressaltar que mesmo na vigência da Lei do REFIS e da Lei do PAES, os tribunais superiores continuaram conferindo ao pedido de parcelamento o *status* de causa extintiva da punibilidade, nos termos do artigo 34 da Lei n. 9.249/95.¹⁹⁰

A Lei n. 11.941/2009 alterou outra vez a matéria e previu a suspensão da prescrição enquanto não rescindidos os parcelamentos previstos nessa lei (os quais são inúmeros e englobam outros parcelamentos já deferidos por normas anteriores), bem como a extinção da punibilidade quando do pagamento integral do tributo.¹⁹¹ A recente Lei n. 12.382/2011 regulamentou novamente o tema e determinou a suspensão da pretensão punitiva estatal em relação aos crimes fiscais durante parcelamento formulado antes do recebimento da denúncia, a suspensão do prazo prescricional e a extinção da punibilidade mediante o pagamento integral do débito objeto do parcelamento.¹⁹²

¹⁹⁰ Neste entendimento: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 407.861-DF**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, j. 27 abr. 2004. DJ 07 jun. 2004. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 12.383-SP**. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, j. 19 fev. 2004. DJ 05 abr. 2004. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 17.192-PR**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, j. 16 jun. 2005. DJ 01 ago. 2005. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 46.695-SP**. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, j. 13 dez. 2005. DJ 01 fev. 2006.

¹⁹¹ “Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei. Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.”

“Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal.” (BRASIL. **Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L11941.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011).

¹⁹² “Art. 6º. O art. 83 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º a 5º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 6º: “Art. 83[...] § 1º. Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento. § 2º. É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. § 3º. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 4º. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. § 5º. O disposto nos §§ 1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento. § 6º. As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz.” (BRASIL. **Lei n. 12.382, de 25 de fevereiro de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/L12382.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011).

Apesar da nova regulamentação, resta aos aplicadores do Direito aguardar o posicionamento da jurisprudência ou então a edição de outras normas, pois a prática ensina que, de tempos em tempos, as instituições legislativas e judiciárias adotam novas posturas.

Pois bem, embora seja permitido o pagamento do débito oriundo de crimes de sonegação fiscal a qualquer tempo — do que decorre a extinção da punibilidade, inclusive para sonegadores que desviam milhares de cifras dos cofres públicos, dada a previsão legal —, não se verifica a mesma benesse para os autores de crimes patrimoniais, até mesmo em casos insignificantes,¹⁹³ mas tão somente a aplicação da causa genérica de diminuição de pena prevista no artigo 16 do Código Penal.¹⁹⁴ E é necessária a devolução da *res* ou o ressarcimento do dano antes do recebimento da denúncia, jamais a qualquer tempo. Tribunais estaduais e o Superior Tribunal de Justiça adotam essa postura.¹⁹⁵

Diversos são os julgados no sentido de que a devolução da coisa apropriada, no caso do delito do artigo 168 do Código Penal, não altera a situação jurídica criada pela ação criminosa, podendo ser levada em consideração, quando muito, na aplicação da pena.¹⁹⁶ Seguem na mesma direção os julgados em relação ao artigo 171 daquele diploma,

¹⁹³ O princípio da insignificância será examinado a seguir.

¹⁹⁴ “Art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.”

¹⁹⁵ Neste sentido: “Recurso Especial. Penal. Furto. Arrependimento posterior. Aplicação do art. 16 do CP. Ausência dos requisitos legais. Impossibilidade. 1. A aplicação do art. 16 do Código Penal exige a comprovação da integral reparação do dano ou a restituição da coisa até o recebimento da denúncia, devendo o ato ser voluntário, o que não ocorreu na espécie. 2. Recurso conhecido e provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 711027-RS**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, j. 06 fev. 2007. DJ 12 mar. 2007). “Apropriação indébita. Denúncia. Justa causa. Ressarcimento do dano. Verificado antes do oferecimento da denúncia, nas condições do art. 16 do CP, tal fato superveniente à consumação do crime patrimonial mais não opera do que a redução da pena. Precedentes do STF.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso de Habeas Corpus n. 283**. Relator: Ministro José Dantas. Brasília, j. 25 abr. 1990. RSTJ n. 14, p. 2-477, out. 1990). “A reparação do dano caracteriza o arrependimento posterior se ocorrer antes do oferecimento da denúncia. O prejuízo a que se refere o art. 171 do CP deve ser aferido no momento da prática delituosa, considerando-se o valor dos bens ou a importância em dinheiro obtida por via fraudulenta, sendo que o prejuízo não se confunde com o efetivo desfalque patrimonial sofrido pela vítima, pois, se assim o fosse, em se tratando de delito tentado, em que o estelionatário não tem a posse desviada e tranquila dos bens ou valores, por mais valiosos que fossem aqueles e elevados que fossem estes, o dano seria inexistente ou irrisório.” (SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 707.799-3**. Relator: Juiz Walter Swensson. São Paulo, j. 01 jun. 1994. RDJ n. 22, p. 79-70, abr., maio, jun. 1994).

¹⁹⁶ Neste vértice: “Apropriação indébita. Cumulada com falsidade ideológica e gerência fraudulenta. Utilização em benefício próprio de quantias de que era o réu depositário. Dação em pagamento efetuada em época muito posterior à consumação do delito é que representa simples e incompleto ressarcimento dos prejuízos causados. Inocorrência de extinção da punibilidade. [...] A restituição posterior da coisa não altera a situação jurídica criada pela ação criminosa e poderá ser considerada, quando muito, na aplicação da pena.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 107.167**. Relator: Desembargador Weiss de Andrade. São Paulo, j. 17 maio 1971. RJTJSP n. 17, p. 454-462). “Penal. Processual. Apropriação indébita. Ressarcimento antes da denúncia. Prestação de contas. 1. Devolver antes da denúncia o dinheiro de que se apropriou não

inclusive quanto ao tipo privilegiado.¹⁹⁷ A este respeito, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 554: “o pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal”.

No Recurso Especial n. 942.769-MG, em que foi relator o ministro Hamilton Carvalhido,¹⁹⁸ o caso emblemático do empresário Marcos Valério, que deixou de recolher nada menos do que 6,82 milhões de reais aos cofres do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que o pagamento integral das parcelas do tributo, a qualquer tempo, extingue a punibilidade do crime contra a ordem tributária. É que a jurisprudência dos tribunais superiores firmou posição no sentido de que, nesses crimes, extingue-se a punibilidade da pretensão punitiva se efetuado o pagamento integral do débito antes ou após o recebimento da denúncia, *ex vi* do artigo 9º da Lei n. 10.684/2003, a que o Excelso Supremo Tribunal Federal reconhece efeito retroativo.

apaga o crime (CP, 168, § 2º, III). 2. Se não há o dolo, conforme alega a defesa do acusado, não dá para aferir-se em *habeas corpus*, sendo imprescindível, por isso mesmo, o prosseguimento da ação penal. 3. O crime de apropriação indébita não se vincula para configuração a existência prévia de prestação de contas. 4. Recurso conhecido mas improvido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso de Habeas Corpus n. 2224-RS**. Relator: Ministro Edson Vidigal. Brasília, j. 14 out. 1992. DJ 03 nov. 1992). “A devolução tardia, quando já consumado o delito, não o pode fazer desaparecer, sendo apenas circunstância que o juiz deve ter em conta na aplicação da pena.” (SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 279.937**. Relator: Juiz Ângelo Gallucci. São Paulo, j. 01 abr. 1982. JUTACRIM n. 70, p. 357-358).

¹⁹⁷ Neste sentido: “Tratando-se de estelionato em seu tipo principal, eventual ressarcimento do prejuízo, ainda que ocorrido antes da denúncia, não tem o condão de elidir a criminalidade do ato praticado, podendo servir tão-somente como circunstância atenuante.” (SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Recurso em Sentido Estrito n. 416.417-9**. Relator: Juiz Gonzaga Franceschini. São Paulo, j. 31 mar. 1986. RT n. 609, p. 336-340, jul. 1989). “Estelionato: reparação do dano e conceito de pequeno valor. [...] No estelionato privilegiado, o pequeno valor do prejuízo é circunstância atenuante específica, que integra o tipo, e deve ser aferido no momento da consumação do delito, por se tratar de crime instantâneo, art. 171, § 1º, do CP, entendendo-se de “pequeno valor”, o de um salário mínimo vigente à época do fato. A posterior reparação do prejuízo é atenuante genérica se feita até o recebimento da denúncia, art. 16 do CP; mesmo feita após a denúncia, mas antes do julgamento, ainda assim é circunstância atenuante genérica, art. 65, III, *b*, do CP. *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 69.592-RJ**. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, j. 10 nov. 1992. DJ 02 abr. 1993). “Ressarcimento da vítima após a consumação do crime e o recebimento da denúncia. Irrelevância escusatória. Crime contra a propriedade. Reconhecimento de privilégio. Exigências. Ressarcimento posterior à consumação do estelionato é dado aleatório e superveniente, que não pode retroagir para inocentar o réu. E em ocorrendo após o recebimento da denúncia, também não serve para eventual reconhecimento da figura do arrependimento posterior.” (SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 551.935-4**. Relator: Juiz Gonzaga Franceschini. São Paulo, j. 9 fev. 1989. RJD n. 3, p. 126, jul., ago., set. 1989).

¹⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 942.769-MG**. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, j. 11 dez. 2007. DJ 12 fev. 2008.

Por outro lado, os órgãos julgadores recusam-se a aplicar a analogia *in bonam partem* aos delitos de furto e a estender o benefício da extinção da punibilidade dos crimes fiscais para aqueles que devolvem a *res furtiva* ao ofendido:

Apelação crime. Furto simples. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Decreto condenatório mantido. Autoria e materialidade demonstradas. Dosimetria da pena [...] 3. Arrependimento posterior. Como o bem objeto do furto foi devolvido à vítima, antes do oferecimento da denúncia, incidiu a redutora prevista no art. 16 do CP. Impossibilidade de analogia com o Direito Tributário - o qual permite a extinção da punibilidade com a reparação do dano -, porque a situação em comento tem previsão na lei penal. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 70.015.163.355**. Relatora: Desembargadora Fabianne Breton Baisch. j. 23 ago. 2006. DJ 13 out. 2006).

Além de o referido instituto não ser aplicado aos delitos contra o patrimônio, cuja *res*, geralmente, tem valor reduzido, para efeitos de diminuição da pena destes no patamar máximo o critério usado pelos tribunais é o da presteza com que o agente repara o dano à vítima: quanto mais próximo do ato criminoso, maior o limite redutivo, quanto mais próximo do recebimento da denúncia, menor o índice de diminuição.¹⁹⁹ A lógica desse equacionamento é buscar do agente a reparação célere dos transtornos sofridos pelo ofendido, enquanto no crime de sonegação fiscal isso não é aplicado — permite-se extinguir a punibilidade do agente pelo pagamento do tributo (ou pedido de parcelamento) a qualquer tempo.

¹⁹⁹ Neste prisma: “Arrependimento posterior. Requisitos para a sua caracterização. Critério para redução da pena. Réu condenado por furto qualificado, em sentença transitada em julgado. Pedido de revisão, visando à decretação da nulidade da sentença, por não haver efetuado a redução da pena prevista no art. 16, do CP. Requisitos para o reconhecimento do arrependimento posterior e sua caracterização, no caso concreto. A omissão da redução das penas do réu não acarreta a nulidade da sentença, porque suprável em 2ª instância, sem prejuízos para o réu, e de acordo com os arts. 621, inc. I, 1ª parte, e 626, do CPP. O critério para redução de pena, em decorrência do reconhecimento do arrependimento posterior, deve fundamentar-se na presteza do ressarcimento do dano, isto é, quanto mais rapidamente for feito tal ressarcimento, tanto maior será a redução. Quanto mais lento o ressarcimento, menor a redução. Provimento parcial da revisão, com a redução das penas do requerente à metade, mantidas as demais cominações.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada Criminal. **Revisão Criminal n. 289010761**. Relator: Juiz Nilo Wolff. Rio Grande do Sul, j. 24 abr. 1989. RTJE n. 63, p. 226-230, abr. 1989). “Para a caracterização do arrependimento posterior, a lei não exige que o ato seja espontâneo, bastando a voluntariedade do agente em reparar o dano ou restituir a coisa, antes do oferecimento da denúncia. O percentual de redução a ser adotado varia em função da maior ou menor presteza do agente na efetiva reparação.” (SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 968.221-1**. Relator: Juiz Wilson Barreira. São Paulo, j. 02 out. 1995. RT n. 727, p. 532-534, maio 1996).

Diversas decisões na hipótese de delitos contra o patrimônio exigem a reparação integral do dano,²⁰⁰ malgrado o mero pedido de parcelamento do débito tributário já tenha ensejado, em diversos momentos, a extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária. Ressalta-se que o pedido de parcelamento pode ser um mero expediente ardiloso para, paga a primeira parcela, ser reconhecido o efeito extintivo no processo-crime e o agente abandonar o pagamento das restantes.

Há decisões, também, que demandam a pessoalidade no ressarcimento do prejuízo ou na restituição da *res* para reconhecimento da causa de redução de pena genérica, nos crimes contra o patrimônio, e a voluntariedade, a fim de se demonstrar a evolução positiva na vontade do agente e o repensar da atividade delituosa encetada.²⁰¹

Com a exposição, notam-se quão díspares são os tratamentos conferidos aos crimes colacionados neste trabalho, em clara violação aos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

2.2 O princípio da bagatela

De acordo com o princípio da bagatela, também conhecido como “princípio da insignificância”, exige-se um mínimo de significância lesiva, uma certa magnitude nas

²⁰⁰ Neste vértice: “Penal. Recurso Especial. Furto. Incidência de qualificadora. Violação de obstáculo à subtração da coisa. Necessidade de laudo pericial. Artigos 158 e 167 do CPP. Matéria fático-probatória. Súmula 7-STJ. Fixação da Pena. Reincidência. Arrependimento posterior. Reparação parcial do dano. [...] III - Para o reconhecimento da minorante do arrependimento posterior, é necessária a reparação integral do dano ou a restituição total da coisa (Precedentes). Recurso parcialmente provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 765588-RS**. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, j. 07 fev. 2006. DJ 10 mar. 2006). “Ressarcimento do prejuízo à vítima antes do recebimento da denúncia, não elide o crime que já estava consumado. A causa de diminuição de pena do art. 16 da Lei 7.209, de 1984 não pode ser reconhecida, se a reparação do dano não foi integral.” (SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 428.107-0**. Relator: Juiz Benedito Camargo. São Paulo, j. 23 jun. 1986. JUTACRIM n. 87, p. 405-406).

²⁰¹ Neste sentido: “Furto. Reparação do dano pela irmã do agente. Inocorrência. Em se tratando de crime de furto, é impossível falar-se em arrependimento posterior se quem repara o dano não é o agente, mas sua irmã.” (SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 794.157-2**. Relator: Juiz Oliveira Ribeiro. São Paulo, j. 20 dez. 1994. RJD n. 24, p. 68-69, out., nov., dez. 1994). “Ressarcimento feito por terceiro. Caracterização. Inocorrência. O arrependimento posterior não se caracteriza quando o ressarcimento à vítima é feito por terceiro, já que neste caso não resulta de ato voluntário do próprio agente.” (SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 889.085-7**. Relator: Juiz Péricles Piza. São Paulo, j. 31 jan. 1995. RJD n. 25, p. 59, jan., fev., mar. 1995). “Incorre nas penas do art. 168, § 1º, do CP, o agente que recebe importâncias de clientes de empresa em que trabalha e falsifica os endossos para fazer depósitos em sua conta. Em se tratando de crime de apropriação indébita, o ressarcimento do dano que é fruto de medida judicial intentada pela vítima não enseja aplicação do art. 16 do CP.” (SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 720.573-9**. Relator: Juiz Assumpção Neves. São Paulo, j. 3 maio 1994. RJD n. 23, p. 7-79, jul., ago., set. 1994).

condutas afetas aos bens jurídicos, a permitir que a ação descrita no tipo penal se mostre ofensiva ou perigosa ao bem jurídico tutelado. Ele age como instrumento de interpretação do tipo penal, de modo a revelar e fixar a natureza subsidiária do Direito Penal.²⁰²

Vico Mañas explica: no momento de criação da norma, o legislador procura definir de forma mais precisa possível a situação típica. E não obstante procure atingir um número limitado de situações, o processo de tipificação mostra-se defeituoso diante da impossibilidade de reduzir a infinita gama de atos humanos em fórmulas estanques. Por esse motivo, referido processo é realizado de maneira abstrata, alcançando também atos que não deveriam estar incluídos no âmbito de proibição do tipo penal, pela pouca lesividade. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal.²⁰³

O autor afiança:

É ele um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.²⁰⁴

Referido princípio, portanto, objetiva evitar que casos leves e que não devam ser incluídos no âmbito de proteção penal — mas o foram, pois o legislador, no processo de tipificação realizado de maneira abstrata, não dispõe de meios para evitar isso — sejam considerados crimes.²⁰⁵

Ele guarda estreita relação com a subsidiariedade e a fragmentariedade do Direito Penal, pois este, como último recurso de política social, usado para proteção contra casos

²⁰² STOCO, 2002, p. 689.

²⁰³ VICO MAÑAS, 1993, p. 93.

²⁰⁴ Ibid., p. 97.

²⁰⁵ Ibid., p. 93.

de ataques graves aos bens jurídicos mais importantes, quando outros meios não se revelam suficientes, não deve incluir em seu domínio perturbações leves da ordem jurídica, as quais devem ser objeto de outros ramos do Direito.²⁰⁶

Roxin elucida que mencionado princípio constitui um critério de adequação ao tipo, que se relaciona não com a adequabilidade da conduta à descrição abstrata da lei penal, mas com o ataque ao bem jurídico; está-se diante de um ato formalmente subsumido à descrição legal, mas de valor insignificante, sem idoneidade ou potencialidade suficiente para afetar o bem jurídico. Para analisar-se a significância ou não da conduta, o melhor critério é o exame de cada caso concreto, por meio de uma interpretação restritiva orientada em relação ao bem jurídico protegido, que deve atender ao respectivo tipo de injusto. No caso de se constatar uma conduta insignificante, ela é atípica e está excluída do âmbito penal.²⁰⁷

O princípio da bagatela, segundo Tiedemann, está fundamentado no princípio da proporcionalidade que deve haver entre o delito e a gravidade da reação penal àquele delito.²⁰⁸ Nos casos de ínfima afetação do bem jurídico, o conteúdo do injusto é tão pequeno que não subsiste qualquer razão para a imposição da reprimenda; ainda que mínima, a pena que fosse aplicada seria desproporcional à significação social do fato.²⁰⁹

Embora já tenha havido certa resistência em aplicá-lo aos delitos patrimoniais, sob diversas justificativas, em razão do particular caráter positivista-legalista dos operadores do Direito, são inúmeras as absolvições com base no citado princípio pelos tribunais estaduais e pelo Superior Tribunal de Justiça.²¹⁰

²⁰⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona: Bosh, 1975, p. 59-60.

²⁰⁷ ROXIN, 2001, p. 297.

²⁰⁸ TIEDEMANN, Klaus. **Die mutmassliche Einwilligung, insbesondere, bei Unterschlagung amtlicher Gelder**, en JuS, p. 108-113 *apud* ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1981, v. 3, p. 554.

²⁰⁹ ZAFFARONI, 1981, p. 553-554.

²¹⁰ Neste sentido: “Princípio da insignificância. Furto. Pequeno valor da coisa furtada. Atipicidade do fato ante ausência de lesividade ou danosidade social. A lei penal jamais deve ser invocada para atuar em casos menores, de pouco ou escassa gravidade. E o princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.” (SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 988.073-2**. Relator: Juiz Márcio Bártoli. São Paulo, j. 03 jan. 1996. RT n. 733, p. 579-582, nov. 1996). “Furto. Agente que, ao comemorar aniversário de colega, resolve levar consigo, a título de recordação, vaso de ínfimo valor. Absolvição mantida. Apelo improvido. O adágio popular: ‘Quem rouba um pão é ladrão, quem rouba um milhão é barão’, lembra a necessidade de a Justiça

Nos crimes patrimoniais, o critério judicial utilizado para determinar a significância da conduta, inclusive para fins de concessão do privilégio previsto no artigo 155, § 2º, e no artigo 171, § 1º, do Código Penal, leva em consideração, em regra, o valor da *res furtiva*, a situação econômica da vítima e o montante do salário mínimo:

estar disponível para punir com prioridade os grandes crimes contra o patrimônio.” (SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 261.877**. Relator: Juiz Nogueira Camargo. São Paulo, j. 8 nov. 1982. JUTACRIM n. 73, p. 334-335, jan., fev., mar. 1983). “O *habeas corpus*, por seu procedimento, comporta investigação probatória. O fato deve projetar-se isento de dúvida. Concede-se, todavia, *habeas corpus* de ofício, caracterizada a pequenez do valor do furto. Princípio da insignificância. O resultado (sentido jurídico-penal) deve ser relevante quanto ao dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado. De *minus non curat Praetor*. Modernamente, ganha relevo o princípio da insignificância. O delito (materialmente examinado) evidencia resultado significativo. Deixa de sê-lo quando o evento é irrelevante. Não obstante conclusão doutrinária diversa, afirmando repercutir na culpabilidade, prefiro tratar a matéria como excludente da tipicidade, ou seja, o fato não se subsume à descrição legal.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso de Habeas Corpus n. 4.311-3**. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, j. 13 mar. 1995. DJU 19 jun. 1995. RT n. 721, p. 537-538, nov. 1995). “Furto. Delito não configurado. Subtração de talonário de cheques. Inexistência de valor econômico. Ato preparatório de outra infração. Inteligência do art. 155 do CP. [...] O talonário de cheques não possui, em si mesmo, valor econômico, de forma que sua subtração não constitui a figura autônoma de furto.” (SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 299.411-2**. Relator: Juiz Alberto Silva Franco. São Paulo, j. 17 nov. 1983. RT n. 583, p. 363-365, maio 1984). “Habeas corpus. Furto qualificado tentado. Aplicabilidade do princípio da insignificância. Mínimo desvalor da ação. Valor ínfimo subtraído. Irrelevância da conduta na esfera penal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte. Ordem concedida. 1. A conduta perpetrada pelo agente — tentativa de subtrair, mediante escalada, uma antena parabólica, avaliada em R\$ 100,00 (cem reais) — insere-se na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela. 2. O furto não lesionou o bem jurídico tutelado pela norma, excluindo a tipicidade penal, dado o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente, o mínimo desvalor da ação e o fato não ter causado qualquer consequência danosa. 3. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 4. Ordem concedida para cassar o acórdão impugnado e restabelecer a decisão de primeiro grau que rejeitou a denúncia. Prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 183338-MS**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, j. 07 dez. 2010. DJE 01 fev. 2011). “Penal. *Habeas corpus*. Furto de um frasco de perfume e de um óculos de sombra avaliados em R\$ 100,00 (cem reais). Princípio da Insignificância. Aplicabilidade. Irrelevância da reincidência. Atipicidade da conduta. Prejudicadas as alegações de falta de provas da materialidade delitiva e da ausência de indícios de autoria. Ordem concedida. 1. O Direito Penal não deve importar-se com bagatelas, que não causam tensão à sociedade. O princípio da insignificância vem sendo largamente aplicado, em especial por ser o Direito Penal fragmentário. (Precedentes) 2. O princípio da insignificância exclui a tipicidade, de tal sorte que aspectos subjetivos, o que inclui a reincidência, são irrelevantes para a aplicação ou não do *standard*. Uma vez excluído o fato típico, não há crime, de maneira que carece de utilidade a análise dos atributos pessoais do agente, sob pena de se criar um direito penal do autor e não dos fatos. 3. Reconhecida a ausência de justa causa para a ação penal, em razão da atipicidade da conduta, está prejudicada a tese de ausência de prova da materialidade delitiva e de indícios de autoria. 4. Concedida a ordem para trancar a ação penal ajuizada contra o paciente.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 126.176-RS**. Relator: Ministro Celso Limongi. Brasília, j. 20 ago. 2009. DJ 8 set. 2009). “Recurso Especial. Penal. Apropriação indébita de relógio de pulso avaliado em setenta reais. Crime de bagatela. Aplicabilidade do princípio da insignificância. Irresignação ministerial improvida. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. Hipótese de apropriação indébita de um relógio de pulso, avaliado em R\$ 70,00 (setenta reais). 3. O fato de existirem circunstâncias de caráter pessoal desfavoráveis, tais como maus antecedentes criminais ou reincidência, não são óbices, por si sós, ao reconhecimento do princípio da insignificância. 4. Recurso Especial improvido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.102.105-RS**. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, j. 2 jun. 2009. DJ 3 ago. 2009).

Nos delitos patrimoniais, os objetos subtraídos portam valores relativos, pelo que não se pode inferir da inexistência do crime pela irrelevância do objeto, sem se cotejar o valor da *res* com as condições econômicas de cada vítima. O que se mostra desprezível para alguns, pode vir a ter importância transcendental para outros. (SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação Criminal n. 544.591-7**. Relator: Juiz Oliveira Ribeiro. São Paulo, j. 21 fev. 1989. RJDTACRIM n. 4, p. 99-100, out., nov., dez. 1989).

O princípio da insignificância é aplicável em hipóteses em que o comportamento, apesar de formalmente típico, não ocasiona — no plano material — perturbação social. Tal exame, nos crimes patrimoniais, passa pela apreciação do reduzido valor da coisa e da capacidade econômica da vítima. No caso, subtraiu-se um botijão de gás de uma construção, tendo sido a *res* recuperada, não acarretando repercussão alguma no patrimônio da vítima. Reconhece-se, então, o caráter bagatela do comportamento imputado, não havendo falar em afetação do bem jurídico patrimônio. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 143.318-MG**. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília. DJ 22 mar. 2010).

Furto. Pequeno valor. Reconhecimento. Critérios para sua determinação. Decisão mantida. Inteligência do art. 155, § 2º, do CP. Para determinar o pequeno valor, de cunho essencialmente econômico, imperioso que o juiz leve em linha de conta o efetivo prejuízo sofrido pela vítima, a situação econômica desta e o salário mínimo como referência financeira. Nenhum dos critérios, contudo, deverá sobressair-se aos demais para reconhecer ou negar o pequeno valor, adotando-se, ao revés, a média de todos. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 7.090**. Relator: Juiz Lúcio Urbano. Minas Gerais, j. 11 fev. 1980. RT n. 548, p. 369-370, jun. 1981).

[...] Privilégio previsto no § 1º do art. 171 do CP. Pretendido reconhecimento. Possibilidade. Prejuízo inferior ao valor do salário mínimo vigente à época do fato. Constrangimento ilegal evidenciado. 1. Embora o legislador não tenha fornecido especificamente os requisitos para a definição do quantum do valor abarcado pela figura do estelionato privilegiado — art. 171, § 1º, do CP —, a jurisprudência tem entendido que se enquadra nesse conceito aquele aproximadamente equivalente ao valor de um salário mínimo vigente à época do fato. 2. Viável, na espécie, o reconhecimento do estelionato privilegiado, tendo em vista que o prejuízo material, à época, foi inferior ao salário mínimo vigente quando do cometimento do delito em tela. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 121460-DF**. Relator Ministro Jorge Mussi. Brasília, j. 06 abr. 2010. DJE 03 maio 2010).²¹¹

²¹¹ Ressalta-se que se pacificou entendimento, nos tribunais superiores, de que o princípio da insignificância exige a conjugação dos seguintes elementos: mínima ofensividade da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade da conduta e inexpressividade da lesão provocada. Neste sentido: “Recurso Especial. Furto qualificado tentado. Subtração de um engradado de cervejas avaliado em R\$ 48,80 (quarenta e oito reais e oitenta centavos). Crime de bagatela. Condições pessoais desfavoráveis. Irrelevância. Aplicabilidade do princípio da insignificância. Recurso da defesa provido. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. Hipótese de tentativa de furto de um engradado de cervejas, avaliado em R\$ 48,80 (quarenta e oito reais e oitenta

No campo do Direito Penal Tributário, o melhor critério seria saber o que é relevante para o Estado em termos de arrecadação tributária.²¹² Diversas normas instituíram limites para cobranças de tributos no âmbito civil, que são usados como critério objetivo para estabelecer o que é bagatela na área penal. A Lei n. 9.441/97, fruto da conversão da Medida Provisória n. 1.533-2/97, por exemplo, impediu a cobrança de créditos do Instituto Nacional do Seguro Social iguais ou inferiores a R\$ 1.000,00.²¹³ A Medida Provisória n. 2.176-79/2001 coibiu o prosseguimento de execuções fiscais pela Fazenda Nacional de montante igual ou menor que R\$ 2.500,00.²¹⁴ O artigo 20 da Lei n. 10.522/2002 determinou o arquivamento dos autos de execuções fiscais de débitos inscritos como dívida ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional de valor igual ou inferior a R\$ 10.000,00.²¹⁵

centavos), não existindo expressivo prejuízo por parte da vítima. 3. O fato de existirem circunstâncias de caráter pessoal desfavoráveis, tais como a existência de antecedentes criminais ou reincidência, não são óbices, por si sós, ao reconhecimento do princípio da insignificância. 4. Recurso Especial provido para, cassando o aresto objurgado, restabelecer o decisum proferido pelo juízo de primeiro grau que absolveu os recorrentes.” (BRASIL. **Recurso Especial n. 1075877-DF**. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, j. 16 mar. 2010. DJ 26 abr. 2010). “Agravado de Instrumento. Penal. Apropriação indébita de objetos do mostruário de estabelecimento comercial avaliados em R\$ 94,00. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Mínimo desvalor da ação. Valor ínfimo dos bens apropriados. Irrelevância da conduta na esfera penal. Agravado desprovido [...] No caso de apropriação indébita, assim como ocorre no furto, para se considerar que a conduta do agente não resultou em perigo concreto e relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico tutelado pela norma, deve-se conjugar a inexistência de dano ao patrimônio da vítima com a periculosidade social da ação e o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento do agente, elementos que estão presentes na espécie [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravado de Instrumento n. 1.329.672-RS**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, j. 01 fev. 2011. DJ 03 fev. 2011).

²¹² STOCO, 2002, p. 693.

²¹³ “Art. 1º. Fica extinto todo e qualquer crédito do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS oriundo de contribuições sociais por ele arrecadadas ou decorrente do descumprimento de obrigações acessórias, cujo valor: I - total das inscrições em Dívida Ativa, efetuadas até 30 de novembro de 1996, relativamente a um mesmo devedor, seja igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); II - por lançamento feito até 30 de novembro de 1996, decorrente de notificação ou de auto-de-infração não inscrito em Dívida Ativa, seja igual ou inferior a R\$ 500,00 (quinhentos reais). Parágrafo único. Os valores previstos neste artigo referem-se ao montante dos créditos atualizados em 1º de dezembro de 1996, inclusive com todos os acréscimo legais incidentes.” (BRASIL. **Lei 9.441, de 14 de março de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9441.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011).

²¹⁴ “Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). § 1º. Os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados. § 2º. Serão extintas as execuções que versem exclusivamente sobre honorários devidos à Fazenda Nacional de valor igual ou inferior a cem Unidades Fiscais de Referência. § 3º. O disposto neste artigo não se aplica às execuções relativas à contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.” (BRASIL. **Medida Provisória n. 2.176-79, de 23 de agosto de 2001**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2176-79.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011).

²¹⁵ “Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). § 1º. Os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados. § 2º. Serão extintas, mediante requerimento do Procurador da

Pois bem, estabelecido por lei um valor mínimo para fundamentar o interesse do erário público em reaver o crédito tributário, na esfera cível, está declarado o patamar de significância da conduta de sonegar tributos. É assim o entendimento dos tribunais superiores, que adotam essa faixa de valor como parâmetro para a insignificância nos crimes fiscais:

O art. 1º da Lei 9.469/97 e o art. 20 da MP 1.542-28/97 prevêem o desinteresse do erário com a arrecadação de tributos em determinados limites. Se a quantia de R\$ 1.000,00 é o limite que o Estado considera como dispensável de eventual ação para realização do crédito fiscal e sendo o valor do imposto devido das mercadorias apreendidas, em barreiras alfandegárias, inferior a esse valor, é de se reconhecer a aplicabilidade do princípio da insignificância. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 224.392-MG**. Relator: Ministro Jorge Scartezini. Brasília, j. 16 mar. 2000. DJU 15 maio 2000).²¹⁶

Fazenda Nacional, as execuções que versem exclusivamente sobre honorários devidos à Fazenda Nacional de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais). § 3º. O disposto neste artigo não se aplica às execuções relativas à contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. § 4º. No caso de reunião de processos contra o mesmo devedor, na forma do art. 28 da Lei no 6.830, de 22 de setembro de 1980, para os fins de que trata o limite indicado no *caput* deste artigo, será considerada a soma dos débitos consolidados das inscrições reunidas.” (BRASIL. **Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110522.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011).

²¹⁶ No mesmo prisma: “Se a própria Lei n. 9.441/97 considera pouco significativa dívida previdenciária de valor inferior a R\$ 1.000,00, tanto que impede sua cobrança, aplicável na ação penal instaurada contra o devedor o princípio da insignificância para afastar a incidência da norma incriminadora, o art. 95, alínea *d*, da Lei 8.212/91.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação n. 01.00.008575-0-MG**. Relator: Juiz Osmar Tognolo. Minas Gerais, j. 30 jun. 1998. DJU 14 ago. 1998. Bol. IBCrim 72/303). “O ínfimo valor da mercadoria de procedência estrangeira apreendida autoriza a aplicação do princípio da insignificância, descaracterizando o crime de descaminho. Se o valor dos tributos incidentes sobre os bens apreendidos não ultrapassa o valor de R\$ 1.000,00, incensurável a decisão *a quo* que, em analogia à legislação fiscal (Lei 9.469/97, art. 1º e MP 1.542-28/97, art. 20), aplicou o princípio da insignificância no caso *sub examine*.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 233.877-PR**. Relator: Ministro José Arnaldo. Brasília, j. 16 mar. 2000. DJU 17 abr. 2000. Bol. IBCCRim 90/446). “*Habeas corpus*. Descaminho (Art. 334, *caput*, segunda figura, do Código Penal). Princípio da bagatela ou da insignificância. Aplicação, *in casu*. I – Essa Eg. Corte havia consolidado entendimento no sentido de aplicar o princípio da insignificância para possibilitar o trancamento da ação penal no crime de descaminho de bens, cujos impostos incidentes e devidos fossem iguais ou inferiores a R\$ 1.000,00, valor considerado pelos arts. 1º da Lei n.º 9.469/97 e 20 da MP 1.542-28/97 como de desinteresse do erário em execução fiscal. Precedentes. II – Nada obstante, com a entrada em vigor da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002, o legislador posicionou-se no sentido de certificar a insignificância de créditos de valor igual ou inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Precedentes. III – *In casu*, o tributo devido pelo paciente foi avaliado em R\$ 1.372,27, montante inferior ao determinado pela lei e pela jurisprudência como lesivo aos cofres públicos, fato a possibilitar a incidência do princípio da insignificância. Isso porque, a conduta imputada na peça acusatória não chegou a lesar o bem jurídico tutelado, qual seja, a Administração Pública em seu interesse fiscal. IV – Acórdão *a quo* que deve ser cassado, restabelecendo-se a decisão que não recebeu a denúncia, ante a aplicação do princípio da insignificância penal. Habeas Corpus concedido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 34.281-RS**. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, j. 08 jun. 2004. DJ 09 ago. 2004).

Nota-se a flagrante divergência dos critérios judiciais adotados, pois jamais se ouviu dizer que um magistrado tivesse declarado atípica a conduta de um furtador, por exemplo, que subtraiu a quantia de R\$ 1.000,00 de um estabelecimento comercial com fundamento no princípio da insignificância; que dirá R\$ 2.500,00 ou R\$ 10.000,00.

Em recente pesquisa realizada por Pierpaolo Cruz Bottini, com o apoio de Maria Tereza Sadek, sobre as diferenças dos parâmetros adotados para aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica, pelo Supremo Tribunal Federal (nos quais os delitos fiscais foram incluídos), constatou-se que a falta de previsão de legislação semelhante àquela antes mencionada para os crimes patrimoniais afastou a adoção do mesmo critério em tais casos.²¹⁷

No mencionado estudo, apurou-se que o valor objetivo da coisa é o principal argumento utilizado pelos ministros para consideração da insignificância, comumente associado a outros argumentos, sendo que nos casos de delitos fiscais quase sempre há referência ao valor do tributo, tendo como parâmetro o montante da Lei n. 10.522/2002. Constatou-se, ademais que, em 86% dos casos que envolveram reconhecimento da bagatela nos crimes patrimoniais, o valor do bem esteve na faixa de 0 (zero) a R\$ 200,00; já nos crimes fiscais ou relacionados à administração pública, 30% estiveram na faixa de R\$ 201,00 a R\$ 700,00, 20% na faixa de R\$ 701,00 a R\$ 2.000,00, 18% na faixa de R\$ 2.001,00 a R\$ 3.000,00, 12% na faixa de R\$ 3.001,00 a R\$ 4.000,00, e 3% na faixa de R\$ 4.001,00 a R\$ 4.400,00. Em 60% dos casos de crimes contra o patrimônio cujos bens estiveram na faixa de 0 (zero) a R\$ 100,00, a insignificância foi reconhecida, sendo que a proporção se inverte na faixa de R\$ 201,00 a R\$ 700,00 e o instituto não é reconhecido a partir deste patamar. Nos crimes contra a ordem econômica, com base na faixa de valores dos bens, em 100% dos casos em que eles estiveram na faixa de R\$ 3.001,00 a R\$ 5.000,00 houve o reconhecimento da bagatela, o que se deve principalmente à incidência do dispositivo da lei acima mencionada.²¹⁸

²¹⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; SADEK, Maria Tereza. **O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica**: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. Pesquisa (Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, jun. 2011. Pesquisa realizada com o apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP e do Ministério da Justiça, p. 3.

²¹⁸ Ibid., p. 16, 23-24.

No acórdão mencionado de lavra da relatora Fabianne Breton Baisch, afastou-se o princípio da insignificância do furto de uma furadeira, cujo valor de R\$ 250,00 é muito inferior àquele considerado bagatela nos crimes fiscais e, além disso, insignificante, diminuto e medíocre se comparado, por exemplo, à quantia desviada dos cofres públicos pelo famoso empresário Marcos Valério, que teve extinta a punibilidade, no acórdão antes referido, pelo recolhimento do tributo *a posteriori*. E não há que se olvidar que a devolução da *res* tão somente até o recebimento da denúncia permitiria (eventualmente) o reconhecimento da causa de diminuição de pena genérica do artigo 16 do Código Penal. Transcreva-se o trecho:

Princípio da Insignificância. Inaplicabilidade. Princípio da insignificância não aplicável no caso concreto. Acusado que furtou uma furadeira, do seu local de trabalho. Relevância do impacto produzido no bem jurídico tutelado. *Res* pretendida de valor econômico que não se revela insignificante (R\$ 250,00), porque correspondente a praticamente 100% do salário-mínimo da época dos fatos (R\$ 260,00). Réu que não preenche, também, as condições subjetivas exigíveis à caracterização do princípio doutrinário avocado, uma vez que, apesar da tenra idade, responde a outro processo por roubo duplamente majorado. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 70.015.163.355**. Relatora: Desembargadora Fabianne Breton Baisch. j. 23 ago. 2006. DJ 13 out. 2006).

Curioso que o critério judicial adotado para a concessão de benesses aos agentes de crimes patrimoniais (valor da *res furtiva* ou do prejuízo, situação econômica da vítima e salário mínimo) é mais rigoroso do que aquele aplicado aos sonegadores fiscais, em que pese as lesões ao erário sejam prejudiciais à coletividade inteira, constituída por pessoas pertencentes em sua maioria à classe baixa, de modo que, por menores que sejam as quantias sonegadas, decerto as lesionam. Não há como desconsiderar, outrossim, que as sonegações fiscais individuais, se somadas, resultam em quantias vultosas desviadas em detrimento da implementação de políticas públicas benéficas a todos e prejudicam a política fiscal de desenvolvimento nacional.²¹⁹

²¹⁹ Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça manteve condenação à pena de dois anos de reclusão, em regime aberto, mais multa, a réu que furtou 14 canos de ferro. O material compunha alambrado do Parque Ecológico do Riacho Fundo (DF) e foi estimado em R\$ 100,00. A defesa pedia a absolvição, em aplicação ao princípio da insignificância, mas os ministros divergiram. Para o desembargador convocado Haroldo Rodrigues, o princípio só pode ser aplicado quando presentes quatro requisitos: mínima ofensividade, nenhuma periculosidade social, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva. No caso, porém, não se verificaram o reduzido grau de reprovabilidade da conduta ou sua mínima ofensividade, nem a inexpressividade da lesão. “Não obstante o valor atribuído à coisa subtraída, o *modus operandi* da conduta e o dano causado à coletividade e ao poder público evidenciam a inequívoca necessidade de repressão penal”, afirmou. Conforme a denúncia, às 13h do dia 9 de janeiro de 2004 o réu e

E, não obstante um sonegador possa causar danos imensos ao erário, lesionando uma quantidade enorme de vítimas que deixam de ter melhores condições de moradia, saúde, educação, lazer, transporte, etc., se e quando decidir efetuar o pagamento do tributo estará liberto das garras da justiça penal. “Ladrões de galinha”, entretanto, padecem no banco dos réus em virtude da subtração de coisas de valor insignificante — se comparados —, permitindo-se apenas o abrandamento da pena no caso da reparação do dano antes da denúncia (ou quando o agente é primário e é de pequeno valor a *res*).

Delitos da espécie *white-collar crime* causam, segundo Aniyar de Castro, grandes danos sociais e econômicos, os quais podem ultrapassar em muito os danos ocasionados pelos delitos convencionais, como furtos. Tais crimes podem incidir não só sobre a marcha global da economia e sobre a saúde coletiva, como alteram a qualidade de vida, obrigam a frequentes gastos com reparação, trazem a ruína de pequenas empresas, aumentam o custo de vida e implicam em um alto custo moral, tomando-se em conta que seus autores geralmente são os líderes da comunidade e, neste tocante, são espelho e exemplo do povo, grandes defensores de um bom equipamento social para a prevenção da delinquência em geral e, neste sentido, traem a confiança da população.²²⁰

Percebe-se que, embora o resultado lesivo dos crimes fiscais seja muito mais abrangente confrontado ao dos delitos patrimoniais e ocasione impacto em áreas sociais de grande relevância, a justiça penal continua implacável apenas quanto às condutas lesivas ao patrimônio individual.

outros dois indivíduos não identificados serraram as barras de suporte do alambrado, de 1,8 metro de comprimento e uma polegada de diâmetro, e fugiram do local carregando o material em carrinho de mão. O fato foi presenciado por duas testemunhas e o administrador do parque acionou a polícia. Depois de vasculhar alguns ferros-velhos, localizaram os objetos em empresa situada em Taguatinga. O réu teria acabado de vendê-los. Perseguido, o réu foi preso em flagrante na posse do carrinho, ferramentas e recibo de venda dos bens à empresa. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 21523-DF**. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues. Brasília, j. 22 ago. 2011. DJ 26 out. 2011). No mesmo sentido: “Decisão condenação penal. Furto. Crime de bagatela. Antecedentes. Suspensão do pronunciamento judicial. *Habeas corpus*. Considerações. Liminar indeferida. [...] Realmente, o prejuízo advindo do furto foi de pequena monta — caixas de goma de mascar avaliadas em R\$ 98,80 —, mas, além de não se tratar do denominado furto famélico, nota-se que a paciente já havia incursionado em tal campo, surgindo condenação penal. Em síntese, voltou a claudicar na arte de proceder em sociedade, não cabendo, ao menos nesta fase preliminar, acionar o instituto da bagatela e suspender a eficácia do título executivo judicial condenatório [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 98.944-6-MG**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, j. 08 maio 2009).

²²⁰ ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da reação social**. Tradução Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983b, p. 48, 83.

Tamanha é a gravidade do furto qualificado que diversos julgados já impediram a aplicação do privilégio a essa figura! Este era o entendimento inicial do Supremo Tribunal Federal.²²¹

Lenio Luiz Streck selecionou dois acórdãos para demonstrar a clientela do sistema penal brasileiro: ao passo que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entende que furto de objetos valorados em R\$ 37,00 não é insignificante, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região pacificou entendimento de que é bagatela, para fins criminais, a sonegação de R\$ 2.500,00 nos crimes de descaminho:

Furto. Princípio da insignificância. Inexistente. Rompimento de obstáculo. Exame que não exige as condições da lei processual. Ausência de prova da participação do apelado. Absolvição. Pena. Furto qualificado. Inexistência de isonomia com o roubo. Multa. Aplicação obrigatória. Tentativa. Dosimetria. Furto qualificado e privilégio. Possibilidade. I - A avaliação dos bens furtados importou em valor similar a um terço do salário mínimo da época, afastando, desta forma, o reconhecimento de fato de bagatela ou insignificante. Ele não atinge o patamar exigido pelo Quarto Grupo Criminal desta Corte, exemplos: “Para configurar-se o crime bagatela, o valor da *res* deve ser desprezível, ínfimo, inexpressivo, e este é aquele que se situa em patamar inferior a dez por cento do salário mínimo, ou, quando muito, alcança esse percentual, índice que foi superado”; “Princípio da insignificância não aplicável no caso concreto [...] *Res furtiva* de valor significativo, R\$ 37,00, correspondente a pouco mais de 20% do salário mínimo da época dos fatos”, etc. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 70.024.760.969**. Relator: Desembargador Sylvio Baptista Neto. Rio Grande do Sul, j. 17 jul. 2008. DJ 30 jul. 2008).

Penal. Processo Penal. Descaminho. Denúncia rejeitada após recebimento. Impossibilidade. Princípio da insignificância. Elemento objetivo atendido. Antecedente na conduta. Aplicabilidade [...] 2. Para o reconhecimento do crime de bagatela, deve se considerar tão-somente o valor da afetação ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, apresentando-se irrelevantes circunstâncias de caráter eminentemente

²²¹ Neste sentido: “Furto privilegiado e furto qualificado. É firme a jurisprudência do STF no sentido de que não é cabível dar-se o privilégio do § 2º do art. 155 do CP em sendo o crime qualificado. Se é certo, assim, que o furto foi considerado como qualificado, não é possível, mesmo sendo o bem subtraído de pequeno valor, que se faça a aplicação da regra do aludido dispositivo da lei penal.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 114.179-4-SP**. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Brasília, j. 29 set. 1987. DJU 06 nov. 1987. RT 627/375). No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 90.461-SP**. Relator: Ministro Djaci Falcão. Brasília, j. 08 nov. 1979. DJ 07 dez. 1979. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 96.555**. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, DJ 10 dez. 1982. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 105.069-SP**. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, j. 06 abr. 1987. DJ 22 maio 1987. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 401.133-MG**. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, j. 11 mar. 2003. DJ 07 abr. 2003. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 443.550-RS**. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, j. 22 abr. 2003. DJ 02 jun. 2003. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 693.158-RS**. Relator: Ministro Felix Fischer, j. 07 abr. 2005. DJ 06 jun. 2005.

subjetivo, especialmente aquelas relacionadas à vida pregressa e ao comportamento social do agente. Precedentes do STF, STJ e 4ª Seção do TRF4R. 3. De acordo com a orientação adotada pela 4ª Seção desta Corte, aplica-se o princípio da insignificância quando o valor do tributo iludido não exceder a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Recurso em Sentido Estrito n. 2005.71.18.003480-9**. Relatora: Juíza Cláudia Cristina Cristofani. Rio Grande do Sul, j. 09 jan. 2008. DE 17 jan. 2008).²²²

Notáveis, além disso, são os diversos julgados que acolhem a tese de estado de necessidade ou de inexigibilidade de conduta diversa nos casos em que a pessoa jurídica se encontra em situação financeira decadente e deixa de repassar aos cofres públicos contribuição previdenciária no prazo legal.²²³

Embora seja cediço que os agentes de delitos patrimoniais pertençam, em sua maioria esmagadora, à classe social mais baixa e vivam constantemente em situação financeira precária, esta não é levada em consideração no momento da prolação de uma sentença condenatória; e mesmo em casos de furto famélico, age-se com extremo rigor, exigindo-se prova cabal de que o intento da subtração seja saciar a fome, além de outros requisitos, como a inevitabilidade do comportamento lesivo, a subtração de coisa capaz de contornar diretamente a emergência e a insuficiência dos recursos adquiridos ou a impossibilidade de trabalhar.²²⁴

²²² STRECK, 2008, p. 80-81.

²²³ “Penal. Apelação. Contribuição previdenciária. Lei n. 8.212/91, art. 95, letra “d”. Não-recolhimento. Estado de necessidade. 1. Comete o crime de apropriação indébita o administrador de empresa que deixa de recolher aos cofres do INSS as contribuições previdenciárias descontadas de seus empregados. 2. Tem, porém, a jurisprudência desta Corte reiteradamente decidido que, estando comprovadas as dificuldades financeiras da empresa que levaram o agente a omitir o pagamento dos tributos, resta configurado o estado de necessidade por exclusão do dolo da conduta. 3. Recurso provido.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação n. 1998.01.00.083147-0-MG**. Relator: Juiz Mário César Ribeiro. Minas Gerais, j. 29 jun. 1999. DJU 11 fev. 2000). “Admite-se a absolvição, pela aplicação do princípio da inexigibilidade de conduta diversa, ao agente que deixa de repassar à autarquia previdenciária as contribuições descontadas dos salários de seus empregados, quando verificada através dos dados coligidos na instrução probatória a penúria do microempresário, face à grave crise financeira, causada por atos e fatos alheios à sua vontade, compelindo-o a abster-se do compromisso fiscal a fim de poder honrar os seus encargos para com os funcionários.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação n. 96.03.048240-4-SP**. Relator: Juiz Sinval Antunes. São Paulo, 03 jun. 1997. DJU 14 jun. 1997. RT n. 744, p. 696-699, out. 1997). “A falta de recolhimento de contribuições previdenciárias só constitui crime quando resulta da vontade do agente. Assim, demonstradas as invencíveis dificuldades financeiras da empresa-contribuinte diante da existência de farta prova documental, comprobatória da absoluta ausência de capital de giro, além de sentença declaratória de falência, aplica-se a justificadora da inexigibilidade de conduta diversa.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação n. 97.04.44809-0**. Relator: Juiz Gilson Dipp. j. 23 jun. 1998. RT n. 758, p. 691). No mesmo entendimento: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação n. 2000.04.01.099844-5**. Relatora: Juíza Tania Terezinha Cardoso Escobar. j. 22 mar. 2001. DJU 06 jun. 2001.

²²⁴ GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Desempregado e furto famélico**. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2173226/desempregado-e-furto-famelico>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

Vê-se, mais uma vez, o abismo existente entre o controle social formal dos crimes contra o patrimônio e dos crimes de sonegação fiscal.

2.3 Encerramento da instância administrativa como antecedente necessário à instauração do processo criminal

Sempre prevaleceu, no Direito Pátrio, a independência das esferas penal, cível e administrativa. O artigo 935 do Código Civil reafirma esse princípio (“a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”).

A despeito disso, permanece a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da independência das esferas administrativa e penal no que condiz aos delitos de sonegação fiscal. Enquanto para alguns há uma indiscutível independência, para outros é necessário o esgotamento da discussão no âmbito administrativo para fins de definição da existência e do valor do tributo antes de ter início a ação penal.

Neste sentido, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 139.995-DF, em voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, posicionou-se em relação ao furto de dois aparelhos de som de duas residências, sendo que em uma houve força contra o portão de entrada e, na outra, arrombamento do telhado: “[...] Lado outro, a hipótese não está a revelar estado de necessidade, também chamado de ‘furto famélico’, porquanto, além de não demonstrada a necessidade inadiável de alimentar a si ou à sua prole, a *res subtracta* não era de alimentos, não servindo, ainda, a alegação de dificuldades financeiras que assolam o país. Igualmente, tenho que inadmissível a aplicação do privilégio, em razão do pequeno valor dos objetos subtraídos, porquanto incompatível com a prática do crime de furto qualificado [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 139.995-DF**. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, j. 30 jun. 2009, DO 01 jul. 2009). No mesmo vértice seguem os julgados: “Em tema de furto, não é simples a apuração das condições que perfazem o estado de necessidade. Verificando-se que a *res furtiva* não se presta à satisfação imediata do direito à subsistência necessidade básica do indivíduo, não está excluída a antijuridicidade do fatos, e responde o agente pelo ilícito praticado. Todavia, mesmo na hipótese de razoabilidade da exigência de conduta diversa, tendo-se em vista as especiais circunstâncias do fato, a condição do agente, a natureza da *res* e o destino que a ela se deu, pode o magistrado aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 24, § 2º, do CP.” (SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 549.483-7**. Relator: Juiz Régio Barbosa. São Paulo, j. 24 ago. 1989. RT n. 649, p. 290-292, nov. 1989). “Furto. Estado de necessidade. Ministério Público. Ausência de recurso. Aplicação da pena. Capitulção mais benéfica. Simples circunstância de estar o réu desempregado não configura descriminante de estado de necessidade, mormente quanto os objetos furtados não são próprios para sua alimentação. Mantém-se capitulação mais benéfica ao réu quando não há recurso ministerial.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 12.328**. Relator: Juiz Gudesteu Biber. Minas Gerais, j. 4 mar. 1985. RTJE n. 36, p. 335-337, jan., fev. 1986). “Furto famélico é a subtração praticada pelo agente, a fim de satisfazer necessidade extrema. Mesmo estando o réu desempregado e não havendo provas de que ele estivesse em extrema necessidade, não se pode falar em furto famélico.” (SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 318.499-7**. Relator: Juiz Brenno Marcondes. São Paulo, j. 23 maio 1984. JUTACRIM n. 80, p. 398-399).

O debate acirrou-se com a edição da Lei n. 9.430/96, que previu em seu artigo 83: “A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27.12.19, será encaminhada ao Ministério Público após proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente”.²²⁵

Surgiram entendimentos no sentido de que referido dispositivo estabeleceu uma condição objetiva de punibilidade ou condição de procedibilidade (justa causa para a ação penal), enquanto outros rechaçavam por completo essas teses, afirmando que a norma não alterou a natureza pública incondicionada da ação penal,²²⁶ matéria inclusive objeto da Súmula n. 609 do Supremo Tribunal Federal.²²⁷

O plenário do Supremo Tribunal Federal, manifestando-se na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.571-UF,²²⁸ a qual questionava a constitucionalidade do dispositivo acima mencionado, proclamou que a norma não define condição de procedibilidade para instauração de ação penal pública pelo Ministério Público, mas se dirige a atos da administração fazendária e prevê o momento em que as autoridades competentes devem encaminhar ao *Parquet* os expedientes contendo *notitia criminis* de delitos contra a ordem tributária.

Entretanto, em 10 de dezembro de 2003, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 81.611-DF, o Excelso Tribunal firmou entendimento de que, sem decisão definitiva no

²²⁵ BRASIL. **Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011. Após o dispositivo ter a redação alterada pela Medida Provisória n. 497/2010, houve conversão da referida medida na Lei n. 12.350/2010, que dispôs em seu artigo 43: “A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente”. (BRASIL. **Lei n. 12.350, de 20 de dezembro de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12350.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011).

²²⁶ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Prévio exaurimento da via administrativa e crimes tributários. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André; SANT’ANNA, Carlos Soares (coord.). **Direito Penal Tributário**. São Paulo: MP, 2005, p. 261-298, p. 264-265.

²²⁷ A Súmula n. 609 do STF dispõe: “é pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal”.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1571-UF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, j. 09 dez. 2003. DJ 30 abr. 2004.

processo administrativo, falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no artigo 1º da Lei n. 8.137/90, que cuida de crime material ou de resultado.²²⁹

São inúmeras as razões jurídicas que procuram justificar o condicionamento da instauração do processo criminal ao término do procedimento fiscal. Uma delas baseia-se no fato de que se a norma penal tributária utiliza conceitos normativos oriundos do Direito Tributário para definição do que seja tributo e, sendo de competência absoluta da autoridade administrativa a constituição do crédito tributário pelo lançamento, conforme o artigo 142 do Código Tributário Nacional,²³⁰ somente referida autoridade pode dizer se há tributo devido ou não para se permitir a persecução penal. Portanto, apenas findo o processo administrativo fiscal tem-se constituído ou não o crédito tributário, tem-se existente ou não o tributo devido. Ainda, afirma-se que, por se tratar de crime material (artigo 1º da Lei n. 8.137/90), há necessidade de configurar-se a supressão ou omissão do tributo para a incidência no tipo, ou seja, deve haver o efetivo dano fiscal, sem o qual não há crime. A falta de demonstração do dano efetivo, já na denúncia, inviabiliza a análise acerca da existência de indícios de materialidade, que é condição para o recebimento da peça acusatória. Observa-se que a apuração do débito tributário é ato privativo da autoridade administrativa fiscal, é ato do Poder Executivo, não podendo ser substituído pelo Judiciário, sob pena de violação da separação dos poderes. O Judiciário, neste tocante, limita-se ao controle da legalidade e jamais pode constituir o crédito tributário ou reconhecer o débito fiscal. Argumenta-se, ademais, que permitir o oferecimento da denúncia antes de discutido o débito junto ao Fisco (sua existência ou montante) seria impedir o contribuinte de exercer o seu direito de contestá-lo na esfera administrativa, com todas as garantias constitucionais que lhe são oferecidas e, ainda, de efetuar o pagamento para impedir a ação penal.²³¹

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 81.611-DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, j. 10 dez. 2003.

²³⁰ “Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.” (BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 01 dez. 2011).

²³¹ Julgado no sentido de que a instauração da ação penal antes de constituído definitivamente o crédito tributário configura constrangimento ilegal por ausência de justa causa para seu prosseguimento: SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. *Habeas Corpus* n. 283.226-4. Relator: Desembargador Ricardo Lewandowski. São Paulo, j. 23 nov. 1995. RT n. 728, p. 551. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Habeas Corpus* n. 96.03.058815-6. Relatora: Desembargadora Sylvania Steiner, j. 01 abr. 1997.

As alegações sobre a interdependência das instâncias são plausíveis; todavia, argumentos contrários não faltam. O principal é a independência funcional do Ministério Público para promover privativamente a ação penal pública — caso dos crimes fiscais — e requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial, funções estas previstas na Constituição (artigo 129). Exigir que o procedimento administrativo fiscal se encerre antes da propositura da ação penal significa deixar nas mãos da autoridade fiscal a decisão sobre como, quando e quais condutas serão perseguidas no âmbito penal; é deixar exclusivamente à fiscalização administrativa a incumbência de apurar a ocorrência de crimes de sonegação fiscal; é tornar letra morta o artigo 15²³² e o artigo 16²³³ da Lei n. 8.137/90. Assegura-se que a fiscalização administrativa, além de falha, possui setores corruptos, o que redundará na não punição do sonegador, uma vez que a decisão do órgão administrativo corrompido afasta a incidência do tributo — elemento indispensável para a tipificação.²³⁴

Além disso, alega-se que para a instauração de qualquer processo-crime dispensa-se a comprovação cabal da ocorrência da infração penal. O juízo que recebe a denúncia apenas afere indícios de materialidade e autoria suficientes para a configuração do crime em tese, os quais podem existir independentemente de qualquer procedimento administrativo fiscal, como, por exemplo, por meio de documentos, como o livro caixa de uma empresa ou um auto de infração. Somente para efeitos de condenação deve haver comprovação integral da materialidade delitiva — o que é feito no curso do processo penal, na fase probatória, e não quando do seu ajuizamento.

A assertiva de que a propositura da ação penal antes do término do procedimento fiscal impede saber a exatidão do montante devido, bem como pega o contribuinte de surpresa e, por conseguinte, impede o pagamento do tributo para efeitos de extinção da punibilidade, é debatida com base na exigência de uma denúncia detalhada sobre os fatos

²³² “Art. 15. Os crimes previstos nesta lei são de ação penal pública, aplicando-se-lhes o disposto no art. 100 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.”

²³³ “Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.”

²³⁴ ANTONELI, 2008, p. 74. Julgados que dispensam decisão administrativa anterior para a caracterização do crime contra a ordem tributária: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Habeas Corpus* n. 94.01.08075-5. Relator: Juiz Eustáquio Silveira. Pará, j. 02 maio 1994. IOB 15/94. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 6.388-RS. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, j. 18 jun. 1998. RT n. 758, p. 437.

imputados, na qual deve estar descrita a quantia sonegada, possibilitando, assim, o exercício da ampla defesa e do contraditório. Ainda, nota-se a existência de determinações judiciais para intimar previamente o contribuinte, antes do recebimento da denúncia, a fim de lhe dar oportunidade para recolher o tributo e livrar-se do processo,²³⁵ sem se esquecer de que a jurisprudência é dominante no sentido de que o pagamento a qualquer tempo permite o reconhecimento de tal benefício.

No mais, menciona-se que aguardar o esgotamento da via administrativa, lenta e demorada, conduz inevitavelmente à prescrição e, logo, à impunidade dos crimes fiscais.²³⁶

De todo o modo, o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula vinculante n. 24, em 2 de dezembro de 2009, com a seguinte redação: “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

Pois bem, enquanto se vê toda uma preocupação do legislador, na elaboração da lei, e da jurisprudência, na interpretação desta, para justificar seja exaurido o procedimento administrativo fiscal antes do mero ajuizamento da ação penal pelo cometimento de crime contra a ordem tributária, o mesmo não acontece com os crimes patrimoniais. Apesar da pouca gravidade do delito, cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, mesmo que a vítima seja inteiramente ressarcida do dano, seja ínfimo o valor da *res furtiva*, do bem apropriado ou do prejuízo da vítima, ou por qualquer outro motivo não haja nenhum interesse por parte do ofendido em ver o agente processado criminalmente, uma vez chegada a *notitia criminis* aos ouvidos dos membros do *Parquet*, é o quanto basta para a instauração do processo-crime.²³⁷

²³⁵ STOCO, 2002, p. 677. Neste sentido: “Processo Penal. Delito de omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias. Correição parcial. Intimação da acusada para o pagamento do débito. Cabimento. A decisão judicial que oportuniza prazo para pagamento do débito originário da denúncia antes de recebê-la, embora não prevista em lei é compatível com o processo penal, por analogia com o art. 514 do CPP.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Correição Parcial n. 97.04.5151513-4-RS**. Relator: Juiz Gilson Dipp. Rio Grande do Sul, j. 12 nov. 1997).

²³⁶ GOMES; BIANCHINI, 2005, p. 289.

²³⁷ Neste sentido: “Em se tratando de furto, o pagamento da *res* não tem o condão de descaracterizar o ato delituoso quando o réu age com o *animus furandi*, demonstrando vontade livre e consciente de subtrair, podendo somente refletir na dosagem da pena.” (SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 905.197-1**. Relator: Juiz Oldemar Azevedo. São Paulo, j. 21 mar. 1995. RJD n. 26, p. 110-112, abr., maio, jun. 1995). “O acordo entre as partes e a restituição da coisa não eliminam a figura da apropriação indébita, embora possam ter reflexos no abrandamento da pena.” (SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Habeas Corpus n. 147.596-4**. Relator: Juiz Emeric Levai. São Paulo, j. 27 dez. 1985. JUTACRIM n. 91, p.

Interessante o texto publicado por Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, intitulado “O furto das jóias da coroa ou impunidade x irrelevância”. Na referida narrativa, o autor conta que, dentre denúncias na imprensa de gastos excessivos por parte da Coroa, na década de 1870, teve forte repercussão o desaparecimento de joias da imperatriz, do interior do Paço de São Cristóvão, cujos agentes foram soltos sem serem punidos após as vítimas reaverem os bens. O “Jornal do Commercio” dizia: “A restituição da propriedade pode satisfazer o espoliado, mas não as exigências da moral da sociedade.” O fato ganhou relevo e foi publicado em outros jornais, alcançando nível internacional em decorrência da impunidade daquele furto — fato tão sério e grave! Para justificá-la (a impunidade), D. Pedro II, acolhido de um sentimento de simpatia e cortesia, interpretou a lei penal no sentido de que o furto foi consentindo e, mais ainda, houve assentimento quanto à devolução da *res*, de modo que deixou de haver crime, esmaeceu-se o fato típico. O texto sugere, em seguida, reflexão sobre possível reforma do Código Penal para não apenas reduzir as penas do crime de furto, mas para se exigir a representação do ofendido para a propositura da ação penal, como medida de um Direito Penal democrático. Também chama atenção para o fato de que não se pode olvidar que no âmago do Direito Penal reside a necessidade do reestabelecimento da pacificação do conflito social gerado pela infração (e que muitas vezes é o que mais interessa aos diretamente envolvidos). Merece transcrição o seguinte parágrafo que encerra a narrativa:

Eu, vítima, cidadão e membro do gênero humano, não quero que você,
arguido, cidadão e membro do gênero humano, perca a sua liberdade pelo

400). “O crime de apropriação indébita consuma-se no momento em que o agente inverte o título da posse, passando a dispor da coisa como proprietário. A composição entre o agente e a vítima, prometendo aquele a restituição, pressupõe o crime. Há, pois, justa causa para a ação penal.” (SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Habeas Corpus n. 124.134**. Relator: Juiz Adalberto Spagnuolo. São Paulo, j. 18 ago. 1983. JUTACRIM n. 77, p. 112, jan., fev., mar. 1984). “Crime de apropriação indébita. Responsabilidade penal. Composição do dano (efeitos). A reparação do dano não elimina a figura penal da apropriação indébita. Recurso de *habeas corpus* improvido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas Corpus n. 59033-SP**. Relator: Ministro Rafael Mayer. Brasília, j. 17 nov. 1981. DJ 11 dez. 1981). “Desvio de grande quantidade de soja depositada em armazéns a pretexto de cobrir dificuldades financeiras da firma armazenadora. Acordo firmado com a Cia. de Financiamento da Produção posteriormente à denúncia dos sócios e empregados envolvidos no desvio do produto armazenado. Prisão preventiva dos pacientes decretada antes do oferecimento da denúncia. Evasão dos sócios da firma armazenadora. Baseando-se a denúncia no pressuposto de que a firma armazenadora foi organizada fraudulentamente, visando ao desvio de soja recebida para armazenamento, e tratando-se de crime de ação pública, a transação ou acordo entre a firma e a instituição lesada não desloca a responsabilidade da área penal para o campo civil. Recurso de *habeas corpus* provido em parte para que se livrem soltos os pacientes, meros empregados da firma, mantido o acórdão recorrido em relação aos demais pacientes.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas Corpus n. 66.833-0-MT**. Relator: Ministro Carlos Madeira. Brasília, j. 04 out. 1988. DJU 04 nov. 1988. RT n. 637, p. 348, nov. 1988).

furto de que fui alvo; posso querer a restituição do bem material, que é meu; mas não posso querer sua liberdade, ainda que mal empregada tenha sido; não posso querê-la porque conheço a história do *mercador de Veneza*; porque a sua liberdade não se compara com o bem material que é ou foi meu; porque uma parte da sua liberdade também me pertence e a todos os outros, como reserva moral de uma idéia de dignidade que como cidadão e membro do gênero humano preciso respeitar, se não por você, ou mesmo por mim, pelo futuro e pela civilização.²³⁸

2.4 Estatísticas carcerárias

Além das distinções de tratamento acima estudadas, relevante registrar a dissonância constante das estatísticas da população carcerária em relação aos delitos confrontados neste trabalho.

Conforme antes relatado, o DEPEN, em estudo do sistema penitenciário nacional realizado por meio de informações fornecidas pelo InfoPen, diagnosticou que o furto figurou entre os três delitos mais praticados pela população carcerária em 2008 e 2009. Isto significa que, em meio a uma população carcerária masculina de 422.565 presos em 2008, 60.003 (17%) estavam detidos em decorrência do cometimento de furto; dentre 442.225 em 2009, 62.852 (16%) encontravam-se presos por furto. Dentre uma população carcerária feminina de 28.654 presas em 2008, 2.047 (11%) cometeram furto; de 31.401 presas em 2009, 1.953 (9%) praticaram esse delito.²³⁹ Os relatórios estatísticos do Infopen relativos ao ano de 2010 demonstraram que, dentre uma população carcerária de 428.713 detentos, sendo 406.087 do sexo masculino e 22.626 do sexo feminino, o furto figurou em terceiro lugar como o delito mais cometido.²⁴⁰ Até meados de 2011, o furto permaneceu como o terceiro crime mais praticado nos registros oficiais: dentre 448.827 detentos do sexo masculino e 25.263 do sexo feminino, 66.456 homens e 2.190 mulheres cometeram tal infração.²⁴¹

Nos dados do DEPEN também se constatou que o delito de estelionato foi praticado por 4.381 (1%) presos do sexo masculino em 2008, e por 5.340 (1%) em 2009; e por 226

²³⁸ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. O furto das jóias da coroa ou impunidade x irrelevância. **Boletim IBCCrim**, ano 6, n. 76, p. 10-11, mar. 1999, p. 10-11.

²³⁹ BRASIL. Ministério da Justiça, 2008, p. 32, 41-42.

²⁴⁰ BRASIL. Ministério da Justiça, 2010, p. 3-4.

²⁴¹ BRASIL. Ministério da Justiça, 2011, p. 3-4.

(1%) presas do sexo feminino em 2008, e por 333 (2%) em 2009.²⁴² Em 2010, 5.016 homens e 299 mulheres estavam presos por citada prática;²⁴³ em junho de 2011, 5.287 homens e 395 mulheres.²⁴⁴ A prática de apropriação indébita, a seu turno, apenas foi discriminada nos registros de 2010 e 2011, não alcançando 1% da população carcerária, nos dois anos.

Em contrapartida, não há qualquer registro de detentos cumprindo pena pela prática de crimes contra a ordem tributária — enquadrados na categoria de “outros” e que perfazem as cifras de 5% da população carcerária masculina, tanto em 2008 como em 2009, e de 5% e 6% dentre as detentas do sexo feminino, em 2008 e em 2009, respectivamente.²⁴⁵ Da mesma forma, nas estatísticas de 2010²⁴⁶ e 2011²⁴⁷, o grupo denominado “Legislação Específica” não contém classificação para os crimes fiscais.²⁴⁸

A ausência de estatísticas quanto à criminalidade econômico-tributária revela a pouca importância conferida pelo Estado a esse tipo de delito. Poder-se-ia até mesmo deduzir a pouca prática do crime no país — o que se sabe não ser verdade.²⁴⁹

Há outra constatação importante: na classificação do DEPEN de 2008 e 2009, que inclui dez tipos de delitos (homicídio, crimes ligados a entorpecentes, furto, latrocínio, estelionato, crimes contra os costumes, crimes relacionados ao Estatuto do Desarmamento, roubo, receptação e outros), cinco referem-se a delitos patrimoniais e correspondem, no total, a 53% dos delitos cometidos pela população carcerária masculina, em 2008, e a 52% em 2009; em relação às detentas femininas, correspondem a 26%, em 2008, e a 25% em 2009.²⁵⁰ Os registros de 2010²⁵¹ e 2011,²⁵² por sua vez, demonstraram que no grupo denominado “crimes contra o patrimônio” estão incluídos os tipos de furto, roubo, extorsão, apropriação indébita, estelionato e receptação, configurando cerca de 52% e 50%

²⁴² BRASIL. Ministério da Justiça, 2008, p. 32, 41-42.

²⁴³ BRASIL. Ministério da Justiça, 2010, p. 3-4.

²⁴⁴ BRASIL. Ministério da Justiça, 2011, p. 3-4.

²⁴⁵ BRASIL. Ministério da Justiça, 2008, p. 32, 41-42.

²⁴⁶ BRASIL. Ministério da Justiça, 2010, p. 3-4.

²⁴⁷ BRASIL. Ministério da Justiça, 2011, p. 3-4.

²⁴⁸ Curiosamente, consta um item específico “apropriação indébita previdenciária” dentro do grupo “crimes contra o patrimônio”, que não alcançam 0,04% dos delitos totais praticados.

²⁴⁹ Lembra-se das cifras negras da criminalidade.

²⁵⁰ BRASIL. Ministério da Justiça, 2008, p. 32, 41-42.

²⁵¹ BRASIL. Ministério da Justiça, 2010, p. 3-4.

²⁵² BRASIL. Ministério da Justiça, 2011, p. 3-4.

dos crimes cometidos pelos detentos do sexo masculino e 22% e 24% pelas detentas femininas, respectivamente.

Por outro lado, proeminente a informação dada pelo referido censo quanto ao nível de escolaridade da população prisional: do total de 451.219 custodiados em 2008, 28.432 são analfabetos, 47.004 são alfabetizados, a maioria de 172.926 têm o ensino fundamental incompleto, 49.262 completaram o ensino fundamental, 41.701 alcançaram o nível médio incompleto e 28.972, o completo, 1.705 possuem grau superior completo e 68 possuem escolaridade acima desse grau. Dos 473.626 presos em 2009, 26.091 são analfabetos, 49.521 são alfabetizados, a maioria de 178.540 têm o ensino fundamental incompleto, 67.381 completaram o ensino fundamental, 44.104 alcançaram o nível médio incompleto e 31.017, o completo, 1.715 possuem grau superior completo e 60 possuem escolaridade acima desse grau.²⁵³

Em proporções, significa que a grande multidão de detentos do ano de 2008, ou seja, 81%, possuía escolaridade até o nível médio, sendo que, destes, 67% nem sequer completaram o ensino fundamental. Em compensação, 0,39% dos custodiados possuía escolaridade superior completa ou acima disto. Em 2009, 83% dos presos contavam com escolaridade até o nível médio, dentre os quais 64% não finalizaram o ensino fundamental, contra 0,37% com grau superior completo ou acima.

Em 2010, a pesquisa apontou que 5,6% do total de detentos são analfabetos, 12,5% são alfabetizados, 45% têm o ensino fundamental incompleto, 11,8%, o completo, 10% não concluíram o ensino médio, 7% concluíram-no, 0,7% possui ensino superior incompleto, 0,4% completou-o e 0,01% possui ensino acima do superior completo.²⁵⁴ No mês de junho de 2011, apurou-se que, dentre os reclusos, 5,6% são analfabetos, 13% são alfabetizados, 45% possuem o ensino fundamental incompleto, 12,5% o completo, 11% têm o ensino médio sem conclusão, 7,4% concluíram-no, 0,8% não completou o ensino superior, 0,3% completou-o e 0,1% possui ensino acima do completo.²⁵⁵

²⁵³ BRASIL. Ministério da Justiça, 2008, p. 44.

²⁵⁴ BRASIL. Ministério da Justiça, 2010, p. 1-2.

²⁵⁵ BRASIL. Ministério da Justiça, 2011, p. 1-2.

Os números demonstram que a grande parte dos presos pertence às camadas sociais menos abastadas, sendo de conhecimento de todos que a pobreza está relacionada com o grau de escolaridade; e não se olvide que o perfil dos autores de crimes contra o patrimônio emoldura-se neste quadro. Os sonegadores, geralmente advindos de classes sociais privilegiadas (média ou alta), certamente detêm escolaridade superior ou acima e podem ser incluídos nos percentuais que não alcançam 1% da população carcerária.

Pertinente citar, ainda, que são os jovens que populam as prisões. Em 2008, 31% dos detentos ocupavam a faixa etária de 18 a 24 anos, 26% a faixa de 25 a 29 anos, 17% a de 30 a 34 anos, 15% a de 35 a 45 anos, 6% a de 46 a 60 anos, e 1% a faixa acima de 60 anos. Em 2009, 32% dos presos tinham entre 18 a 24 anos, 27% entre 25 e 29 anos, 18% entre 30 e 34 anos, 15% entre 35 e 45 anos, 6% entre 46 e 60 anos, e 1% tinha acima de 60 anos.²⁵⁶ Já em 2010, consta que 28% dos presos estavam na faixa etária entre 18 a 24 anos, 24% tinham entre 25 e 29 anos, 17% estavam entre 30 e 34 anos, 15% entre 35 e 45 anos, 6% entre 46 e 60 anos, e 0,9% possuía mais de 60 anos de idade.²⁵⁷ No ano seguinte, 28% dos presos tinham a idade entre 18 a 24 anos, 25% estavam na faixa entre 25 a 29 anos, 17% entre 30 a 34 anos, 16% entre 35 a 45 anos, 5% entre 46 a 60 anos, e 0,9% possuía mais de 60 anos.²⁵⁸

Vislumbra-se, portanto, ser destoante o quadro estatístico dos presos em relação aos crimes cotejados no trabalho, configurando-se mais uma “anomalia jurídica”, dentre as diversas outras apresentadas.

Nota-se uma enorme incongruência no sistema penal, reflexo de uma escancarada preferência das instâncias de controle social em penalizar os autores de delitos patrimoniais e em imunizar os agentes de crimes de sonegação fiscal. Não só há um tratamento mais rigoroso nos crimes patrimoniais, como também nestes, por se cuidar da criminalidade dos pobres, redobra-se a severidade da lei e de seus aplicadores.²⁵⁹

²⁵⁶ BRASIL. Ministério da Justiça, 2008, p. 43.

²⁵⁷ BRASIL. Ministério da Justiça, 2010, p. 4.

²⁵⁸ BRASIL. Ministério da Justiça, 2011, p. 4.

²⁵⁹ TORON, Alberto Zacharias. Crimes de colarinho branco: os novos perseguidos? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 7, n. 28, p. 74-84, out./dez. 1999, p. 81.

Uma resposta para a diferenciação da aplicação da justiça penal em relação aos agentes de delitos patrimoniais e de crimes de sonegação fiscal é o que se busca na segunda parte deste trabalho — o que será feito sob a ótica da teoria crítica da Criminologia.

Ressalva-se que não se pretende discutir a eficácia ou ineficácia, certeza ou equívoco quanto ao rumo tomado pelo Direito Penal da atualidade em relação aos crimes contra a ordem tributária, mas tão somente os motivos pelos quais o tratamento benéfico despendido aos seus agentes em favor dos autores de delitos patrimoniais ainda não teve a atenção merecida por parte das diversas instâncias de controle social formal.

**PARTE II - ABORDAGEM CRIMINOLÓGICA À LUZ DA TEORIA
CRÍTICA**

1 BREVES CONSIDERAÇÕES

Realizadas as ponderações jurídico-dogmáticas dos crimes contra o patrimônio e dos crimes de sonegação fiscal e sopesadas as diferenças em seu trato pelas agências oficiais, delimitou-se o objeto do estudo criminológico.

Nesta parte, serão analisadas as bases teóricas da escola crítica, que pretende explicar os motivos que levam ao tratamento diferenciado dos delitos comparados neste trabalho pelas instâncias oficiais de controle social. Em princípio, estudam-se suas origens e o método utilizado para apreensão da realidade e, em seguida, as principais ideias sobre as quais se funda referida teoria. Com ela, é possível desvendar mitos projetados para legitimar um sistema penal opressivo — o qual promove e protege um sistema legal fundamentado no conceito de propriedade e intimamente ligado à classe dominante possuidora desta propriedade —, e construir uma teoria materialista do Direito e do crime.

Ao final, e tratando-se de uma Criminologia comprometida com a *praxis social*, apontam-se algumas possibilidades práticas de transformação da realidade em direção a uma sociedade mais justa e humana.

2 A TEORIA CRÍTICA: ORIGENS E MÉTODO

2.1 Noções preliminares

A filosofia crítica é algo mais do que um simples exercício intelectual; é uma atividade prática. Além de estudar o mundo como é apresentado, interessa-se por modificar a realidade, por buscar existências alternativas àsquelas que lhe foram dadas e, portanto, é política.²⁶⁰

Também é radical, pois vai à essência das coisas, busca sua raiz e, assim, procede à derrubada de mitos e fetiches da existência e das categorias objetivadas, removendo a falsa consciência criada pela realidade oficial. Na Criminologia, o mito é a lei e, a essência, a classe e o poder, que usam desse instrumento para defender seus interesses.²⁶¹

Com a filosofia crítica, desmistifica-se a ordem social vigente e desmascara-se o aspecto moral e ideológico de uma sociedade desigual.²⁶² Reconhece-se que a ordem legal, supostamente criada para satisfazer a todos é, na verdade, uma construção da classe dominante e que o Estado, cunhado para manter a ordem e a estabilidade da sociedade civil, tem como função preponderante a de servir aos interesses dessa classe. Descobre-se que a lei, ao contrário do que prega a ideologia dominante, é um instrumento usado para perpetuar a sobrevivência do sistema vigente responsável por manter os privilégios e o poder da referida classe.²⁶³

O resultado da filosofia crítica da ordem legal é uma teoria materialista do controle do crime na sociedade capitalista.

Essa teoria utiliza-se de instrumentos conceituais e hipóteses elaboradas no âmbito do Marxismo para abordar o problema criminal que, ao situar a lei penal dentro de um contexto socioeconômico (no caso, o sistema capitalista), aponta seu caráter classista e sua

²⁶⁰ ANIYAR DE CASTRO, 1983b, p. 8-9.

²⁶¹ Ibid., p. 8-9.

²⁶² TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. Introdução dos organizadores. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos; Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. XVII-XXII, p. XXI.

²⁶³ QUINNEY, Richard. **Critique of Legal Order: Crime Control in Capitalist Society**. Boston: Transaction Publishers, 2002, p. XXV.

função estrutural. Privilegia-se a análise das definições legais e do papel desempenhado pelos grupos de poder e pelos interesses como geradores de definições penais úteis para a manutenção do sistema vigente.²⁶⁴

Para Baratta, a teoria crítica representa o momento mais emergente e suscetível de desenvolvimento no âmbito do movimento geral da Criminologia crítica,²⁶⁵ além de ser a alternativa teórico-ideológica à Criminologia liberal.²⁶⁶

2.2 Origens

A teoria crítica firmou-se na década de 1970 e nasceu quase ao mesmo tempo nos Estados Unidos e na Inglaterra, irradiando-se, depois, para a generalidade dos países europeus, sobretudo Alemanha, Itália, Holanda, França e países nórdicos.²⁶⁷

Seu surgimento respondeu a um contexto histórico-social permeado por acontecimentos sociopolíticos nos Estados Unidos, nas décadas de 1960 e 1970, como o protesto de militantes negros detidos em prisões de segurança máxima, o nível brutal de repressão policial contra as revoltas de guetos e nas universidades, as formas variadas de marginalização das minorias, o modo como o masculino exercia domínio sobre o feminino, a denúncia dos interesses econômicos que estavam por trás da ideia de continuidade da Guerra do Vietnã, dentre outros.²⁶⁸

Segundo Aniyar de Castro, nessa época emergiu a escola interacionista, que se opunha frontalmente à Criminologia tradicional, sendo considerada o ponto de ruptura

²⁶⁴ ANIYAR DE CASTRO, 1983b, p. 138-139.

²⁶⁵ A nomenclatura “Criminologia crítica” ou “nova Criminologia” é usada por muitos autores para fazer referência às diversas tendências inspiradas na reação social, surgidas na década de 1960, que eram, de fato, críticas ao Direito Penal e à Criminologia tradicional. Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade usam-nas para se referirem ao *labelling approach*, à Etnometodologia e à própria Criminologia radical. (DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 42-44). Alessandro Baratta também acolhe a denominação “nova Criminologia” às diversas tendências inspiradas na reação social. (BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 30). Não há que se confundir com a “teoria crítica”, objeto deste trabalho, que desponta a partir dos anos 1970 com a obra de Taylor, Walton e Young, de cariz marxista. (SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 285).

²⁶⁶ BARATTA, op. cit., p. 158.

²⁶⁷ DIAS; ANDRADE, op. cit., p. 56-58.

²⁶⁸ PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. 5. ed. México: Siglo Veintiuno, 1996, p. 157.

metodológico e epistemológico da disciplina. Seu surgimento facilitou a passagem para a Criminologia radical; por isso, não se estranha que alguns criminólogos radicais, como Platt, Quinney, Taylor, Walton, Young e Stanley Cohen, venham justamente da citada escola.²⁶⁹

Shecaira ensina que a teoria crítica tem sua origem mediata na publicação do livro “Punição e estrutura social”, de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, em Nova York, para onde os autores migraram em razão da perseguição nazista. O livro, que não teve grande repercussão naquela ocasião, em virtude da guerra que eclodia, é o resultado mais bem acabado do pensamento vigente na Escola de Frankfurt,²⁷⁰ que foi fortemente influenciada pelo Marxismo, razão pela qual as ideias dos autores relacionavam as manifestações superestruturais com a forma de produção. Rusche e Kirchheimer desnudam a história das penas com precisão, mostrando a inter-relação existente entre os mecanismos punitivos e a forma de produzir e vender mercadorias, entre a prisão e o surgimento do capitalismo mercantil. Em 1967, o livro é republicado nos Estados Unidos, servindo de referência para outros autores, que o mencionaram em seus estudos nos anos 1970. A partir daí, concomitantemente nos Estados Unidos e na Inglaterra, nasceram os primeiros movimentos críticos.²⁷¹

O ramo americano desenvolveu-se a partir da escola criminológica da Universidade de Berkeley, na Califórnia, com grande influência de Herman Schwendinger, Julia Schwendinger e Tony Platt, em um movimento que envolveu professores e alunos. Eles criaram a organização Union of Radical Criminologists e sua própria revista: “Crime and Social Justice: Issues in Criminology”. Este grupo surge como reação aos objetivos básicos da escola criminológica da referida Universidade, que se consubstanciava na formação de técnicos e profissionais treinados para a “luta contra o crime”. Tratava-se do confronto entre os interesses básicos do Estado, em sua política voltada para a criação de novos

²⁶⁹ ANIYAR DE CASTRO, 1983b, p. 140-142.

²⁷⁰ A Escola de Frankfurt é herdeira confessa de Marx e surge da irracionalidade e da barbárie da sociedade contemporânea. Procura alertar os homens sobre a necessidade de transformarem sua própria vida, o que só é possível acabando com as relações econômicas alienadas e inumanas. (ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da libertação**. Tradução Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 60). Seus representantes são: Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, Friedrich Pollock, Felix Weil, Karl August Wittfogel, Walter Benjamin, Herber Marcuse, Franz Neumann, etc., e, atualmente, Jürgen Habermas, Oskar Negt, etc. (BERGALLI, Roberto. El pensamiento crítico y la criminología. In: BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Dir.). **El pensamiento criminológico**: un análisis crítico. Bogotá, Colombia: Temis, 1983, v. 1, p. 181-208, p. 181).

²⁷¹ SHECAIRA, 2008, p. 322-323.

profissionais para o exercício do controle funcional da criminalidade, e os teóricos universitários, que queriam a redefinição do próprio objeto da Criminologia. Devido às abordagens violentas do movimento no câmpus universitário e a seu confronto com os interesses do Estado, na esfera criminal, ele foi reprimido pelas autoridades.²⁷²

Na Inglaterra, os críticos foram organizados em torno da National Deviance Conference, em 1968, encabeçada por Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young, autores do mais conhecido tratado de Criminologia crítica “The New Criminology: for a Social Theory of Deviance” (1973) e organizadores da famosa coletânea “Critical Criminology” (1975). Esse movimento surge como dissidente da Terceira Conferência Nacional de Ensino e Pesquisa de Criminologia, realizada na Universidade de Cambridge, e pretendia insurgir-se contra os elementos da Criminologia tradicional ensinados no Instituto de Criminologia de Cambridge — reagindo, portanto, contra o pragmatismo da Criminologia europeia, contra a distância que a Criminologia, como ciência interdisciplinar, mantinha da Sociologia, contra a posição reformista e correcional e contra o positivismo — e contra a social-democracia europeia.²⁷³

O acontecimento crucial na formação da Criminologia radical, contudo, é a criação do Grupo Europeu para o Estudo do Desvio e do Controle Social, em Florença, Itália, em 1972, com a publicação de um “Manifesto”. O Grupo Europeu difundiu os objetivos e encontros da National Deviance Conference, no continente europeu, e contribuiu para a introdução de diversos temas na Criminologia europeia ligados ao feminismo, ao crime dos poderosos, aos movimentos políticos de libertação de minorias oprimidas, como a organização e coordenação das lutas de presos, entre outros. Esse Grupo pretendia se constituir como um fórum para acadêmicos progressistas e ativistas, com a finalidade de incluir esses temas que, com frequência, eram esquecidos nas conferências de criminólogos, além de demonstrar sua solidariedade com os novos movimentos sociais e seu compromisso com a justiça social. O Grupo foi o pioneiro na internacionalização da Criminologia crítica.²⁷⁴ Com seu programa teórico e prático inserido no contexto das relações entre os sistemas de controle social e a estrutura de classes do modo de produção capitalista, o Grupo tinha a tarefa de esclarecer a relação crime/formação econômico-

²⁷² ANIYAR DE CASTRO, 1983b, p. 142. No mesmo sentido: SHECAIRA, 2008, p. 323.

²⁷³ ANIYAR DE CASTRO, op. cit., p. 143-144. No mesmo sentido: SWAANINGEN, René van. **Critical Criminology: Visions from Europe**. London: Sage, 1997, p. 78.

²⁷⁴ SWAANINGEN, op. cit., p. 82-83.

social, levando à inserção do fenômeno criminoso na esfera de produção. Desse modo, as relações de produção e as questões de poder econômico e político passaram a constituir os conceitos fundamentais da Criminologia radical.²⁷⁵

Em 1975, aparece a revista “La Questione Criminale: Rivista di Ricerca e Dibattito su Devianza e Controllo Sociale”, em torno da qual se aglutina o Grupo de Bolonha, especialmente formado por juristas daquela cidade e da cidade de Saarbrücken, como Alessandro Baratta, Franco Bricola, Dario Melossi, Massimo Pavarini, entre outros. Seu objetivo teórico era aprofundar e tentar individualizar uma Criminologia do tipo marxista, quer dizer, inserir o fenômeno da criminalidade no interior de uma teoria marxista do Estado e das instituições; o objetivo prático era desenvolver uma política criminal do movimento operário, ou seja, uma política criminal alternativa que seria, em primeira instância, uma política do tipo social, com profundas reformas estruturais, e, somente em última instância, uma política penal baseada exclusivamente neste tipo de sanção.²⁷⁶ A revista inicia uma segunda etapa, em 1983, com o nome de “Dei Delitti e Delle Pene: Rivista di Studi Sociali, Storici e Giuridici sulla Questione Criminale”, e persegue uma crítica ao *labelling approach*, além de centralizar a referência material do desvio como tema principal, discutindo-se sobre o conceito deste e sobre o bem jurídico tutelado. A construção de uma política criminal alternativa continuou sobre dois novos enfoques: apoiar um movimento em prol da descriminalização e da reforma do sistema penal e do sistema de controle e lutar pela ampliação da liberdade e igualdade substancial, a fim de superar o antagonismo cultural e político entre as camadas sociais.²⁷⁷

Apesar de recente, a Criminologia radical conta com um número considerável de cultores e com uma bibliografia extensa.²⁷⁸

²⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 2. ed. Curitiba: Lúmen Juris, 2006, p. 7.

²⁷⁶ ANIYAR DE CASTRO, 1983b, p. 144-145.

²⁷⁷ ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 91-92.

²⁷⁸ Nos países nórdicos, cita-se Thomas Mathiesen, seguidor da linha abolicionista. Esta vertente tem origem na Escandinávia, com a criação do KRUM (Associação Sueca Nacional para a Reforma Penal), em 1966. Em um encontro em Strömsund, chamado “O Parlamento dos Ladrões” — pois contava com a participação de egressos do sistema penitenciário discutindo ao lado de advogados, psiquiatras, assistentes sociais e sociólogos —, criticaram-se as condições da prisão e o tratamento dado aos presos. Na Noruega, o Instituto de Criminologia da Universidade de Oslo volta-se para atividades associadas aos próprios detentos, em defesa de seus direitos como tais e como seres humanos. As organizações bases desta luta são a já citada KRUM, na Suécia, KRIM, na Dinamarca, e KROM, na Noruega. (BERGALLI; BUSTOS RAMÍREZ, 1983, p. 184). Na Holanda, é criado o Instituto de Justiça Criminal de Amsterdã — o centro da Criminologia radical daquele país, dirigido por H. Bianchi. Na França, Michael Foucault publica “Vigiar e punir”, em 1975, convergindo aos temas centrais da Criminologia crítica. Na Alemanha, os autores críticos F. Sack, J.

Ressalta-se que a teoria crítica também é chamada de “radical” ou “nova”, ou de “Criminologia crítica” ou “Criminologia radical”.²⁷⁹ Houve quem atribuisse à escola o nome de “Criminologia marginal”, em contraposição a uma Criminologia institucionalizada — no Congresso Internacional realizado pela Sociedade Internacional de Criminologia, em Belgrado, em 1973, o programa foi dividido em Criminologia clínica, Criminologia interacionista e Criminologia organizacional, deixando de lado a corrente que começava a abrir passagem em todos os países acima mencionados e que realizava um congresso paralelo em Florença (o Grupo Europeu para o Estudo do Desvio e do Controle Social).²⁸⁰ Na coletânea de Taylor, Walton e Young, usa-se com frequência a expressão “teoria radical do desvio”; Quinney denomina-a “teoria marxista”.

2.3 O enfoque marxista do delito

A Criminologia crítica apresenta-se como uma Criminologia marxista, pois se edifica com base no método e nas categorias científicas do Marxismo.²⁸¹

Cumprido deixar claro que Karl Marx, assim como Friedrich Engels, não se dedicaram especificamente ao estudo do problema criminal; eles não deram a essa questão uma atenção particular e sistemática, tampouco elaboraram uma teoria materialista do desvio. Contudo, é nas obras desses autores que são encontradas indicações teóricas e metodológicas fundamentais para o desenvolvimento de um conhecimento novo dos

Feest, F. Werkentin, G. Smaus, M. Baurman, S. Quensel e K. Schumann reúnem-se contra a Criminologia oficial, sob a denominação AJK. Nos países de língua portuguesa, destacam-se: Boaventura Souza Santos, que publica “A lei dos oprimidos: a construção e reprodução da legalidade em Pasárgada”, em 1977, Roberto Lyra Filho, que escreveu “Criminologia dialética”, em 1972, e Juarez Cirino dos Santos, que escreveu “A criminologia radical”, em 1981. (ANIYAR DE CASTRO, 1983b, p. 144-145). As seguintes obras sobressaltaram-se nos Estados Unidos: “Sociologists of the Chair: a Radical Analysis of the Formative Years of North American Sociology” (1974), de H. e J. Schwendinger; “Policing America” (1974), de T. Platt e L. Copper; “Law, Order and Power” (1971), de W. Chambliss e R. Seidel; “Critique of Legal Order: Crime Control in Capitalist Society” (1974), “Class, State and Crime” (1977) e “Criminology: Analysis and Critique of Crime in America” (1975), de R. Quinney; “The Problem of Crime: a Critical Introduction to Criminology” (1977), de R. Quinney e J. Wildeman; “Crime and Privilege” (1975), de B. Krisberg; “Whose Law? What Order?” (1976), de W. Chambliss e L. Mankoff. Na Inglaterra: “Politics and Deviance” (1973), de I. e L. Taylor; “Deviance and Social Control” (1974), de P. Rock e M. McIntosh; “Crimes of the Powerful: Marxism, Crime and Deviance” (1976), de F. Pearce.

²⁷⁹ Vale observar que há quem distinga a teoria crítica em três grupos: a “criminologia radical”, desenvolvida nos Estados Unidos, a partir da Escola de Berkeley, na Califórnia (Schwendinger, Cohen, Platt e Versele), a “nova criminologia”, desenvolvida na Europa, especificamente na Inglaterra, por Taylor, Walton e Young, e a “criminologia crítica”, no qual se inserem Pavarini, Melossi, Baratta e Bricola.

²⁸⁰ ANIYAR DE CASTRO, 1983b, p. 137.

²⁸¹ SANTOS, 2006, p. 2.

fenômenos que são objeto tradicional da Criminologia burguesa e, a partir daí, é possível hipotetizar uma política criminal que leve em conta a transformação das relações de hegemonia das sociedades capitalistas.²⁸²

Ressalta-se não haver pretensão de, neste trabalho, estudar os textos marxistas; portanto, concentrar-se-á apenas no que é relevante para compreender os alicerces sobre os quais a Criminologia radical se erigiu.

Em síntese, Marx defende que a história das sociedades é a história da luta de classes, dividida, na era moderna, em dois campos opostos: a burguesia e o proletariado.²⁸³ A estrutura social é resultado do desenvolvimento histórico do modo de produção, sendo definida essencialmente pela relação havida com os meios de produção: aqueles que detêm sua propriedade controlam a sociedade, enquanto aqueles que possuem a força de trabalho são explorados.²⁸⁴ Tais classes estão em confronto direto, pois os capitalistas objetivam preservar as instituições existentes e as relações de poder e os proletários pretendem revolucioná-las.²⁸⁵

Segundo Marx, o Estado surge como produto deste antagonismo irreconciliável de classes e é concebido como instrumento de opressão de uma classe sobre a outra, intervindo em favor da economicamente dominante e contra a mais fraca, por meio de seu aparelho ideológico e repressivo (o Direito). Uma das formas de atuação do Estado é a rotulação de determinadas pessoas — os oponentes políticos da burguesia e que significam uma ameaça a esta — como criminosos.²⁸⁶ O Direito Penal, a polícia, a prisão, ou seja, os aparelhos coercitivos do Estado, são utilizados pela classe dominante para garantir a dominação política e a exploração econômica da classe mais débil e, assim, controlar a oposição das classes nos limites da ordem social burguesa.²⁸⁷

²⁸² PAVARINI, 1996, p. 150-151.

²⁸³ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto comunista**. Tradução Álvaro Pina. 5. ed. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 40-41.

²⁸⁴ KRISBERG, Barry. **Crime and Privilege**: Toward a New Criminology. New Jersey: A Spectrum Book, 1975, p. 21.

²⁸⁵ DAHRENDORF, Ralf. **As classes e seus conflitos na sociedade industrial**. Tradução José Viegas. Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 28-29.

²⁸⁶ HIRST, Paul Q. Marx e Engels: sobre direito, crime e moralidade. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos; Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 249-286, p. 272.

²⁸⁷ SANTOS, 2006, p. 92-93.

As relações jurídicas, para o referido autor, constituem uma forma de relações sociais, sempre determinadas pelas condições materiais, isto é, pelo modo de produção, e servem para legitimá-lo e reproduzi-lo.²⁸⁸ O Direito, como parte do que é denominado “superestrutura”, ao lado do Estado e da ideologia (na qual estão incluídas a moral, a arte, a religião, etc.), são determinados pela “infraestrutura”, ou seja, pela base material ou econômica.

De acordo com Karl Marx, o único caminho para a realização de transformações sociais profundas, que alcancem a estrutura da sociedade capitalista, é o da revolução pelo movimento dos trabalhadores, que tomaria o poder e se organizaria em uma ditadura do proletariado.²⁸⁹ O Estado e o Direito, como produtos da luta de classes, desapareceriam — resultado forçoso da abolição de classes que, por si mesmo, suprime a necessidade do poder organizado de uma classe para reprimir a outra. Criar-se-ia, então, um Direito novo, regido pelo seguinte princípio jurídico: “de cada um segundo sua capacidade, a cada um segundo suas necessidades”.²⁹⁰

No que diz respeito à Criminologia, na escassa parte em que Marx se reportou ao assunto, há quem sugira que era “antimarxista”.²⁹¹

Seus pronunciamentos sobre as classes criminosas sempre pareceram duros e irrefletidos e foram com frequência abandonados pelos estudiosos sob o argumento de que expressavam somente a moralidade convencional daquele tempo. Alguns afirmam que a oposição à classe criminosa deriva de um ponto de partida teórico-político definido: apaixonado pela organização da classe operária para fazer cumprir a revolução, todo objeto teórico deve ser analisado quanto à posição que ocupa na efetiva luta do proletariado para o socialismo, ou seja, se contribui para a vitória política dos exploradores ou dos oprimidos.²⁹²

²⁸⁸ TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. Criminologia crítica na Inglaterra retrospecto e perspectiva. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos; Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 1-72, p. 62.

²⁸⁹ MANNHEIM, Herman. **Criminologia comparada**. Tradução José Faria da Costa; Manuel da Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, v. 2, p. 686.

²⁹⁰ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 254.

²⁹¹ ANIYAR DE CASTRO, 1983b, p. 151.

²⁹² HIRST, 1980, p. 266.

As classes criminosas são vistas como inimigas naturais de qualquer movimento organizado dos trabalhadores, pois elas são incapazes de tomar uma posição socialista militante e, ainda, ameaçam influenciar negativamente os trabalhadores que poderiam ser direcionados para a revolução, induzindo-os à prática de atos arbitrários de violência, agitação de massa ou conflitos de rua, que apenas representam bandos anarquistas, desorganizados, formas primitivas e enfraquecidas de organização política. Elas são consideradas incapazes de desenvolver a disciplina e a orientação coletiva exigidas para a luta revolucionária e estão sujeitas a subornos e adulações por parte das classes dominantes, e, portanto, são passíveis de juntar-se à burguesia.²⁹³

Isso faz com que o delinquente seja incluído no que Marx chama de “lumpemproletariado”,²⁹⁴ ou seja, um deslocado da classe. Este é assim denominado porque é um parasita social, que vive fora do trabalho produtivo através do furto, da extorsão, da mendicância e de outros serviços como jogo e prostituição; seus interesses de classe são diametralmente opostos aos do proletariado; ele ganha a vida recolhendo as migalhas das relações capitalistas e, sob o socialismo, seria colocado fora da lei ou forçado a trabalhar.²⁹⁵

Não obstante rejeitasse a classe criminosa como força revolucionária — em sua visão derivada da perspectiva exclusivamente política e voltada para a revolução socialista —, Marx enxergava o indivíduo criminoso como alguém vítima do sistema capitalista, alguém que foi levado ao crime por forças que estão além de seu controle.

Na obra “A situação das classes trabalhadoras na Inglaterra”, publicada em 1844 — que com mais frequência se ocupa do problema do crime e é considerada por muitos como o primeiro tratado de Criminologia socialista —, Engels atribui as condições de miséria e de desmoralização que incidem sobre o trabalhador como causas do crime, em um processo análogo ao que determina a ebulição da água se colocada em temperatura elevada.²⁹⁶

²⁹³ HIRST, 1980, p. 267.

²⁹⁴ MARX; ENGELS, 2007, p. 49.

²⁹⁵ HIRST, op. cit., p. 267-268. O autor explica que Engels levanta a questão do *lumpemproletariado* em “A guerra camponesa na Alemanha”, de 1850. No mesmo sentido: ANIYAR DE CASTRO, 1983b, p. 151.

²⁹⁶ DIAS; ANDRADE, 1997, p. 29. Neste sentido: HIRST, op. cit., p. 269.

Passagens do livro “O capital” (1867) indicam o efeito da produção capitalista sobre o trabalhador: as horas de descanso foram transformadas em horas de ócio, levando jovens a bares e garotas a bordéis, os pobres foram desalojados de sua propriedade pela acumulação primitiva do capital, que separou o trabalhador dos meios de produção e transformou-os em ladrões, vagabundos e bandidos, perseguidos pela própria sociedade que produziu sua queda. Dessa forma, demonstra-se que o sistema capitalista, como modelo de sociedade justa e virtuosa, produz as ameaças contra sua própria ordem, respeitabilidade e propriedade.²⁹⁷

Em “Teorias da mais-valia”, Marx discute o papel do criminoso nas relações de produção: assim como o filósofo produz ideias e o poeta produz versos, o criminoso produz crimes e, conseqüentemente, o Direito Criminal e todo o aparato da justiça criminal, como juízes, oficiais de justiça, júris, códigos penais e legisladores; ele contribui para o desenvolvimento de técnicas de investigação; é a sua ação que aperfeiçoa indústrias legais (fabricação de cheques e bilhetes que não possam ser facilmente falsificados) e mecanismos defensivos (como cofres e fechaduras), ou seja, sua ação produz todas essas linhas diferentes de negócio que formam muitas categorias da divisão social do trabalho. Dessa forma, portanto, o crime estimula as forças de produção. E enquanto tira uma parte da população “supérflua” para fora do mercado de trabalho e, assim, reduz a competição entre os trabalhadores, prevenindo, até certo ponto, a queda de salários abaixo de um mínimo, o seu combate absorve outra parte da população. Assim, o criminoso é um dos contrapesos naturais que abre toda uma perspectiva de “ocupações úteis”.²⁹⁸

Referido texto, carregado de ironia, indica a funcionalidade do delito em relação ao sistema de produção capitalista, acentuando o modo como este sistema absorve, em seu próprio proveito, até as ações negativas, convertendo-as em mercadoria.²⁹⁹

Ainda que a Criminologia não tenha sido especificamente tratada por Marx e Engels, a partir da análise marxista da economia capitalista é possível extrair uma primeira abordagem teórica da questão criminal: a natureza estrutural dos processos criminosos e

²⁹⁷ HIRST, 1980, p. 269-270.

²⁹⁸ Ibid., p. 274-275.

²⁹⁹ ANIYAR DE CASTRO, 1983b, p. 50.

do fenômeno criminal, no sentido de que a presença de estratos marginais ou delinquentes é um efeito necessário e não contingente do modo de produção capitalista.

Explica-se: o subproletariado é uma formação social moderna, como o proletariado; nasce da ruptura da relação de subordinação do tipo feudal e da submissão da força de trabalho às novas leis do mercado capitalista; essas leis do mercado impõem que, frente à força de trabalho empregada (proletariado), haja, necessariamente, outra não empregada (o exército industrial de reserva ou “subproletariado”). Nesses termos, a pobreza adquire traços específicos e estruturais da sociedade burguesa. A criminalidade, portanto, está em boa parte determinada pelos processos de marginalização social causados pelo modo de produção capitalista, que determina a expulsão do mercado de trabalho e causa a pobreza. Referido modelo explicativo da criminalidade — expresso em termos de uma “economia política do crime” — sugere um enfoque distinto da Criminologia burguesa, que sempre interpretou a criminalidade como algo natural e a-histórico, como algo que sempre existiu e que, portanto, está intrinsecamente ligado à maldade humana.³⁰⁰

Uma segunda abordagem de grande importância é obtida da análise marxista da economia burguesa: assim como a natureza estrutural dos processos criminógenos é reconduzida ao modo de produção capitalista, em termos semelhantes se explica como o processo punitivo se estabelece como resposta necessária às exigências de disciplina do mercado de trabalho, na sociedade capitalista.³⁰¹

Um nexos entre sistema repressivo e estrutura socioeconômica é encontrado quando Marx afirma que, no momento da passagem do feudalismo para o capitalismo, a população vagabunda era empurrada pelas leis entre o grotesco e o terrorismo: a submeter-se à força dos açoites, das marcas de fogo, da tortura, ou à disciplina que era necessária ao sistema de trabalho assalariado. A burguesia, ao surgir, tem necessidade do poder do Estado e o usa para regular o salário, constringendo-o aos limites convenientes para acumular mais “*plusvalia*”, ou “mais-valia” (lucro), para prolongar a jornada de trabalho e manter o trabalhador em grau de dependência. Também há a necessidade de educar as massas de camponeses expropriados à disciplina das fábricas, quando se tem a origem do cárcere como instituição a serviço da justiça.

³⁰⁰ PAVARINI, 1996, p. 152.

³⁰¹ Ibid., p. 152.

Durante os séculos XVII e XVIII, paralelamente ao surgimento das manufaturas, assiste-se a um progressivo desaparecimento das velhas formas de castigo corporal e ao nascimento de novas instituições, como as casas de correção, as casas de trabalho e, posteriormente, a prisão. Nessas, impõem-se coercitivamente as formas de disciplina proletária, às quais o subproletário ou o futuro proletário estará obrigado a se submeter e a aprender, para manter viva a existência mesma da sociedade burguesa, ou seja, da acumulação do capital e da extração de *plusvalia*. Esta indicação teórica sugere a existência de uma relação precisa entre o mercado de trabalho e a forma da sanção penal, na sociedade capitalista, desenvolvendo-se uma “economia política da pena”, em contraposição ao enfoque tradicional da ciência penal e criminológica que, ideologicamente, privilegia uma reconstrução histórica do sistema sancionatório como a história das funções da pena (retributiva, intimidativa e reeducativa).³⁰²

Por fim, a partir do ponto de vista de uma “economia política do crime e da pena”, podem ser extraídas novas perspectivas para uma política criminal alternativa.

A obra de Marx volta-se para a criação de uma sociedade em que haja mais espaços de liberdade para as pessoas, a fim de que possam desenvolver integralmente sua personalidade e suas capacidades, e satisfazer suas necessidades e prazeres — o que está impedido pela estrutura socioeconômica. O alcance desses objetivos só é possível, para Marx, com a transformação revolucionária da sociedade, ou seja, com a instituição do socialismo — em que há a socialização dos meios de produção, a superação do trabalho assalariado e a recomposição social da divisão do trabalho. E isso serve como guia estratégico contra a criminalidade, cujas raízes se encontram no caráter antissocial e desumano da organização capitalista da sociedade. A política criminal, então, deve ter como meta uma ordem político-institucional menos marginalizante, uma progressiva destruição dos lugares, por excelência, criminógenos, como o cárcere, e a gradual liberação das categorias ético-burguesas sobre as quais se funda todo o aparato repressivo.³⁰³

Todas essas abordagens teóricas criminológicas são extraídas do método utilizado por Marx, qual seja, o materialismo histórico.

³⁰² PAVARINI, 1996, p. 152-153.

³⁰³ Ibid., p. 154-155.

2.4 O método radical: materialismo histórico

Como antes ressaltado, Karl Marx somente forneceu as linhas gerais para a elaboração de uma Criminologia marxista,³⁰⁴ por meio do método radical utilizado por ele, qual seja, o materialismo histórico.³⁰⁵ É isso o que os críticos proclamam da teoria radical: que esta apenas usou tal método.

Em suma, define-se o materialismo histórico como: “o método que revela a natureza social de qualquer conceito, a historicidade do pensamento, e a diferenciação de períodos históricos em modos de produção determinados”.³⁰⁶

É um método concreto, social, totalizante e eminentemente prático, e procura conhecer o mundo e transformá-lo.³⁰⁷ Ao utilizá-lo, a Criminologia crítica consegue elucidar as funções exercidas pelas instituições legais em momentos particulares do progresso econômico da sociedade capitalista. É possível compreender a natureza e o conteúdo do crime e da lei, por meio de uma análise total de sua evolução histórica, constatando-se como as condições materiais são determinantes para as mudanças normativas em geral, inclusive das normas criminais.³⁰⁸

Na apresentação da coletânea mais famosa da escola, Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo deixam claro que a base teórica comum dos críticos é definida pelas categorias do materialismo histórico, centrada nos conceitos gerais de “modo de produção”, “classes sociais”, “ideologia”, etc., que permitem apreender o movimento histórico como processo contraditório movido pela luta de classes. Os fenômenos históricos, como o crime, são pensados em sua inserção nessa luta de classes e em relação à base de produção econômica.³⁰⁹

De tal forma, o problema criminal não fica limitado ao sistema de justiça, entendido simplesmente como constituído por normas definidoras de comportamentos criminosos e

³⁰⁴ ANIYAR DE CASTRO, 1983b, p. 152.

³⁰⁵ TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1980, p. 64. No mesmo prisma: DIAS; ANDRADE, 1997, p. 28.

³⁰⁶ TAYLOR; WALTON; YOUNG, op. cit., p. 64.

³⁰⁷ ANIYAR DE CASTRO, op. cit., p. 162-163.

³⁰⁸ TAYLOR; WALTON; YOUNG, op. cit., p. 59.

³⁰⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos; TANCREDO, Sérgio. Apresentação. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos; Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. IX-X.

pelos aparelhos e processos de repressão (polícia, Judiciário, prisão, etc.), mas compreende a política criminal vigente em formações sociais historicamente determinadas, em que predomina um modo de produção da vida social, com classes distintas, distribuídas em razão do lugar que ocupam no processo produtivo (proprietários dos meios de produção e possuidores da força de trabalho), articuladas em uma relação de exploração econômica e dominação ideológica. Neste contexto, desvenda-se o significado ideológico do sistema da justiça criminal e sua relação com o modo de produção dominante ao serem selecionados as condutas que devem ser consideradas crime e os sujeitos que devem ser considerados criminosos. A explicação desse fenômeno está no tipo de sociedade existente.³¹⁰

Nota-se que o fato de o mencionado método compreender as relações jurídicas como originárias da produção material da sociedade não significa reduzir os conflitos legais a conflitos econômicos, como em um determinismo econômico, mas apenas posicioná-los e relacioná-los às transformações materiais na sociedade (das quais dependem), até porque, para Marx, não existem categorias econômicas, jurídicas ou políticas “puras”, mas somente o método de compreender e analisar determinados problemas, o que deve ser feito considerando-se os processos sociais em sua totalidade social.³¹¹

Sua relevância para o estudo das normas legais e do crime está no fato de que, com esse método, é possível analisar a natureza do sistema legal em termos de seu papel em relação a um modo de produção particular e investigar se tal sistema atua como um obstáculo ou como um estímulo para o desenvolvimento do homem; trata-se de um método singularmente radical, em que se levantam questões como: quais normas são necessárias, para quê, quando e sob que condições.³¹²

É no sentido de “compreender as coisas pela raiz” que o vocábulo “radical” é empregado. Se, para o homem, a raiz é o próprio homem, que, por sua vez, é inseparável da sociedade, para a análise do crime deve-se examinar a posição do homem na sociedade em determinado período histórico.³¹³ Se a sociedade é dividida em classes, a raiz humana é inseparável da posição de classe, que, a seu turno, é determinada pelo papel ocupado nos

³¹⁰ SANTOS; TANCREDO, 1980, p. IX-X.

³¹¹ TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1980, p. 60-61.

³¹² Ibid., p. 64.

³¹³ Ibid., p. 56-57.

processos produtivos fundados na separação trabalhador/meios de produção. O estudo do crime e do controle social, assim, em uma sociedade capitalista, deve-se embasar na divisão da sociedade em classes e na reprodução das condições de produção fundadas na separação capital/trabalho assalariado pelas instituições jurídicas e políticas do Estado, que proscrevem práticas contrárias às relações de produção.³¹⁴

García-Pablos de Molina explica que, de acordo com a análise criminológica marxista, o delito é sempre um produto histórico e patológico da sociedade (modernamente, da sociedade capitalista). A ordem social é contemplada como uma confrontação de classes antagônicas, sendo que uma das classes se sobrepõe e explora a outra, servindo-se do Direito e da justiça penal para manter sua hegemonia e privilégios. O conflito inerente à sociedade capitalista, desta forma — no qual se inclui o problema criminal — nada mais é do que um conflito de classes enraizado no modo de produção e na infraestrutura econômica daquela.³¹⁵

Em resposta às críticas lançadas por Paul Q. Hirst quanto à impossibilidade de se criar uma teoria radical do desvio a partir de Karl Marx,³¹⁶ Taylor e Walton afirmam que o Marxismo em que acreditam e que pode servir de base para uma teoria do desvio é preocupado em assumir e revelar a natureza ideológica da ciência social e, nesta batalha, convencer as pessoas a lutarem contra a opressão em vários aspectos.³¹⁷ Ademais, os autores ressaltam que Marx apontou para processos sociais que dão origem à miséria e à opressão de milhares de pessoas sob o capitalismo, e rejeitar tais estudos reveladores da

³¹⁴ SANTOS, 2006, p. 40.

³¹⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia**: uma introdução a seus fundamentos teóricos. Tradução Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 218.

³¹⁶ Paul Q. Hirst nega que a Criminologia e seu objeto de estudo sejam compatíveis com o objeto e a estrutura conceitual do Marxismo; ele afirma que o Marxismo tem uma visão bastante diferente do crime e do desvio daquela dos radicais. Segundo o autor, não existe teoria marxista do desvio, nem desenvolvida, nem que possa ser desenvolvida, pois crime e desvio desaparecem nas preocupações teóricas gerais e do objeto científico específico do Marxismo — que se dedica a conceitos como modo de produção, luta de classes, Estado, ideologia, etc. Qualquer tentativa de atrair o Marxismo para o campo da Sociologia transforma-se em uma atividade “revisionista” em relação ao Marxismo, na qual é preciso modificar e distorcer seus conceitos. Ele afirma, ainda, que o Marxismo teve muitas fases (a do “jovem” Marx, a livre de tendências monísticas ou totalitárias e a preocupada com a alienação do homem e com a emancipação humana), não sendo possível determinar o *status* de cada uma delas por meio de uma escolha arbitrária baseada na relevância contemporânea. Com isso, o autor quer dizer que não é possível escolher uma das fases ou textos de Marx e fazer uma interpretação isolada, como fizeram os críticos, mas se exige uma leitura completa e integrada de todo seu trabalho. (HIRST, 1980).

³¹⁷ TAYLOR, Ian; WALTON, Paul. A Teoria radical do desvio e o Marxismo: uma réplica ao “Marx e Engels: sobre direito, crime e moralidade” de Paul Q. Hirst. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos; Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 249-286, p. 288-289.

natureza e da gênese dessa opressão seria o mesmo que cancelar a possibilidade de demonstrar, abertamente, um aspecto da natureza criminosa da sociedade burguesa.³¹⁸

Destarte, tratando-se o materialismo histórico marxista de uma epistemologia, de um método científico, com aplicação universal, aplicando-o à Criminologia, tem-se uma Criminologia marxista.³¹⁹

³¹⁸ TAYLOR; WALTON, 1980, p. 292.

³¹⁹ ANIYAR DE CASTRO, 1983b, p. 152.

3 IDEIAS CENTRAIS DA TEORIA CRÍTICA

3.1 Ataque às posturas criminológicas tradicionais e críticas

Os teóricos críticos fizeram uma análise histórica e epistemológica de cada uma das teorias e posturas dentro da Criminologia, lançando severas críticas a elas. Por esse motivo, é considerada, em grande parte, uma “criminologia da Criminologia”.³²⁰

E não se poderia esperar outra coisa, considerando o método materialista-histórico utilizado em sua pesquisa. Entender a história do crime e dos sistemas de controle social e as diversas escolas criminológicas fornece muitas pistas sobre a dinâmica que impulsiona o sistema de controle atual.³²¹

Para construir esse pensamento crítico, é necessário compreender os diversos modos de pensamento que procuram explicar a realidade oficial tal qual é apresentada e questioná-los, argumentá-los, ou seja, ponderar negativamente, de forma dialética.³²² Dentre essas formas de pensar que assumem importância em relação ao tema do trabalho encontram-se o positivismo, os estudos de Edwin Sutherland a respeito do *white-collar crime* e o *labeling approach*. Cada uma dessas escolas incorpora sua epistemologia, sua ontologia e adota posturas sobre a realidade, assumindo uma relação específica com a ordem dominante.³²³

Contudo, atacam os críticos, nenhum desses enfoques é suficiente para uma análise materialista completa do crime, nem é adequado à compreensão da situação presente e das possibilidades futuras.³²⁴ Trata-se de modos correntes de pensamento que têm impedido a compreensão da ordem legal, encarados como uma força necessária para assegurar a ordem na sociedade capitalista, legitimadores das instituições vigentes.³²⁵

³²⁰ DIAS; ANDRADE, 1997, p. 59.

³²¹ KRISBERG, 1975, p. 15.

³²² QUINNEY, 2002, p. 2, 13.

³²³ QUINNEY, Richard. O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos; Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 221-247, p. 222.

³²⁴ TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1980, p. 33.

³²⁵ QUINNEY, 2002, p. 15.

Anota-se que não se pretende estudar as referidas escolas de pensamento, por fugir do objeto do trabalho, mas sim abordá-las de forma sucinta para, em seguida, compreenderem-se as críticas lançadas pelos teóricos radicais.

3.1.1 O positivismo criminológico

O grande contraste dos críticos é feito em relação à Criminologia positivista ou tradicional, acusada de legitimar um Direito Penal classista e seletivo, o qual não é aplicado a todos de forma igualitária.

O positivista parte do pressuposto de que existe um mundo físico que é passível de ser conhecido. Seu interesse é obter uma metodologia ou um instrumental de técnicas de investigação útil para extrair as leis que regem aquele mundo físico. Como o sujeito cognoscente está separado e distante do objeto cognoscível, consegue chegar a um conhecimento objetivo, certo, isento de subjetividade.³²⁶ Sobre tais bases está fundada a presumida neutralidade da ciência — por descobrir a realidade da forma como se apresenta, irremovível, indiscutível e inalterável, sem qualquer atividade reflexiva por parte do cientista, que apenas objetiva descobrir as leis gerais que a definem, a filosofia positivista pretende ser neutra e objetiva.

Essa concepção que se tem do mundo físico é aplicada à vida social: busca-se explicar os fatos sociais tal como se explicam os fenômenos das ciências naturais. A ênfase desse pensamento, portanto, está na explicação dos eventos, feita em termos de causalidade.³²⁷

Daí a atribuição à Criminologia positivista de ciência causal explicativa da criminalidade. Pretende-se, com ela, identificar as causas da prática criminosa, entendida esta como comportamento de uma minoria anormal; busca-se na anomalia dos autores de comportamentos criminalizados — em seus aspectos biológicos, psicológicos, sociológicos e multifatoriais — a explicação para a criminalidade.³²⁸

³²⁶ ANIYAR DE CASTRO, 1983b, p. 2-3.

³²⁷ Ibid., p. 4.

³²⁸ CASTILHO, 1998, p. 23-24. Neste prisma: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 1992, p. 39.

Seus maiores expoentes, na Itália, foram Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo.

Cesare Lombroso — cuja obra “O homem delinquente”, publicada em 1876, marca a origem da Criminologia científica³²⁹ — estabeleceu uma antropologia criminal, centrando sua atenção em caracteres somáticos e biológicos do delinquente. Ele acreditava que em cada criminoso poderia ser detectado um bom número de características degenerativas, como a relação peso-altura, a capacidade craniana ou detalhes externos: visão estrábica, orelhas grandes, lábios leporinos, etc. Dentro de sua teoria, ocupa lugar destacado a categoria do delinquente nato, uma subespécie ou subtipo humano, indivíduo propenso e determinado a praticar crimes, degenerado, atávico, marcado por uma série de estigmas que lhe identificam e são transmitidos hereditariamente. Seu grande legado foi criar o quadro mais completo do estereótipo do criminoso, descrevendo com preciosismo todas as condições e características que tornavam uma pessoa vulnerável ao sistema penal.³³⁰

Enrico Ferri, por sua vez, incorporou outros fatores à teoria lombrosiana, fazendo surgir uma teoria etiológica multifatorial.³³¹ O delito não é produto exclusivo de uma patologia individual, mas resultado da conjunção de diversos fatores individuais (constituição orgânica do indivíduo, características pessoais como raça, idade, sexo, etc.), físicos (clima, temperatura, etc.) e sociais (família, religião, educação, etc.), sendo que os dois últimos prevalecem sobre o primeiro. Esses elementos conformam a personalidade de uma minoria de indivíduos “socialmente perigosos”.³³² Uma importante conclusão dos

³²⁹ Zaffaroni cita outros entendimentos quanto à “paternidade” da Criminologia, assinalando que não obstante a maioria dos autores acredite que Lombroso foi o fundador da Criminologia moderna, outros diminuem sua importância, atribuindo-lhe a função de simples delimitador de um campo científico próprio ou afirmando que o terreno foi preparado durante anos por outros investigadores de diferentes áreas. Há quem adote como fundador da Criminologia o alemão Franz Josef Gall (Savitz, Turner e Dickman) ou o francês Morel (Lacassagne) e aqueles que privilegiam o trabalho pioneiro do belga Quetelet (“Sur l’homme et le développement de ses facultés” ou “Essay de physique sociale”) e o trabalho posterior de Guerry, sobre a “estatística moral” inglesa e francesa; há, ainda, aqueles que acreditam que a origem se deu com Beccaria, com a publicação de “Dei delitti e delle pene”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**: aproximación desde un margen. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1993, p. 99).

³³⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 1992, p. 116-118. No mesmo sentido: ZAFFARONI, op. cit., p. 161-162, 165.

³³¹ ELBERT, Carlos Alberto. **Novo manual básico de Criminologia**. Tradução Ney Fayet Junior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 68-71.

³³² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, op. cit., p. 119-120.

estudos de Ferri foi a de que a função do sistema penal deveria ser a defesa social, levada a cabo mediante medidas limitadas pela periculosidade do autor.³³³

Rafaele Garofalo, terceiro representante da *Scuola Positiva*, era convicto de que o mundo estava habitado por seres, raças e classes superiores e outros que não eram apenas inferiores, mas “povos baixos”, “selvagens”, “abjetos” e “monstruosos”. Apoiava-se na ideia central de que o delinquente herdava instintos morais e que a herança psicológica era uma herança fisiológica. Sustentava, também, que muitos delinquentes eram indivíduos incompatíveis com a sociedade por causa de anomalias morais irreduzíveis e inadaptáveis adquiridas durante a infância.³³⁴

Nessas formas de pensamento persiste o postulado determinista.³³⁵ O delinquente (pessoa anormal) estava determinado a praticar o delito (condicionado por fatores biológicos, psicológicos ou sociais), negando-se qualquer ideia no sentido de que é livre em seu querer e capaz de controlar seus atos. A concepção de que o criminoso era um ser patologicamente anormal, inferior e degenerado se coadunava com a ideia de uma intervenção repressiva por parte do Estado com o objetivo de proteger a maioria normal.

Ressalta-se que esta escola adota o modelo consensual de sociedade, pois a interpreta como uma realidade orgânica, relativamente estável, bem integrada e que se funda sobre o consenso da maioria acerca dos valores e interesses assumidos como gerais. Isso significa aceitar a ordem social como um “bem” e a desviação criminal como um “mal” e, portanto, a política criminal como legítima e necessária reação da sociedade para a tutela e afirmação dos valores sobre os quais se funda o consenso da maioria.³³⁶

Não se olvide que referida escola criminológica desenvolve-se como resposta às transformações e aos novos problemas da ordem social no período que sucedeu a Revolução Industrial. Com a consolidação do capitalismo na Europa, a interpretação política da criminalidade, que havia caracterizado a época de conquista do poder pela nova classe burguesa, ditada pela dupla exigência de criticar as formas hostis do poder feudal e ao mesmo tempo projetar as formas de um novo poder burguês, parece resolver-se em uma

³³³ ZAFFARONI, 1993, p. 168.

³³⁴ ELBERT, 2009, p. 73-74.

³³⁵ DIAS; ANDRADE, 1997, p. 14.

³³⁶ PAVARINI, 1996, p. 49.

leitura apologética da ordem social existente. Uma vez conquistado definitivamente o poder político pela burguesia, os interesses da nova classe hegemônica limitavam-se a inventar estratégias para conservá-lo. Nesta perspectiva, é compreensível como foi precisamente o modelo contratual que entrou profundamente em crise — aquele esquema jurídico-político que fornecia consistência teórica à necessidade da autonomia do burguês frente ao aparato do Estado aristocrático-feudal e que exaltava a autonomia das partes, disciplinando as relações privadas entre sujeitos teoricamente “livres” e “iguais”. E é justamente na negação dessa afirmação política que se empenha o pensamento positivista, orientando-se cada vez mais à enunciação de teorias capazes de justificar “cientificamente” as desigualdades sociais como necessária diversidade natural.³³⁷

As formulações positivistas sobre a inferioridade física e moral do delinquente contribuíram para justificar a desigualdade de uma sociedade que se proclamava essencialmente igualitária, em que se permitia uma brutal acumulação de riqueza pela burguesia, em contrapartida a uma generalizada acumulação de miséria pela classe proletária. O delito não se julgaria como um ato em si, nem como uma manifestação de desajuste social, mas como um indicador da inferioridade do agente.³³⁸

Zaffaroni acentua que Lombroso “cientificizou” um estereótipo do criminoso criado pela burguesia do início do século XIX, que cunhou uma estética a sua medida. As classes que não haviam se incorporado ao sistema de produção industrial (porque se contrapunham aos ideais burgueses ou porque não se encaixaram ao novo sistema) eram “classes perigosas”. Essas pessoas “más” necessariamente deveriam ser “feias”, pois o

³³⁷ PAVARINI, 1996, p. 35, 40-41. É nas origens da sociedade capitalista — em que se assiste a um processo de acumulação de riquezas nas mãos da nova classe capitalista e um análogo processo de acumulação de pobreza e de força de trabalho, com a transformação da classe camponesa em classe obreira — que se encontra o coração da política de controle social. Esta está vinculada à emergência de um projeto político capaz de conciliar a autonomia dos particulares em relação à autoridade estatal — para assegurar a liberdade de acumular riquezas pela burguesia — e à submissão das massas disciplinadas às exigências da produção — como necessidade ditada pelas condições da sociedade capitalista. E é na lógica desse projeto que afloram as primeiras formas de conhecimento criminológico e de estratégia de controle social em relação à desviação criminal — a escola clássica. Nessa conjuntura, a teoria do contrato social é o esquema jurídico-político que fornece consistência teórica às exigências sociais. Exalta-se a necessidade política de afirmar uma racionalidade igual entre os homens, mas que esconde uma distribuição desigual de oportunidades, especialmente em relação à propriedade, em que uma minoria de proprietários se contrapunha a uma maioria de necessitados excluídos da propriedade. A satisfação das necessidades através do contrato será reconhecida como útil, moral, lícita, enquanto fora desse esquema jurídico a ação é considerada nociva, imoral, criminal. Sobre o pressuposto da igualdade de todos os cidadãos frente à lei, não se pode senão atribuir a cada um igual responsabilidade pela suas próprias ações — é o livre arbítrio. (PARAVINI, op. cit., p. 33-35).

³³⁸ BERGALLI, Roberto. La ideología del control social tradicional. **Doctrina Penal**: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Buenos Aires, ano 3, ns. 9 a 12, p. 805-818, 1980, p. 810.

“mau” e o “feio” quase sempre se identificavam, em contraposição ao “belo”. Os “feios” foram sempre suspeitos, pois sempre se buscou no corpo a marca visível da alma, e sobre essa base desenvolveram-se o saber oficial, o semioficial e o não oficial, segundo a conveniência do poder. Tudo o que agredia a burguesia era “mau” e todo “mau” era “feio”, por ser “primitivo” e “selvagem”. Obviamente, os “pobres” eram “feios”, pois se alimentavam mal e viviam em condições higiênicas deploráveis, além de possuírem enfermidades. O “feio”, o “mau” e o “pobre”, destarte, deveriam ser marginalizados para preservar a intelectualizada harmonia e beleza da burguesia. Estava, portanto, determinado o estereótipo daqueles que eram uma ameaça social e deveriam ser encarcerados ou internados em manicômios: os “pobres” e “feios”. Estes eram comparados aos “selvagens colonizados”, também “feios” e considerados seres biologicamente inferiores. Daí a assimilação do “feio” ao biologicamente inferior e a consequente tranquilidade da linda burguesia em saber que a única responsável por isso era a genética.³³⁹

Com base na ideologia da defesa social, a Criminologia positivista justifica a necessidade do Direito Penal e o influencia, até os dias de hoje; ela realiza uma racionalização utilitarista do sistema vinculada ao Direito Penal do autor e à neutralização daquele que é socialmente perigoso: o não proprietário.³⁴⁰

3.1.1.1 A falha positivista

O positivista fundamenta-se em uma visão consensual da sociedade, em que as leis são expressão desse consenso e limitam-se a refleti-lo. Por isso, as definições legais não são contestadas, tampouco se discute o concreto funcionamento do sistema e da aplicação daquelas definições à realidade, tendo em vista o predomínio do dogma da igualdade perante a lei — o que elimina qualquer problema. As leis incidem sobre os fatos concretos, sem qualquer desviação significativa, tais como foram elaboradas. A polícia, os juízes e o processo penal são concebidos como meras “correias de transmissão” que aplicam fielmente e com objetividade a vontade da lei, em conformidade com os interesses transmitidos por ela.³⁴¹

³³⁹ ZAFFARONI, 1993, p. 158-161.

³⁴⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 180-181.

³⁴¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 1992, p. 74.

Por esses motivos, concebe-se a realidade oficial como se fosse a única existente; simplesmente se aceita a ordem estabelecida como lhe é dada; não se questiona e não há interesse em modificar a forma como o mundo está ordenado.³⁴²

De tal forma, o positivismo aceita o crime e a criminalidade como entidades ontológicas pré-constituídas ao Direito Penal e à reação social³⁴³ e, assim sendo, toma como ponto de referência inicial, em sua investigação, o Direito existente.

Se o positivista quer estudar as causas que levam algumas pessoas a atentar contra a propriedade, por exemplo, sua investigação encontrará o objeto empírico no cárcere, onde estão os condenados por furto, estelionato, etc. E as constantes sociais e individuais serão consideradas as causas que levam à violação das normas contra a propriedade: nível baixo de escolaridade, situações familiares precárias, procedência de periferias de áreas urbanas. Os esforços, por sua vez, serão concentrados de forma a elevar a instrução nas áreas metropolitanas, pela atuação de serviços sociais para prevenir a desagregação dos núcleos familiares proletários ou visando a aumentar a presença da polícia em bairros periféricos. Verifica-se, portanto, que suas propostas político-criminais, embora pareçam razoáveis, estão irremediavelmente viciadas.³⁴⁴ Preocupa-se com a reforma e o controle social de criminosos legalmente definidos e processados — a população encarcerada — enquanto um conjunto de fenômenos muito relevante escapa de sua análise, como as ilegalidades de bancos, as especulações de empresários e as fraudes fiscais, pois ou não são legalmente definidos como crime ou são comportamentos que não são normalmente processados.³⁴⁵

A concepção mecanicista da vida social da qual parte o positivista se opõe ao que realmente poderia fornecer a chave do conhecimento e é, segundo Aniyar de Castro, seu defeito epistemológico mais notável. O positivismo ignora o contexto onde os fatos ocorrem e estuda uma série de variáveis que não são mais do que uma seleção subjetiva feita pelo observador, que assim parcela a realidade. Ora, não se pode estudar só um aspecto da realidade, porque toda ela está interconectada de modo complexo em uma estrutura fundamental (a estrutura econômica), que mobiliza e influencia todos os outros

³⁴² ANIYAR DE CASTRO, 1983b, p. 5. Neste vértice: QUINNEY, 1980, p. 224.

³⁴³ BARATTA, 2002, p. 40.

³⁴⁴ PAVARINI, 1996, p. 101-102.

³⁴⁵ PLATT, Tony. Perspectivas para uma criminologia radical nos EUA. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos; Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 113-134, p. 115-116.

aspectos: o delinquente e o observador pertencem a determinado lugar, época e sistema de produção, e a delinquência, como fenômeno social, faz parte de determinada situação histórica e socioeconômica.³⁴⁶

Segundo a linha de pensamento positivista, não se contesta o porquê da definição legal dos tipos patrimoniais e de sonegação fiscal, de suas cominações e quantificações, tampouco se questionam as medidas despenalizantes e benéficas estabelecidas apenas aos agentes de crimes de sonegação fiscal — cuida-se de mera tradução da vontade coletiva, imposta por meio de leis que espelham o interesse da comunidade e são aplicadas de forma igualitária aos seus integrantes.

Para a Criminologia radical, a principal falha política da Criminologia tradicional reside no fato de não questionar os processos de definição (a criação da lei penal de acordo com os interesses das classes dominantes) e os discriminatórios processos de seleção (aplicação da lei em prejuízo das classes sociais mais débeis), o que faz com que ela funcione como instrumento de legitimação e conservação do *status quo*.³⁴⁷

3.1.1.2 A persistência da matriz positivista

Embora as teorias positivistas não tenham sobrevivido, deixaram como herança a chamada “ideologia de tratamento”, segundo a qual não se cuida de punir segundo a gravidade da culpa, mas para reforçar a defesa da sociedade, contra a “temibilidade” ou “periculosidade” do delinquente, preconizando a ampliação de exigências e de direitos da sociedade sobre este — ideologia esta que está longe de ter seus efeitos neutralizados.³⁴⁸

Baratta afirma que a matriz positivista continua essencial na história da Criminologia até os dias atuais, não só porque as orientações patológica e clínica continuam representadas na Criminologia oficial, mas pelo fato de que as escolas sociológicas desenvolvidas dos anos 1930 em diante continuaram por muito tempo a considerar a Criminologia como estudo das causas da criminalidade, apenas deslocando a

³⁴⁶ ANIYAR DE CASTRO, 1983b, p. 5.

³⁴⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 1992, p. 219.

³⁴⁸ DIAS; ANDRADE, 1997, p. 18-19.

atenção dos fatores patológicos para os sociais — modelo que só foi integralmente substituído com o surgimento do paradigma da reação social.³⁴⁹

A mesma afirmação foi feita por Quinney: a maioria das pesquisas e estudos teóricos que se desenvolveram na Sociologia Criminal tem sido dominada pelo pensamento positivista. A ordem legal é tomada por dada e as pesquisas dirigem-se para a compreensão de *como* o sistema opera; pouca atenção é dirigida a questões sobre *por que* o Direito existe, se ele é, de fato, *necessário*, ou sobre o que seria um sistema penal justo. Sugestões para alterações de determinadas leis até foram feitas, mas os contornos do sistema legal permanecem intactos.³⁵⁰

3.1.2 A Criminologia de denúncia

O principal embate dos teóricos radicais é contra a Criminologia tradicional. Entretanto, também são lançadas críticas aos estudos do *white-collar crime*, realizados por Edwin H. Sutherland, aos quais denominam “Criminologia de denúncia”.

Esta foi a primeira doutrina que abordou de modo satisfatório os crimes dos poderosos e constatou a aplicação diferenciada da justiça a seus agentes.³⁵¹ Recorde-se que o crime de sonegação fiscal é um crime de colarinho branco e que seus agentes, em sua grande maioria pertencente aos estratos sociais elevados, têm um tratamento favorecido em comparação ao despendido aos agentes de crimes patrimoniais, cuja maior parte integra os extratos sociais inferiores.

De fato, as teorias sobre a conduta delitiva sempre deram grande ênfase à pobreza como causa do delito, junto a outros fatores a ela relacionados — como a qualidade de vida

³⁴⁹ BARATTA, 2002, p. 30.

³⁵⁰ QUINNEY, 2002, p. 4-5.

³⁵¹ Observa-se que a criminalidade praticada por indivíduos pertencentes às altas camadas da sociedade já havia sido percebida por outros estudiosos. Esta percepção, contudo, era difusa e pouco aprofundada, não redundando na formulação de uma teoria que abarcasse este fenômeno, até mesmo porque nunca se deixou de considerar como causa da criminalidade a patologia (seja biopsicológica, seja social ou ambas). As teorizações que existiam a esse respeito eram marginais se comparadas com as demais teorias explicativas do crime. (PEREIRA, Flavia Goulart. **Crime de colarinho branco na sociedade pós-industrial: uma perspectiva criminológica**. 2005. 243 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 27-28 e 41). No mesmo prisma: SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O crime de colarinho branco: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal**. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 39-40.

precária, a falta de estudos, os problemas familiares, a desorganização ambiental —, ou a condições pessoais do agente — como a inferioridade intelectual ou a instabilidade emocional.³⁵²

Edwin H. Sutherland desenvolveu uma crítica que compreende essas teorias gerais do comportamento criminoso.³⁵³ Ao desviar a atenção para os crimes praticados por pessoas bem sucedidas, pertencentes aos altos escalões sociais e, portanto, “normais”, não mais se poderia atribuir à delinquência o caráter de “anormal”; tampouco havia de se falar em fatores ligados à pobreza como determinantes no cometimento de crimes.³⁵⁴

Segundo Figueiredo Dias e Costa Andrade, a teoria do *white-collar crime* invalidou de forma definitiva a representação tradicional do crime como exclusivo das classes desabastadas ou desqualificadamente inseridas na sociedade, tornando claro que o progresso da Criminologia não poderia continuar a considerar variáveis “patológicas”, mas teria que se embasar no funcionamento do sistema social.³⁵⁵

3.1.2.1 O surgimento do *white-collar crime*: a partir de Edwin H. Sutherland

A principal obra de Edwin H. Sutherland foi “White Collar Crime”, publicada em 1949. Nesta obra, o autor definiu o *white-collar crime* a partir de um viés claramente subjetivo, centrando sua atenção nas características do agente: cuida-se do delito cometido por uma pessoa de respeitabilidade e elevado *status* social, no exercício de sua profissão.³⁵⁶

O conceito guarda estreita relação com o dinheiro, com a educação, com o *status* e, principalmente, com o poder do agente, correspondendo às violações à lei praticadas por integrantes das altas classes sociais, em sua atividade empresarial.³⁵⁷

³⁵² SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Tradução Laura Belloqui. Buenos Aires: Julio César Faira, 2009, p. 6.

³⁵³ BARATTA, 2002, p. 71.

³⁵⁴ SHECAIRA, 2008, p. 203.

³⁵⁵ DIAS; ANDRADE, 1997, p. 33.

³⁵⁶ SANTOS, 2001, p. 45.

³⁵⁷ SUTHERLAND, op. cit., p. XXV, 9. A definição de Sutherland exclui outros delitos que não estejam relacionados com a função ocupacional do agente, como homicídios, roubos, lesões corporais, mesmo que praticados por pessoas das altas classes sociais; bem como aqueles crimes praticados por pessoas ricas, mas pertencentes ao “submundo”, ou seja, sem *status* ou respeitabilidade. Nota-se que, para ele, delito não corresponde somente ao que é sancionado pelo Código Penal, mas também ao que é sancionável por ele; isto significa que também são consideradas crime as condutas que causam algum dano importante aos interesses

Uma anotação importante sobre esse tipo de criminalidade refere-se a sua especial danosidade social. Sutherland observou que os custos financeiros do *white-collar crime* são, muitas vezes, excessivamente superiores aos custos financeiros dos delitos convencionais. Exemplifica com o caso de uma cadeia de armazéns que, em um ano, cometeu fraude no montante de U\$ 800.000, o equivalente a 1/6 das perdas anuais causadas por 500 furtos e roubos das lojas pertencentes à mesma cadeia.³⁵⁸ Aniyar de Castro elucida que, nos Estados Unidos, há uma evasão de impostos da ordem de 25 a 40 bilhões de dólares anuais, valores que, a princípio, deveriam ser aplicados em obras e serviços para a comunidade.³⁵⁹ Em uma só fraude relacionada a operações entre empresas financeiras, que ficou conhecida como o “caso dos cheques administrativos”, ocorrida em agosto de 1976, no Rio de Janeiro, alcançou-se o prejuízo de Cr\$ 197.906.370,00, enquanto se estimou, naquele estado, em 1977, que dos 17.074 furtos ocorridos, apenas 203 superaram a cifra de Cr\$ 100.000,00. Em 1978, dos 15.880 furtos, apenas 444 excederam esse montante e, em 1979, de 20.886 furtos, 2.457 ultrapassaram esse valor.³⁶⁰

Além da magnitude dos danos, estes afetam uma quantidade indeterminada de pessoas, potencialmente numerosa.³⁶¹ Sutherland, já naquela época, havia assinalado sua preocupação com os danos interindividuais ocasionados pelos crimes de colarinho branco, ofensivos ao bem-estar de uma sociedade organizada, fundamentada em valores superiores àqueles que justificam as leis que tipificam o furto, por exemplo.³⁶²

3.1.2.2 O tratamento diferenciado dado aos agentes de crimes de colarinho branco

Sutherland, pautado em sua definição de *white-collar crime*, iniciou uma pesquisa³⁶³ para desvendar a incidência criminal nas altas classes sociais, procurando

da sociedade, mesmo que estejam descritas em leis civis e administrativas e sejam apenadas de forma extrapenal. A amplitude do conceito de *white-collar crime* — não restrito às condutas previstas em lei penal — está relacionada com a preocupação de Sutherland em questionar a própria legislação criminal, sugerindo que várias condutas que lhe são exteriores deveriam ali estar previstas. (SANTOS, 2001, p. 45, 98). No mesmo sentido: MANNHEIM, 1985, p. 724-725.

³⁵⁸ SUTHERLAND, 2009, p. 12-13.

³⁵⁹ ANIYAR DE CASTRO, 1983b, p. 79.

³⁶⁰ BATISTA, Nilo. Conceção e princípios do direito penal econômico, inclusive a proteção dos consumidores, no Brasil. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n. 33, p. 78-89, jan./jun. 1982, p. 81.

³⁶¹ ELBERT, 2009, p. 164.

³⁶² SUTHERLAND, op. cit., p. 66.

³⁶³ Realizou-se um estudo aprofundado de diversos tipos de infrações legais praticadas por 70 das maiores empresas nos setores de comércio, produção e mineração dos Estados Unidos, além de 15 empresas de utilidade pública, todas integrantes de uma lista das 200 maiores companhias financeiras daquele país. As

descobrir a extensão da criminalidade do colarinho branco e suas causas,³⁶⁴ e concluiu que pessoas da classe econômica alta praticavam muitas condutas delitivas.³⁶⁵

Os estudos demonstraram que a criminalidade não foi apurada por meio de procedimentos convencionais da lei penal, mas ocultada por meio de procedimentos especiais, previstos nas legislações destinadas a este tipo de crime. Isso significa que, embora sejam delitos, os crimes de colarinho branco não são tratados como tais, o que funciona como um meio de eliminar ou ao menos reduzir o estigma do delito. Sutherland trata o estigma como uma sanção adicional à sanção penal, pois incute no acusado o estereótipo popular de “delinquente”, o rótulo de “criminoso”, fortemente circunscrito às classes sociais mais desprovidas.³⁶⁶

Percebeu-se, outrossim, que as estatísticas oficiais baseavam-se em uma falsa amostra da criminalidade.³⁶⁷ Não obstante se tivesse demonstrado por dados empíricos a enorme proporção deste tipo de delito, na sociedade, a criminalidade dos poderosos era quase que inteiramente descuidada nas estatísticas.³⁶⁸ Mostrou-se quão grande era a divergência entre a criminalidade real e a criminalidade aparente.

Com isso, deu-se conta dos fatores que levavam ao mascaramento das estatísticas em relação ao *white-collar crime*: (i) o poder e a influência política e financeira das pessoas pertencentes à classe econômica alta, que lhes permite contratar bons advogados e influenciar na administração da justiça em seu próprio benefício; e (ii) a existência de leis que se aplicam exclusivamente à criminalidade dos negócios e aos seus agentes, integrantes da classe socioeconômica alta, as quais preveem que suas condutas ilícitas sejam submetidas à jurisdição administrativa ou cível e por isso são excluídas das estatísticas criminais.³⁶⁹

decisões englobavam aquelas proferidas por juízos cíveis, administrativos e criminais, dentre condutas referentes à concorrência desleal, publicidade enganosa, violação da lei de patentes, práticas laborais ilegais, fraudes fiscais, etc. Concluiu-se que, nos últimos 20 anos, todas tinham sido objeto de condenação: o número total de decisões foi 980, o que equivale a uma média de 14 infrações por empresa, com apenas 158 condenações penais. (SUTHERLAND, 2009, p. 17-18). No mesmo vértice: SANTOS, 2001, p. 47.

³⁶⁴ ELBERT, 2009, p. 162.

³⁶⁵ SUTHERLAND, op. cit., p. 24-25.

³⁶⁶ Ibid., p. 75-77.

³⁶⁷ PEREIRA, 2005, p. 47.

³⁶⁸ BARATTA, 2002, p. 71.

³⁶⁹ SUTHERLAND, op. cit., p. 8-9.

Notou-se, destarte, que pessoas de elevado *status* social tinham um tratamento diferenciado daquele reservado aos agentes de crimes pertencentes às classes baixas, o que era explicado, segundo Sutherland, pelo *status* elevado do homem de negócios, pela tendência reducionista do Direito Penal e pelo sentimento desorganizado das pessoas em relação a este tipo de delito.³⁷⁰

O elevado *status* social do agente exerce enorme influência sobre os órgãos de aplicação da lei, que tendem a aplicá-la de acordo com os valores que têm sobre seus infratores. Em relação aos poderosos, os membros das agências oficiais possuem um sentimento que mistura medo e admiração. Isto decorre do fato de serem pessoas bem sucedidas, cultas, estudadas. Por outro lado, há o receio de que, ao se opor aos grandes homens de negócio, em virtude de seu poder e capacidade de represálias, pode-se provocar uma redução das contribuições para os fundos de campanhas eleitorais. A par disso, é de se notar a homogeneidade cultural dos legisladores, juízes e funcionários públicos com a dos empresários, geralmente pertencentes ao mesmo grupo social, com nível superior de estudo e advindos de famílias “idôneas”. São pessoas, portanto, “de bem”, e que não respondem ao estereótipo popular do delinquente. Leva-se em conta, ademais, que muitos membros do governo têm familiares no ramo empresarial e são amigos íntimos de empresários e executivos, ou já exerceram cargos de alto escalão em empresas de grande porte. São pessoas com as quais se identificam e que não podem ser concebidas como delinquentes.³⁷¹

A somar, a sociedade não tem o mesmo sentimento em relação ao crime de colarinho branco, quando comparado com os sentimentos relacionados aos crimes comuns graves (como homicídio, latrocínio). Este sentimento desordenado pode ser explicado pela difusão dos efeitos que decorrem da prática destes crimes, os quais atingem a coletividade de modo ameno ou até mesmo despercebido. Em que pese possam atingir milhares e

³⁷⁰ SUTHERLAND, 2009, p. 79.

³⁷¹ Ibid., p. 79-80, 363. A respeito da influência que os agentes de elevado *status* social exercem sobre os magistrados, Alberto Zacharias Toron aponta que, embora o juiz, no Brasil, não necessite obter apoio para sua candidatura, já que é vitalício, pode ser prejudicado ou beneficiado com promoções e remoções, dadas as eventuais relações dos homens de negócio com a cúpula do Poder Judiciário. Mas a influência vale para os membros do Poder Legislativo que exercem cargos eletivos e titubeiam em cumprir seus deveres para evitar inimizades que dificultem a obtenção de apoio em campanhas eleitorais. No mais, pode-se dizer que todos, juízes, legisladores, administradores, homens de negócio, têm certa homogeneidade cultural — fator que dificulta caracterizá-los dentro do estereótipo de criminoso. É como se o privilégio do clero, na Idade Média, derivado do fato de ser o grupo mais importante da época, fosse transferido para o grupo hegemônico de hoje: os *businessmen*. Essa homogeneidade leva a uma empatia com aqueles agentes e a um sentimento de menor periculosidade, até mesmo de justificação dos motivos que levaram à prática do ato delituoso. (TORON, 1999, p. 76-77).

milhares de pessoas durante longo tempo, é possível que nenhuma delas possa se sentir demasiadamente prejudicada em algum momento. Às vezes, as violações envolvem atos tão complexos que somente podem ser percebidas por *experts* no assunto. Também se pode afirmar que é escassa a divulgação pelos meios de comunicação, que não informam a respeito do cometimento desses delitos, pois além de complicados para serem apresentados como notícia, é provável que os dirigentes das empresas de comunicação também incorram nesse tipo de infração.³⁷² Acrescenta-se que as leis que abordam o assunto, relativamente novas e desconhecidas por parte do público, impedem a compreensão da gravidade das condutas e a consolidação de um sentimento homogêneo de repulsa.³⁷³ Afirma-se, ainda, que o público não encara o homem de negócios como delinquente, pois ele não se encaixa neste estereótipo. Esse conceito público recebe o nome de “*status*” e não está associado à honestidade, mas ao poder, de modo que empresários desonestos por diversas vezes continuam com o *status* elevado mesmo depois de descobertos.³⁷⁴

Essas peculiaridades levam à eliminação da valoração negativa do fato delituoso (o sujeito e a conduta não têm “cara” de criminosos) e à inconsciência da qualidade de vítima do *white-collar crime* (é a difusão da vitimização), e permitem que se tenha uma ideia equivocada de que o *white-collar crime* não é verdadeiramente um crime e que tem gravidade inferior que outras condutas.

3.1.2.3 O crime fiscal como crime do colarinho branco

Partindo-se do conceito de *white-collar crime* formulado por Sutherland — em que o aspecto subjetivo, relacionado com a condição do agente, assume primordial importância —, o delito de sonegação fiscal, tal qual definido na Lei n. 8.137/90 e nos artigos 334, 168-A e 337-A do Código Penal, pode ou não se enquadrar na categoria, desde que praticado

³⁷² Flávia Goulart Pereira, com razão, adverte que, atualmente, vê-se um especial sentimento de reprovação por parte da opinião pública em geral e também por parte de magistrados e membros do Ministério Público em relação aos agentes que cometem crimes por ganância e por ambição. No Brasil, nomes de pessoas importantes e até então respeitáveis figuram no noticiário nacional como de grandes criminosos, inimigos públicos e que devem ser punidos com a máxima severidade, banidos da vida pública e do mundo dos negócios. (PEREIRA, 2005, p. 96). Caso paradigmático no sentido de que se deve punir mais em razão da classe social do agente é o da empresária Eliana Piva de Albuquerque Tranches — o famoso caso “Daslu”. Ela foi condenada a 94 anos e 6 meses de reclusão, devido à prática de crime de quadrilha ou bando, descaminho consumado, por seis vezes, descaminho tentado, por três vezes e falsidade ideológica, por nove vezes.

³⁷³ SUTHERLAND, 2009, p. 83-84. Neste sentido: ANIYAR DE CASTRO, 1983b, p. 80-81.

³⁷⁴ SUTHERLAND, op. cit., p. 339.

por pessoas pertencentes às elevadas camadas sociais, dotadas de respeitabilidade, e no âmbito profissional.

Ressalta-se que a expressão “criminalidade do colarinho branco” ficou associada à ideia de criminalidade econômica pelo fato de o conceito originar-se do estudo das infrações legais cometidas por grandes empresas comerciais e de serviços públicos dos Estados Unidos, sugerindo estreita relação entre criminalidade e estrutura econômica. Naquele país, a expressão é sinônimo de “criminalidade econômica”.³⁷⁵ Como analisado em capítulo anterior, o crime de sonegação fiscal constitui um crime econômico do ponto de vista jurídico-dogmático e, portanto, este é mais um motivo para incluí-lo no rol dos crimes de colarinho branco.³⁷⁶

Acontece que o rol de agentes, no caso do crime fiscal, é mais aberto no que diz respeito à classe social do contribuinte, pois, em que pese o fato de que a sua grande maioria pertença às classes sociais mais abastadas, também pode ser praticado por membros das classes trabalhadoras, por pequenos empresários ou por profissionais liberais.³⁷⁷ E, neste tocante, ganha particular relevância o conceito de “*occupational crime*”.

É que o conceito originalmente sugerido por Sutherland foi retomado, ampliado e aplicado por outros autores a casos não previstos. Dentre esses conceitos, ainda sob o viés criminológico, está o *occupational crime* (ou delinquência profissional),³⁷⁸ o qual inclui, além do *white-collar crime*, o *blue-collar crime*, ou seja, todos os crimes praticados por

³⁷⁵ CASTILHO, 1998, p. 62-63.

³⁷⁶ A classificação do crime fiscal como crime econômico pertence a uma categoria jurídico-dogmática, definida em função do bem jurídico protegido. A classificação do crime fiscal como crime de colarinho branco faz parte de uma definição criminológica, que não se baseia exclusivamente no Direito Penal positivo.

³⁷⁷ MANNHEIM, 1985, p. 754.

³⁷⁸ O conceito de *occupational crime* foi primeiramente atribuído por Clinard e Quinney como os crimes cometidos por indivíduos no seu próprio interesse e no exercício de suas ocupações profissionais, ou delitos praticados por empregados contra seus empregadores; distinto dos *corporate crimes*, que eram os crimes cometidos por funcionários de uma organização no interesse desta. (SANTOS, 2001, p. 76). De acordo com Tiedemann, o conceito de *occupational crime* tem sido empregado de forma crescente na nova literatura anglo-americana e alemã — definição que coloca em evidência a prática do crime no exercício profissional e admite, portanto, que seja cometido não somente por homens de negócio do alto escalão, mas por “trabalhadores braçais”. Referido autor assevera que, ao se privilegiar o caráter profissional e a atividade econômica, o crime de colarinho branco tende a se fundamentar mais com base na particularidade da conduta (o *modus operandi*) e no objetivo de seu comportamento (no modo como se pratica o crime e nos efeitos do ato) e menos na personalidade do autor e em sua posição social de integrante das altas classes. Ele destaca, ademais, uma especial particularidade do delito econômico: o abuso de confiança. (TIEDEMANN, 1986, p. 66).

pessoas no exercício de sua profissão, independente de sua classe e de seu *status* social, em que subjaz abuso em uma relação de confiança.³⁷⁹

Vale lembrar, igualmente, que a prática de um crime fiscal no exercício da profissão é somente uma das formas de cometimento deste delito, pois eles podem ser praticados fora do âmbito profissional, como no caso da evasão fiscal nas declarações de rendimentos pessoais.³⁸⁰

As características específicas do *white-collar crime* ressaltadas por Sutherland, outrossim, aplicam-se integralmente aos crimes de sonegação fiscal,³⁸¹ havendo um evidente tratamento diferenciado de seus agentes em relação aos autores de crimes das classes baixas.

3.1.2.4 A insuficiência da Criminologia de denúncia

Destarte, percebe-se a atualidade da obra de Edwin H. Sutherland, mesmo passados mais de 60 anos, remanescendo a denúncia: é flagrante a desigualdade na aplicação da justiça penal em relação aos poderosos — rol em que estão incluídos os agentes de crimes de sonegação fiscal.

A partir da obra comentada, as bases da Criminologia estabelecida começaram a mudar irrefreavelmente. Desmistificaram-se seus pilares essenciais, que serviam de sustentação ao Direito Penal, pois se reconheceu que a sociedade não funcionava consensualmente, nem igualitariamente, tendo em vista que a lei não alcançava todos os setores por igual — o Direito Penal perdia seu caráter de moral social igualitária. Admitiu-se que o problema básico da conduta delinquente não radicava na doença ou na autodeterminação, mas sim na forma de se estruturar e na forma de atuar do Direito. Reconheceu-se, ainda, que os bens jurídicos tutelados não eram necessariamente os mais importantes, e, finalmente, que o bem e o mal eram mais ubíquos do que o imaginado.³⁸²

³⁷⁹ JENÉ, Carles Viladàs. La delincuencia económica. In: BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Dir.). *El pensamiento criminológico*. Bogotá: Temis, 1983, v. 2, p. 221-243, p. 224.

³⁸⁰ MANNHEIM, 1985, p. 726-727.

³⁸¹ SANTOS, 2001, p. 100-106.

³⁸² ELBERT, 2009, p. 165-166.

Segundo Shecaira, com a teoria de Sutherland configurou-se o aporte inicial de muitas ideias depois desenvolvidas pela Criminologia do conflito,³⁸³ pelo *labelling* e pela própria teoria radical.³⁸⁴ Ao focar a desigualdade no sancionamento de determinados agentes (capazes de manipular o sistema da justiça penal) formulou-se um dado empírico necessário para a crítica do sistema penal, como garantidor do projeto político e econômico das classes hegemônicas de uma sociedade e de certas imunidades estruturais outorgadas a determinadas atividades, a despeito de sua nocividade social, em virtude de sua relação funcional com a estrutura do poder econômico e político.³⁸⁵

Todavia, as ideias de Sutherland permaneceram como uma escola de pensamento que apenas se escandaliza com as desigualdades sociais nos processos de definição do crime e nas práticas judiciais e de aplicação penal, e com o duplo padrão de moralidade da classe dominante.

Taylor, Walton e Young criticam esta Criminologia, afirmando que, embora ela seja útil no desmascaramento da fachada do crime livre da classe dominante, denunciando que as elites de poder econômico e político que fazem as leis são, também, os maiores violadores dela (em práticas geralmente consideradas *white-collar crimes*), baseia-se, em última instância, em uma indignação moral insensata e não teórica. O tema guia parece ser o espanto, simulado ou real, diante dos duplos padrões dos grupos dominantes: valores morais aceitos na sociedade existente são quebrados por membros de grupos que proclamam ser seus guardiões.³⁸⁶

De acordo com os críticos, ela está prejudicada pela ausência de definição clara de seus objetivos políticos e de seus compromissos ideológicos, ou seja, carece de uma estrutura conceitual e metodológica capaz de extrair todas as consequências teóricas e práticas do seu objeto de estudo.³⁸⁷ Isto significa que é uma Criminologia que não propõe

³⁸³ SHECAIRA, 2008, p. 210-212. Shecaira adverte sobre outros méritos importantes da teoria que não podem deixar de ser citados, como o esboço da ideia do que hoje conhecemos como “interesses difusos” e a origem do pensamento relacionado à repressão da criminalidade empresarial através da responsabilidade da pessoa jurídica. No mesmo sentido: ELBERT, 2009, p. 166.

³⁸⁴ DIAS; ANDRADE, 1997, p. 78.

³⁸⁵ VIRGOLINI, Julio E.S. Delito de cuello blanco: punto de inflexión en la teoría criminológica. **Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales**, ano 12, ns. 45 a 48, p. 353-367, 1989, p. 359.

³⁸⁶ TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1980, p. 34-35.

³⁸⁷ SANTOS, 2006, p. 26. Neste prisma: TAYLOR; WALTON; YOUNG, op. cit., p. 39.

alternativas e não formula projetos políticos para modificar e transformar aquela desigualdade que denuncia; ela apenas a delata.

3.1.3 O *labelling approach*: ruptura do paradigma etiológico e surgimento do paradigma da reação social

Outra escola criminológica alvo dos radicais é o *labelling approach*,³⁸⁸ designada por eles como “nova teoria do desvio”. Conquanto de importância substancial, encontra-se, segundo os radicais, limitada.

A partir do *labelling*, o sistema penal, como mecanismo reprodutor da realidade criminal, converteu-se no próprio objeto da Criminologia, e o discurso jurídico-penal ficou irreparavelmente desqualificado pela demonstração incontestável de sua falácia e, conseqüentemente, a Criminologia etiológica, como complemento teórico sustentador desse discurso, viu-se irreversivelmente desmentida.³⁸⁹ No entanto, os críticos censuram a escola por não considerar o fenômeno criminal em uma estrutura social e econômica historicamente determinada.

Referida doutrina, erigida na década de 1960, representou uma das viragens mais significativas da história da Criminologia, a começar pela natureza radicalmente nova das questões formuladas: deixa-se de se reportar ao delinquente ou ao crime para se dirigir, sobretudo, ao sistema de controle, como conjunto articulado de instâncias de produção normativa e de audiências de reação. Em vez de se perguntar “por que o criminoso comete crimes”, passa-se a indagar “por que determinadas pessoas são tratadas como criminosas”, “quais as conseqüências deste tratamento” e “qual a fonte de sua legitimidade”. Não são mais os “motivos” do delinquente, mas, antes, os “critérios” (mecanismos de seleção) das agências de controle social que constituem o campo natural desta Criminologia.³⁹⁰

³⁸⁸ Também chamada de “teoria da rotulação social” ou “etiquetagem”, “teoria interacionista” ou “da reação social”.

³⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Tradução Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopez da Conceição. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 61.

³⁹⁰ DIAS; ANDRADE, 1997, p. 42-44.

Operou-se uma ruptura metodológica e epistemológica com a Criminologia tradicional, representada pelo abandono do paradigma etiológico-determinista, substituído pelo paradigma da reação social.

A Criminologia tradicional e, em boa parte, a Criminologia liberal contemporânea, emprestam do Direito Penal as definições de comportamento criminoso e o estudam como se sua qualidade criminal existisse objetivamente; toma-se por fundamento que as normas e valores sociais transgredidos são universalmente compartilhados, são válidos em nível intersubjetivo e racional e são imutáveis. Diferentemente, os teóricos do *labelling approach* negam que a criminalidade seja um dado ontológico pré-constituído, negam que a desviação seja intrínseca à conduta, mas a definem como qualidade atribuída a comportamentos e a pessoas por instâncias detentoras de um poder de definição e de estigmatização;³⁹¹ conceituam-na como realidade social construída pelo sistema de justiça criminal através de definições e da reação social; o criminoso não é um ser ontologicamente diferente, mas um *status* social atribuído a certos sujeitos selecionados pelo sistema penal, apenas se distinguindo do homem normal devido à estigmatização que sofre.³⁹²

Assim, desloca-se o problema criminológico do plano da ação para o plano da reação social, deixa-se de pesquisar as tipologias biológicas, psicológicas, psiquiátricas e passa-se a pesquisar os processos sociais responsáveis por atribuir a determinados comportamentos a qualidade de desviação.³⁹³

As estatísticas criminais, conseqüentemente, são concebidas como fabricações que, na melhor das hipóteses, podem fornecer uma quantidade daqueles que são rotulados, ou pior, servem para confirmar as mistificações do Estado (que escondem o fato de que não existe critério generalizado que possa gerar quaisquer figuras criminosas).³⁹⁴

³⁹¹ BARATTA, 2002, p. 87-88, 148.

³⁹² Ibid., p. 11.

³⁹³ ANIYAR DE CASTRO, 1983b, p. 135.

³⁹⁴ YOUNG, Jock. Criminologia da classe trabalhadora. In: YOUNG, Jock; WALTON, Paul; TAYLOR, Ian (org.). **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos; Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 73-112, p. 80.

Howard Becker é considerado o fundador dessa perspectiva, que emerge como a mais elaborada construção criminológica da Fenomenologia, e sua obra “*Outsiders*” persiste como central.³⁹⁵

De acordo com Becker, os grupos sociais produzem o desvio ao criarem regras cuja infração constitui o desvio e ao aplicarem essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como *outsiders*. O desvio, dessa forma, não é uma qualidade do ato que a pessoa realiza, mas uma consequência da aplicação de regras e sanções por outros a um transgressor; o desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal.³⁹⁶ Ele assevera:

O desvio não é uma qualidade simples, presente em alguns tipos de comportamento e ausente em outros. É antes o produto de um processo que envolve reações de outras pessoas ao comportamento. O mesmo comportamento pode ser uma infração quando cometido por uma pessoa, mas não quando cometido por outra; algumas regras são infringidas com impunidade, outras não. Em suma, se um dado ato é desviante ou não, depende em parte da natureza do ato (isto é, se viola ou não alguma regra) e em parte do que outras pessoas fazem acerca dele.³⁹⁷

A esse respeito, Becker explica que quem impõe as regras sociais são aqueles que detêm poder político e econômico, aqueles a quem a posição social dá armas e poder para impô-las. E ressalta que inexistente concordância quanto ao que são as regras e como elas devem ser aplicadas em situações específicas, considerando a complexidade das organizações sociais, diferenciadas ao longo de classes sociais, etnias e culturas.³⁹⁸ Em outras palavras, sustenta-se que quem conta com o poder suficiente para configurar as normas criminaliza outros que não possuem tal poder. Daí o interesse no estudo daqueles que fazem e aplicam as normas e no modo como isso incide no comportamento dos afetados.³⁹⁹

Segundo a dinâmica do processo de etiquetamento, praticado o desvio primário, que decorre de uma série de fatores culturais, sociais, psicológicos e sociológicos, advirá drástica mudança na identidade pessoal do indivíduo. A consequência mais relevante é a

³⁹⁵ ANIYAR DE CASTRO, 1983b, p. 98-99.

³⁹⁶ BECKER, Howard S. *Outsiders*: estudos de sociologia do desvio. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 22.

³⁹⁷ Ibid., p. 26.

³⁹⁸ Ibid., p. 27, 30.

³⁹⁹ ELBERT, 2009, p. 171.

atribuição de um novo *status* frente à sociedade: a de desviante. O rótulo de criminoso, por sua vez, põe em movimento vários mecanismos que conspiram para moldar a pessoa segundo a imagem que os outros têm dela, como uma profecia autorrealizadora (*self-fulfilling prophecy*).⁴⁰⁰

O sujeito passa a interagir com esse papel e a atuar segundo essa etiquetagem. Primeiro, ele busca aproximação com os iguais, ingressando em um grupo desviante organizado, pois, tendo algo em comum (o desvio), cria-se um sentimento de destino comum. Assim, desenvolve-se uma cultura desviante: um conjunto de perspectivas e entendimentos sobre como é o mundo e como se deve lidar com ele, e um conjunto de atividades rotineiras baseadas nestas perspectivas. Tais grupos possuem ideologias e fundamentações autojustificadoras que fornecem sólidas razões para se levar adiante a atividade que se iniciou.⁴⁰¹

Isso significa que, estigmatizado como delinquente, o sujeito recebe um *status* social negativo, que condiciona e limita suas possibilidades futuras, forçando-o a aceitar o papel de desviado, a conformar-se e, inclusive, a orgulhar-se dele, assumindo a personalidade que lhe foi atribuída e iniciando uma carreira criminosa.⁴⁰² Este processo em que o desviante está imerso e que o leva para a desviação secundária (reincidência) é chamado de *role engulfment*.

As cerimônias degradantes constituem outro aspecto relevante. Trata-se de processos ritualizados a que se submetem os envolvidos em um processo criminal para despojá-los de sua identidade e atribuir-lhes outra degradada, como a repercussão na sociedade em face da pena de prisão ou da divulgação sensacionalista da mídia. São fatores de um processo estigmatizante ao condenado, que acentuam a carreira criminal e facilitam a reincidência.⁴⁰³

⁴⁰⁰ BECKER, 2008, p. 44.

⁴⁰¹ Ibid., p. 47-48.

⁴⁰² ELBERT, 2009, p. 172.

⁴⁰³ SHECAIRA, 2002, p. 293-297.

3.1.3.1 A limitação da teoria do desvio

A teoria da reação social, além de invalidar a Criminologia tradicional, colocou em discussão o princípio da igualdade.⁴⁰⁴ Percebeu-se a função seletiva do sistema penal, que atua em privilégio de interesses específicos de grupos sociais dominantes e exerce mecanismos de repressão e marginalização em face de outros grupos subalternos.⁴⁰⁵

Esta nova perspectiva foi, de fato, crítica ao Direito Penal e à Criminologia tradicional, inaugurando parâmetros indispensáveis que superaram as tradicionais teorias do consenso e depois foram usados pelos teóricos críticos.⁴⁰⁶ Os próprios radicais reconhecem a contribuição da nova teoria do desvio, que inseriu no mundo da Criminologia a visão pluralista da ação e dos valores sociais.⁴⁰⁷

Jock Young hostiliza essa escola de forma áspera, asseverando que, a despeito de ter descoberto o poder de atribuir a determinadas condutas a qualidade de crime, não havia qualquer desejo de sujar as mãos na luta real. Para ele, o *labelling* se basta com a sugestão de melhorias nas instâncias de controle social, de molde a respeitar o quanto possível o pluralismo cultural e social e, portanto, a manutenção da estrutura social.⁴⁰⁸ Anthony Platt verbera dizendo que as propostas políticas da escola são invariavelmente formuladas dentro da estrutura capitalista e do *welfare state* e, por isso, ajudam a moldá-las aos arranjos políticos e econômicos existentes.⁴⁰⁹

Outra crítica dos radicais ao interacionismo é que ele tem pouco interesse nos crimes sérios e danosos: está engajado com o desenvolvimento de uma Criminologia que

⁴⁰⁴ BARATTA, 2002, p. 113.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 114. Claudia Maria Cruz Santos aduz que as ideias basilares da teoria do etiquetamento foram de certa forma antecedidas por Sutherland: ele destacou a normalidade do delito e a injustiça do não sancionamento dos crimes dos poderosos; apontou o preconceito que se manifestava na criminalização, sendo excluídos da intervenção penal comportamentos mais danosos que os crimes comuns; ressaltou a opção espaço-temporal da conduta criminosa, não mais vista como realidade ontológica; criticou as estatísticas oficiais que não traduziam a criminalidade real, a qual não deixava de ser uma construção social. (SANTOS, 2001, p. 138-139).

⁴⁰⁶ SHECAIRA, 2008, p. 285, 321.

⁴⁰⁷ YOUNG, 1980, p. 78.

⁴⁰⁸ Ibid., p. 83-84. O autor cita, em seu texto, Guldner (1968, p. 121-122), que satirizou os teóricos do *labelling* qualificando-os como guardas de zoológico: pretendem a proteção dos animais, mas não sua soltura, ou seja, a reserva de um espaço social protegido, dentro do qual eles possam ser exibidos sem serem molestados ou mudados.

⁴⁰⁹ PLATT, Anthony. **Towards a New Criminology**, 1973. Paper presented at the 1973 meeting of the Pacific Sociological Association *apud* KRISBERG, 1975, p. 18.

não lida com o crime patrimonial, mas centra sua atenção nos crimes sem vítimas, no uso de entorpecentes, na prostituição, no homossexualismo.⁴¹⁰ Neste tocante, por mais que se falasse em diversidade e em dissenso na sociedade, não se poderia desconsiderar que permanecia uma realidade consensual em relação a determinadas matérias: era notável a reação social uniforme contra várias formas de desvio, especialmente contra os crimes contra a pessoa e a propriedade.⁴¹¹

Baratta assevera que o *labelling*, ao reduzir a criminalidade à definição legal e ao efetivo etiquetamento, oculta a realidade de que existem comportamentos socialmente negativos e que causam sofrimento real, causando óbice para as intervenções socialmente adequadas. Além disso, a escola não desenvolveu, de forma suficiente, a análise das relações sociais e econômicas — o que deveria fornecer a chave das dimensões da questão criminal. Por tal motivo, o autor classificou-a como uma teoria de “médio alcance”. Esta fornece uma série de elementos descritivos dos setores da realidade social examinada, sem dúvida úteis, mas deixa de apreendê-los em suas raízes, de modo contextual e orgânico.⁴¹²

Toda a atenção fixa-se no processo de criminalização em si, sem dar importância às causas estruturais e políticas que o originam, o que termina em uma visão a-histórica da sociedade, sem levar em consideração as condições materiais diversas e historicamente determinadas, que fazem com que este processo se dirija a alguns sujeitos e não a outros.⁴¹³

Nesse vértice, Paul Walton objetou a ausência de considerações sobre o poder, o interesse e a estrutura social na perspectiva interacionista. Para o autor, o enfoque da reação social é um exercício unilateral na desmistificação de alguns dos erros das primeiras sociologias do crime e do desvio.⁴¹⁴ Diz-se que a teoria interacionista é politicamente limitada e historicamente confusa, pois não compreende a estrutura de classes da sociedade, não identifica as relações de poder e de exploração econômica e não toma posição efetiva nas lutas fundamentais da sociedade moderna.⁴¹⁵

⁴¹⁰ KRISBERG, 1975, p. 17.

⁴¹¹ YOUNG, 1980, p. 86.

⁴¹² BARATTA, 2002, p. 98-99.

⁴¹³ PAVARINI, 1996, p. 132-133.

⁴¹⁴ PEARSON, Geoff. A sociologia do desajuste e a política de socialização. In: YOUNG, Jock; WALTON, Paul; TAYLOR, Ian (Org.). **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos; Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 177-202, p. 191.

⁴¹⁵ SANTOS, 2006, p. 24.

Para ultrapassar as teorias de “médio alcance”, reza Baratta, é necessário descer do nível fenomênico da “superfície” das relações sociais ao nível da sua lógica material, o que significa que o fenômeno criminal deve ser interpretado dentro da estrutura social e econômica historicamente determinada em que ele se insere⁴¹⁶ — o que somente é alcançado com a teoria crítica.

3.2 A visão crítica do controle do crime na sociedade capitalista

Como se pôde vislumbrar, a teoria radical se arquiteta sobre severas críticas às teorias positivista, sociológica e fenomenológica.

Segundo os críticos, os modos tradicionais e dominantes do pensamento criminológico têm como compromisso ideológico legitimar o sistema legal, isto é, impor e sustentar a crença de que as instituições políticas existentes são necessárias e as mais adequadas à manutenção da ordem social. De acordo com tal pensamento, que é liberal-burguês, o Estado existe para preservar a ordem e a estabilidade da sociedade civil; o Direito, por sua vez, é concebido como um conjunto de normas estabelecido pelo consenso coletivo, por meio de representantes do povo, protetor dos direitos de todos e promotor da justiça social.⁴¹⁷

Referidas concepções partem de uma visão contratualista do Direito e do Estado oriunda do início do século XVIII, contemporânea às revoluções burguesas.

De acordo com Jean Jacques Rousseau, um dos pensadores iluministas de maior repercussão no estudo das bases contratualistas do pensamento jurídico, os homens, ao deixarem o estado da natureza e reunirem-se em sociedade, o fazem por meio de um pacto — o contrato social. Nesse pacto, cada indivíduo abre mão de parcela de sua liberdade e de sua autonomia pessoal em troca da proteção do Estado, responsável por garantir a convivência pacífica em sociedade, sendo-lhe permitido, ainda, intervir em esferas da vida particular quando necessário. O Estado representa a vontade geral do povo e somente

⁴¹⁶ BARATTA, 2002, p. 99.

⁴¹⁷ QUINNEY, 2002, p. 20-21, 51.

governa à base do bem comum — o que faz por meio da lei. Esta dá existência ao corpo político, conferindo-lhe movimento e vontade.⁴¹⁸

As leis, assim, são expressão da vontade geral, ficando afastada a possibilidade de seleção de condutas em favor ou desfavor de um determinado grupo. A seguinte passagem explicita a igualdade de direitos em que se alicerça o Estado:

Quando digo que o objeto das leis é sempre geral, entendo que a lei considera os vassallos em corpo e as ações como sendo abstratas, jamais um homem como indivíduo, nem uma ação particular. Destarte, pode a lei estatuir perfeitamente que haverá privilégios, mas não pode ofertá-los nominalmente a ninguém; pode a lei instituir diversas classes de cidadãos, assinalar inclusive as qualidades que darão direito a essas classes; mas não pode nomear este ou aquele para ser nelas admitido; pode estabelecer um governo real e uma sucessão hereditária, mas não pode eleger um rei nem nomear uma família real: numa palavra, toda função que se relacione com um objeto individual não pertence de nenhum modo ao poder legislativo. No tocante a esta ideia, vê-se imediatamente não mais ser preciso perguntar a quem compete fazer as leis, pois que elas constituem atos da vontade geral; nem se o príncipe se encontra acima das leis, pois que ele é membro do Estado; nem se a lei pode ser injusta, pois que ninguém é injusto consigo mesmo; nem em que sentido somos livres e sujeitos às leis, pois que estas são apenas registros de nossas vontades.⁴¹⁹

Pela herança iluminista, portanto, acredita-se na existência de um legislador autônomo, representante dos interesses da sociedade e que, colocado em posição de absoluta imparcialidade, opta racionalmente pela classificação das condutas que devem ser eleitas à categoria de criminosas, sem qualquer interesse pessoal ou como estratégia do exercício de poder.⁴²⁰ Daí derivam diversos princípios em matéria penal até hoje vigentes, como a legalidade e a proporcionalidade.⁴²¹

As leis, ademais, servem como baliza intransponível para sua aplicação por parte dos juízes e tribunais na solução de conflitos, os quais, segundo Montesquieu, “não

⁴¹⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores, [s.d.]. Primeira edição francesa: 1762. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2011, p. 9-10, 19, 49.

⁴¹⁹ Ibid., p. 19.

⁴²⁰ MELLIM FILHO, Oscar. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2010, p. 57.

⁴²¹ PAVARINI, 1996, p. 30-31.

deveriam ser mais do que a boca de onde saem as leis”.⁴²² A função do juiz como mero aplicador da lei ao caso concreto constitui garantia dos cidadãos, dada a possibilidade de abusos, o que implicaria na violação do princípio da legalidade.⁴²³

Criou-se, dessa forma, o modelo sociológico do consenso.⁴²⁴ E esse consenso legitima o poder e todas as manifestações de controle do poder. No que diz respeito ao sistema de justiça penal, o Código Penal será incontestado e incontestável, definidor supremo do bem e do mal.⁴²⁵

Todavia, a realidade demonstrou que interesses particulares e distintos do interesse geral motivam a criação das leis e estabelecem critérios de seleção das condutas que constituirão infração penal; que o Código Penal não representa um consenso, mas a garantia preferencial dos interesses da classe dominante;⁴²⁶ e que a aplicação da lei aos casos concretos não se limita a uma mera construção silogística de subsunção do fato à norma, fiel à tripartição dos poderes.⁴²⁷

Os críticos perceberam que as noções burguesas de Estado e de Direito apresentam uma falsa concepção da realidade e, ao contrário do que expõem, beneficiam apenas uma parte dos cidadãos: aqueles que dominam. O Estado é encarado pelos teóricos marxistas como uma criação da classe social que tem o poder de impor sua vontade ao restante da

⁴²² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **The spirit of law**. Tradução Thomas Nugent: 1752. Ontário: Batoche Books Kitchener. 2001. Primeira edição francesa: 1748. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/mc000219.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2011, p. 180.

⁴²³ MELLIM FILHO, 2010, p. 55.

⁴²⁴ Referido modelo parte do pressuposto da existência de uma constelação de valores fundamentais, comuns a todos os cidadãos, que serve de embasamento à ordem social. Estes valores definem o sistema, asseguram a coesão social e são tutelados pelas normas jurídicas. O crime, no caso, é considerado como uma negação desses valores e como uma ameaça ao equilíbrio e ao funcionamento do sistema. (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 252-255 e SHECAIRA, 2008, p. 139).

⁴²⁵ ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 68.

⁴²⁶ Ibid., p. 81.

⁴²⁷ Em contraposição ao modelo do consenso, surge o modelo criminológico do conflito, que pressupõe a existência de uma pluralidade de grupos e subgrupos na sociedade que, eventualmente, apresentam discrepâncias em suas pautas valorativas, sendo que a manutenção da ordem social resta atribuída à força e à coerção impostas por alguns membros (os grupos dominantes) sobre os outros (os dominados). O crime, em consequência, é contemplado como expressão dos conflitos existentes na sociedade, não necessariamente nocivos a ela. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 1992, p. 212-213 e SHECAIRA, op. cit., p. 138-139). Uma das vertentes do aludido modelo é a marxista, representada pela teoria radical; a outra é a não marxista, que tem como principal expoente Ralph Dahrendorf. De modo adverso do que Karl Marx propunha, Dahrendorf concebia que as classes sociais eram definidas pelo critério da autoridade, sendo que a desigualdade na distribuição dessa autoridade era a fonte dos conflitos sociais — que ele acreditava ser universal e inerente às relações sociais. A propriedade dos meios de produção, para o autor, era apenas um caso especial de autoridade. (DAHRENDORF, 1982, p. 127, 146-149).

sociedade; como uma organização política estabelecida pela força e pela coação por aqueles que almejam proteger suas bases materiais e têm o poder econômico de mantê-lo, pois, afinal, possuem os meios materiais para isso. O Direito, a seu turno, configura-se como um aparato para assegurar os interesses da classe dominante — e não os interesses da sociedade como um todo —, além de conferir reconhecimento político aos interesses particulares daqueles que detém o poder e de subministrar mecanismos para o controle forçado e violento sobre o restante da população. No curso dessa batalha, os agentes do Direito (polícia, promotores, juízes, etc.) funcionam como uma força militar usada para proteger tal ordem doméstica, a fim de evitar que as classes dominadas se tornem poderosas ou cheguem ao poder. As taxas de criminalidade, em qualquer Estado, são uma indicação da extensão de como a classe dominante, através do mecanismo da justiça criminal, coage o restante da população, impedindo qualquer ameaça ao seu poder e à sua propriedade.⁴²⁸

Este é o ponto chave para uma crítica radical do crime: o Direito Penal como meio coercitivo para perpetuar a ordem existente em benefício da classe dominante.⁴²⁹

Mas quem é a classe dominante?

Em um Estado capitalista, onde a sociedade é dividida em classes, é aquela que é proprietária e controla os meios de produção e é capaz, em virtude do poder econômico conferido por ser detentora daqueles meios, de usar o Estado em prol de seus interesses.⁴³⁰ Embora possa haver outras classes, como profissionais liberais, pequenos negociantes, intelectuais, é a divisão entre a classe dominante e a subordinada que estabelece a natureza da vida política, econômica e social.⁴³¹

Essa classe, contudo, não exerce o controle direto do sistema legal, mas opera através de mecanismos do Estado, como bem explicita Ralph Miliband, ao estudar a relação entre a classe econômica dominante e o processo de governar: o Estado não é uma coisa existente por si só — é formado por um determinado número de instituições (governo, administração, polícia, exército, Judiciário e unidades descentralizadas de

⁴²⁸ QUINNEY, 2002, p. 51-52.

⁴²⁹ Ibid., p. 52.

⁴³⁰ Ibid., p. 53.

⁴³¹ QUINNEY, 1980, p. 238.

governo) que, juntas, constituem sua realidade e interagem como partes do que se denomina “sistema estatal”. A administração do Estado é composta de uma ampla variedade de corpos burocráticos e departamentos preocupados com a administração da economia, cultura e outras atividades em que está envolvido. Nessas instituições repousa o poder estatal, onde é manejado por pessoas ocupantes de posições de comando. Essas são as pessoas que constituem a elite do Estado e que estão submetidas ao poder econômico, por meio de seus representantes, quando não são os próprios agentes do poder econômico privado que o exercem diretamente. Isso está evidenciado pelo fato de que os homens que ocupam tais posições (ou seja, a elite estatal) provêm, em sua maioria esmagadora, da classe alta, de colégios e universidade elitistas, de profissões liberais da alta classe média, do mundo dos negócios e da propriedade.⁴³²

Não obstante os representantes da elite do poder possam divergir entre si, atuam dentro de um marco comum que elimina outras classes do processo político.⁴³³ Faz-se crer em uma sociedade pluralista, decorrente da representatividade democrática, mas, na realidade, a elite do poder serve à classe alta e não há verdadeira oportunidade para fazer valer a diversidade de interesses ou ideologias. Em uma época em que tanto se preza pela democracia, igualdade, mobilidade social e ausência de classe, permanece, como fato, nos países capitalistas, que a vasta maioria das pessoas são governadas, representadas, administradas, julgadas e comandadas por pessoas extraídas de outras classes econômicas, socialmente superiores e relativamente distantes.⁴³⁴ Ou seja, a classe economicamente dominante é a classe detentora do poder político nas sociedades capitalistas, de modo que é para o Estado que a atenção deve se voltar para se poder compreender a natureza e a operacionalização da ordem legal.⁴³⁵

⁴³² MILIBAND, Ralph. **O Estado na sociedade capitalista**. Tradução Fanny Tabak. Rio de Janeiro: Zahar, 1972, p. 67-87.

⁴³³ QUINNEY, 2002, p. 54. No mesmo sentido: ANIYAR DE CASTRO, 1983b, p. 92.

⁴³⁴ MILIBAND, 1972, p. 87. Richard Quinney expõe sobre a visão de Ralph Miliband em QUINNEY, op. cit., p. 96-97.

⁴³⁵ MILIBAND, op. cit., p. 95. Historicamente, o Estado capitalista é um produto natural da sociedade dividida em classes econômicas. Somente com o surgimento da divisão do trabalho baseado na exploração de uma classe pela outra, e com o fim da sociedade comunal, existiu a necessidade do Estado. O Estado não existiu em todas as sociedades. Ele foi criado pela nova classe burguesa para coagir o restante da população à submissão política e econômica. O fato de ser chamado de democrático não altera seu verdadeiro propósito. Frederick Engels observou, em seus estudos, que o Estado apenas se torna necessário em determinados tipos de sociedade em relação ao seu desenvolvimento econômico. O Estado, apesar de constituir terceira pessoa no conflito entre as classes sociais, insurgiu para proteger e promover os interesses da classe dominante, a classe proprietária e que controla os meios de produção. O Estado continuou como um aparato para assegurar a exploração da classe proletária. A moderna civilização, como a mais pura expressão da sociedade capitalista, é, portanto, fundada na exploração de uma classe pela outra, e o Estado assegura que este arranjo

É por meio do sistema legal que o Estado protege e preserva os interesses da classe dominante e que se institucionalizam e se legitimam as relações de propriedade existentes, assegurando-se, assim, a hegemonia do sistema vigente. O controle da criminalidade, nesta conjuntura, constitui-se como meio coercitivo para reprimir e frear as ameaças aos arranjos econômicos vigentes.⁴³⁶

A solução, destarte, é simplista: proteger e manter a ordem existente por meio do controle do crime — o que se tem feito através de variados métodos, estratégias e instituições, por meio dos órgãos Legislativos, do Poder Judiciário, órgãos da Administração, agentes da polícia, etc. Isso significa que o sistema penal é usado para controlar comportamentos e atividades que ameaçam o sistema capitalista e para reprimir pessoas que questionam sua legitimidade.⁴³⁷

Aniyar de Castro assegura que crer na lei como produto de um consenso é crer na fetichização própria da sociedade capitalista, que manipula esses fetiches. Isso quer dizer que, nessas sociedades, as realidades se transformam em objetos simbólicos, que são aparentemente distintos da essência própria das coisas, para enganar com falsas categorias responsáveis por inverter as categorias fundamentais. Exemplo: por trás das categorias materializadas — preço, moeda e mercadoria —, esconde-se a essência, constituída por relações de exploração entre os homens; por trás da existência da lei, do Estado e da ordem (são as categorias materializadas), encontra-se a essência da submissão político-econômica desses entes à classe dominante. Isso quer dizer que, quando se fala em preço, em moeda e em mercadoria, na realidade se está manipulando o fato de que algumas pessoas trabalham para outras e que estas enriquecem com o trabalho daquelas através da *plusvalia*; quando se fala de lei e de Estado, não há como desvinculá-los das relações de produção (essência) e, como superestrutura, estes reproduzem fielmente a imagem do sistema produtivo (infraestrutura). Aniyar de Castro continua:

O Estado e as Leis são categorias materializadas, são uma fetichização, são uma ilusão de ordem, de estabilidade, de consenso coletivo, de

se perpetue. E o Direito se torna o modo fundamental pelo qual o Estado assegura os interesses da classe dominante. (QUINNEY, 2002, p. 98 e ANIYAR DE CASTRO, 1983b, p. 92).

⁴³⁶ QUINNEY, op. cit., p. 98-99.

⁴³⁷ Ibid., p. 100, 119.

comum acordo. Mas a sua essência está no fato de serem instrumentos para preservar os interesses da classe dominante.⁴³⁸

Com tal enfoque crítico, é possível ver o delito de maneira diferente. Já não interessa tanto saber se o delinquente é diferente dos demais, se existe uma personalidade criminal, se são “maus”. Simplesmente se depara com o fato de que uma categoria de pessoas faz as leis para os outros, e que a justiça e a lei são estratificadas: para o cárcere vão os famintos, os incultos, os miseráveis, os que não têm possibilidades de defesa, os que são rapidamente apreendidos pela polícia, os que não têm como comprar um juiz ou um policial.⁴³⁹

3.3 A gênese crítica: a definição legal de crime e as estatísticas oficiais

A teoria radical questiona um dado sistema legal. Logo, o ponto de partida da crítica não poderia ser outro senão suas normas legais. Examina-se o modo pelo qual tais normas são construídas e sua verdadeira função na sociedade; questionam-se as causas não somente do crime, mas também das normas legais que, em um sentido primário, criam o crime.⁴⁴⁰

Desta forma, os comportamentos definidos legalmente como crimes e sancionados pelo sistema da justiça penal — base epistemológica da Criminologia tradicional — são fortemente problematizados pelos radicais. Essa questão aparentemente neutra e incontroversa da definição legal de crime, ou da atuação da justiça penal, indicada nas estatísticas — que inclui determinadas condutas e exclui outras —, é acusada de manifestar um conteúdo ideológico que condiciona e deforma toda a teoria e a pesquisa.⁴⁴¹ Como tendência geral da Criminologia positivista, ela gera resultados desastrosos para as pretensões científicas, pois ignora que o direito de propriedade é elemento essencial da natureza do crime, desviando-se para explicações individualísticas das diferenças entre criminosos e conformistas.⁴⁴² Tal distorção ideológica não se reduz ao que está excluído da

⁴³⁸ ANIYAR DE CASTRO, 1983b, p. 93.

⁴³⁹ Ibid., p. 94.

⁴⁴⁰ TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1980, p. 56.

⁴⁴¹ SANTOS, 2006, p. 11.

⁴⁴² TAYLOR; WALTON; YOUNG, op. cit., p. 56.

definição legal ou da sanção da justiça penal, mas resulta diretamente do que está incluído nelas e indicado nos registros oficiais sobre o comportamento criminoso.⁴⁴³

Neste tocante, uma das abordagens da Criminologia radical envolve um retorno ao exame empírico de estatísticas oficiais e de outros materiais registrados, com a finalidade de apontar a natureza injusta e classista da definição legal do crime, da imposição da lei e da atividade das agências formais de controle. A concentração é sobre os modos como o sistema penal desproporcionalmente seleciona o despossuído, o pobre, o membro de grupo minoritário e, em geral, a classe mais baixa para punição e controle.⁴⁴⁴

Um simples exame das estatísticas revela a natureza altamente padronizada e de classe da definição legal de crime e da atividade dos aparelhos de repressão penal, concentrada sobre os membros dos estamentos mais pobres. Isso se verificou na análise comparativa feita em capítulo anterior — enquanto figura uma imensa maioria de encarcerados pelo cometimento de crimes contra o patrimônio, os crimes contra a ordem tributária nem sequer estão incluídos na classificação dos dez delitos mais praticados ou no rol de crimes tratados em legislação especial, tão irrisório é o número de presos sonegadores selecionados pelo sistema penal.⁴⁴⁵

Nas sociedades capitalistas, as estatísticas indicam que a imensa maioria dos crimes é contra a propriedade, pois constitui tentativa normal e consciente dos deserdados sociais de suprirem as carências econômicas — e mesmo a violência pessoal está ligada à busca de recursos materiais. Os autores de crimes patrimoniais são invariavelmente pequenos e miseráveis ladrões. Os condenados por crimes de apropriação indébita e estelionato são os pequenos falsários, donas de casa que adquirem mercadorias de consumo doméstico e roupas com cheques sem fundos ou furtados, acanhados empregados que se apropriam de pequenas quantias de que têm a posse para efetuar pagamentos.⁴⁴⁶ Os crimes da classe alta, contudo, também são característicos de uma sociedade envolvida em uma luta pela

⁴⁴³ SANTOS, 2006, p. 11.

⁴⁴⁴ TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1980, p. 39.

⁴⁴⁵ Desde 1971 percebeu-se que 96% das 1,5 milhões de infrações registradas pela polícia britânica foram contra a propriedade. Observou-se que, naquele período, o país contava com uma população de 54 milhões de habitantes, o que representou um aumento de mais ou menos 1.400% sobre o número de crimes registrados em 1901, com um aumento da população, no mesmo período, de menos de 50%. Em 1970, nos Estados Unidos, 7/8 dos registros de crimes pelo Federal Bureau of Investigation (FBI) foram contra a propriedade. (Ibid., p. 36-40).

⁴⁴⁶ MELLIM FILHO, 2010, p. 15.

propriedade, riqueza e autocrescimento econômico. E outra coisa não se poderia esperar de uma sociedade predicada sobre o direito desigual de acumulação da propriedade, onde nascem os desejos legais e ilegais de acumulá-la o mais rápido possível. Entretanto, é claramente perceptível que somente certos tipos de acumulação patrimonial são selecionados para perseguição e punição — o que é demonstrado pela super-representação das pessoas da classe trabalhadora nas estatísticas oficiais em todas as sociedades ocidentais.⁴⁴⁷

No censo penitenciário brasileiro de 1994, admitiu-se que 95% dos presos eram pobres e que 75,85% só dispunham de assistência judiciária gratuita.⁴⁴⁸ Pesquisas feitas em 2008 e 2009, no país, apontaram que mais de 64% dos detentos não completaram o ensino fundamental. Os censos de 2010 e 2011 indicaram que o número permaneceu quase o mesmo nestes anos. Além disso, a porcentagem daqueles que completaram o ensino superior, em todos esses anos, não passou de 1%.⁴⁴⁹

A análise das estatísticas revela a natureza classista do sistema punitivo.

Vale ressaltar que a relatividade do crime — que varia segundo o tipo de sociedade e o estágio de seu desenvolvimento, o que significa a ausência de crimes naturais e de identidade entre criminosos e não criminosos, exceto pela condenação penal — e as chamadas “cifras negras da criminalidade” — que representam a diferença entre a aparência (o conhecimento oficial) e a realidade (volume total) da criminalidade, constituída por fatos criminosos não identificados, não denunciados, não investigados ou mal investigados — já haviam destruído a confiabilidade nas evidências e a validade das teorias da Criminologia tradicional. Estas não poderiam explicar a criminalidade por

⁴⁴⁷ TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1980, p. 40. Neste vértice: SANTOS, 2006, p. 12 e KRISBERG, 1975, p. 94.

⁴⁴⁸ CASTILHO, 1998, p. 45-46.

⁴⁴⁹ Desde 1967, dados oficiais demonstraram que, nos Estados Unidos, onde predomina a pele branca nas classes mais elevadas, existe um enorme número de pessoas negras e originárias dos países subdesenvolvidos nas prisões: enquanto pessoas dos países periféricos constituíam somente 20% do total da população, elas perfaziam mais ou menos 50% da população carcerária daquele país. Retrospectivamente, apurou-se que, em 1960, a população trabalhadora (operários, operadores, artífices, etc.) representava 59% da força de trabalho da sociedade americana e constituía 87,4% da população das prisões. Constatou-se que, na América, como um todo, há mais negros nas prisões do que nas universidades. (TAYLOR; WALTON; YOUNG, op. cit., p. 41). Em 2010, as estatísticas carcerárias brasileiras indicaram que 35% dos detentos tinham a cor de pele branca contra 15% formados por negros e 40% pardos, além de 0,4% com a cor da pele amarela e 0,1% indígena. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2010, p. 4). Em junho de 2011, os registros do Brasil continuaram praticamente os mesmos. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2011, p. 4).

fatores pessoais ou sociais, que seriam os responsáveis pela super-representação das classes dominadas e pela sub-representação das classes dominantes nos registros oficiais.⁴⁵⁰

De tal modo, as cifras oficiais foram definidas pela teoria crítica como produto da luta de classes nas sociedades capitalistas, nas quais os crimes da classe trabalhadora desorganizada (formada por desempregados e marginalizados sociais), integrantes da criminalidade de rua⁴⁵¹ e de natureza essencialmente econômica, são super-representados. Caracterizam-se por constituir uma ameaça generalizada à população, são produzidos pelas camadas mais vulneráveis da sociedade e possuem maior visibilidade, com repercussões diretas e maiores na imprensa, na ação da polícia e na atividade do Judiciário. Paralelamente, os crimes da classe trabalhadora que integra o mercado formal de trabalho (a chamada “criminalidade de fábrica”, como pequenos furtos, danos e apropriações indébitas) não aparecem nas estatísticas, por força da obstrução causada pelos processos criminais sobre os processos produtivos; da mesma forma, a criminalidade da pequena burguesia, formada por profissionais liberais, administradores, etc., geralmente danosa ao conjunto da sociedade, por constituir uma dimensão reduzida da criminalidade do colarinho branco, raramente aparece nos dados oficiais. E a grande criminalidade da classe dominante (burguesia financeira, industrial e comercial), produtora de imensos danos à coletividade, ao patrimônio social e estatal, está excluída das estatísticas, em razão da sua origem estrutural, característica do modo de produção capitalista, e do lugar de classe dos autores, ocupantes de posição de poder econômico e político.⁴⁵²

Constata-se, assim, que a distribuição social da criminalização de condutas varia de acordo com a posição social do autor. E isso orienta a pesquisa da teoria crítica para a base econômica e para as relações de poder na sociedade, que sempre foram excluídas pela Criminologia tradicional: estudam-se as relações de classe nos processos produtivos da

⁴⁵⁰ SANTOS, 2006, p. 12.

⁴⁵¹ A doutrina anglo-saxônica diferencia os *crimes in the suites* dos *crimes in the streets*. Enquanto estes são praticados “na rua” e são objeto de exposição muito maior, naqueles o *modus operandi* implica na falta de visibilidade dos comportamentos delituosos e na dificuldade de sua apreensão, por diversas razões: pressupõem um elevado fluxo de informações e conhecimentos que não estão ao alcance da generalidade dos cidadãos, exige-se perícia para apuração, são praticados “em espaços reservados” e seu agente não necessita recorrer aos métodos dramáticos do delinquente comum.

⁴⁵² SANTOS, op. cit., p. 14.

estrutura econômica da sociedade e nas superestruturas de poder político e jurídico do Estado.⁴⁵³

Barry Krisberg relata como funcionam os privilégios da justiça penal, que se verificam não só nas definições legais, mas em toda a estrutura do sistema punitivo, em função direta com a classe social da pessoa: estudos estatísticos e observações ao sistema penal demonstram que tanto o pobre como os grupos do “terceiro mundo” têm maiores chances de serem considerados suspeitos pela polícia e de serem levados à prisão.

Ações policiais são tomadas fundamentalmente influenciadas por considerações de classe e de *status*. Uma vez presa, a pessoa sem emprego ou sem fontes de renda tem maior probabilidade de ser mantida no cárcere, pois não tem condições de pagar a fiança. Em casos de concessão de liberdade provisória ao agente, os critérios geralmente levam em conta duração do emprego, estabilidade familiar, seu prestígio na comunidade e assim por diante. A posição social determina a possibilidade de se contratar advogado ou de lhe ser nomeado um defensor público. Os defensores públicos, em regra, encorajam seus clientes a assumirem a culpa de uma acusação em troca do arquivamento em relação a outras acusações ou do abrandamento da gravidade.⁴⁵⁴ Isto é frequentemente usado por juízes e advogados como um modo de obter eficiência e redução de gastos processuais. O réu que aproveita um *status* social definido e positivo, sendo visto como um membro respeitável da comunidade, tem maiores chances de ter suas acusações arquivadas ou de poder arcar com os custos de um julgamento, no qual ele tem melhores chances de ser inocentado. Réus privilegiados podem pagar advogados experientes e serviços de investigação particular, além de testemunhos de *experts* — o que influencia significativamente no veredicto.⁴⁵⁵

De maneira similar, a maioria dos juízes e jurados pertence a posições de relativo privilégio e é mais propensa a acreditar no testemunho daqueles em posição e *status* mais próximos deles. Se o réu é condenado pela prática de um crime, sua classe social e variáveis econômicas determinam a severidade da pena aplicada. Por exemplo: a um empresário acusado de sonegação fiscal provavelmente será aplicada pena de multa, suspensão condicional ou livramento condicional; réus pobres e pessoas pertencentes aos

⁴⁵³ SANTOS, 2006, p. 15.

⁴⁵⁴ Observa-se que tal característica é típica de sistemas da *Common Law*.

⁴⁵⁵ KRISBERG, 1975, p. 24-25.

países de “terceiro mundo” são enviados à prisão por crimes que envolvem consideravelmente menos danosidade social. O condenado que pode arcar com tratamento psiquiátrico particular será colocado em liberdade para procurar ajuda; o condenado pertencente à classe proletária será mantido na prisão para receber pequena ou nenhuma ajuda profissional. Uma vez encarcerado, as chances de conseguir emprego, a estabilidade das relações familiares e a submissão à autoridade estatal são fatores considerados para determinar a soltura. Isso significa que em todas as fases do processo legal, as fontes econômicas, o acesso às fontes de poder — como advogados particulares e amigos influentes — e o *status* social do infrator moldam as chances do indivíduo de ter um julgamento justo ou de simplesmente ser conduzido pelo sistema penal.⁴⁵⁶

Todas essas desigualdades não podem ser explicadas como resultado da discricionariedade de policiais, promotores ou juízes. Isso sugere que as diferenças de privilégios estruturais na sociedade circunscrevem a operacionalidade do sistema de justiça penal, que é influenciada e considera fundamentalmente o preconceito de classe.⁴⁵⁷

Como ensina Foucault, seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros. Em princípio, ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas, e, ao contrário, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma. Além disso, nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas é uma categoria social, encarregada da ordem, que sanciona a outra, fadada à desordem.⁴⁵⁸

Logo, desvenda-se uma ordem social latente e imaginária, fundada sobre noções de igualdade e de justiça social, difundida pela ideologia dominante e institucionalizada pelos textos legais, e uma ordem social oculta e real, caracterizada pela desigualdade de fato e pela opressão de classe.⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ KRISBERG, 1975, p. 24-25.

⁴⁵⁷ Ibid., p. 24-25.

⁴⁵⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Tradução Raquel Ramalhe. 38. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010, p. 261.

⁴⁵⁹ SANTOS, 2006, p. 15.

3.4 A ideologia da ordem legal: verdade distorcida

A análise da ideologia do controle do crime e da criminalidade constitui outro tema central da escola crítica. Aspira-se a quebrar a ordem ideológica que construiu uma falsa consciência do crime e do criminoso, e combater, na teoria e na prática, as formas ocultas de dominação.⁴⁶⁰

A ideologia, para a teoria crítica, deve ser entendida nos termos propostos por Marilena Chauí: os homens produzem ideias ou representações pelas quais procuram explicar e compreender sua própria vida individual, social, ou suas relações com a natureza e com o sobrenatural. Essas ideias ou representações, no entanto, tenderão a esconder dos homens o modo real como suas relações sociais foram produzidas e a origem das formas sociais de exploração econômica e de dominação política. Esse ocultamento da realidade social chama-se “ideologia”. Por seu intermédio, os homens legitimam as condições sociais de exploração e de dominação, fazendo com que pareçam verdadeiras e justas.⁴⁶¹

Assim, a ideologia é construída com o objetivo de explicar o mundo e de estabelecer sistemas de valores para a sociedade humana que sirvam como base razoável para as autoridades do Estado e para as estruturas sociais, mas essa explicação é falsa e não corresponde à realidade.

Zaffaroni acentua que, na Criminologia dos nossos dias, tornou-se comum a descrição da operacionalidade real dos sistemas penais em termos que nada têm a ver com a forma pela qual os discursos jurídicos penais supõem que eles atuem. Em outros termos, a programação normativa baseia-se em uma “realidade” que não existe e o conjunto de órgãos que deveria cumprir essa programação atua de forma completamente diferente. E, para verificar esta contradição entre discurso jurídico-penal e realidade, na América Latina, basta uma observação superficial.⁴⁶²

⁴⁶⁰ ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 65.

⁴⁶¹ CHAUI, Marilena de Souza. **O que é ideologia**. São Paulo: Abril Cultural; Brasiliense, 1984, p. 21. Trata-se, segundo Zaffaroni e Pierangeli, do sentido marxista de ideologia, como uma superestrutura que encobre a realidade. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 62).

⁴⁶² ZAFFARONI, 1996, p. 12.

Conforme exposto anteriormente, por meio do Estado a classe dominante monta seu aparelho de coerção e repressão social e exerce o poder sobre toda a sociedade, fazendo-a submeter-se às suas regras políticas e econômicas. O grande instrumento do Estado é o Direito, que estabelece as leis que regulam as relações sociais em proveito das referidas classes. É através do Direito que o Estado aparece como legal, como “Estado de Direito”. Por isso, pode-se afirmar que o papel do Direito e das leis é fazer com que a dominação não seja tida como violenta, mas como legal, e, por ser legal e não uma violência, deve ser aceita, pois se o Estado e o Direito fossem percebidos em sua realidade real como instrumentos para o exercício consentido da violência, evidentemente não seriam respeitados e as classes dominadas revoltar-se-iam.⁴⁶³

Nesta conjuntura, a tarefa da ideologia consiste em impedir essa revolta, fazendo com que o legal apareça para os homens como legítimo, justo e bom — substitui-se a realidade do Estado pela ideia do Estado, substitui-se a realidade da dominação de classe pela ideia de interesse geral encarnado pelo Estado e substitui-se a realidade do Direito pela ideia do Direito, ou seja, a dominação de uma classe por meio das leis é substituída pela ideia dessas leis como legítimas, justas, boas e válidas para todos.⁴⁶⁴ Por isso, a ideologia serve como um instrumento de dominação, impedindo que esta e a exploração sejam percebidas em sua realidade concreta.

Quinney menciona que a manipulação ideológica é o mecanismo de controle capitalista mais sutil. Segundo ele, com a manipulação da consciência é possível perpetuar uma determinada concepção da realidade e legitimar e assegurar a ordem econômica e social vigente.⁴⁶⁵

Inevitavelmente, é a ideologia da classe dominante que prevalece na sociedade capitalista e é tornada senso comum.⁴⁶⁶ Em “A ideologia alemã”, Marx e Engels expõem sobre o tema:

Os pensamentos da classe dominante são também, em todas as épocas, os pensamentos dominantes, ou seja, a classe que tem o poder material dominante numa dada sociedade é também a potência dominante

⁴⁶³ CHAUI, 1984, p. 90-91.

⁴⁶⁴ Ibid., p. 90-91.

⁴⁶⁵ QUINNEY, 2002, p. 137.

⁴⁶⁶ Ibid., p. 138.

espiritual. A classe que dispõe dos meios de produção material dispõe igualmente dos meios de produção intelectual, de tal modo que o pensamento daqueles a quem são recusados os meios de produção intelectual está submetido igualmente à classe dominante. Os pensamentos dominantes são apenas a expressão ideal das relações materiais dominantes concebidas sob a forma de ideias e, portanto, a expressão das relações que fazem de uma classe a classe dominante; dizendo de outro modo, são as ideias do seu domínio.⁴⁶⁷

Krisberg assevera que a classe dominante cria e perpetua o consenso sobre valores e objetivos que moldam o pensamento político, econômico e social, dentre os quais está a crença na representatividade democrática constitucional como a melhor forma de governo; no capitalismo, como único sistema econômico legítimo; no Estado, cujo papel é o de solucionar os conflitos colocados pelo sistema — acrescentando-se que a América (os Estados Unidos da América) é a melhor nação existente na face da terra.⁴⁶⁸

A ideologia dominante do controle social do crime é a ideologia da defesa social, base do positivismo. Baratta reconstrói seu conteúdo nos seguintes princípios: (i) princípio da legitimidade, segundo o qual o Estado está legitimado a reprimir a criminalidade; (ii) princípio do bem e do mal, que considera o delito um mal à sociedade, e, o delinquente, um elemento negativo e disfuncional do sistema; (iii) princípio da culpabilidade, para o qual o delito é resultado de uma atitude interior reprovável, pois se contrapõe aos valores e às normas aceitos consensualmente pela sociedade; (iv) princípio da finalidade ou da prevenção, que afirma que a pena tem a função de prevenir a prática de delitos, além da função retributiva, na medida em que atua como elemento desmotivador da conduta criminosa e serve de instrumento de ressocialização do delinquente; (v) princípio da igualdade, segundo o qual o sistema penal se aplica a todos de modo equânime e o delito é o comportamento de uma minoria desviante; e, por fim, (vi) princípio do interesse social e do delito natural, que prescreve que os crimes ofendem, em última instância, bens essenciais à existência da sociedade, comuns a todos, e que apenas pequena parte decorre de arranjos políticos circunstanciais.⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Disponível em: <<http://pcb.org.br/porta1/docs/aideologiaalema.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2011, p. 29.

⁴⁶⁸ KRISBERG, 1975, p. 70.

⁴⁶⁹ BARATTA, 2002, p. 42-43. Referidos princípios, de acordo com o autor, legitimavam as instituições sociais daquele tempo, atribuindo-lhes funções ideais diferentes daquelas que realmente exerciam.

Tais princípios passaram a fazer parte da filosofia predominante na ciência jurídica e das opiniões comuns, de modo que se concebe que o sistema penal seja regido por estas premissas: ele é imparcial, desinteressado e igualitário; operacionalizado por critérios puramente objetivos; e tem como escopo não apenas prevenir e reprimir o delito — considerado um “mal”, pois se contrapõe aos valores e normas estabelecidos pela lei, fruto da vontade geral coletiva, e porque ofende bens imprescindíveis à convivência pacífica em sociedade, sendo resultado de uma atitude individual reprovável — mas também ressocializar o delinquente.

Entretanto, o controle social (formal) do crime e da criminalidade é realizado de maneira altamente seletiva, interessada e desigualitária. Isso resta claramente demonstrado pelo altíssimo grau de arbitrariedade dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis da sociedade e pela consequente impunidade das pessoas que não lhe são vulneráveis, de modo que não há como deixar de admitir que o poder punitivo se dirige à contenção de grupos bem determinados e não à repressão ou prevenção do delito ou à ressocialização do agente.⁴⁷⁰ Destarte, o sistema penal atua de forma distinta do que se idealiza.⁴⁷¹ A forma aparente de liberdade, igualdade e de justiça social oculta uma realidade de coerção, desigualdade e injustiça.

A esse respeito, a Criminologia radical distingue os objetivos ideológicos aparentes do sistema punitivo — a repressão da criminalidade, o controle e a redução do crime e a ressocialização do criminoso — e os objetivos reais ocultos desse mesmo sistema — a reprodução das relações de produção e da massa criminalizada.⁴⁷²

Jock Young examina a sustentação ideológica da atividade de controle social, explicando que os preceitos da ideologia burguesa contêm um suficiente, embora distorcido, grau de verdade, para serem racionalmente, se bem que erroneamente, acreditados pela maioria da população. Esclarece que esses preceitos atuam sobre os problemas verdadeiramente reais de justiça e de ordem confrontados pela classe trabalhadora; que eles são apontados com um alto grau de unanimidade e com um aspecto de “naturalidade”, negando-se qualquer alternativa à existência; e que são mantidos por

⁴⁷⁰ ZAFFARONI, 1996, p. 27, 40.

⁴⁷¹ CASTILHO, 1998, p. 37.

⁴⁷² SANTOS, 2006, p. 128.

meio de um aparato de controle social real e contemporâneo operante com o fim de controlar e fiscalizar, em particular, os desvios ameaçadores da classe trabalhadora.⁴⁷³

Para o autor,⁴⁷⁴ a ideologia burguesa contém elementos de verdade e toca em interesses genuínos das classes baixas — conquanto de um modo distorcido. Um desses interesses diz respeito à manutenção de uma verdadeira ordem social. Acredita-se que o Direito Penal promove a necessária ordem na sociedade capitalista e, por isso, quando esta ordem entra “em crise”, intensifica-se a ênfase dada ao crime, levando-se a crer que medidas repressivas severas constituam o meio mais efetivo de controle e preservação da ordem social.

De fato, em períodos de crise econômica — em que há piora das condições gerais de trabalho, queda dos níveis salariais e dos padrões de vida e aumento dos níveis de exploração do capital sobre os setores marginais — a criminalidade se torna o tema privilegiado do discurso público, permitindo às elites políticas catalisar, sob a forma de “pânico moral” produzido pelo aumento da criminalidade, inseguranças e medos cuja origem se situa muito mais além.⁴⁷⁵ E, assim, impõem-se linguagens orientadas para a defesa social, para a neutralização do “inimigo público” e para a necessidade de zerar a tolerância para com o delito, justificando-se a “guerra contra o crime”, em movimentos como da “lei e ordem”, e instituindo-se medidas sem a aparência de exploração da população, mas que, na verdade, estão a serviço dos estreitos interesses das classes dominantes.⁴⁷⁶

Para justificar o aumento no uso e o agravamento da sanção penal pelo Estado, nesses períodos, é necessário convencer a população de que seus interesses estão em perigo. Apesar de existirem reais possibilidades de que os cidadãos sejam, de fato, vítimas de atos criminais, a ideologia oficial constrói essa vitimização para justificar determinadas imposições e não outras, e sugere que a ação deva ser tomada em determinada direção.⁴⁷⁷ E isso não exige muito esforço, pois o maior alvo dos delitos é, sim, a própria classe trabalhadora — a grande maioria dos crimes é *intra*classes e não *inter*classes — o que se

⁴⁷³ YOUNG, 1980, p. 94.

⁴⁷⁴ Ibid., p. 94.

⁴⁷⁵ GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 60.

⁴⁷⁶ QUINNEY, 2002, p. 151-152.

⁴⁷⁷ Ibid., p. 149.

revela suficiente para a concordância com as políticas criminais tomadas. Essa classe realmente sofre com o crime, confronta-se diariamente com a experiência do desespero material e suporta as ruínas da desorganização e do individualismo competitivo.⁴⁷⁸

Nesse diapasão, a verdadeira natureza do crime, nas sociedades capitalistas, em função direta com as relações materiais de produção, permanece obscurecida, sendo que a criminalidade é usada como um dispositivo para mascarar as desigualdades estruturais da sociedade.

O problema criminal é percebido como questão emergencial, dentre as prioridades sociais, e outras questões são relegadas a segundo plano. Quanto a esse tema, pesquisas de opinião feitas nos Estados Unidos revelam não só que o crime é considerado como um dos mais sérios problemas domésticos, mas também que a maioria das pessoas está exageradamente preocupada com a segurança pessoal e com a propriedade privada. A criminalidade, assim sendo, atua como mecanismo de dissimulação da realidade subjacente, envolta em problemas sociais causados por diversos outros fatores muito mais importantes, como a desigualdade social, a inflação, o desemprego, a má distribuição de renda e a falta de moradia.⁴⁷⁹

Destarte, é primordial manipular a opinião pública, ou seja, controlar o posicionamento das pessoas em relação ao controle da criminalidade, a fim de dar suporte às políticas governamentais tomadas — medidas penais autoritárias que se acredita serem fundamentais para assegurar a “ordem social”, mas que refletem interesses obscuros daqueles que dominam e governam — e desviar a atenção pública de acontecimentos nacionais relevantes ligados à diferença social e de classes.⁴⁸⁰

Vale ressaltar que os meios de comunicação em massa são os mais importantes transmissores da ideologia oficial à opinião pública — agindo como criadores da ilusão de eficácia dos sistemas punitivos, produtores dos medos (desejados) e dos estereótipos do criminoso —,⁴⁸¹ ao lado de outros agentes informais, que procuram internalizar no

⁴⁷⁸ YOUNG, 1980, p. 94.

⁴⁷⁹ KRISBERG, 1975, p. 64.

⁴⁸⁰ ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 217-218.

⁴⁸¹ Percebe-se que a mídia difunde e propaga a insegurança, retratando o aumento vertiginoso da criminalidade e o modo cruel e violento como os delitos são cometidos, por meio de fotos e vídeos, imagens

indivíduo determinadas pautas de conduta através de um longo processo que vai desde o núcleo familiar, alcança a escola, a igreja e outras instituições que não sofrem interferência estatal.⁴⁸²

A ideologia burguesa também encontra terreno fértil em outra preocupação da classe trabalhadora: a noção de “justiça social”, ou seja, do justo retorno pelo trabalho. Transmite-se a ideia de que todos serão recompensados de acordo com sua utilidade e mérito e que aqueles que burlam essas regras serão punidos. Acontece que a sociedade totalmente meritocrática é impossível no contexto das relações de propriedade existentes e, assim, a exortação em direção à livre competição, com o estímulo do sucesso para aqueles que o fazem, é uma mistificação.

Sobre o tema, fala-se em “mito do mérito”. Propugna-se uma falsa ideia de igualdade concebida como o direito de competir igualmente com outros por uma posição nas esferas social, econômica e política da vida, isto é, uma falsa ideia de igualdade de

e textos. Essa imagem gera sentimentos de agressividade, preconceitos sociais e morais e, principalmente, medo; medo de ser vítima da violência que a mídia propaga. Esses medos são usados para promover campanhas de “lei e ordem”, quando as agências se sentem ameaçadas em seu exercício de poder. (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 378-379). Os programas de entretenimento, como desenhos, filmes, seriados, também reforçam o sentimento de medo, ao ressaltarem o desprezo pela vida humana, pela dignidade das pessoas e pelas garantias individuais, com roteiros de violência e criminalidade. Por outro lado, embora pareça inofensiva, a “comunicação de diversão” introjeta modelos nos planos psíquicos das pessoas. Eles glorificam o violento, o esperto e o que aniquila o “mau”; dividem o mundo entre dois grupos: o dos mocinhos e dos bandidos; estes devem ser eliminados e, aqueles, vencerão sobre os vilões. E acredita-se que a “solução” do conflito se dá através da supressão do “mau”, gerando a ilusão de eficácia do sistema penal. São fabricados estereótipos do criminoso, que permitem uma catalogação que combina com a imagem fabricada — isto é, tal como aqueles que se encontram nas prisões —, deixando de fora outros tipos de delinquência, como a de colarinho branco. Na América Latina, o estereótipo alimenta-se das características de homens jovens das classes mais carentes. (ZAFFARONI, 1996, p. 128-131). Richard Quinney dissecou os conceitos da mentalidade “Dick Tracy” que a mídia propaga em relação à criminalidade, aos criminosos e aos combatentes da criminalidade: (i) aqueles que lutam contra o crime são concebidos como super-homens; (ii) o criminoso é único, diferente, facilmente identificável; (iii) o melhor modo de extirpar o crime é através do uso de truques e armamentos; (iv) o bem sempre triunfa sobre o mal, ou seja, o crime não compensa; (v) membros de minorias étnicas podem lutar contra o crime, mas somente em papel de coadjuvante; (vi) a violência é fundamental no problema do crime; (vii) uniformes, costumes e máscaras conferem anonimato e identidade àqueles que lutam contra o crime e ocultam suas emoções em relação a esta luta; (viii) operar fora da legalidade é o meio mais apropriado de lidar com crimes e criminosos; (ix) há dois tipos de pessoas na sociedade: os mocinhos e os vilões. (CARTER, Robert M. Where Have All the Crime-Fighters Gone? *Gunsmoke Gazette*, v. 1, jan./fev. 1972, p. 9, *apud* QUINNEY, 2002, p. 158).

⁴⁸² Jock Young narra como a sociedade atua na construção da personalidade individual, desde a infância. A pessoa e a cultura da classe trabalhadora da qual ela faz parte são dominadas pela lembrança do preço a ser pago pelo desvio e dissenso. Tal cultura reproduz a desumanidade do desemprego, o estigma da prisão e suas consequências sociais reais, como a redução da possibilidade de emprego e o isolamento pessoal, e está familiarizada com a pobreza e o desespero do *lumpemproletariado*. A recordação e a experiência de tais situações, piores quando comparadas a uma situação de trabalho relativamente benéfica, gera o conformismo, que é mantido pela continuação do sistema de “oportunidades”, controle social e dominação ideológica. (YOUNG, 1980, p. 103). Observa-se que o estudo mais apurado dos agentes de controle social informal foge dos limites deste trabalho.

oportunidades tributária do liberalismo econômico que, no fundo, corresponde a uma ideologia altamente elitista, e estipulam-se critérios meritórios, ao invés de raça, linhagem, ou outros critérios “naturais”, para regular a distribuição desigual de bens da vida. Contudo, as diferenças que realmente determinam a distribuição de recompensas são, na maior parte, socialmente determinadas. Por exemplo: os economicamente poderosos tentam controlar os mercados, não ampliá-los, oportunidades educacionais e de emprego são severamente restringidas por origem de classe e as recompensas são pesadamente distorcidas pelo impacto decorrente da riqueza herdada.⁴⁸³ Mesmo em sociedades democráticas, a noção de igualdade de oportunidades serve mais como uma justificação para as grandes desigualdades estabelecidas sobre a base de classe, raça, sexo, etnia e outros fundamentos.⁴⁸⁴

Com efeito, os fracassados sentem uma indignação moral em face daqueles que têm sucesso material — e isso é percebido quando eles compreendem as reais possibilidades de obter tal êxito. A indignação, contudo, é direcionada contra os criminosos visíveis na imprensa ao invés de contra os criminosos invisíveis de dentro das instituições de privacidade da sociedade burguesa. O criminoso é um bode expiatório extremamente útil para ser posto em uso como alvo para o sentimento de injustiça dos impotentes.⁴⁸⁵

Assim, a ideologia burguesa produz ideias fazendo com que as pessoas, por exemplo, acreditem que são desiguais por natureza e por talentos, mas que a vida social, permitindo a todos o direito de trabalhar, lhes dá iguais chances de melhorar, ou que são desiguais por desejo próprio, pois os que trabalham honestamente enriquecem e os preguiçosos empobrecem, ocultando, assim, que os que trabalham não são senhores de seu trabalho e que, portanto, suas chances de melhorar não dependem deles, mas de quem possui os meios e as condições de trabalho. Ou, ainda, tal ideologia faz com que as pessoas acreditem que são desiguais por natureza e pelas condições sociais, mas que são iguais perante a lei e perante o Estado, escondendo que a lei foi feita pelos dominantes e que o Estado é instrumento destes.⁴⁸⁶

⁴⁸³ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 273-274.

⁴⁸⁴ SCHWENDINGER, Herman; SCHWENDINGER, Julia. Defensores da ordem ou guardiães dos direitos humanos? In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos; Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 135-176, p. 167-168.

⁴⁸⁵ YOUNG, 1980, p. 97.

⁴⁸⁶ CHAUI, 1984, p. 78-79.

Por fim, Jock Young, citando Lukács, afirma que a ideologia tem uma aparência “natural”. O Estado é visto como uma entidade “natural”, como um ambiente necessário para a existência humana, ao qual todos se submetem livre e consensualmente. E, quando a lei é violada (pelo cometimento de um delito), quando esse “ambiente natural” é perturbado, o homem sente-se profundamente violado e considera tal violação catastrófica. Esquece-se que o consenso na sociedade corresponde à uniformidade do modo de produção que domina a ordem social.⁴⁸⁷

Para Quinney, são dois os principais fatores que levam ao triunfo da ideologia burguesa: ela prevalece, primeiro, pelo fato de alternativas à ordem legal não serem percebidas dentro da estrutura capitalista — uma sociedade sem o Direito, não assegurada pelo sistema legal, raramente é sugerida —; segundo, em razão dos esforços empreendidos pela classe dominante sobre a consciência das pessoas, por meio de seus vários mecanismos de comunicação, em que apresenta sua ideologia à população.⁴⁸⁸

Todos esses preceitos sobre a ideologia burguesa e os fatores que a sustentam levam a um estado de contradição. Por um lado, o homem é dominado por uma ideologia conservadora, que é monolítica, amplamente incontestada, e sustentada por um controle social dirigido à contenção daqueles que podem se desviar. Esta ideologia, entretanto, também extrai força do fato de que atua sobre necessidades reais e sobre medos justificáveis. Por outro lado, o conhecimento da realidade contradiz a ideologia — o mundo não é o que pretende ser e o sistema é injusto. E é tarefa da teoria radical estudar os modos como tais contradições podem ser resolvidas e removidas.⁴⁸⁹

3.5 O Direito Penal como o Direito desigual por excelência

Os teóricos radicais também concentraram sua análise crítica em todo o aparato físico e nos mecanismos visíveis do sistema punitivo, como as agências da justiça penal e as prisões, acusadas de se dirigirem contra determinadas pessoas e não contra certos atos.

⁴⁸⁷ YOUNG, 1980, p. 100.

⁴⁸⁸ QUINNEY, 2002, p. 140.

⁴⁸⁹ YOUNG, op. cit., p. 104-105.

Segundo os preceitos da ideologia dominante — de bases positivistas e até hoje prevalentes — o Direito Penal está fundamentado na ideia de igualdade: (i) protege-se igualmente todos os cidadãos contra ofensa a bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos; e (ii) sendo a lei penal igual para todos, todos os autores de comportamentos antissociais e violadores de normas penais têm iguais chances de se tornarem sujeitos do processo de criminalização.⁴⁹⁰

Os radicais opõem-se frontalmente a tais assertivas e mostram que o Direito Penal, não menos desigual do que outros ramos do Direito burguês, é o Direito desigual por excelência. Segundo eles, há o “mito do Direito Penal como Direito igual”.⁴⁹¹

As proposições resultado da crítica são exatamente opostas: o Direito Penal não defende todos, nem somente os bens jurídicos essenciais interessados igualmente a todos os indivíduos, e, quando pune as condutas ofensivas a tais bens, o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; além disso, a lei penal não é igual para todos, pois o *status* de criminoso é distribuído de forma desigual entre as pessoas; e o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso independem da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que essas não constituem a variável principal da reação criminalizante e de sua intensidade.⁴⁹²

A análise da desigualdade do Direito burguês foi aprofundada pelos críticos sob dois pontos de vista, a partir de textos marxistas, em particular a “Crítica ao programa de Gotha”: o civilista do contrato e o da distribuição dos recursos e gratificações sociais. Tais análises foram traspassadas ao Direito Penal.⁴⁹³

O contrato, sob esse ângulo, esconde a contradição entre a igualdade formal dos indivíduos, como sujeitos de direitos no sistema jurídico burguês em abstrato, e a desigualdade substancial nas posições que ocupam como indivíduos reais na relação social de produção. À igual liberdade formal dos sujeitos, no momento contratual da compra e venda da força de trabalho, segue a subordinação e a exploração de um pelo outro, no

⁴⁹⁰ BARATTA, 2002, p. 162.

⁴⁹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y control social. **Cuadernos de Política Criminal**. Madrid, n. 21, p. 719-728, 1983, p. 726.

⁴⁹² BARATTA, op. cit., p. 162.

⁴⁹³ Ibid., p. 162-163.

momento real da produção. Ataca-se, assim, a ideologia do Direito Privado, desmascarando-se a relação desigual que se esconde sob a forma jurídica de um contrato entre iguais. Já pelo aspecto da distribuição, a desigualdade substancial é vista como o acesso desigual aos meios de satisfação das necessidades, o que deriva da lei do valor que preside a troca entre força de trabalho e salário, que é desigual.⁴⁹⁴

Ainda que a crítica marxista tenha se focado na justiça civil burguesa, as relações de desigualdade capitalistas estendem-se à justiça penal, na medida em que existe verdadeira contradição entre a igualdade formal e a desigualdade substancial que, no caso, se manifesta em relação às chances de ser definido e controlado como desviante.⁴⁹⁵

Diante dessa análise, a Criminologia crítica informa que a criminalidade — não mais considerada uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e indivíduos — revela-se como um *status* atribuído a determinados indivíduos mediante uma dupla seleção: (i) a seleção dos bens protegidos penalmente e dos comportamentos ofensivos a tais bens, descritos nos tipos penais; e (ii) a seleção dos indivíduos estigmatizados dentre todos os que realizam infrações a normas penais. A criminalidade, destarte, é um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos.⁴⁹⁶

Trata-se de um sistema penal que se dirige quase sempre contra certas pessoas mais do que contra certas ações.⁴⁹⁷

Aniyar de Castro atribui a esse sistema penal, na América Latina, em que são apontadas desigualdades entre a *dimensão normativa* e a *dimensão efetiva* do Direito, o nome de “sistema penal subterrâneo”. Segundo referido sistema, enquanto o Direito Penal aparente se apresenta como “igual para todos” (como dizem, mais ou menos, todas as Constituições: “independentemente de sexo, raça, ideologia ou condição social”), na verdade não há Direito igual para pessoas desiguais — o que é determinado pela desproteção institucional dos direitos sociais. Por outro lado, há uma seletividade classista do controle da criminalidade, com procedimentos privilegiados, juízos prévios,

⁴⁹⁴ BARATTA, 2002, p. 162-163.

⁴⁹⁵ Ibid., p. 163-164.

⁴⁹⁶ Ibid., p. 160-161.

⁴⁹⁷ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 66.

imunidades, sanções e tribunais diferenciados e não estigmatizantes, sendo que os órgãos institucionais de controle operam sistematicamente em função da seletividade.⁴⁹⁸

A autora assevera que citado sistema subterrâneo opera nos mecanismos de controle social formal através de processos de criminalização de condutas e de indivíduos.

No que diz respeito à criminalização de condutas, enquanto o sistema penal aparente formula expressamente o que é “mau”, nos Códigos, através das incriminações, o sistema penal subterrâneo é o que decretará o que é “bom” e quem são os “bons” no sistema social. Assim, encontra-se uma não criminalização de condutas de grave dano e custo social, características de classes hegemônicas e, em contrapartida, uma criminalização prioritariamente de condutas mais facilmente localizáveis no âmbito das classes subalternas. Essa constatação decorre não apenas das incriminações, mas da maneira como elas se articulam com a rede sancionatória (tamanho e qualidade da pena: penal ou administrativa, civil ou mercantil, estigmatizante ou não). No sistema subterrâneo, ademais, presencia-se uma criminalização, de fato, das dissidências ideológicas, e legislações penais e de “ordem pública” fortemente seletivas, que encaminham ao sistema punitivo aparente membros das classes subalternas. As enormes cifras de detidos provisoriamente, que perfaz 68,47% sobre o total da população privada de liberdade, na América Latina, também representam um sistema sancionatório que funciona à margem das pautas do sistema penal aparente.⁴⁹⁹

Quanto à criminalização de indivíduos, no sistema penal aparente, ela se produz como efeito da condenação penal; no subterrâneo, porém, existe uma criminalização primária exercida através do estereótipo do delinquente como membro da classe baixa, emitido e recebido pela sociedade de maneira bastante orgânica. Outra forma primária de criminalizar subterraneamente é por meio da manutenção da marginalidade social, que priva as grandes massas de sua parcela de direitos humanos individuais e sociais, ao mesmo tempo em que motiva condutas dissonantes com mínimas possibilidades de defesa processual efetiva. No sistema aparente, as coisas se resolvem afirmando o princípio da igualdade perante a lei; no sistema subterrâneo, verificam-se procedimentos seletivos diferenciados e condicionados por razões de classe: uma imensa quantidade de detentos

⁴⁹⁸ ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 128.

⁴⁹⁹ Ibid., p. 128-129.

provisórios oriundos das classes subalternas é mantida no cárcere; essa mesma classe é o principal objeto do controle policial; é sobre ela que incidem mecanismos de reação social e judicial que incentivam uma carreira delitiva. Finalmente, enquanto o sistema aparente prega o direito de defesa, esse é anulado quando as defensorias públicas de presos pobres estão sobrecarregadas e mal têm tempo de ter contato com o cliente.⁵⁰⁰

Portanto, a seletividade, operacionalizada em razão direta com a classe social do agente, está presente em todas as fases do sistema da justiça penal.

Não se olvide que o Direito Penal é considerado um sistema dinâmico de funções e não mais um sistema estático de normas, no qual se distinguem três mecanismos: o de produção das normas (criminalização primária), o mecanismo de aplicação das normas, ou seja, o processo penal, compreendendo a ação dos órgãos de investigação, acusação e julgamento (criminalização secundária) e, enfim, o mecanismo de execução da pena ou das medidas de segurança. E, para cada um desses mecanismos em particular e para o processo, tomado em seu conjunto, a análise teórica e a pesquisa empírica conduziram à crítica do Direito Penal como Direito desigual.⁵⁰¹ Essa desigualdade é manifesta ao se comparar o tratamento dado aos delitos patrimoniais com o dado aos crimes de sonegação fiscal.

3.5.1 A seletividade no momento de criação da norma

Dentre as infindáveis ações humanas, um número determinado de condutas é escolhido para ser objeto de controle e tratamento legal-penal, enquanto fenômenos que interessam ao Estado, pois são considerados imprescindíveis para a convivência pacífica em sociedade — e o critério mais comumente aceito pelos penalistas e doutrinadores para legitimar a criminalização de condutas repousa sobre o conceito de “bem jurídico”.

⁵⁰⁰ ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 130-132. Verifica-se uma desigualdade até mesmo no âmbito das carreiras profissionais, pois o salário do defensor público é o mais baixo das carreiras jurídicas congêneres do Estado, ganhando quatro vezes menos que membros do Ministério Público, no Estado de São Paulo — órgão acusatório no processo criminal e com quem, a princípio, deveria ter “paridade de armas” em todos os aspectos. (NAPOLITANO, Bruno; PORTUGUÊS, Rafael. Quatro anos da Defensoria Pública em São Paulo. **Revista Consultor Jurídico**, jan. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-09/acesso-justica-anos-defensoria-publica-sao-paulo>>. Acesso em: 18 nov. 2011).

⁵⁰¹ BARATTA, 2002, p. 161-162.

Porém, o trabalho de definição dos bens jurídicos e dos comportamentos ofensivos a eles que constituirão infração penal não é feito de forma desinteressada. Na criminalização primária, há uma seleção desigual dos bens protegidos penalmente e dos comportamentos lesivos.

Isso tem a ver com os conteúdos e “não conteúdos” da lei penal.

O sistema de valores expressos no conteúdo das leis penais reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se para atingir as formas de desvio típicas das classes subalternas. Basta pensar na enorme incidência de delitos contra o patrimônio na massa da criminalidade que figura nas estatísticas.⁵⁰²

Mas a seleção criminalizadora ocorre não só com a escolha dos bens jurídico-penais, dos tipos de comportamentos descritos na lei e com a diversa intensidade da ameaça penal, que com frequência independem do maior ou menor dano social que provocam, como também ocorre com a própria formulação técnica dos tipos e dos mecanismos de agravantes e atenuantes. Quando se dirigem para comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas e que contradizem as relações de produção e distribuição capitalista, forma-se uma rede muito fina, enquanto que, quando os tipos penais têm por objeto a criminalidade econômica e outras formas típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder, a rede é muito larga.⁵⁰³

Quanto aos não conteúdos, certo é que estes estão justificados pelo “caráter fragmentário” do Direito Penal, que os juristas frequentemente assumem como um “dado da natureza”. Contudo, a conceituação desse caráter fragmentário baseia-se não na pretensa inidoneidade “técnica” de certas matérias ao controle mediante o Direito Penal (ou na tautológica assunção da relevância penal de certas matérias e não de outras), mas, antes, em uma lei de tendência, que leva a preservar da criminalização primária as ações antissociais realizadas por integrantes das classes sociais hegemônicas ou que são mais

⁵⁰² BARATTA, 2002, p. 176.

⁵⁰³ Ibid., p. 176.

funcionais às exigências do processo de acumulação do capital. Criam-se zonas de imunização para estes comportamentos.⁵⁰⁴

Alberto Silva Franco explica como as forças ideológicas atuaram quando o legislador de 1940 deu cobertura penal ao patrimônio, construindo uma variada tipologia de condutas que lhe são lesivas e que vigora até os dias de hoje. Foi explícita a adesão do legislador à intocabilidade da propriedade privada, considerada fundamento básico do regime capitalista. A estrutura dos crimes patrimoniais atendia, e ainda atende, em suas valorações, à preservação dos direitos patrimoniais dos grupos dominantes em relação aos ataques dos que se encontram nos limites ou fora do sistema social. Dessa forma, é exercido um controle penal rígido sobre os que participam de modo precário dos processos de produção e que, porque não têm nenhuma influência nos centros decisões, não interferem na formação das regras reguladoras das condutas sociais. Tais motivos explicam por que a prática de um furto dificilmente escapa dos tipos qualificados. O Código Penal expressa, sem dúvida, uma identificação quase perfeita entre o delinquente e o marginalizado. Tanto é verdade que a clientela da justiça penal está centrada, preferencialmente, entre os explorados, que formam a população básica dos equipamentos prisionais. A inequívoca procedência dos que povoam, em percentual quase absoluto, os estabelecimentos prisionais — pessoas originadas dos segmentos populacionais menos favorecidos — põe em evidência o estado de miséria social, a situação de abandono cultural e a carência de recursos econômicos indispensáveis ao atendimento das necessidades básicas do ser humano. Tais pessoas não têm motivos, por força do peso das restrições sofridas, para respeitar a ordem de valores que os perpetua naquelas situações deficitárias e que privilegia, de outra parte, integrantes de estamentos sociais superiores.⁵⁰⁵

O quadro, como foi dito, não sofreu alteração de monta até os dias atuais. A confirmação desse posicionamento ideológico mostra-se contundente diante da tutela paradoxalmente preferencial que o patrimônio ocupa dentro do sistema penal e com as respostas punitivas, de particular dureza, destinadas àqueles que lesionam ou tentam lesioná-lo. A hipervalorização desse bem, no ordenamento jurídico vigente, salta à vista,⁵⁰⁶ basta lembrar os inúmeros exemplos citados em capítulo anterior.

⁵⁰⁴ BARATTA, 2002, p. 176.

⁵⁰⁵ FRANCO, 2001, p. 57-58.

⁵⁰⁶ Ibid., p. 57-58.

É visível a extrema facilidade com que as condutas são acomodadas ao tipo legal do furto, por exemplo, cujo núcleo verbal (“subtrair”) dificilmente cria problematizações, inclusive às figuras qualificadas.

E são muitas as qualificadoras definidas para os crimes patrimoniais — circunstâncias que tornam a ação mais gravemente punida. Para o crime de furto, importa mais, objetivando uma mais grave criminalização e punição, a categoria: dos arrombadores de propriedades, dos que abusam da confiança dos proprietários e patrões, bem como dos audaciosos, que escalam muros ou obstáculos e agem com fraude ou destreza, e, por último, dos que agem em concurso com outros. Para todos os indivíduos envolvidos nessas ações, o crime de furto se classifica como qualificado e a pena mínima é o dobro da pena cominada à forma simples do delito, praticado sem tais circunstâncias.⁵⁰⁷

Vê-se que tais qualificadoras já revelam mecanismos de seleção e se apresentam, ademais, como enunciados muito amplos e vagos, a eles podendo amoldar-se a quase totalidade das ações de subtração de objetos, abrindo-se ao intérprete a possibilidade de sua incidência em uma infinidade de situações concretas. A “escalada”, por exemplo, pode ser entendida como aplicável a qualquer situação em que o agente tenha que ultrapassar um obstáculo como um muro ou portão, quaisquer que sejam suas dimensões, a incluir a remoção de telhas de um telhado. O conceito de “chave falsa” — outra qualificadora — pode amoldar-se a qualquer objeto utilizado à guisa de chave, a depender da situação concreta e das pessoas envolvidas.⁵⁰⁸

Semelhante é o mecanismo de seleção no caso da apropriação indébita, pois é improvável que a prática da conduta descrita no tipo do artigo 168 do Código Penal não se enquadre nas hipóteses de agravamento da pena, isto é, quando ocorre em razão de ofício, emprego ou profissão ou na qualidade de depositário, tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante ou testamenteiro — imputável, em tese, a qualquer funcionário, profissional liberal ou pessoa legalmente designada, com acesso à posse momentânea de bens e valores.

⁵⁰⁷ MELLIM FILHO, 2010, p. 62.

⁵⁰⁸ Ibid., p. 62.

É importante ressaltar também que a referência à primariedade como requisito do furto e do estelionato privilegiados constitui inaceitável manifestação do direito penal de autor. Toda responsabilidade penal, onde se inclui a medida da pena, deveria ser estabelecida unicamente em função do desvalor derivado das características da conduta realizada e não de características pessoais do agente.⁵⁰⁹

Por outro lado, quando se trata de criminalizar comportamentos lesivos praticados por indivíduos pertencentes às classes dominantes, como é o caso das sonegações fiscais, cuida-se logo de formular a figura delitiva de forma mais rebuscada, deixando pequena margem de manobra aos aplicadores do Direito, de fixar penalidades mais brandas e de criar estratégias legais de imunização.

Figueiredo Dias e Costa Andrade ressaltam o poder, projetado sobre o processo de criminalização, de grupos de pressão destinados a manipular o conteúdo e a direção da própria lei penal, como acontece com os *white-collar crimes*. Considera-se a “interpenetração de papéis” entre a economia e a política (isto é, o Poder Legislativo e o consequente poder de criminalização e de descriminalização primárias) como uma das principais responsáveis pela escassa presença de delinquentes de *white-collar* nas estatísticas da criminalidade.⁵¹⁰

Nota-se, nos crimes contra a ordem tributária, que as ações, via de regra praticadas por pessoas pertencentes a classes sociais mais elevadas, são de difícil acomodação aos tipos legais, constituindo tarefa árdua para juízes e tribunais, o que facilita sobremaneira as absolvições. Trata-se de distintas possibilidades de condutas, com inúmeros verbos e outras elementares para a subsunção do fato ao tipo — basta ler o artigo 1º e o artigo 2º da Lei n. 8.137/90. Ademais, o perfil punitivo de tal legislação é muito mais branda, tornando extremamente remota, mesmo em tese, a hipótese do efetivo cumprimento da pena privativa de liberdade que possa ser fixada aos seus violadores.⁵¹¹ Vale destacar, ainda, que não se vislumbra qualquer causa de aumento de pena ou qualificadora no crime fiscal.

⁵⁰⁹ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 79.

⁵¹⁰ DIAS; ANDRADE, 1997, p. 387.

⁵¹¹ MELLIM FILHO, 2010, p. 72.

De fato, a formulação técnica das figuras delitivas típicas das camadas mais abastadas dá margem a interpretações mais amplas, enquanto a das figuras delitivas características das classes subalternas é mais simples e mais apertada.⁵¹² O intuito é propiciar maior liberdade de atuação seletiva por parte dos operadores do Direito para realizar aquilo que Foucault define como poder de diferenciação das situações, em que as leis podem ser violadas por uns, ignoradas em favor de alguns e sancionadas em detrimento de outros.⁵¹³

No âmbito dos crimes fiscais, desde que a conduta de sonegar tributos foi penalmente sancionada, inúmeras leis foram e continuam sendo editadas prevendo casos de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, ao passo que a mesma atenção não é dada pelo legislador em relação aos crimes patrimoniais. Quanto a estes, a devolução integral da *res furtiva* ou a reparação do dano apenas constitui causa de redução de pena, se realizada antes do recebimento da denúncia. Medidas despenalizadoras aos agentes da apropriação indébita previdenciária também foram inseridas no Código Penal, ignorando-se sua semelhança com a apropriação indébita “clássica”. A lei, outrossim, ainda que de natureza civil, estabeleceu regras para o ajuizamento de execuções fiscais de débitos tributários, servindo como critério objetivo para definir o que seja bagatela nos crimes de sonegação fiscal, deixando fora da questão os delitos contra o patrimônio, cujo valor da *res*, em regra, não é de grande monta.

Nota-se que a Lei n. 9.099/95 permitiu a aplicação do instituto da suspensão condicional do processo a alguns crimes tributários e deixou à margem quase todos os delitos contra o patrimônio, em que a negociação entre ofendido e autor da conduta punível, visando à reparação do dano, certamente encontraria seu campo mais propício. Isso significa, segundo Oscar Mellim Filho, a definitiva impunidade dos agentes de elevados *status* social em termos de pena privativa de liberdade.⁵¹⁴

Diante desse quadro, constata-se que, desde o primeiro momento, que é o da produção da lei (prosseguindo-se nos mecanismos de aplicação desta e na execução da sanção penal), o sistema penal atua na manutenção e reprodução da ordem exploradora e

⁵¹² KARAM, 1993, p. 86.

⁵¹³ MELLIM FILHO, 2010, p. 65.

⁵¹⁴ Ibid., p. 67, 73.

opressora, que caracteriza a formação social capitalista existente no Brasil. É clara a seletividade classista que opera na definição de bens jurídicos e comportamentos com relevância penal, em defesa dos interesses daqueles que detêm riquezas e poder, pois são exatamente estes que vão, em última análise, definir o que deve ou não ser punido e com qual intensidade.

A lei penal brasileira, desta forma, supostamente representando a coletividade, não se destina a proteger bens e valores essenciais, no sentido de bens comuns a todos os homens, mas tende, sim, a privilegiar os interesses daquela minoria pertencente à classe dominante.⁵¹⁵

Dessa maneira, vislumbra-se uma estratégia político-criminal que corresponde às exigências do capitalismo e baseia-se: (i) sobre a máxima efetividade do controle social das formas de desvio disfuncionais ao sistema de valorização e de acumulação capitalista (delitos contra a propriedade), compatível com a mínima transformação do próprio sistema; e (ii) sobre a máxima imunidade assegurada a comportamentos socialmente danosos e ilícitos, mas funcionais ao sistema vigente ou que exprimem só contradições internas aos grupos sociais hegemônicos (delitos econômicos).⁵¹⁶

3.5.2 A seletividade no momento de aplicação da norma

Sabe-se que os aplicadores do Direito — ao desenvolverem um trabalho de efetiva aplicação da lei penal — exercem verdadeira função constitutiva da criminalidade, atuando como instância de definição das condutas sociais consideradas criminosas e de seleção dos indivíduos que serão etiquetados como delinquentes. Preconceitos e estereótipos guiam a ação de tais órgãos, levando-os a procurar a verdadeira criminalidade, principalmente, naqueles estratos sociais dos quais é “normal” esperá-la.⁵¹⁷

⁵¹⁵ KARAM, 1993, p. 75.

⁵¹⁶ BARATTA, 2002, p. 153. Zaffaroni afirma que o sistema penal criminaliza pessoas do próprio setor hegemônico para que estes sejam mantidos e reafirmados no seu rol e não desenvolvam condutas prejudiciais à hegemonia dos grupos a que pertencem, ainda que tal fenômeno seja menos frequente. (ZAFFARONI, 1998, p. 72). Isso acontece também quando o grupo hegemônico colide com outro poder maior que consegue lhe retirar a cobertura de invulnerabilidade. (ZAFFARONI, 1996, p. 108).

⁵¹⁷ BARATTA, op. cit., p. 176-177.

A posição ocupada na escala social atua como variável predominante e independente na seleção dos indivíduos que são capturados pelo sistema punitivo. As maiores chances de ser selecionado para fazer parte da “população criminosa” aparecem, de fato, concentradas nos níveis sociais mais baixos (subproletariado e grupos marginais). O precário lugar ocupado no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos e que, na Criminologia positivista e em boa parte da Criminologia liberal, são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base da qual o *status* de criminoso é atribuído.⁵¹⁸

Preferem-se pobres, miseráveis, desempregados, negros e mulatos, jovens, contestadores e rebeldes — pessoas cujo perfil pessoal, racial, político e profissional está apropriado a receber as etiquetas do sistema penal.⁵¹⁹

Segundo Michel Foucault, a própria seleção das condutas eleitas à categoria de infrações encobre, na verdade, a seleção dos indivíduos que são alvo da punição e necessitam ser controlados e neutralizados em sua suposta periculosidade; os mecanismos de punição não incidem simplesmente sobre as infrações, mas sobre os indivíduos, não sobre o que eles fizeram, mas sobre aquilo que eles são, serão ou possam ser.⁵²⁰

O estereótipo do delinquente — como alguém pertencente às classes subalternas, de condições afetivas e familiares deficientes, agressivo, incapaz de incorporar-se com sucesso ao aparato produtivo — tem duas funções essenciais, segundo Aniyar de Castro. Uma delas é servir para a suposta maioria não criminosa redefinir-se a si mesma com base na norma que o delinquente violou e para reforçar o sistema de valores dominantes. Assim, o sistema reproduz-se e contribui para delimitar a zona do “bem” e do “mal”, entre “criminosos” e “não criminosos”, liberando a cultura danosa dos poderosos, que estão a salvo por não pertencerem ao estereótipo. Também funciona como “bode expiatório”, uma

⁵¹⁸ BARATTA, 2002, p. 165.

⁵¹⁹ MELLIM FILHO, 2010, p. 28.

⁵²⁰ FOUCAULT, 2010, p. 23.

vez que contra ele se dirige toda a agressividade latente nas tensões de classe — caso contrário, se voltaria contra os detentores do poder.⁵²¹

Em relação à polícia, ela exerce a parcela mais explícita de repressão aos setores mais baixos da sociedade, servindo como correia de transmissão da ideologia e da prática do controle punitivo contra as classes subalternas.⁵²² Jock Young esclarece que a seletividade no trabalho da polícia está voltada, mormente, aos clientes prospectivos:

No tocante à suspeita, a polícia deixou de suspeitar de indivíduos e passou a suspeitar de categorias sociais. Por exemplo, quanto a parar e revistar: é mais efetivo suspeitar das categorias consideradas mais propensas a cometer infrações (*e.g.* negros, irlandeses, homens jovens da classe operária) do que suspeitar de indivíduos. Joga-se o arrastão em águas de resultados mais prováveis e ricos, em vez de se tentar a sorte de achar a “maçã no cesto”, isto é, de efetuar prisões procedendo na base de indivíduo por indivíduo. A velha evocação “prenda os suspeitos de sempre” se transforma em “prenda as categorias de sempre”: suspeita individual passa a ser suspeita categórica.⁵²³

Não são mais tanto as características individuais dos sujeitos que constituem pressuposto e objeto das estratégias de controle, mas sim aqueles indícios de probabilidade que permitem reconduzir determinados sujeitos a classes perigosas específicas. Isso significa, concretamente, que categorias inteiras de indivíduos deixam virtualmente de *cometer* crimes para *se tornarem*, elas mesmas, crime. E é esta mesma categoria de pessoas — identificada como a classe de sujeitos considerada produtora de risco, potencialmente desviante e perigosa para a ordem constituída — que é recrutada para compor a população carcerária.⁵²⁴

Os críticos explicam que a atuação da polícia e a seleção produzida por ela — incidente predominantemente sobre a população pobre, despossuída, marginalizada — espelham as relações sociais e o sistema de que é parte funcional e instrumento de manutenção. A intervenção dos órgãos investigativos representa um ato de poder pessoal, através do qual o Estado garante a reprodução, sem atritos, do sistema econômico-social vigente. Isso significa que a polícia contribui para manter e impor uma ordem social que

⁵²¹ ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 215.

⁵²² *Ibid.*, p. 245.

⁵²³ YOUNG, 2002, p. 74.

⁵²⁴ GIORGI, 2006, p. 98.

aproveita, sobretudo, aos privilegiados nas relações de desigualdade estrutural, que baseiam nesta desigualdade o seu poder econômico e social.⁵²⁵

Ela Wiecko V. de Castilho, em sua tese de doutoramento “O controle penal nos crimes contra o sistema financeira nacional”, expõe como acontece a exclusão de agentes do sistema penal no caso específico da criminalidade econômica, em sua imensa maioria integrantes das classes de poder, em razão da pouca ou nenhuma eficácia da polícia neste segmento. Na pesquisa, demonstrou-se que a investigação de crimes contra o sistema financeiro nacional é morosa, desaparelhada e ineficiente. O tempo médio gasto com a apuração destes delitos é bem elevado e há pequeno número de peritos com profundo conhecimento do mercado financeiro, o que dificulta a obtenção de provas de autoria e materialidade. A morosidade inviabiliza a ação judicial, pela ocorrência da prescrição da ação penal em abstrato, ou prejudica a investigação, pelo desaparecimento das provas. A consequência é o alto índice de arquivamento dos inquéritos.

A autora ressalta aspectos importantes que fazem com que a polícia se afaste das investigações de crimes econômicos. Dentre eles, está o fato de que ela tende a esclarecer uma infração quanto mais “grave” ela for, sendo que o conceito de “gravidade” é influenciado pela subcultura policial, voltada para os crimes *in the streets* — por isso o pouco empenho em crimes de menor envolvimento emocional, como os crimes de colarinho branco. Ademais, essa agência tende a ser compreensiva para com os suspeitos que exibem uma imagem de conformidade com o Direito, geralmente empresários e integrantes das classes mais elevadas. E, quanto maior for o poder e o *status* do infrator, menor será a probabilidade de que ele seja formalmente investigado pela polícia. Por fim, normas criminais decorrentes da política intervencionista do Estado contam com limitada adesão da polícia, o que implica no seu diminuto interesse investigativo.⁵²⁶

No tocante ao Poder Judiciário, um dos fatores considerado pelos críticos como pressuposto de uma justiça de classe é o fato de os juízes serem extraídos de camadas médias e superiores da sociedade e terem, diante de si, predominantemente, indivíduos

⁵²⁵ DIAS; ANDRADE, 1997, p. 469.

⁵²⁶ CASTILHO, 1998, p. 139-140.

pertencentes à classe proletária.⁵²⁷ Apontam-se diversas condições particularmente desfavoráveis em que se encontram os acusados provenientes de grupos marginalizados em face dos acusados de estratos superiores da sociedade: a distância linguística e social que separa julgado e julgador, a menor possibilidade de desenvolver um papel ativo no processo e de servir-se do trabalho de advogados prestigiados, a incapacidade do juiz de penetrar no mundo do acusado e sua tendência a reproduzir as “teorias de todos os dias”.⁵²⁸

Inversamente, a homogeneidade cultural e social dos agentes provindos de classes mais abastadas com os membros do órgão Judiciário age a seu favor. Aqui podem ser incluídas todas as peculiaridades estudadas por Sutherland acerca da seletividade nos processos judiciais em relação aos agentes de elevado *status* social e as diversas formas de influência e resistência que a pessoa está em condições de oferecer ao processo em razão diretamente proporcional à sua classe social.

Pesquisas colocam em relevo as diferenças de atitudes valorativas e emotivas dos juízes em face de indivíduos pertencentes a classes sociais distintas, demonstrando que a posição ocupada pelo agente influencia a apreciação do dolo ou culpa, a análise sintomática do delito em face da personalidade (prognóstico sobre a conduta futura do acusado) e a individualização e mensuração da pena. Quanto a esta última, os critérios de escolha do tipo de sanção funcionam nitidamente em desfavor dos marginalizados, para quem a pena privativa de liberdade tende a ser mais adequada, porque é menos comprometedora para seu *status* social já baixo e porque entra na “imagem” normal do que frequentemente acontece. Essa distribuição desigual da criminalização em desvantagem

⁵²⁷ Maria Lúcia Karam assevera que não é a origem de classe a variável mais importante para o conhecimento e compreensão da atuação dos que exercem a função judiciária. A integração ao aparelho de Estado é que vai reger essa atuação aos níveis político e ideológico, pois, enquanto parte do aparelho de Estado, a forma de exercício da função judiciária não pode deixar de ser estritamente determinada pelo funcionamento de classe desse Estado. A atuação dos integrantes da magistratura, assim, depende do funcionamento concreto do poder de classe do Estado, mais do que da atribuição de classe de seus integrantes individualmente considerados. Além disso, a ideia de alta função social do magistado faz com que seus integrantes se vejam ocupando uma posição superior na sociedade, contribuindo para distanciá-los ainda mais dos condicionamentos originais e do funcionamento político das classes inferiores de que possam ter saído. Por fim, as solenidades que marcam o exercício da função tornam a magistratura um corpo isolado da sociedade, negando-se o aspecto político de sua atividade. Todos esses mecanismos, segundo a autora, são determinantes das atitudes conservadoras e da aplicação acrítica do Direito, da justiça orientada no sentido de realização dos interesses das classes dominantes. (KARAM, 1993, p. 103-106).

⁵²⁸ BARATTA, 2002, p. 177.

dos indivíduos socialmente mais débeis ocorre segundo leis de um código social (*second code*),⁵²⁹ que regula a aplicação das normas em abstrato pelas instâncias oficiais.⁵³⁰

Figueiredo Dias e Costa Andrade assinalam que a força persuasiva dos estereótipos, a que os juízes não estão imunes, age eficazmente na seleção: eles operam em benefício das pessoas que exibem os estigmas da respeitabilidade dominante e em desfavor dos que exibem os estigmas da “associalidade” (isto é, do seu afastamento da sociedade) e do crime.⁵³¹

Isso justifica a jurisprudência dominante nos tribunais nacionais no sentido de beneficiar réus pertencentes aos estratos mais elevados da sociedade, como no caso de extensão da causa extintiva da punibilidade dos crimes de sonegação fiscal ao mero pedido de parcelamento do débito tributário (e não o pagamento), interpretando-se a legislação favoravelmente aos sonegadores; ou na exigência de esgotamento da esfera administrativa fiscal antes da instauração da ação penal, naqueles mesmos crimes, criando-se obstáculo à punição. Em paralelo, decisões judiciais correm desfavoráveis aos agentes de delitos contra o patrimônio, recusando-se a aplicação da analogia *in bonam partem* aos seus autores mesmo quando reparado integralmente o dano à vítima ou devolvida a *res*. Permite-se tão somente a redução da pena, nesses casos, desde que antes do recebimento da denúncia, sem esquecer que os critérios para seu reconhecimento e para a quantificação da redução são bastante severos, exigindo-se presteza no ato e até mesmo espontaneidade ou pessoalidade na reparação.

Outro exemplo de decisão judicial que leva em conta o perfil do acusado é o reconhecimento do estado de necessidade e da inexigibilidade de conduta diversa nos crimes de apropriação indébita previdenciária, quando empresários, em dificuldades financeiras, deixam de repassar aos cofres públicos as contribuições previdenciárias dos empregados, não obstante descontadas de seus salários. Em contraposição, juízes e desembargadores quase nunca consideram a situação financeira precária em que vive a imensa maioria dos agentes de crimes contra o patrimônio e agem com rigidez para o reconhecimento do furto famélico.

⁵²⁹ Esse *second code* é um código ideológico presente na concepção pessoal do juiz acerca do que seja a criminalidade e dos estereótipos que o orientam para prolatar uma decisão.

⁵³⁰ BARATTA, 2002, p. 178-179.

⁵³¹ DIAS; ANDRADE, 1997, p. 541.

No que tange à aplicação do princípio da bagatela para exclusão da tipicidade material, outra coisa não se poderia esperar. Conforme assinalado, normas estabelecendo limites para a cobrança de tributos no âmbito cível funcionam como critério objetivo para estabelecer o que seja bagatela na área penal em relação aos crimes fiscais. Os patamares são de R\$ 1.000,00 para débitos do INSS e R\$ 10.000,00 para débitos da Fazenda Nacional. Mas mais rigorosos são os critérios jurisprudenciais para decidir o que é ou não insignificante nos crimes patrimoniais. Considera-se o valor da *res*, o valor do salário mínimo, que hoje perfaz R\$ 622,00, e a situação financeira da vítima.

Tal é a preferência de juízes e tribunais na condenação de agentes pertencentes aos extratos inferiores da sociedade, ou na punição mais severa, que inúmeras decisões deixam de reconhecer a figura do privilégio ao furto qualificado — o que implica na possibilidade de se lançar ao cárcere uma infindável quantidade de autores de furto qualificado, ainda que primários e de pequeno valor econômico a *res furtiva*.

Constata-se que o sistema penal encontra meios para resolver as infrações cometidas por determinadas categorias de pessoas — os mais abastados — fora da instância penal, ao mesmo tempo em que se facilita a punibilidade das condutas atribuídas aos membros das classes mais débeis.

Zaffaroni e Pierangeli acentuam que o sistema penal seleciona um grupo de pessoas dos setores mais humildes e marginalizados, criminaliza-os e mostra-os ao resto dos setores marginalizados como limites de seu “espaço social”. Ao mesmo tempo, parece que os setores que, na estrutura de poder, têm a decisão geral de determinar o sentido da criminalização, têm também o poder de subtrair-se à mesma (de fazer-se a si mesmos menos vulneráveis ou invulneráveis ao próprio sistema de criminalização que criam). E isso demonstra que o Estado de Direito, cuja máxima fundamental é a submissão de todos ao Direito, não se realiza perfeitamente, mas sempre em graus.⁵³²

Sobre o tema, a tese de doutorado “Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação de pena”, de Fabiana Costa Oliveira Barreto,

⁵³² ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 70.

mostra como o sistema penal está estruturado para violar princípios, permitindo a excessiva prisão provisória nos casos de furto, quando se trata de réus que se enquadram no perfil de vulnerabilidade ao sistema penal, isto é, quando têm o estereótipo de criminosos — pessoas pobres, de baixa renda, pouco escolarizadas, sem condições de contratar advogado particular.

Nessa pesquisa, verificou-se que o perfil predominante das pessoas criminalizadas por furto é: homem (mais de 80%), jovem (mais de 60% dos réus tinham até 29 anos) e com até o ensino fundamental completo; também se observou que os negros e pardos estão sobrerrepresentados em relação à população da região e que a minoria dos réus contrataram advogado particular; sem olvidar o alto índice de réus desempregados, sendo que metade dos empregados percebiam renda mensal de até R\$ 300,00 — todas essas características correspondem ao estereótipo criminal e à maior vulnerabilidade ao sistema penal. Ademais, mais de 2/3 dos casos estudados foram descobertos em razão do flagrante, por se tratar de condutas “toscas e de fácil detecção”, resultado de uma ação não planejada, que facilmente pode ser descoberta.⁵³³

Referido estudo espelha como as características pessoais de determinados acusados, seu passado e o prognóstico sobre seu futuro, influenciam decisões provisórias de juízes e tribunais, nestas situações pontuais, determinando o ingresso de suspeitos no sistema carcerário, por meio de prisões preventivas, antes mesmo de uma condenação.

Logo, pode-se afirmar que o que mais pesa na seleção do sistema penal com vistas à criminalização é a pessoa do sujeito e não a prática do ato em si, o que leva à conclusão de que o antigo paradigma da Criminologia positivista, ancorado na ideia de periculosidade do infrator, embora retoricamente execrado, continua a merecer prestígio na prática judiciária penal de nossos dias.⁵³⁴

Em relação ao Ministério Público, o mesmo se afirma a respeito da influência que os estereótipos e preconceitos exercem na atuação de seus membros. Percebe-se um determinado pensamento criminológico no trabalho realizado pelo Ministério Público,

⁵³³ BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e prisão provisória em casos de furto**: da presunção de inocência à antecipação de pena. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 83-87.

⁵³⁴ MELLIM FILHO, 2010, p. 97.

marcado por seu caráter seletivo e prioritário a certas situações envolvendo pessoas e ações específicas: os integrantes da classe subalterna. Não é à toa que, dentre os sentenciados, 90 a 95% são compostos por absolutamente pobres, consoante os censos realizados pelo Ministério da Justiça.⁵³⁵

Considera-se a variável “classe social” como preponderante na tarefa discricionária de interpretação dos fatos e análise dos indícios e provas pelo *Parquet*, enquadrando-os ou não nos tipos penais para justificar o oferecimento ou não da denúncia e o pedido de condenação ou absolvição, após a instrução probatória.

A avaliação da pessoa do suspeito, seu perfil e antecedentes constituirão um prognóstico importante para a tomada de posição, de teor seletivo. Suspeitos desempregados e sem residência fixa, por exemplo, são mais facilmente enquadráveis nas acusações de crimes patrimoniais, mercê de um natural afrouxamento de rigor probatório, mostrando-se, também, insuscetíveis de receberem benefícios legais. Se presos em flagrante, certamente terão maior possibilidade de permanecerem no cárcere no decorrer do processo, ingressando definitivamente no sistema penal que os poderá transformar de infratores a delinquentes. E quando este órgão age nos processos de execução, em regra, busca-se a eficácia e a efetividade das penas, mais especificamente as penas privativas de liberdade, com o objetivo da permanência dos réus o maior tempo possível dentro da prisão.⁵³⁶

A análise dos discursos desse órgão, contidos nos processos criminais, revela que a atuação dos promotores, em linhas gerais, parece sofrer influência de um forte senso comum, alimentado também pela mídia policial que, de forma maniqueísta, divide claramente a sociedade entre “pessoas de bem” e criminosos. Este mesmo senso comum auxilia na formação de uma concepção penal, com categorias e princípios, que reforça a postura severa e excludente no sentido de considerar fora da sociedade as pessoas selecionadas pelo sistema penal.⁵³⁷

⁵³⁵ KARAM, Maria Lúcia. Expansão do poder punitivo e violação dos direitos fundamentais. **Mundo Jurídico**, 10 nov. 2006. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=870>. Acesso em: 2 set. 2011.

⁵³⁶ MELLIM FILHO, 2010, p. 151-153, 165.

⁵³⁷ Ibid., p. 145.

Vislumbra-se, mais uma vez, o predomínio da ideologia da “defesa da sociedade” na instituição, a clamar por maior segurança e rigor punitivo, aproximando-se da pauta de movimentos, como o da “lei e ordem”, e da mídia policial.⁵³⁸

Assim sendo, uma justiça de classe acaba por conduzir toda a seleção do sistema penal — tanto a operada em nível de criminalização primária como a em nível secundário — de forma a conservar e reproduzir a estrutura da sociedade burguesa.

Não se poderia deixar de citar a ilustração que Juarez Cirino dos Santos faz do fenômeno que denomina de “administração diferencial da criminalidade”:

O processo de criminalização, nos componentes de produção e de aplicação de normas penais, protege seletivamente os interesses das classes dominantes, pré-seleciona os indivíduos estigmatizáveis distribuídos pelas classes e categorias sociais subalternas e, portanto, administra a punição pela posição de classe do autor, a *variável independente* que determina a *imunidade* das elites de poder econômico e político e a *repressão* das massas miserabilizadas e sem poder das periferias urbanas, especialmente as camadas marginalizadas do mercado de trabalho, complementada pelas *variáveis intervenientes* da posição precária no mercado de trabalho e da subsocialização.⁵³⁹

3.6 O sistema carcerário: a função de reprodução das desigualdades das relações sociais capitalistas

Para compreensão da verdadeira função da pena privativa de liberdade — principal forma de sanção penal — a escola radical toma duas direções de investigação. Estuda-se a história das penas — que até então era representada como um progresso da civilização em direção à racionalidade e à humanização da punição — como uma concatenação de estratégias com as quais a ordem capitalista impôs, no tempo, suas formas peculiares de subordinação e repressão de classe; e estuda-se o papel desempenhado pelos aparelhos repressivos e, principalmente, pelo sistema carcerário, em relação ao funcionamento do mercado de trabalho, nas sociedades industriais, e às dinâmicas econômicas atuais.⁵⁴⁰

⁵³⁸ MELLIM FILHO, 2010, p. 182-183.

⁵³⁹ SANTOS, 2006, p. 126.

⁵⁴⁰ GIORGI, 2006, p. 35-36.

A teoria crítica, então, deixando de lado as legitimações ideológicas historicamente atribuídas à pena, constata que a penalidade absorve uma função diversa em relação à função manifesta de controle dos desvios — ela constitui uma construção social por meio da qual as classes dominantes preservam as bases materiais da sua própria dominação. A penalidade passa a inscrever-se no conjunto de instituições jurídicas, políticas e sociais, que se consolidam historicamente em função da manutenção das relações das classes dominantes — o que não poderia deixar de ser, pois, em uma sociedade capitalista, o Direito Penal não pode ser colocado a serviço de um “interesse geral” inexistente, mas é expressão de um poder de classe.⁵⁴¹

George Rusche e Otto Kirchheimer, em “Punição e estrutura social”, foram os primeiros estudiosos que, ao retratarem as diversas formas de punição em períodos históricos determinados, demonstraram a relação existente entre o caráter das penas e as mudanças nas estruturas sociais, econômicas e políticas.⁵⁴²

Segundo os autores, as forças produtivas condicionam as formas específicas de punição:

Todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção. É, pois, necessário pesquisar a origem e a força dos sistemas penais, o uso e a rejeição de certas punições e a intensidade das práticas penais, uma vez que elas são determinadas por forças sociais, sobretudo pelas forças econômicas e, consequentemente, fiscais.⁵⁴³

Em suma, Rusche e Kirchheimer iniciam a história da formação dos sistemas repressivos na Alta Idade Média, cuja economia era agrária-feudal e onde se desconhecía o cárcere como pena autônoma, mas tão somente o cárcere preventivo e o cárcere por dívidas. A pena aplicada, em uma arbitragem privada, era geralmente pecuniária, graduada conforme o *status* social do malfeitor e do ofendido e, no caso de impossibilidade de pagamento, era substituída por castigos corporais, dentre os quais estava o aprisionamento.

⁵⁴¹ GIORGI, 2006, p. 36.

⁵⁴² KRISBERG, 1975, p. 136.

⁵⁴³ RUSCHE Georg; KIRCHHEIMER Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 20-21.

Com o fim do modo de produção feudal, no século XV, e com o desenvolvimento econômico e comercial, as cidades começaram a povoar-se com milhares de camponeses, que acabaram se convertendo em uma multidão de desempregados, pois, além de não serem absorvidos pela manufatura, revelavam-se incapazes de adaptação às novas condições de produção e relutavam em submeter-se à nova organização do trabalho. Para controlar o crescimento da criminalidade entre os setores do proletariado empobrecido, a maior parte contra a propriedade, proliferaram-se as legislações contra a vagabundagem e a mendicância e agravou-se o castigo corporal como punição dos pobres, evoluindo para execuções, banimentos, açoites e mutilações — enquanto os ricos eram apenados com fianças, por possuírem condições financeiras de pagamento.⁵⁴⁴

Com o mercantilismo, no final do século XVI, ocorreu importante modificação nos métodos de punição, como resultado do desenvolvimento econômico que revelava o valor potencial de uma massa de humanos à disposição das autoridades. Adotou-se: a escravidão nas galés, a deportação para colônias e destacamentos militares, além da servidão penal através de trabalhos forçados.⁵⁴⁵

A origem do internamento compulsório ocorreu em 1555, quando, alarmado com a mendicância em Londres, o rei autorizou o uso do castelo de Bridewell para acolher os vagabundos, ociosos, ladrões e autores de delitos de menor importância. Surgiu, assim, a primeira casa de correção (*houses of correction* ou *bridewells*). A instituição, dirigida com mão de ferro, foi criada com o objetivo de limpar as cidades dos indesejados e reformar os internos através do trabalho obrigatório e da disciplina para que, livres, satisfizessem as necessidades da manufatura. Além disso, servia para desencorajar outras pessoas a seguirem o caminho do ócio e da vagabundagem, e para lhes assegurar o autossustento através do trabalho que, em grande parte, era dirigido ao ramo têxtil.⁵⁴⁶

As casas de correção logo se espalharam pela Europa: Hospital General, na França, e Zuchthaus e Spinhuis, na Holanda. É neste país, na primeira metade do século XVII, que as casas de trabalho atingem sua forma mais desenvolvida (as *Rasp-huis*). A função

⁵⁴⁴ RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 23-28. No mesmo sentido: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 34-35.

⁵⁴⁵ RUSCHE; KIRCHHEIMER, op. cit., p. 43.

⁵⁴⁶ MELOSSI; PAVARINI, op. cit., p. 36-38.

fundamental da instituição também era correcional, ou seja, o aprendizado da disciplina capitalista da produção — preparar seus hóspedes a levar uma vida laboriosa de honestidade, por meio do comportamento regrado e da submissão à autoridade. Suas péssimas condições funcionavam como intimidação, já que é preferível aceitar as condições impostas na sociedade livre do que acabar nas casas de trabalho (é o princípio do *less eligibility*).⁵⁴⁷ A reclusão começou, assim, a ser proposta como estratégia de controle das classes marginais e, progressivamente, afirmou-se como a modalidade hegemônica de punição.⁵⁴⁸

Com a Revolução Industrial, no final século XVIII, os fenômenos do urbanismo, do pauperismo e da criminalidade cresceram em uma intensidade até então desconhecida, presenciando-se um aumento considerável dos delitos contra a propriedade — o que gerou um movimento de intensificação do sistema penal e de reintrodução de medidas punitivas severas.⁵⁴⁹ Finalmente, no século XIX o cárcere tornou-se a principal forma de punição do mundo ocidental,⁵⁵⁰ não mais com objetivo disciplinador das massas, mas com um tom cada vez mais terrorista e de mero controle social.⁵⁵¹

⁵⁴⁷ MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 40, 43, 46.

⁵⁴⁸ GIORGI, 2006, p. 41. Rusche e Kirchheimer anotam que, embora houvesse uma distinção teórica entre casa de correção — prisão para ladrões sentenciados, puniguistas e delinquentes graves — e casa de trabalho — destinada a mendigos e a procurados pela polícia —, na prática, a distinção era inútil. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 96).

⁵⁴⁹ Ibid., p. 136-139. As reformas penais que surgiram, com o Iluminismo, como a codificação, o rígido controle sobre autoridades judiciais, a publicidade dos julgamentos, a livre escolha de advogado e a instituição de regras probatórias, visavam, antes de tudo, a assegurar a nova classe emergente, que lutava pelo poder político contra os poderes imoderados da aristocracia e procurava garantias legais para sua própria segurança. E, apesar de instituídas a favor de todas as classes sociais, na prática dificilmente a classe baixa tinha condições de patrociná-las. Por outro lado, a defesa de medidas em favor dos operários, como o afastamento de penas cruéis e violentas e a atenuação da punição, escondia a natureza real de medidas pragmáticas de defesa contra a revolução social e contra atos individuais do proletariado, pois ambos poderiam levar a distúrbios perigosos. (KRISBERG, 1975, p. 150-151 e RUSCHE; KIRCHHEIMER, op. cit., p. 114-116).

⁵⁵⁰ As casas de correção foram substituídas por fábricas, pois o trabalho livre produzia mais que o trabalho na prisão, era mais lucrativo e não era dispendioso ao governo; além disso, a demanda de trabalhadores viu-se satisfeita, surgindo, inclusive, um exército industrial de reserva, tornando-se desnecessárias as medidas coercitivas empregadas no período mercantilista; por outro lado, nova burguesia clamava pela liberdade do comércio e da manufatura e pela livre concorrência (*laissez faire, laissez passer*), reclamando dos privilégios concedidos a poucos. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, op. cit., p. 123-127, 146).

⁵⁵¹ MELOSSI; PAVARINI, op. cit., p. 92-95. No mesmo sentido: RUSCHE; KIRCHHEIMER, op. cit., p. 147-148. O *Panopticon* de Bentham é uma tentativa desse sistema punitivo que busca a capacidade de controlar os subordinados em qualquer momento e em qualquer lugar da instituição — em uma utopia do controle. O *Panopticon* é, ao mesmo tempo, uma ideia arquitetônica e a materialização da ideologia que a sustenta, baseada no princípio do isolamento absoluto continuado — o detento vivia na célula elementar — e no princípio de inspeção — poucos homens mantinham constante vigilância sobre os indivíduos encarcerados. Para Bentham, que era rigorosamente liberal, a essência da pena é constituída, no que diz respeito à relação de trabalho, pela privação da liberdade, entendida como a liberdade de poder contratar. (MELOSSI; PAVARINI, op. cit., p. 70-71). Foi nos Estados Unidos que, finalmente, foi criada a moderna

A análise crítica da pena revela que a finalidade perseguida pelo cárcere, em suas origens, foi a de construir o proletariado; em outras palavras, preparar a classe baixa, os pobres, a aceitar e a obedecer a disciplina da subordinação que os transformava em instrumentos de exploração;⁵⁵² a seguir ordens e a respeitar ritmos de trabalhos regulares e, sobretudo, prepará-la para que estivesse em condições de interiorizar a nova concepção capitalista do tempo — como medida do valor — e do espaço — como delimitação do ambiente de trabalho.⁵⁵³

Vale lembrar que o princípio da troca dos equivalentes é o que tornava a instituição carcerária ideologicamente aceitável, do mesmo modo que tornava “justo” um contrato de trabalho. Assim como se acredita que no contrato de trabalho inexistisse abuso ou excesso, mas, sim, troca entre “iguais” e retribuição ao justo preço (salário por força de trabalho, entre sujeitos livres e iguais), a privação imposta ao preso é representada como uma consequência óbvia e natural da recusa da disciplina do trabalho. Desta forma, enquanto a ideologia contratual-igualitária oculta a realidade de exploração e subordinação que se produz na fábrica, a ideologia retributiva-legalista esconde a realidade de disciplina e violência que se produz no interior da prisão. O objetivo dessa ideologia é reproduzir um proletariado que considere o salário como a justa retribuição pelo seu trabalho e a pena como a justa medida de seus crimes.⁵⁵⁴

Como bem ressaltaram Melossi e Pavarini, a liberdade do trabalhador é expressa, pelo Iluminismo, no conceito de contrato, em que (teoricamente) vige a liberdade de contratar. Mas esta aparente liberdade está irremediavelmente submetida a uma força econômica: a do mercado, em que se permite o controle e a subordinação pessoal e constante do explorado pelo explorador.⁵⁵⁵

penitenciária. As características peculiares da condição colonial dos Estados Unidos e seu avanço industrial, no final do século XVIII, fizeram com que a finalidade reeducativa original (de disciplina) das *workhouses* ou *houses of correction* fosse completamente deixada de lado. A instituição carcerária adquiriu um papel segregador em que eram internados, com fins exclusivamente punitivos, aqueles condenados em relação aos quais não podiam ser atribuídas outras modalidades de sanção. Foram instituídos, naquele país, os dois sistemas penitenciários clássicos de Filadélfia e de Auburn; o primeiro, caracterizado pelo confinamento solitário; o segundo, com confinamento solitário à noite e trabalho coletivo nas oficinas durante os dias. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 179-183).

⁵⁵² MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 47, 211-212.

⁵⁵³ GIORGI, 2006, p. 44-45.

⁵⁵⁴ Ibid., p. 46-47.

⁵⁵⁵ MELOSSI; PAVARINI, op. cit., p. 51.

A privação da liberdade como pena é um modelo decorrente do “contrato social”, advertem Zaffaroni e Pierangeli: se a sociedade é estabelecida por um contrato e alguém pretende alcançar a riqueza por algo não autorizado, viola aquilo que o contrato preceitua. A sanção é a reparação, a indenização. Quando não o faz, é forçado a fazê-lo ou é expropriado de algo de valor. Mas quando os homens da massa criminalizada nada possuem, o que deles pode ser expropriado? É a única coisa que podem oferecer no mercado, qual seja, sua capacidade de trabalho, sua liberdade. Esse modelo coincidia com as práticas comerciais do momento, uma vez que a privação da liberdade podia ser medida no tempo, concebido este como algo linear, que se projeta do passado ao futuro e, portanto, da mesma forma com que se mediam as mercadorias e a moeda.⁵⁵⁶

Uma vez que todas as formas de riqueza social são desenvolvidas pelo trabalho humano medido no tempo, tempo é dinheiro e, considerando que qualquer bem que tenha sido afetado pelo delito pode ser avaliável economicamente em uma sociedade baseada na troca, um tempo determinado a ser descontado (trabalhando) na prisão pode perfeitamente pagar a ofensa cometida.⁵⁵⁷

O nascimento da prisão, portanto, coloca-se na passagem de um regime penal em que a destruição do corpo do condenado refletia o poder absoluto do monarca para uma forma de punição que poupa o corpo a fim de que, na sua produtividade, evidencie o poder econômico do capitalista.⁵⁵⁸

O cárcere, outrossim, reafirmava (e ainda reafirma) a distinção entre o universo dos proprietários e o dos não proprietários. Ele tem como objetivo preciso a reprodução da ordem social burguesa: os criminosos não proprietários devem ser educados ou reeducados a serem um proletário socialmente não perigoso, isto é, ser não proprietário sem ameaçar a propriedade.⁵⁵⁹

⁵⁵⁶ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 228-230.

⁵⁵⁷ MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 115.

⁵⁵⁸ GIORGI, 2006, p. 40.

⁵⁵⁹ MELOSSI; PAVARINI, op. cit., p. 216.

Neste tocante, nunca é demais lembrar que desde as revoluções burguesas a propriedade se tornou o maior interesse da classe dominante⁵⁶⁰ — valor de mesma hierarquia que a liberdade individual, porquanto, frente à sua ofensa, o resultado natural é a privação da liberdade. Beccaria enfatizava que o roubo, cometido sem violência, deveria ser punido com pecúnia, pois aquele que rouba o bem de outrem deve ser despojado do seu e empobrecer. Mas, como este é comumente o delito da miséria e do desespero, cometido pela classe de homens infortunados, a quem o direito de propriedade reservou existência precária, e como a pena pecuniária pode atingir mais pessoas além do réu, privando de pão sua inocente família, a sanção mais apropriada é essa espécie de escravidão temporária, que torna a sociedade senhora absoluta da pessoa e do trabalho do culpado, para que este possa ressarcir-la do dano que causou e da violação do pacto social.⁵⁶¹

Por fim, cabe citar o estreito laço que a análise crítica da prisão estabeleceu entre a “lógica do mercado livre” e a “lógica institucional”. Nessa ligação, o universo institucional da prisão vive, de forma reflexa, os acontecimentos do mundo da produção, oscilando entre instâncias negativas — cárcere destrutivo, com finalidades terroristas, quando a oferta de trabalho excede a demanda, causando desemprego e queda do nível salarial — e instâncias positivas — cárcere produtivo, com finalidades reeducativas ao mercado livre, quando a oferta de trabalho se equilibra e há um aumento do nível salarial.⁵⁶²

O nexos histórico entre cárcere e fábrica e entre introdução do sistema carcerário e transformação de uma massa indisciplinada de camponeses, expulsa do campo e separada dos meios de produção, em indivíduos adaptados à disciplina fabril, conquanto tenha sido fundamental para compreender a finalidade do cárcere, quando do surgimento da sociedade capitalista, mostra-se insuficiente em uma fase mais avançada. Porém, permanece como matriz histórica da prisão e, de tal modo, continua a condicionar sua existência.⁵⁶³

⁵⁶⁰ No Contrato Social de Rousseau, o direito de propriedade é uma garantia concedida pelo Estado aos contratantes, ao lado da liberdade civil: “O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e pode alcançar; o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Para que não haja engano em suas compensações, é necessário distinguir a liberdade natural, limitada pelas forças do indivíduo, da liberdade civil que é limitada pela liberdade geral, e a posse, que não é senão o efeito da força ou do direito do primeiro ocupante, da propriedade, que só pode ser baseada num título positivo.” (ROUSSEAU, 1762, p. 12).

⁵⁶¹ BECCARIA, César. **Dos delitos e das penas**. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores, [s.d.]. Primeira edição italiana: 1764. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2011, p. 49.

⁵⁶² PAVARINI; MELOSSI, 2006, p. 211-212.

⁵⁶³ BARATTA, 2002, p. 166-167.

No século XX, emerge um modelo de controle social não mais disciplinar e reeducativo. Está em andamento um processo de transformação global da economia e de mudança da produção capitalista: o capital não é apenas transnacional, mas global; criou-se um espaço de valorização no qual não existem fronteiras, instituições nacionais soberanas e delimitações territoriais do poder; é um “espaço liso”, no qual circulam fluxos de dinheiro, força de trabalho e informação. Presencia-se a passagem de um regime de pleno emprego para um regime em que o desemprego é um fato estrutural, a passagem de uma economia orientada para a produção para uma economia da informação e a passagem da centralidade da classe operária para a constituição de uma força de trabalho global.⁵⁶⁴

De Giorgi explana que no desenvolvimento do sistema capitalista tardio forma-se um *surplus population* — ou seja, uma força de trabalho em excesso no que tange à absorção do mercado de trabalho —, formado por grupos sociais marginais que se ampliam cada vez mais em consequência do aumento do desemprego, da precarização do trabalho e do empobrecimento de massa. Trata-se de uma reedição do “exército industrial de reserva” marxista — uma massa de trabalhadores muito numerosa e, ao mesmo tempo, extremamente eficaz como instrumento de controle das reivindicações salariais da força de trabalho ativa.⁵⁶⁵

Essas alterações no mercado de trabalho atingem diretamente a instituição carcerária, que assume um papel central na nova política de gestão da miséria: de neutralização e contenção da população excedente. O sistema penal é o recurso moderno para o controle e supervisão do excesso de mão-de-obra, tido como perigoso. Por outro lado, a prisão não perde sua função subalterna na organização capitalista do trabalho, pois serve para fazer a população perigosa respeitar a lei e para intimidar toda uma classe de subempregados insatisfeitos, reafirmando a legitimidade e a autoridade estatal em face daqueles que contestam a “igualdade” sobre a qual se funda a sociedade.⁵⁶⁶

⁵⁶⁴ GIORGI, 2006, p. 64-66.

⁵⁶⁵ Ibid., p. 48, 96-97.

⁵⁶⁶ CYMROT, Danilo. As novas funções da prisão na ordem neoliberal. **Revista Internacional Direito e Cidadania**, n. 10, jun./set. 2011. Disponível em: <<http://www.reid.org.br>>. Acesso em: 05 out. 2011, p. 3-4. Neste vértice: GIORGI, 2006, p. 28, e WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 331.

A partir da década de 1970 e 1980, percebeu-se, outrossim, uma mudança significativa na relação entre instituições sociais e instituições penais na gestão da pobreza. As populações problemáticas passaram a ser geridas cada vez menos por instrumentos de regulação social da pobreza e cada vez mais pelos dispositivos da repressão penal do desvio, do que deriva a transição de um “Estado social” para um “Estado penal”.⁵⁶⁷

Pesquisas mostram o brutal encarceramento nos Estados Unidos a contar daquela época. Partindo de menos de 380 mil detentos em 1975, o número de pessoas atrás das grades beirava os 500 mil em 1980, para chegar a mais de um milhão em 1990. E continuou a aumentar em um ritmo de 8% ao ano, em média, ou seja, 2.000 detentos a mais por semana, durante a década de 1990, de tal modo que, em junho de 2000, os Estados Unidos contavam com 1.931.850 prisioneiros.⁵⁶⁸ E isso também foi verificado na Europa. De 1996 a 2006, as taxas de aprisionamento aumentaram 40% na Itália, Inglaterra e França, 140% em Portugal e 200% na Espanha e nos Países Baixos.⁵⁶⁹ A este período correspondeu uma redução também vertical do amparo às famílias pobres, da assistência social e da ajuda aos desempregados. No Brasil, as taxas de encarceramento também apresentaram um abrupto aumento de 450% entre os anos de 1990 e 2010, contra um aumento populacional de 26,7% no mesmo período, sendo que houve um acréscimo de 221% no número de unidades prisionais no país: em 1990, o país contava com 500 unidades, que alcançaram 1.606 no ano de 2009.⁵⁷⁰

O Estado social atrofia-se, ou seja, desincumbe-se da economia e de sua missão de proteção e de providência social, com o recuo de programas de bem-estar social (educação, saúde, moradia, transporte), e ascende o Estado penal, para o qual a criminalização da marginalidade e a contenção punitiva das categorias deserdadas fazem as vezes da política social na extremidade inferior da estrutura de classe.⁵⁷¹ Substitui-se o direito à assistência

⁵⁶⁷ GIORGI, 2006, p. 96-97.

⁵⁶⁸ WACQUANT, 2007, p. 207.

⁵⁶⁹ GIORGI, op. cit., p. 96.

⁵⁷⁰ GOMES, Geder Luiz Rocha. **Encarceramento feminino**: realidade brasileira. Palestra apresentada durante o Encontro Nacional do Encarceramento Feminino, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça, em 29 jun. 2011, Brasília. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/eventos/encarceramentofeminino/apresentacao.gederrocha.encarceramentofeminino.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2011.

⁵⁷¹ WACQUANT, op. cit., p. 86. O autor explica que, a despeito da desigualdade social e da insegurança econômica terem aumentado nas três últimas décadas do século XX, o Estado caritativo estadunidense reduziu seu campo de intervenção a fim de satisfazer o explosivo aumento das despesas militares e a redistribuição das riquezas dos assalariados em direção às empresas e às frações afluentes das classes privilegiadas. Houve degradação das condições de emprego, diminuição dos contratos de trabalho, queda dos

social (*welfare*) pela obrigação ao trabalho sub-remunerado (*workforce*), e a população despossuída, os excedentes da classe operária, a *underclass*, que insistem em agir contra seu ambiente social e essa nova norma da cidadania, são neutralizados e estocados fisicamente no cárcere.⁵⁷²

O sistema punitivo funciona, nessa conjuntura, como técnica de invisibilização dos problemas sociais que o Estado não pode e não se preocupa mais em tratar, e aparece como remédio para a restauração da ordem social, com políticas de “tolerância zero”.⁵⁷³

A racionalidade que fundamenta as novas estratégias de severidade punitiva e de excessivo confinamento não é mais disciplinar, mas “atuarial”. Tais estratégias caracterizam-se cada vez mais como dispositivos de gestão de risco e de repressão preventiva de populações consideradas portadoras desse risco. Não se trata de prender criminosos perigosos individuais, mas de recrutar a população carcerária com base na identificação das classes de sujeitos potencialmente desviantes e perigosos para a ordem constituída.⁵⁷⁴ Como não poderia ser de outro modo, continuou-se e continua-se a visar aos pequenos delinquentes do Direito comum, cuja maioria provém de camadas sociais inferiores, enquanto os delitos econômicos, que são o apanágio das classes abastadas, ainda são objeto de uma “mansidão” que contrasta cada vez mais com o clima de severidade penal prevalecente por toda parte.⁵⁷⁵

Conclui-se que a prisão, aplicada seletivamente a determinados sujeitos (ao não proprietário, ao pobre, ao marginalizado), tem a função principal de produção e reprodução das relações de desigualdade. Ela é considerada, pelos radicais, um momento superestrutural essencial para manutenção da escala vertical da sociedade, porque, incidindo negativamente sobre o *status* social dos indivíduos pertencentes aos extratos mais baixos, impede sua ascensão social. Presencia-se também uma função simbólica, quando a punição de certos comportamentos ilegais serve para ocultar um número mais amplo de comportamentos ilegais, socialmente mais danosos, que permanecem imunes. A

salários, com aumento do desemprego, do subemprego e do trabalho precário. (WACQUANT, 2007, p. 96, 113). Wacquant escreve um capítulo inteiro em seu livro sobre a reforma havida nos Estados Unidos na área social, que reduziu imensamente os benefícios concedidos aos necessitados. (Ibid., p. 143-193).

⁵⁷² Ibid., p. 40-41.

⁵⁷³ GIORGI, 2006, p. 50-53. No mesmo sentido: WACQUANT, op. cit., p. 21.

⁵⁷⁴ GIORGI, op. cit., p. 97-98.

⁵⁷⁵ WACQUANT, op. cit., p. 223-225.

aplicação seletiva da punição tem, ainda, como resultado colateral a cobertura ideológica dessa mesma seletividade. Outra finalidade atribuída ao cárcere, mais importante do que a produção de desigualdade, é a produção dos próprios sujeitos passivos dessa relação. Isso parece claro ao se considerar a relação capitalista de desigualdade, sobretudo como relação de subordinação, ligada estruturalmente à separação entre propriedade da força de trabalho e dos meios de produção e, por outro lado, à disciplina, ao controle do indivíduo, requerido pelo regime de trabalho na fábrica e, mais em geral, pela estrutura de poder em uma sociedade que assumiu o modelo de fábrica.⁵⁷⁶

Portanto, em continuidade aos processos seletivos de criminalização primária e secundária, o processo de execução penal, representado fundamentalmente pelo sistema carcerário, garante: (i) a reprodução das desigualdades sociais capitalistas — pois avaliza as condições de produção (separação trabalhador/meios de produção) e as relações de produção (exploração capitalista) —; e (ii) a reprodução de um setor de estigmatizados sociais — qualificados negativamente tanto pela posição estrutural de marginalizado social (fora do mercado de trabalho), como pela imposição superestrutural de sanções estigmatizantes (dentro do sistema penal).⁵⁷⁷ Não há que se olvidar a desarticulação política que a pena gera dentro dos setores subalternos, separando os apenados de sua própria classe, voltando-os contra ela e, ao mesmo tempo, desviando a atenção dessa classe de seus verdadeiros inimigos estruturais.⁵⁷⁸

O cárcere representa, segundo Baratta, a ponta do *iceberg* que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal.⁵⁷⁹ Segundo Melossi e Pavarini, essa intervenção é teleologicamente orientada: “educação para o trabalho expropriado, educação para o trabalho assalariado como único meio de satisfazer as próprias necessidades, educação-aceitação do próprio não-ser proprietário”.⁵⁸⁰

⁵⁷⁶ BARATTA, 2002, p. 166.

⁵⁷⁷ SANTOS, 2006, p. 46.

⁵⁷⁸ Ibid., p. 121. Neste vértice: KARAM, 1993, p. 185.

⁵⁷⁹ BARATTA, op. cit., p. 167.

⁵⁸⁰ MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 232.

3.6.1 A seletividade no momento de execução da pena

O cárcere tem operado como um instrumento de dominação de classe, como um meio de impedir “os que não tem” de desrespeitarem os direitos dos “que tem”.⁵⁸¹ Basta esboçar, em linhas gerais, o perfil sociológico da “clientela” que ele acomoda.

Todos os estudos sobre população prisional são unânimes na afirmação de que ela é essencialmente composta pelos mais pobres, pelos que têm menos formação escolar, pelos membros dos grupos sociais marginalizados. E se é possível que os agentes com essas características, por uma série de circunstâncias, cometam, na verdade, proporcionalmente mais crimes, também parece pacífico que não é só daí que advém sua excessiva representação. Eles ficam mais facilmente presos nas malhas da lei, por contraposição aos poderosos, cujos delitos, como se viu, foram sendo filtrados ao longo do funcionamento das instâncias formais de controle social.⁵⁸²

Uma verificação experimental realizada pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos, em 1995 e 1996, com base em uma amostragem representativa de 6.000 detentos em 431 cadeias de condado do país, demonstrou que os cárceres pertencem ao subproletariado. Foi apontado que meio milhão de reclusos, que entopem 3.300 casas de detenção do país — e os 14 milhões que atravessam seus portões no decorrer de um ano — são retirados, sobretudo, das famílias subproletárias, de cor, que moram nas cidades segregadas pela transformação do trabalho assalariado em subemprego e pela redução da proteção social. Seis em cada dez detentos são negros e latinos (na proporção de 41% e 19%), muito embora essas duas comunidades somadas representem apenas um quinto da população nacional. Menos da metade deles dispunha de um emprego, em horário integral, no momento em que foram detidos (49%), enquanto 15% trabalhavam em regime de tempo parcial ou ocasionalmente e os restantes dividiam-se entre a procura de emprego e a inatividade assumida (20% e 16%). Essa taxa de desemprego astronômica não é em nada surpreendente, se for levado em consideração o nível de escolaridade dessa população, combinado à cor de sua pele: a metade dos internos não havia concluído os estudos secundários e apenas 13% declararam ter seguido algum curso pós-secundário profissionalizante, técnico ou universitário. Na pesquisa, dois terços dos detentos viviam

⁵⁸¹ KRISBERG, 1975, p. 94.

⁵⁸² SANTOS, 2001, p. 263-264.

com menos de US\$ 1.000 por mês (e 45% com menos de US\$ 600), o que corresponde a menos da metade da linha oficial da pobreza para uma família de três pessoas. Isso indica que a maioria dos ocupantes das cadeias provém das fileiras do *working poor*, a fração da classe trabalhadora que não consegue escapar da pobreza, mesmo quando trabalha, mas que se encontra bem afastada da cobertura social exatamente porque trabalha em empregos miseráveis.⁵⁸³

Como procedem dos estratos mais precarizados do proletário urbano, os detentos são também habituais no sistema carcerário: 59% já tinham sido presos antes e 14% tinham sido condenados à prisão com *sursis*, restando um quarto de “noviços” nas casas de detenção. A instituição é cada vez mais autofágica — o que é atestado pelo número crescente de detentos que cumprem penas repetidas vezes. Observou-se, ainda, que 80% das pessoas condenadas a pelo menos um ano de prisão fechada eram defendidas por um advogado da Defensoria Pública.⁵⁸⁴

A exemplo de outros países pós-industriais, os detentos da França são originários maciçamente das frações instáveis do proletariado urbano. Em pesquisa realizada no ano de 2000, com 1.719 detentos em 23 cadeias e 5 prisões, como parte de um estudo amplo de histórias de famílias, constatou-se que eles têm, em sua maioria, baixa escolaridade (três quartos deixaram a escola antes dos 18 anos, contra 48% da população masculina adulta como um todo), o que os condena para sempre aos setores periféricos da esfera de emprego. Metade descende de operários e empregados sem qualificação, enquanto a outra metade é composta por operários (contra 3% de filhos de executivos, que representam 13% na população economicamente ativa nacional); quatro detentos em cinco têm pai ou mãe nascido no exterior e 24% nasceram, eles mesmos, fora do território francês. Cerca de 60% dos que deixam o sistema prisional francês não têm emprego, comparados com 50% daqueles que entram; 30% não são ajudados, nem atendidos por ninguém quando ganham a liberdade; um quarto não dispõe de dinheiro algum para as despesas em liberdade e um oitavo não tem onde morar em liberdade. Constatou-se que 52% dos presos cometem uma ou mais infrações nos cinco anos que seguem à sua soltura.⁵⁸⁵

⁵⁸³ WACQUANT, 2007, p. 126-127.

⁵⁸⁴ Ibid., p. 131-132.

⁵⁸⁵ Ibid., p. 460-462.

Como não poderia ser diferente, o mesmo perfil é encontrado nas cadeias do Brasil, conforme se observou nas estatísticas carcerárias nacionais analisadas antes: predominam os pobres, jovens, negros e mulatos, com pouca instrução, autores de crimes contra o patrimônio.

O encarceramento, logo, recuperando sua missão histórica de origem, serve, antes de tudo, para regular, senão perpetuar a pobreza e para armazenar os dejetos humanos do mercado. A prisão funciona como um aspirador social para limpar as escórias e detritos produzidos pelas transformações econômicas em curso e remover os rejeitados da sociedade de mercado do espaço público — desempregados, indigentes, sem-teto, imigrantes sem documento, jovens de origem popular condenados a uma vida feita de empregos marginais, deixados de lado por conta da displicência da rede de proteção social.⁵⁸⁶

O recurso ao encarceramento, lembra-se, só faz agravar o mal que supostamente curaria. Os efeitos marginalizantes do cárcere traduzem sua impossibilidade de cumprir a função de reeducação e inserção social que a ideologia penal lhe atribui — sob a forma de teorias dos fins da pena.⁵⁸⁷ Essas mistificações positivistas acerca do tratamento penitenciário têm por objetivo disfarçar a verdadeira (e oculta) finalidade das prisões, que é constituir uma ameaça permanente às classes sociais objeto de exploração econômica e de dominação política.⁵⁸⁸

Como reza Foucault, a prisão produz e reproduz fenômenos que, segundo o discurso ideológico, objetivam controlar ou reduzir a criminalidade, mas que, na verdade, constituem e reciclam uma massa criminalizada que apresenta diversas vantagens, como a de controlar a população não criminalizada, ou seja, a de vigiar a força de trabalho integrada nos processos produtivos, e a de funcionar como camuflagem da ilegalidade de grupos dominantes, concentrando-se na ilegalidade das classes dominadas.⁵⁸⁹

⁵⁸⁶ WACQUANT, 2007, p. 126-127, 455.

⁵⁸⁷ BARATTA, 2002, p. 191.

⁵⁸⁸ SANTOS, 2006, p. 28-29. Por fugir do tema deste trabalho, não cabe fazer um estudo aprofundado sobre os efeitos marginalizantes da prisão.

⁵⁸⁹ FOUCAULT, 2010, p. 263-264.

3.7 A construção de uma teoria materialista do desvio

A Criminologia crítica é uma Criminologia denunciadora da neutralidade do Direito:

Ao cravar o seu estilete no conceito engelsiano de Estado, definindo-o como uma organização surgida para a proteção da burguesia nascente; ao demonstrar as vinculações entre o interesse empresarial e os procedimentos e aparatos do Estado, incluindo todas as instituições repressivas e muito especialmente a lei penal, como instrumento justificador da violência econômica; ao considerar a polícia e os seus órgãos associados, tribunais, fiscalizações e cárceres, como uma forma militar interior a serviço dos interesses da classe dominante, se desmistifica a significação presumidamente natural das definições legais, produto de um suposto consenso coletivo, de uma presumida consciência social.⁵⁹⁰

Sua estratégia não é argumentar pela legalidade e pela regra do Direito, mas mostrar a lei em sua verdadeira cor, como instrumento de uma classe dominante, e demonstrar que o Estado quebra suas próprias leis, que sua legitimidade é questionável e que os criadores da lei são também seus violadores. A lei pode ser usada enquanto existam vantagens em seu uso, sem sucumbir à noção de que ela pode ser útil universalmente, pois é precisamente a sua natureza a esconder interesses particulares por detrás da ideologia e da retórica universalística.⁵⁹¹

Ao incorporar a análise política e histórica das relações de poder definitórias dentro do processo de reação social, em um nível estrutural, e ligar o conceito de criminalização ao de seletividade, os críticos demonstram que a política penal está encarregada de administrar diferencialmente os “ilegalismos”. Essa administração supõe uma máxima criminalização de comportamentos das classes subalternas, conjugada com o “encobrimento” e com a imunização dos delitos de poder, pois, do conjunto total dos “ilegalismos”, só alguns são construídos como delitos pelas agências estatais, sendo que esta construção está diretamente relacionada com as estruturas políticas e sociais estabelecidas em determinada sociedade. Nessa linha, a política penal, com seus programas de prevenção de delitos, deixa de considerar em suas intervenções punitivas os crimes de colarinho branco e os crimes econômicos, por exemplo, e tende a se direcionar unicamente

⁵⁹⁰ ANIYAR DE CASTRO, 1983b, p. 138.

⁵⁹¹ YOUNG, 1980, p. 110.

a um restrito conjunto de condutas que aparecem estereotipadas no sentido comum da “criminalidade tradicional”, reservado aos setores mais vulneráveis, expostos à marginalidade e à pobreza. Ao considerar como potenciais ofensores da lei penal somente certos grupos, com base em suas condições sociais e econômicas, e ao selecionar as políticas públicas seguindo esta orientação, as estruturas de desigualdade social acabam reproduzindo-se.⁵⁹²

O sistema de imunidades e de criminalização seletiva, portanto, incide em medida correspondente às relações de poder entre as classes, de modo a oferecer um salvo-conduto mais ou menos amplo para as práticas ilegais dos grupos dominantes em seu ataque aos interesses e aos direitos das classes subalternas; além disso, incide em razão inversamente proporcional à força e ao poder de controle político alcançado pelas classes subalternas, no interior das relações de hegemonia.⁵⁹³

Aos crimes de sonegação fiscal — condutas lesivas das classes privilegiadas — é garantida imunidade: (i) a própria descrição das condutas nos tipos penais é rebuscada, dificultando sua incidência; (ii) a sanção penal fixada em abstrato é branda; (iii) está prevista a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo sonegado, a qualquer tempo, observando-se que tribunais estendem tal benefício ao simples pedido de parcelamento; (iv) dificuldades financeiras de empresas, que deixam de repassar aos cofres públicos contribuições previdenciárias de empregados, apesar de descontadas de seus salários, são consideradas hipóteses de estado de necessidade ou de inexigibilidade de conduta diversa, nos delitos de apropriação indébita previdenciária, sendo que a estes também estão previstos outros institutos legais ainda mais benéficos do que o referido no item anterior; (v) é necessário o esgotamento da esfera administrativa antes da propositura da ação penal; (vi) leis civis que definem valores mínimos para propositura de ação de execução fiscal, em patamares de até R\$ 10.000,00, são usadas como critério objetivo para definição do que seja bagatela, para fins de evitar a persecução penal; (vii) a pena privativa de liberdade é praticamente excluída das opções de escolha acerca de qual pena deve ser aplicada, de modo que essa espécie de delito nem sequer consta das estatísticas oficiais em relação às pessoas encarceradas no país.

⁵⁹² AYOS, Emilio Jorge. **Delito y pobreza**: espacios de intersección entre la política criminal y la política social argentina en la primera década del nuevo siglo. São Paulo: IBCCRIM, 2010, p. 40-41.

⁵⁹³ BARATTA, 2002, p. 198-199.

Em contrapartida, incide uma máxima criminalização sobre condutas típicas das classes inferiores, como é o caso dos delitos patrimoniais: (i) a formulação técnica simples das figuras delitivas do furto, da apropriação indébita e do estelionato dá margem a interpretações amplas, sendo que estão previstas diversas qualificadoras que praticamente impedem que um comportamento não se adeque a seus conceitos, com punição maior em tais casos; (ii) a sanção penal estabelecida abstratamente é mais severa; (iii) a devolução da *res* ou o ressarcimento do prejuízo, desde que antes do recebimento da denúncia, constitui tão somente causa genérica de redução da pena, ressaltando-se que os critérios para quantificação da redução consideram a presteza, a espontaneidade e até mesmo a personalidade do ato; (iv) as condições financeiras do réu quase nunca são levados em consideração nas decisões judiciais e os critérios para reconhecimento do furto famélico são bastante severos; (v) não há qualquer exigência no sentido de representação da vítima para propositura da ação penal, que é pública; (vi) o critério jurisprudencial para aplicação do princípio da insignificância e também do privilégio dos tipos de furto e estelionato considera o valor do salário mínimo vigente (R\$ 622,00), o valor da *res* e as condições financeiras da vítima, observando-se que o privilégio muitas vezes não é reconhecido às figuras qualificadas; (vii) a pena privativa de liberdade figura como preferencial, constatando-se, nos registros oficiais, que grande parte da população carcerária está presa pela prática de crimes patrimoniais.

Comparando os processos de criminalização dos crimes patrimoniais e dos delitos de sonegação fiscal e os condicionamentos que regem tais processos, na sociedade brasileira, conclui-se que o Direito Penal é expressão dos conflitos de classe e das contradições que assinalam a formação social capitalista do país.⁵⁹⁴

Ora, se esta formação social caracteriza-se, fundamentalmente, pela divisão em classes, com base na propriedade dos meios de produção, na distribuição desigual de bens e oportunidades sociais e na exploração dos trabalhadores — ou seja, da maioria da população, que vive em condições miseráveis, por uma minoria essencialmente ligada ao capital, detentora de riquezas e, conseqüentemente, do poder —, o sistema penal necessariamente vai ser um sistema desigual. Ele vai refletir os interesses e proteger, de

⁵⁹⁴ KARAM, 1993, p. 73-74.

forma especial, os bens jurídicos próprios dessa minoria, que constitui a classe dominante, de modo a funcionar como instrumento de conservação e reprodução da estrutura social, que, em sua essência, é injusta, e como instrumento de dominação, a serviço de uma ordem exploradora e opressora das grandes maiorias de despossuídos, cujo ápice é a prisão.⁵⁹⁵

O Direito Penal, assim, como instrumento de controle social e, como tal, inserido na superestrutura de uma sociedade historicamente determinada, somente pode ser visto enquanto produto de um determinado sistema social, condicionado por sua estrutura econômica e por sua organização política.⁵⁹⁶ Esta, sendo capitalista, condiciona uma justiça de classe que cuida de criminalizar e punir determinados comportamentos e determinados sujeitos de acordo com sua posição social — indivíduos pertencentes às classes inferiores, menos abastadas, pobres, proletárias, subproletárias, profissionalmente desqualificadas, desempregadas, miseráveis.

Quinney resume nas seguintes assertivas a análise crítica do Direito Penal na sociedade capitalista: (i) a sociedade é baseada em uma economia capitalista avançada; (ii) o Estado é organizado para servir aos interesses da classe econômica dominante: a classe capitalista dominante; (iii) o Direito Criminal é um instrumento do Estado e da classe dominante para manter e perpetuar a ordem social e econômica existente; (iv) o controle do crime na sociedade capitalista é cumprido através de uma variedade de instituições e agências, estabelecidas e administradas por uma elite governamental, representando os interesses da classe dominante, com o objetivo de conservar a ordem doméstica; (v) as contradições do capitalismo avançado — a disjunção entre a existência e a essência — exigem que as classes subordinadas permaneçam oprimidas por qualquer meio necessário, especialmente através da coerção e da violência do sistema legal; (vi) somente com o colapso da sociedade capitalista e a criação de uma nova sociedade, embasada em princípios igualitários, haverá solução para o problema do crime.⁵⁹⁷

A consequência política desse exame crítico é a negação do mito do Direito Penal igualitário, analisado sob duas dimensões: (i) a proteção geral de bens e interesses existe, na realidade, como proteção parcial, que privilegia os interesses das classes dominantes;

⁵⁹⁵ KARAM, 1993, p. 73-74.

⁵⁹⁶ Ibid., p. 73-74.

⁵⁹⁷ QUINNEY, 1983, p. 245.

(ii) a igualdade legal, no sentido de iguais chances de criminalização existe, na realidade, como desigualdade penal, pois aquelas chances têm como variável determinante a posição social do autor e independem da gravidade do crime ou do dano social.⁵⁹⁸

Desvenda-se um sistema de justiça penal desigualitário que reproduz a criminalidade pelo recorte de formas de criminalidade das classes e grupos sociais inferiorizados, com exclusão da criminalidade das classes e grupos sociais dominantes, e reproduz as relações sociais, porque a repressão daquela criminalidade funciona como “tática de submissão ao poder” empregada pelas classes dominantes.⁵⁹⁹

Martínez Sánchez explicita as funções cumpridas pelo sistema penal a partir de sua análise em relação às estruturas sociais, políticas e econômicas do Estado, que o tornam instrumento de sua legitimação: impedir a ascensão de quem pertence às classes inferiores, em decorrência do grande papel que a aplicação seletiva de sanções penais estigmatizantes exerce na manutenção da escala vertical da sociedade; encobrir um número de comportamentos ilegais, que permanece imune ao processo de criminalização; produzir indivíduos desiguais para que cumpram tarefas específicas; aparentar um consenso inexistente por parte dos demais membros não criminalizados da sociedade, sendo que os “maus” seriam apenas uma minoria; e reproduzir as relações de desigualdade.⁶⁰⁰

Resta elaborada, então, uma teoria materialista, ou seja, econômico-política, do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, que historiciza a realidade comportamental do desvio e ilustra sua relação funcional ou disfuncional com as estruturas sociais e com o desenvolvimento das relações de produção e de distribuição, levando em conta instrumentos conceituais elaborados no âmbito do Marxismo.⁶⁰¹ Com esta escola, um quadro teórico mais completo é apresentado para explicar tanto a máxima criminalização dos comportamentos de agentes pertencentes aos extratos sociais mais baixos quanto a imunização das condutas que são funcionais ao sistema capitalista, praticadas pelos integrantes das classes dominantes, e, assim, contribui para esclarecer as distinções de tratamento dado aos crimes patrimoniais e aos crimes de sonegação fiscal, no ordenamento nacional.

⁵⁹⁸ SANTOS, 2006, p. 46-47.

⁵⁹⁹ Ibid., p. 82.

⁶⁰⁰ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio. **La abolición del sistema penal**. Bogotá: Temis, 1990a, p. 54-55.

⁶⁰¹ BARATTA, 2002, p. 159-160.

4 O COMPROMETIMENTO COM A TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

4.1 A busca por uma sociedade mais igualitária

A teoria crítica mostra que a sociedade está coercitivamente amarrada por um sistema legal que beneficia somente uma porção dos cidadãos e que esse pode fazer muito pouco além de assegurar a perpetuação da ordem social vigente. A marca distintiva desta ordem social é a diferenciada distribuição de poder, *status* e riqueza, do que resulta a desigualdade da justiça criminal.⁶⁰² Por isso, é para essa ordem que os olhos críticos se devem voltar.⁶⁰³

Frente a essa verdade, a consciência crítica busca alternativas para uma existência livre das opressões produzidas pela ordem estabelecida e para a concretização do princípio da igualdade e, para isso, pretende a transformação da própria estrutura social, a modificação do sistema econômico.⁶⁰⁴

Não há que se olvidar que a escola crítica se fundamenta nas categorias científicas de Karl Marx. Marx asseverava que uma sociedade tecnológica industrial moderna engendraria, inevitavelmente, uma transformação por aqueles que são continuamente oprimidos pelo seu modo de produção. O autor percebeu uma dialética no desenvolvimento capitalista, pois seu próprio sucesso cria, de modo simultâneo, situações que são fundamentalmente antagônicas à sua existência e levam à sua autodestruição. Trata-se de uma produção de forças que é, ao mesmo tempo, construtiva e destrutiva ao seu avanço, que tende a se intensificar com o tempo e que não pode ser resolvida dentro da estrutura social vigente.⁶⁰⁵

Na seguinte passagem notam-se as contradições do capitalismo:

Por certo, o trabalho humano produz maravilhas para os ricos, mas produz privação para o trabalhador. Ele produz palácios, porém choupanas é o que toca ao trabalhador. Ele produz beleza, porém para o trabalhador só fealdade. Ele substitui o trabalho humano por máquinas,

⁶⁰² KRISBERG, 1975, p. 51.

⁶⁰³ QUINNEY, 2002, p. 165.

⁶⁰⁴ Ibid., p. 165.

⁶⁰⁵ Ibid., p. 166.

mas atira alguns dos trabalhadores a um gênero bárbaro de trabalho e converte outros em máquinas. Ele produz inteligência, porém também estupidez e cretinice para os trabalhadores.⁶⁰⁶

Dessa forma, segundo Marx, apesar do capitalismo ter potencial para se expandir, ele também gera forças que o conduzem à sua bancarrota, pois, quanto mais se desenvolve, mais pessoas são exploradas de diferentes formas; particularmente, são forçadas a engajar-se na alienação de sua força de trabalho e do salário, tornando-se cada vez mais despossuídas, para que a classe proprietária aufera lucros maiores. Tais contrassensos fornecem os alicerces para a criação de uma nova sociedade e o potencial para uma modificação, com a tomada de consciência da classe social menos abastada.⁶⁰⁷

Ora, se o Direito Penal e todo seu aparato repressivo são (e serão) usados contra aqueles que são oprimidos pelo sistema capitalista e contra aqueles que tentam se libertar desta opressão; se o sistema legal, como sistema de controle social controlado pelos grupos hegemônicos, está pronto para reprimir qualquer ameaça ao sistema capitalista; se este sistema produz criminalidade e assegura a continuação do problema do crime; a saída é a modificação do próprio sistema, a fim de que seja possível remover as fontes de opressão que resultam em criminalidade e dismantelar o aparato coercitivo que define as classes baixas como criminosas.⁶⁰⁸

Este é o modo crítico de se construir uma sociedade melhor: com a transformação da estrutura social — em que se têm abolidas as desigualdades em riqueza e em poder, a exploração econômica e a opressão de classe, visando à eliminação da criminalidade estrutural.⁶⁰⁹

O compromisso dos teóricos radicais, destarte, é construir uma sociedade mais igualitária, promotora dos seguintes valores: cooperação, igualdade, participação democrática e liberdade. Uma sociedade com base em tais padrões deve ser caracterizada pela igualdade de oportunidades a permitir o desenvolvimento potencial completo de cada indivíduo e pela igualdade na divisão dos bens materiais e na tomada de decisões sociais; é

⁶⁰⁶ MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos de 1844**. Disponível em: <<http://www.marxists.org/portugues/marx/1844/manuscritos/index.htm>>. Acesso em: 11 out. 2011, p. 38.

⁶⁰⁷ QUINNEY, 2002, p. 167-168.

⁶⁰⁸ Ibid., p. 168.

⁶⁰⁹ SANTOS, 2006, p. 43.

necessário que o trabalho deixe de ser um meio de vida para se tornar uma parte da vida, não alienado; é preciso que cessem distinções arbitrárias de raça e sexo ou qualquer outra forma de opressão ou limitação das oportunidades e capacidades pessoais; deve-se substituir a irracionalidade da produção para o lucro pela racionalidade da produção para satisfazer as necessidades de cada um; e as relações imperialistas devem ser substituídas por uma cooperação ética entre os cidadãos, em que se reconhece a responsabilidade de todos em relação a cada um.⁶¹⁰

4.2 A redefinição do objeto da investigação: um conceito proletário de crime

A Criminologia radical recusa todas as tentativas já ensaiadas de conceituar o crime, porque são oriundas de perspectivas epistemológicas viciadas, já que concebem como um dado os critérios de normalidade e desvio legal ou sociologicamente impostos e, além disso, funcionam como racionalização da legitimação da ordem vigente. Assim, rejeita-se a definição jurídico-legal de crime. Aceitá-la seria compelir a Criminologia a operar nos limites e a serviço da repressão institucionalizada; seria colocar a Criminologia a par dos detentores do Direito, como sentinela para proteger a ordem pública e o sistema.⁶¹¹

E só há uma via de superação das aporias, tanto epistemológicas como axiológicas, em que todas as definições de crime acabaram por cair: consiste em reformular seu conceito usando como referência os direitos humanos, como fazem Herman e Julia Schwendinger.

Para sua conceituação, considera-se fundamental a observância ao princípio da igualdade material entre os homens, segundo o qual todos devem ser providos de oportunidades para o livre desenvolvimento de suas potencialidades. A todas as pessoas devem ser garantidos os pré-requisitos fundamentais de bem-estar, incluindo alimentação, habitação, vestuário, serviços médicos, trabalho estimulante e recreação, assim como

⁶¹⁰ EDWARDS, Richard C; REICH, Michael; WEISSKOPF, Thomas E. **The Capitalist System: a Radical Analysis of American Society**. New Jersey: Prentice-Hall, 1972, p. 520, *apud* QUINNEY, 2002, p. 187.

⁶¹¹ DIAS; ANDRADE, 1997, p. 78-79.

segurança contra a repressão pelas elites sociais; trata-se de exigências materiais e serviços básicos considerados direitos e não privilégios ou recompensas.⁶¹²

Daí, são protegidos direitos básicos, como o direito à *segurança pessoal* com relação à vida, à integridade física, à saúde, à liberdade, e o direito à *igualdade real* econômica, racial e sexual. Trata-se de direitos básicos, pois, como são essenciais para a realização de uma grande quantidade de valores, sua violação elimina ou limita as possibilidades concretas de realização pessoal em qualquer esfera da vida, privando as pessoas de suas potencialidades.⁶¹³

Portanto, neste conceito proletário de crime — possível modo de libertar a Criminologia das servidões das ordens política e sociologicamente impostas — privilegia-se, ao lado dos crimes clássicos (homicídio, ofensas corporais), crimes como o racismo, o sexismo e todas as formas de exploração ou discriminação, como a exploração econômica, o imperialismo, o belicismo e o genocídio.⁶¹⁴

À luz de tais argumentos, pode-se afirmar que os indivíduos que negam aqueles direitos a outros são criminosos; relações sociais e sistemas sociais que restrinjam tais direitos básicos são, igualmente, criminosos.⁶¹⁵

O conceito de crime fundado em direitos humanos muda o foco da “forma legal” para “relações sociais” e parece ser a alternativa radical à definição legal do conceito burguês de crime — que é promovido pela cegueira ideológica de juristas tradicionais satisfeitos com a existência formal da lei incriminadora, supostamente legitimada pelo consenso coletivo, sem questionar o conteúdo da incriminação: quem por ela é prejudicado ou beneficiado.⁶¹⁶ Diferentemente, os radicais vinculam o comportamento criminoso à estrutura das relações sociais, mostrando que são criminosos os sistemas sociais que produzem, através de suas estruturas econômicas e das instituições jurídicas e políticas do Estado, as condições necessárias e suficientes para a existência do comportamento

⁶¹² SCHWENDINGER, 1980, p. 168-169.

⁶¹³ Ibid., p. 173-174. No mesmo prisma: SANTOS, 2006, p. 50.

⁶¹⁴ PLATT, 1980, p. 126. Neste vértice: DIAS; ANDRADE, 1997, p. 80.

⁶¹⁵ SCHWENDINGER, op. cit., p. 173-174. No mesmo sentido: SANTOS, op. cit., p. 50.

⁶¹⁶ SANTOS, op. cit., p. 51-52.

criminoso. É por isso que as relações sociais devem se tornar o objeto da política social, ao invés do controle do indivíduo “anormal”.⁶¹⁷

Da mesma forma como a posição de classe da burguesia é a base objetiva do conceito burguês de crime — que protege da criminalização comportamentos praticados pelos seus membros e ligados à acumulação capitalista, enquanto maximiza a eficácia do controle social sobre comportamentos próprios das classes inferiores —, a posição de classe do proletariado é a base objetiva do conceito proletário de crime. A antiga equação *definição legal de crime/dano social* da Criminologia tradicional é invertida pela equação *relações sociais danosas/crime*, em que estão compreendidos os “crimes sistêmicos”, pautados em ações causadoras de danos sociais e contrárias às camadas sociais inferiorizadas.⁶¹⁸

Conclui-se não ser mais possível aceitar as definições legalistas de crimes, por servirem à manutenção do *status quo* e por tornarem a atividade do criminólogo subserviente ao Estado. Por tal motivo, sugere-se o desenvolvimento de um conceito que guarde relação com o igualitarismo e, no processo de redefinição do crime sob este ponto de vista proletário, os criminólogos redefinirão a si mesmos, para fazerem-se guardiões dos direitos humanos, tornando o homem e não as instituições a medida de todas as coisas.⁶¹⁹

4.3 Alternativas de controle social

A teoria radical não se contenta com o estudo teórico da questão criminal, mas é, antes, um saber politicamente comprometido com a *praxis social*, ou seja, com as reais possibilidades de dar soluções aos problemas fundamentais da ordem social — já não como soluções técnico-científicas, mas como soluções políticas. E a eleição das possíveis soluções deve alinhar-se em favor das classes socialmente mais débeis, ou seja, dos que estão mais sujeitos aos processos de criminalização.⁶²⁰

⁶¹⁷ SCHWENDINGER, 1980, p. 171-172.

⁶¹⁸ SANTOS, 2006, p. 53.

⁶¹⁹ SCHWENDINGER, op. cit., p. 176. Neste prisma: DIAS; ANDRADE, 1997, p. 59-60.

⁶²⁰ PAVARINI, 1996, p. 162.

Observa-se que há uma coerência entre a produção do saber e a determinação prática, no âmbito dessa Criminologia.⁶²¹ Isso significa que seus interesses cognoscitivos, a própria escolha de seus objetos e métodos de investigação, correspondem a um compromisso militante com uma política em que os interesses e os direitos dos grupos desfavorecidos da sociedade são determinantes.⁶²² Ela busca, antes de tudo, desenvolver a consciência dos grupos sociais materialmente interessados nessa transformação (e não só dos operadores do Direito), pois são eles quem possuem a força necessária para tanto.⁶²³

Nessa conjuntura, deve-se repensar o papel do investigador criminólogo, que precisa estar envolvido na subcultura que estuda, sem medo de argumentar, sem se abster do exercício de influência e não ser resistente à mudança em si mesmo.⁶²⁴ O pesquisador radical deve tomar partido da situação e ser leal à população pesquisada, isto é, deve estar preocupado em realimentar seus resultados em favor daqueles que são afetados pela desigualdade que está pesquisando e não em favor dos poderosos, com o objetivo de promover uma adequada política radical.⁶²⁵

A esse respeito, Zaffaroni sustenta que todo saber criminológico está previamente delimitado por uma intencionalidade política (ou político-criminal), inexistindo uma separação entre Criminologia e Política Criminal.⁶²⁶

⁶²¹ TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1980, p. 1.

⁶²² MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio. **¿Qué pasa en la criminología moderna?** Bogotá: Temis, 1990b, p. 127.

⁶²³ BARATTA, 2002, p. 157.

⁶²⁴ YOUNG, 1980, p. 107.

⁶²⁵ TAYLOR; WALTON; YOUNG, op. cit., p. 30. Reconhecem-se as enormes dificuldades encontradas no campo da pesquisa, pois a natureza institucional do conhecimento é tal que pessoas com habilidades profissionais para a pesquisa são (por definição) empregadas em prática profissional e socialmente separada das necessidades do resto da sociedade, ou seja, pertencem a grupos sociais que nem sempre se identificam com o grupo ou com as necessidades do grupo pesquisado, dentre outras coisas. Tony Platt assevera que muito da pesquisa criminológica oficialmente determinada é subordinada a interesses institucionais, pois são as agências oficiais e não os criminólogos que determinam as condições de financiamento da pesquisa ou que formulam os problemas de pesquisa e o âmbito de investigação. Assim, impõem-se restrições à liberdade de investigação científica, que se direciona para programas que são interessantes e politicamente aceitáveis para as agências oficiais. A isso se soma a influência corruptora que as grandes fundações e o governo, como dominadores do mercado de pesquisas, têm sobre os acadêmicos, por meio da sedução do financiamento da pesquisa, do prestígio e de outros benefícios e facilidades, levando ao direcionamento dos estudos e à disposição em trabalhar em benefício do Estado e de suas instituições oficiais. Consequentemente, muito da pesquisa acadêmica tende a evitar questões que podem levar a uma crítica estrutural da sociedade e tende a facilitar a eficiente e uniforme operação do sistema estabelecido. (PLATT, 1980, p. 121-122). No mesmo sentido: QUINNEY, 2002, p. 33.

⁶²⁶ ZAFFARONI, 1996, p. 171-172.

Propostas práticas, então, são desenvolvidas para pôr em ação a teoria radical, sugerindo-se uma política criminal alternativa.

A política criminal alternativa é uma política de grandes reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade, da democracia, de formas de vida comunitária e civil alternativas e mais humanas, com objetivo de reduzir as desigualdades de classe e de superar as relações sociais de produção desigualitárias.⁶²⁷

Em seu programa, pretende-se, fundamentalmente, mudar o paradigma das criminalizações para ampliar e reforçar o sistema punitivo em relação aos comportamentos típicos da classe dominante e que são expressão de um sistema intrinsecamente criminoso, como a criminalidade econômica, práticas antissociais na área de segurança do trabalho, da saúde pública, do meio ambiente, da economia popular, do patrimônio coletivo e estatal; e minimizar, quando não descriminalizar, condutas características de estratos mais baixos da sociedade, ou substituir sanções estigmatizantes por não estigmatizantes, mediante a contração do sistema punitivo, em casos de pequena criminalidade pessoal e patrimonial, nos crimes punidos com detenção ou de ação privada, crimes políticos e de opinião, adultério, incesto, homossexualismo, prostituição, aborto.⁶²⁸

Além disso, almeja-se a abolição do sistema carcerário, sem que com isso se descartem medidas alternativas da pena e medidas de abertura do cárcere para a sociedade como caminho necessário para se alcançar aquele objetivo final. Por último, necessário travar uma batalha cultural e ideológica para o desenvolvimento de uma consciência no campo da criminalidade e do desvio, com a finalidade de esclarecer a opinião pública, livrando-a da ideologia dominante e das imagens que se tem da criminalidade fundada em mitos, por meio de produções científicas e disseminação de informações, discutindo-se massivamente acerca da questão criminal na sociedade e nas classes mais baixas.⁶²⁹

Vale notar que, a par dessa, surgem três tendências distintas no interior da escola crítica, cada qual adotando diferentes posições em relação às propostas político-criminais. Essas se firmaram em um segundo momento, quando superados mais ou menos dez anos

⁶²⁷ BARATTA, 2002, p. 201.

⁶²⁸ SHECAIRA, 2008, p. 353-354.

⁶²⁹ BARATTA, op. cit., p. 19-20, 205.

das publicações originais dos inícios dos anos 1970: o abolicionismo, a teoria do direito penal mínimo e o neorealismo de esquerda.

Sucintamente, como o próprio nome indica, o abolicionismo leva a crítica ao sistema penal às últimas consequências, planejando como objetivo final não somente a abolição do cárcere, mas da totalidade do sistema de justiça penal, a saber, os conceitos por ele construídos, as estruturas de poder com que opera e o Direito Penal que o legitima.⁶³⁰ Seu escopo não é encontrar solução para todos os inconvenientes da sociedade, mas unicamente extirpar um elemento considerado negativo e desnecessário às relações sociais e ao desenvolvimento, propondo-se a transferência das funções que o sistema penal exerce a outros mecanismos distintos.⁶³¹ Nega-se, ademais, a legitimação de qualquer outro sistema penal que se possa imaginar como alternativa aos modelos formais e abstratos de solução de conflitos, postulando que sejam resolvidos por outras instâncias (como a cível) ou por mecanismos informais (como a intervenção comunitária).⁶³²

O minimalismo penal ou contração penal — nomes pelos quais é conhecido o direito penal mínimo — também nega a legitimidade do sistema penal atual, à semelhança do abolicionismo, mas objetiva sua contenção, almejando reduzi-lo ao mínimo possível, em curto prazo,⁶³³ por meio de uma ampla política de descriminalização acompanhada de intervenções alternativas à justiça penal. Sugerem-se medidas como: *sursis*, liberdade condicional, regime aberto e semiaberto de cumprimento de pena, *diversion* e aplicação do princípio da oportunidade da ação penal. Vale observar que parte desta vertente está de acordo com, a longo prazo, abolir o sistema penal como reta final. Suas propostas de política criminal podem ser sintetizadas nos seguintes pontos cardeais: (i) transformação radical da sociedade, no âmbito social e institucional, como melhor forma de combater o crime, para o desenvolvimento da igualdade e da democracia e para a superação das relações sociais de produção capitalista; (ii) contração da justiça penal em relação a certos comportamentos como delitos contra a família (adulterio), contra a moralidade pública (homossexualismo, prostituição), cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa (furto, estelionato) e, concomitantemente, sua extensão e reforço em relação aos interesses

⁶³⁰ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 1990, p. 67.

⁶³¹ ANIYAR DE CASTRO, Lola. Abolire il sistema penale. **Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale, Bologna, v. 1, n. 1, p. 71-89, jan./abr. 1983a, p. 77.

⁶³² ZAFFARONI, 1996, p. 89.

⁶³³ ELBERT, 2009, p. 123.

coletivos, como a saúde e a segurança no trabalho, revendo-se, desta forma, a hierarquia dos bens jurídicos tutelados de maneira a identificar as verdadeiras necessidades dos setores marginalizados; e (iii) defesa de um novo Direito Penal, mediante a consagração de uma série de princípios destinados à criminalização primária e à contenção da violência nas agências de controle, com a finalidade de assegurar direitos humanos fundamentais, sendo que três deles servem como norte: o princípio da fragmentariedade do Direito Penal, o da subsidiariedade e o da *ultima ratio* da intervenção punitiva.⁶³⁴ Ademais, o programa minimalista deve vir acompanhado de uma mobilização política e cultural que faça da questão criminal uma questão política crucial interpretada à luz dos conflitos reais que caracterizam a sociedade em geral,⁶³⁵ pela introdução de um discurso diferente e não violento nas fábricas reprodutoras da ideologia do sistema penal (universidades). Esse discurso deve se afastar da massificação do ensino, da redução da bibliografia, da adestrada incapacidade para vincular fenômenos e da degradação tecnocrática do Direito. Seria fundamental, outrossim, a neutralização do aparelho de propaganda violenta do sistema penal, ou seja, a introdução de mensagens diferentes nos meios de comunicação de massa. Esse objetivo seria alcançado por meio da produção de material de diversão com menos violência e pelo controle técnico das notícias e programas a serem difundidos pela televisão.⁶³⁶

Por fim, o neorrealismo de esquerda (novos realistas, realistas de esquerda ou realistas radicais), que tomou seu nome para se contrapor ao idealismo — em que havia incorrido a tendência crítica, pois, a despeito de seu impacto teórico, não conseguiu influir no sistema penal vigente — e ao neorrealismo de direita — movimento conservador que se originou nos Estados Unidos e Inglaterra, no começo dos anos 1980, e exigia mais repressão contra a criminalidade das classes sociais subalternas e minorias étnicas.⁶³⁷ Essa

⁶³⁴ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 1990b, p. 142-144. Neste vértice: ZAFFARONI, 1996, p. 177.

⁶³⁵ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, op. cit., p. 144-145.

⁶³⁶ ZAFFARONI, op. cit., p. 133, 175-177.

⁶³⁷ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, op. cit., p. 14-15. O realismo de direita, ou “nova direita” penal, corresponde ao pensamento hoje conhecido como “Law and Order Movement”, que tem como representantes Van den Haag, Wilson James, Edward Benfield e Freda Adler, entre outros. Dentre suas ideias, recomenda-se a aplicação de penas mais longas e duras, senão a própria pena capital; preconizam-se respostas enfáticas da sociedade, a ampliação das medidas cautelares detentivas a crimes graves e um rigorismo no regime de cumprimento da pena; defende-se um menor poder discricionário ao juiz, impedindo, em sede de execução, a flexibilização do cumprimento da pena privativa de liberdade. Paralelamente, surge o pensamento intitulado como “*broken windows*” ou “teoria das janelas quebradas”, cujo texto chave foi publicado em 1982, por James Q. Wilson e George Kelling, na *Atlantic Monthly*. Este texto retoma os postulados da Escola de Chicago e prega que o desarranjo dos espaços públicos, local no qual se comprazam as classes pobres, torna-se terreno natural do crime. Sua ideia é lutar contra pequenos distúrbios rotineiros para fazer recuar as grandes patologias

corrente preconiza um centrar das atenções no grosso dos delitos e nos estudos vitimológicos, tendo em vista que a classe operária é, em regra, a classe mais visada pelo crime, seja ativa, seja passivamente (como infratores ou vítimas). A finalidade disso seria evitar a desintegração da classe trabalhadora, a diminuição de sua capacidade de luta e o esquecimento de que seu real inimigo é a injusta natureza da sociedade capitalista vigente.⁶³⁸ Como projeto político, os neorrealistas propõem: (i) a redução do controle penal em certas áreas e sua extensão para outras, em que se atinge mais diretamente a classe trabalhadora, como roubos, violências sexuais, abusos contra crianças e adolescentes, violências em locais de trabalho, crimes cometidos por governos e grandes empresas, entre outros; (ii) a reinserção dos delinquentes, por meio de alternativas à prisão, como a prestação de serviços à comunidade e a reparação dos danos causados pelo delito, para que se adquira uma espécie de compromisso moral com aquela; (iii) a dissuasão preventiva, através da criação de instituições do tipo “comunidade-polícia” (polícia comunitária), almejando que a comunidade coopere com as autoridades na luta contra o delito; e, por fim, (iv) a defesa da prisão em circunstâncias extremas, acentuando-se seu caráter “moralizador de classe”.⁶³⁹

Como se pôde observar pela diversidade e amplitude das propostas fornecidas pelas correntes que se desenvolveram dentro da teoria radical, uma abordagem mais detida de cada uma delas fugiria do tema deste trabalho — que se limita aos crimes fiscais e aos crimes patrimoniais. Optou-se, então, por ponderar sobre algumas propostas político-criminais que poderiam ser aplicadas à realidade social brasileira em relação aos delitos estudados, na tentativa de tornar o Direito Penal nacional mais democrático. Estas consideram, principalmente, as sugestões advindas da política criminal alternativa e do direito penal mínimo.

Neste sentido, cogita-se uma política de descriminalização e despenalização de condutas praticadas pelas classes dominadas. Pensa-se na possibilidade de exclusão do âmbito penal de determinadas condutas que atualmente estão previstas nos tipos

criminais. Desta forma, combatem-se rigorosamente pichadores, sem-tetos, mendigos e vagabundos, para se restabelecer um clima sadio de ordem, encarcerando-os. Esta política, também conhecida como “tolerância zero”, foi implementada com destaque pelo prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani. (SHECAIRA, 2008, p. 331-332).

⁶³⁸ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 1990b, p. 20-21, 26-27. Neste sentido: ELBERT, 2009, p. 199-200 e SANTOS, 2001, p. 163-164.

⁶³⁹ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, op. cit., p. 30-34.

patrimoniais, na redução das penas previstas em abstrato aos referidos tipos e na substituição de sanções estigmatizantes por não estigmatizantes.

Em relação ao furto, Alberto Silva Franco recomenda que a subtração de coisa sem valor econômico deva ser excluída do âmbito penal. O autor cita Fiandaca e Musco, que observam que o furto é a mais grave forma de agressão unilateral, que provoca a ruptura das regras que presidem a troca de bens no mercado: o escopo tipicamente perseguido é, de fato, o de evitar o desembolso patrimonial normalmente necessário para a aquisição de bens no livre mercado. Deriva, portanto, do nexu *agressão unilateral-ruptura da lógica do mercado* a conclusão de que, para a configuração do furto, as coisas subtraídas devam ter valor econômico. Assim, o apoderamento de coisas insuscetíveis de troca e também aquelas de valor irrisório não deve constituir delito⁶⁴⁰ — e isso pode ser estendido aos demais crimes contra o patrimônio.

Ainda no que tange ao furto, o autor posiciona-se nesse mesmo sentido em relação à criminalidade do *shoplifting* — fenômeno da vida moderna resultante, dentre outras coisas, da existência de supermercados e lojas de departamento. O contato direto que se propicia entre o comprador e os objetos postos à venda funciona como sugestão ou pressão sobre aquele, favorecendo-lhe acesso fácil e imediato. Aos objetos, só lhes falta serem colocados nas mãos dos compradores, que normalmente são pessoas que não cometem outros delitos e, por isso, convém subtraí-los à experiência traumatizante do sistema penal.⁶⁴¹

Sobre esse assunto, medidas de diversificação seriam ideais aos crimes patrimoniais, da forma como sugere Roxin, evitando-se a criminalização através de alternativas à condenação formal. Tais métodos são utilizados, consideravelmente, na Alemanha, onde o juiz e o Ministério Público podem arquivar o processo quando se trata de delitos de bagatela, em cuja persecução não subsista interesse público e que ocorre, inclusive, no âmbito da criminalidade média, se o acusado prestar serviços à comunidade.⁶⁴²

⁶⁴⁰ FRANCO, 2001, p. 68-69.

⁶⁴¹ Ibid., p. 68-69.

⁶⁴² ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2006, p. 14.

Seria recomendável legislar para fixação de um critério objetivo definidor do que seja bagatela e criminalidade média para fins de instauração da ação penal dos delitos patrimoniais e de aplicação de medidas de *diversion* — decerto mais benéfico ou pelo menos semelhante àquele adotado aos crimes de sonegação fiscal. A ausência de legislação sobre o tema não impede, por outro lado, a descriminalização por ato interpretativo do juiz, que deve fazê-lo de acordo com os princípios igualitários de um Estado social e Democrático no qual exerce sua função e como garantidor dos direitos fundamentais da pessoa.

A respeito disso, Alberto Silva Franco assinala que o juiz, quando se depara com a tipologia dos crimes patrimoniais, não está desobrigado de interpretar o Código Penal vigente com uma visão mais aberta. Uma sociedade marcada por profunda exclusão social — a convivência de 20% de incluídos no espaço geográfico de 80% de excluídos — não se compatibiliza com o perfil de um juiz penal apegado ao texto da lei, insensível ao social, de visão compartimentada do saber, autossuficiente e corporativo. Tal sociedade tampouco se conforma com um juiz que ainda não teve a percepção de que sua legitimação não se apoia na vontade popular ou nas leis de mercado, mas, substancialmente, na sua função central de garantidor dos direitos que atribuem dignidade à pessoa humana e dos valores axiológicos incorporados ao modelo social, que tem a Democracia como garantia irrenunciável. A compreensão adequada da posição do juiz penal diante da realidade globalizante permite-lhe usar o instrumental interpretativo para aparar os excessos do atual quadro tipológico penal e deixá-lo em plena harmonia com o arcabouço constitucional.⁶⁴³

À semelhança da legislação alemã, há, no Brasil, o instituto da suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei n. 9.099/95),⁶⁴⁴ cabível apenas aos casos em que

⁶⁴³ FRANCO, 2001, p. 67-68.

⁶⁴⁴ “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1º. Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de freqüentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. § 2º. O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. § 3º. A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. § 4º. A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano — incidindo sobre os tipos de furto e apropriação indébita, na forma simples, e de estelionato. Ao reduzir-se a pena em abstrato das formas qualificadas dos dois primeiros delitos, também seriam objeto do benefício, assim como possivelmente de outras benesses da referida lei, como a composição civil⁶⁴⁵ ou a transação penal,⁶⁴⁶ que, atualmente, somente são aplicadas aos casos em que a pena máxima cominada ao delito não seja superior a dois anos, cumulada ou não com multa.⁶⁴⁷ Ou seria caso de até mesmo excluir as figuras qualificadas, de modo a restar somente o tipo simples.

Nota-se que para aplicação de medidas de diversificação não deveria constar o requisito “bons antecedentes” ou “primariedade”, pois tal constitui inaceitável manifestação do direito penal de autor. A responsabilidade penal e a medida da pena devem considerar unicamente o desvalor da conduta e não características pessoais do agente.⁶⁴⁸

§ 5º. Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade. § 6º. Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo. § 7º. Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.”

⁶⁴⁵ “Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.” “Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação. Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.” “Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.”

⁶⁴⁶ “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 1º. Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. § 2º. Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. § 3º. Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. § 4º. Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. § 5º. Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei. § 6º. A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.”

⁶⁴⁷ “Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”

⁶⁴⁸ KARAM, 1993, p. 79.

Para aqueles casos excluídos da justiça penal, sugere-se o uso da justiça civil compensatória, não como propugnam os abolicionistas, que pretendem a substituição do sistema penal pelo civil, mas como processo alternativo de solução do conflito.

A previsão legal de pena exclusiva de multa, em substituição à pena privativa de liberdade, nos crimes patrimoniais, também seria interessante,⁶⁴⁹ da mesma forma que condicionar a ação penal à representação da vítima.

Para Roxin, a pena de multa, da mesma forma que a *diversion*, é mais humana, barata e equitativa, mais propícia à ressocialização e não menos eficiente do ponto de vista preventivo do que a privação de liberdade, favorável a uma suavização do Direito Penal. Não há que se olvidar, todavia, que a multa não é remédio para todos os males, pois falha nos casos em que o agente não possui dinheiro ou, se possui, o esconde do Estado. Daí se pensar em prisão domiciliar, cuja vigilância, face aos modernos sistemas de segurança eletrônicos, não representa problema algum. Ela tem a vantagem de nada custar e não trazer os perigos da infecção criminal, além de dar uma sensível privação de liberdade de forma mais humanitária.⁶⁵⁰

O autor assevera, ademais, que devem surgir sanções similares, mas que carecem do caráter coativo da pena, como a prestação de serviços à comunidade, que inclui trabalho em hospitais, lares de assistência e instituições estatais de todo o tipo, desde serviços de conserto e limpeza até jardinagem. Trata-se de sanção orientada pela voluntariedade — para incrementar a prontidão do autor em realizar o trabalho aceito — e com efeitos

⁶⁴⁹ Roxin afirma que a política criminal deve se afastar da pena privativa de liberdade e, em seu lugar, inserir outras sanções, dentre as quais está a pena de multa. Ele acredita que a pena privativa de liberdade irá retroceder, porque as instituições carcerárias e os recursos financeiros necessários para uma execução pessoal humana estão muito aquém do necessário e porque uma imposição massificada de penas de prisão não é político-criminalmente desejável, afinal, o fato de que, nos delitos pequenos e médios, que constituem a maior parte dos crimes, não é possível uma ressocialização através do cárcere, é um conhecimento criminológico seguro. O exemplo da Alemanha demonstra o drástico recuo da pena privativa de liberdade e possibilita prever que esta tendência, embora não manifesta em outros países europeus, se estenderá, pelas razões expostas e porque, de acordo com os conhecimentos da Criminologia, a força preventiva do Direito Penal não depende da dureza da sanção e sim de o Estado reagir ou não de modo reprovador. Naquele país, em 1882, 76,8% de todas as condenações tinham por conteúdo a pena privativa de liberdade e 22,4%, de multa. De 1996 a 2006, as penas privativas de liberdade a serem executadas só chegaram, em média, a 6%, isto é, aproximadamente 1/15 do total das condenações. Ao mesmo tempo, em 80 a 84% dos casos foi aplicada pena de multa, a qual, portanto, quase quadruplicou. Ademais, quase metade de todos os casos foram arquivados pela diversificação — casos de bagatela e em que o acusado presta serviços úteis à sociedade, no âmbito da criminalidade média. (ROXIN, 2006, p. 18-19).

⁶⁵⁰ Ibid., p. 20-21.

socialmente construtivos — por trazer um sentimento ao agente de estar fazendo algo útil — que serve melhor à ressocialização do que as tradicionais penas.⁶⁵¹

A par disso, recomenda-se a previsão legal da extinção da punibilidade pelo ressarcimento do dano ao ofendido ou pela devolução (ou recuperação) da *res*, a qualquer tempo, nos delitos contra o patrimônio. À mesma maneira dos crimes fiscais, o Direito Penal, nos delitos patrimoniais, teria caráter utilitarista — reparado o prejuízo da vítima, ou seja, ressurgido o bem jurídico protegido em sua integridade, deixam de subsistir motivos para insistir na persecução penal. Vale ressaltar que a reparação do dano traz efeitos preventivos gerais, pois a perturbação social que é provocada pelo delito só é realmente eliminada se o *status quo ante* for reestabelecido; só a partir deste momento é que o lesado e a coletividade veem o caso como resolvido. Ademais, tem a vantagem de oferecer à vítima uma reparação rápida e não burocrática, que o Estado não conseguiria realizar em muitos casos diante de um devedor recalcitrante, além de ter uma utilidade do ponto de vista preventivo-especial, pois o autor tem de entrar em contato com a vítima, repensar seu comportamento e o dano a ela causado e produzir uma prestação construtiva e socialmente útil.⁶⁵²

⁶⁵¹ ROXIN, 2006, p. 22-26. Atualmente, o artigo 44 do Código Penal prevê a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (“Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. § 1º. (VETADO) § 2º. Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. § 3º. Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. § 4º. A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. § 5º. Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior”).

O autor não se esquece das sanções às pessoas jurídicas, paralelas à punição dos autores individuais, essenciais para o combate da criminalidade de empresas — formas socialmente muito lesivas, como a criminalidade econômica e ambiental —, que podem abranger desde consideráveis pagamentos em dinheiro até seu fechamento, mas que exigem um repensar da dogmática e das regras de imputação. (Ibid., p. 27-28).

⁶⁵² Ibid., p. 22-26. Vale ressaltar que Roxin acredita que a reparação deva ser voluntária, da mesma forma que a prestação de serviços à comunidade. Nota-se que os neorealistas consideram fundamental o aspecto moralizador das alternativas à prisão, sendo que a reparação do dano à vítima prioriza esta, tão esquecida pelo sistema penal.

Todas essas medidas sugeridas aos crimes patrimoniais são alternativas ao cárcere, não se descartando, ainda, a preferência pela aplicação dos regimes aberto e semiaberto de cumprimento de pena, bem como de institutos como o *sursis* e o livramento condicional, sem, contudo, considerar, dentre seus requisitos necessários, quaisquer circunstâncias pessoais do agente.

Paralelamente, deveria haver o agravamento das penas previstas aos tipos de sonegação fiscal — impedindo, pelo menos, a possibilidade de aplicação das benesses da Lei n. 9.099/95, como o são atualmente em relação a algumas figuras —, em razão da elevada danosidade social que as condutas provocam.

A ampliação do sistema punitivo na direção da criminalidade das elites de poder econômico e político não pode ser confundida, porém, com o “reformismo pampenalista” (supervalorização do Direito Penal), assim como a contração do sistema em face da criminalidade das massas não significa o abandono das garantias legais do processo de criminalização, como a legalidade, a culpabilidade, o contraditório e a presunção de inocência, além de outras conquistas democráticas, como a motivação das decisões, hipóteses estritas da prisão, respeito à integridade física e psíquica do preso, etc. Procura-se tão somente democratizar o sistema de justiça criminal.⁶⁵³ E, por tal motivo, acredita-se na possibilidade de manutenção do instituto da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, nos crimes fiscais, conquanto incida uma multa severa, considerando o desvalor da conduta e os imensos danos sociais por ela provocados.⁶⁵⁴

Os tribunais, ademais, devem ter um posicionamento mais rigoroso em relação a esses delitos, evitando-se a extensão dessa benesse ao mero pedido de parcelamento, o qual deve tão somente dar causa à suspensão do processo e do prazo prescricional. E se há parcelamento em relação ao tributo não pago, nada impede que o ressarcimento do prejuízo à vítima, nos delitos contra o patrimônio, seja feito da mesma forma.

Outro projeto passível de realização no ordenamento jurídico nacional é a mobilização política e cultural para conscientizar e esclarecer a opinião pública sobre a

⁶⁵³ SANTOS, 2006, p. 122-123.

⁶⁵⁴ As benesses em relação ao artigo 168 do Código Penal devem ser eliminadas do texto normativo, pois, além de constituírem verdadeiras tautologias, afrontam o princípio da isonomia.

criminalidade patrimonial e fiscal, com a finalidade de libertá-la da ideologia dominante e das imagens da criminalidade fundada em mitos. Tal se daria através da produção de obras científicas e da propagação de informações.

Na América Latina, em especial, os discursos sobre a questão criminal devem ser sacados do recinto acadêmico e dos estudiosos do Direito e inseridos no discurso público, acentuando-se as relações existentes entre as contradições e injustiças que caracterizam o sistema de justiça penal e as contradições e injustiças da sociedade latino-americana. Somente quando o público perceber o funcionamento do controle social em sua realidade e rechaçar atitudes irreflexivas, que são mais “sondas de opinião” do que discussões racionais baseadas em informações concretas e experiências reais, haverá oportunidade para realização de programas de política criminal inspirados na Criminologia crítica.⁶⁵⁵ Nesse processo, o criminólogo crítico é parte importante da tomada de consciência coletiva da realidade da questão criminal por parte das classes subalternas. Cuida-se de restituir aos problemas sua dimensão original, que é uma dimensão política e, aos conflitos, seu significado estrutural que concerne à produção e à distribuição dos recursos, ou seja, a propriedade e o poder na sociedade.⁶⁵⁶

Mas antes mesmo da difusão das ideias dos estudiosos do Direito ao público, seria imprescindível alterar o discurso das próprias universidades e escolas afastando-o da tecnocracia e do pensamento acrítico.

Loïc Wacquant afirma ser indispensável, para não cair em uma escalada penal sem fim e sem saída, afastar os discursos apocalípticos e abrir um debate racional e fundamentado sobre os ilícitos, seus efeitos e significados, suas diferenças e medidas, esclarecendo por que o foco recai sobre um tipo e não sobre outro de delinquência — mais nas subtrações de bolsas e celulares do que nas infrações tributárias. O autor afirma a necessidade de reconectar o debate sobre a delinquência à questão social maior do novo século: o advento do trabalho dessocializado — vetor de insegurança social e de precariedade material, familiar, escolar, de saúde e mesmo mental. Não se trata de negar a realidade da criminalidade, nem a necessidade de lhe dar uma resposta, inclusive penal, quando for apropriada, mas de compreender melhor sua gênese e sua natureza, inserindo-a

⁶⁵⁵ MARTÍNEZ SANCHEZ, 1990b, p. 157-160.

⁶⁵⁶ Ibid., p. 162-163.

no sistema das relações sociais de força e poder. Deve-se fazer uma clara distinção entre aparência e essência.⁶⁵⁷

Os meios de comunicação em massa, como jornais, televisão, revistas, etc., seriam essenciais para a divulgação de tais informações ao público.

A ideia de Thomas Mathiesen é criar um espaço público alternativo na política penal, onde o argumento e o pensamento honesto e escrupuloso sejam valores dominantes. Este espaço seria cunhado através da mídia, especialmente pela televisão, que seria usada para informar as pessoas sobre a irracionalidade do sistema carcerário — que permanece em segredo pela ação dos administradores, pesquisadores e da própria mídia — e que repercutiria em todas as demais áreas. Seria essencial, também, para a instituição deste espaço, restaurar o sentimento de responsabilidade por parte dos intelectuais, no sentido de independência e efetiva atuação na transmissão de informações honestas à população.⁶⁵⁸

Observa-se, finalmente, que uma severa política social deveria, antes de tudo, substituir a política penal. Loïc Wacquant aduz que, na frente das políticas e das práticas judiciárias, deve-se, sempre que possível, propor uma alternativa econômica, social, de saúde ou educacional, visando a realizar um Estado social e a obstacularizar os mecanismos que tendem a ampliar a rede penal.⁶⁵⁹

Constatou-se, portanto, que as implicações teóricas e de pesquisa da teoria crítica são de longo alcance. Elas redescobriram todo um significado das posturas ideológicas sobre o Direito e o controle do crime que sustentam a ordem vigente até os dias atuais,

⁶⁵⁷ WACQUANT, 2007, p. 464-465.

⁶⁵⁸ MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível? In: SILVA, Roberto Baptista Dias da; PASSETTI, Edson (Org.). **Conversações abolicionistas**: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCRIM; PEPG de Ciências Sociais da PUC/SP, 1997, p. 263-287, p. 283-284. Reza o autor que as pessoas desconhecem a total irracionalidade da prisão em termos de seus próprios objetivos estabelecidos, que não se cumprem — de reabilitação do preso, de intimidação do indivíduo para que não volte a delinquir e de prevenção geral. A população deveria ser informada sobre as falhas do cárcere e senti-las, em direção a um nível emocional mais profundo, para, assim, este conhecimento fazer parte da definição cultural sobre a situação. Tal poderia ser feito através de um apoio real às vítimas dos delitos, assim como por meio de recursos e serviços sociais ao transgressor, uma vez que a solução altamente repressiva falhou. Como exemplo, cita, em relação à vítima, a compensação econômica do Estado quando for pertinente, o apoio simbólico em situações de luto, a criação de abrigos para onde levar pessoas que precisem de proteção e de centros de apoio para mulheres espancadas; em relação ao transgressor, o fornecimento de moradias decentes, de programas de trabalho, educação e tratamento, não baseados na força; em suma, uma guerra contra a pobreza. (MATHIESEN, 1997, p. 275-277).

⁶⁵⁹ WACQUANT, op. cit., p. 468-470.

desvendando que o Direito Penal não é um Direito igualitário, principalmente porque se erige em um modelo de sociedade baseado na desigualdade, condicionado por um sistema econômico fundado na exploração de uns sobre outros. A diferença de tratamento dado aos delitos contra o patrimônio e à sonegação fiscal é um dos reflexos disto: um Direito Penal presumidamente igualitário aplicado a uma sociedade profundamente desigual. A injustiça e a desigualdade denunciadas incitam à necessidade de modificar o mais intensa e radicalmente possível o sistema social, econômico e político. Como se trata de hipótese remota, até porque experiências anteriores neste sentido foram frustradas, alternativas ao atual sistema repressivo são apresentadas, em busca de uma nova realidade, em que a opressão tenha um lugar cada vez menos significativo.

CONCLUSÃO

Em face do que foi analisado no trabalho, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

1. Sob o ponto de vista jurídico-dogmático, constatou-se haver justificativas racionais suficientes para legitimar a ingerência penal sobre as condutas descritas nos tipos penais patrimoniais e de sonegação fiscal no ordenamento jurídico vigente. Tratando-se de um Estado social e Democrático de Direito, em que são assegurados direitos e garantias individuais e supraindividuais, esta orientação política constitui diretriz para todo o sistema, inclusive para o Direito Penal. Este tem por finalidade proteger os bens jurídicos essenciais ao máximo desenvolvimento da personalidade do homem e à convivência pacífica em sociedade, sendo considerado como *ultima ratio* da política social. De tal forma, percebe-se coexistirem duas ordens de proteção jurídico-penal: (i) uma sob a perspectiva do indivíduo, que tem como alvo proteger a esfera de atuação própria da pessoa, relacionada a direitos, liberdades e garantias fundamentais desta — em que se inserem os delitos contra o patrimônio —, e (ii) outra que age no âmbito de atuação social do homem, considerado como membro da sociedade, e que se preocupa com a realização material da igualdade e do bem-estar de todos — onde se enquadram os crimes fiscais.

2. Os crimes patrimoniais objetivam proteger o direito individual à propriedade e encontram fundamento no artigo 5º, XXII, da Constituição de 1988. Os delitos fiscais, a seu turno, que se embasam no artigo 170, da Magna Carta, têm por fim assegurar a arrecadação tributária, entendida não apenas como instrumento de formação de receita a ser utilizada na implementação de políticas públicas voltadas ao bem-estar social, mas também como instrumento de política econômica voltada ao desenvolvimento nacional e à promoção das metas sociais definidas na Constituição. Ambos os delitos, portanto, encontram alicerce na Constituição da República e possuem particular relevância dentro do respectivo espectro de atuação (dimensões individual e supraindividual). E, sem embargo dos inúmeros questionamentos decorrentes do pagamento do tributo como causa extintiva da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, conclui-se ser possível a convivência do referido instituto com o princípio da *ultima ratio* da intervenção punitiva. Neste tocante,

em relação aos dois delitos tratados no trabalho observa-se o respeito ao caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal.

3. Referidos delitos, comparados, possuem certa identidade, seja em razão da paridade dos significados dos verbos que integram os tipos, seja em virtude das semelhanças fundamentais que envolvem as condutas — são cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, lesionam o patrimônio alheio (no âmbito individual ou supraindividual) e possibilitam o ressarcimento ao ofendido (pela devolução da *res furtiva*/ressarcimento do dano ou pelo pagamento do tributo). E, dadas essas importantes semelhanças, é de se esperar que o tratamento despendido aos crimes fosse ao menos parecido, mas não é isso que se verifica quando se analisa o texto da lei, no momento de sua aplicação e de sua execução, pelas instâncias oficiais. Nada justifica: a devolução da *res furtiva* e o ressarcimento do dano não constituírem causa de extinção da punibilidade nos crimes patrimoniais da mesma forma como acontece nos crimes contra a ordem tributária quando do pagamento do tributo; a condenação de um furtador que subtrai, por exemplo, R\$ 2.500,00 de um estabelecimento comercial, enquanto o sonegador fiscal está imune à persecução penal de débitos tributários que chegam a R\$ 10.000,00, com base no princípio da insignificância; a necessidade do encerramento da instância administrativa para ajuizamento da ação penal, nos crimes fiscais, embora essa seja pública, enquanto nenhuma atenção é dada aos crimes patrimoniais para, por exemplo, condicionar a ação penal à representação do ofendido; a ausência dos delitos contra a ordem tributária nas estatísticas carcerárias nacionais contra a presença de uma imensa maioria de presos autores de delitos patrimoniais em tais registros; enfim, estas e outras “benesses” instituídas aos sonegadores nunca terem sido pensadas em favor dos agentes de crimes contra o patrimônio, com o objetivo de salvar a igualdade e proporcionalidade do ordenamento jurídico.

4. A teoria crítica da Criminologia, erigida na década de 1970, consegue fornecer um quadro explicativo satisfatório dessa distinção de tratamento, usando o método materialista-histórico e as categorias científicas marxistas, que consideram o modo de produção, em certo período histórico, como determinante para explicar o funcionamento da sociedade e das relações sociais. A escola radical relaciona tais condições materiais, isto é, a base de produção econômica, com o problema criminal, situando a lei penal dentro de um contexto socioeconômico: a sociedade capitalista.

5. Os radicais criticaram diversas teorias, acusando-as de legitimar nossa ordem legal que, de forma flagrante, ofende os princípios da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade. O embate primordial foi contra o positivismo determinista, que parte de uma visão consensual da sociedade, em que esta se apresenta fundada em valores e interesses assumidos como gerais, refletidos nas leis, e no dogma da igualdade; por isso, aceita a ordem estabelecida como lhe é dada. Referida escola não questiona os processos discriminatórios de criação da lei penal, tampouco os de aplicação e execução desta, que também são seletivos, aceitando o crime e a criminalidade como entidades ontológicas pré-constituídas ao Direito Penal e à reação social. De acordo com o positivismo, o trato distinto dado aos delitos estudados é encarado como tradução da vontade coletiva, inquestionável. Aos estudos de Sutherland sobre o *white-collar crime*, os radicais atribuíram a denominação de “Criminologia de denúncia”. Embora tenha desmascarado a pretensa igualdade e consensualidade do Direito Penal, constatando-se a aplicação diferenciada da justiça penal em relação aos poderosos — característica da grande parte dos sonegadores fiscais —, a escola absteve-se de qualquer proposta para modificar esse quadro. Trata-se de uma Criminologia que delata e se escandaliza com o duplo padrão de moralidade daqueles que se declaram como os maiores defensores dos valores morais sociais, mas que não extrai consequências práticas de seu estudo. Até mesmo o *labelling approach*, cuja contribuição para a análise do problema criminal foi notória, por modificar o paradigma etiológico-determinista para o paradigma da reação social, não escapou da censura dos críticos. Finalmente, com o *labelling approach* a criminalidade deixou de ser concebida como intrínseca à conduta e passou a ser definida como uma qualidade atribuída a determinados comportamentos e a certas pessoas por aqueles que têm poder de defini-los como tais, tornando as instâncias de controle social objeto de estudo. Contudo, o fenômeno criminal não foi considerado em uma estrutura social historicamente determinada, isto é, em uma sociedade dividida em classes, em que as relações de poder estão ligadas às relações econômicas — o que só foi feito com a teoria crítica —, de modo que o interacionismo foi classificado como uma teoria de médio alcance.

6. Os modos tradicionais e dominantes do pensamento criminológico, que partem de uma visão contratualista e consensualista originária das revoluções burguesas, foram fortemente objetados pelos críticos. Segundo esta perspectiva, acredita-se que o Estado seja uma instituição que tem por objetivo manter a ordem e a estabilidade social, e, o

Direito, um conjunto de normas promulgadas pelos representantes do povo, que atuam com isenção, com a finalidade de proteger os interesses de todos e promover a justiça social. Os órgãos de controle social, por sua vez, também são concebidos como isentos aplicadores da lei. Todavia, os teóricos radicais analisaram o sistema de justiça penal e verificaram que interesses particulares e distintos do interesse geral, preferencialmente os interesses da classe dominante, motivam a criação das leis; que o Estado não faz nada mais do que impor a vontade dessa classe ao restante da população; e que as instâncias oficiais não se limitam a uma construção silogística de subsunção do fato à norma. Sob essa abordagem, os críticos exaltam que Direito Penal se apresenta como um meio pelo qual a elite capitalista protege e preserva os arranjos econômicos que lhe são favoráveis, garante o controle das decisões políticas e, assim, mantém a ordem vigente que lhe convém, impedindo as ameaças ao sistema capitalista e reprimindo aqueles que questionam sua legitimidade — esta é a chave para uma crítica radical do controle do crime.

7. Tal crítica começa com questionamentos sobre as normas que criam os crimes. E, para isso, analisam-se os comportamentos que estão incluídos nas normas penais e que também estão indicados nas estatísticas oficiais. Percebe-se uma natureza padronizada e seletiva dos aparelhos de repressão penal concentrada sobre os membros das classes sociais mais pobres, que praticam crimes contra a propriedade. Isso sugere que a operacionalidade do sistema de justiça penal seja influenciada e considere, fundamentalmente, o preconceito de classe. Ao constatar-se a natureza classista do sistema punitivo, dirigido aos setores vulneráveis da sociedade, desmascara-se uma ordem social real e oculta que é caracterizada pela desigualdade de fato e pela opressão de classe, distinta daquela que se apresenta como vigente e verdadeira — como se estuda nos manuais de Direito —, mas é imaginária. A ideologia do controle do crime e da criminalidade é responsável por impedir a percepção da realidade concreta e serve como instrumento de manipulação da consciência das classes desfavorecidas para assegurar a continuidade da ordem social e econômica vigente e para mascarar as desigualdades estruturais da sociedade.

8. A direção tomada pelo sistema punitivo contra certas pessoas — o pobre, o despossuído, o não proprietário, o marginalizado —, e não contra certos atos, leva os radicais a concluir que o Direito Penal é o Direito desigual por excelência. Ele não defende apenas os bens jurídicos em que todos estão igualmente interessados e, quando pune as condutas ofensivas a tais bens, o faz com intensidade desigual e de modo

fragmentário; além disso, a lei penal não é igual para todos, pois os agentes de comportamentos violadores de normas não têm iguais chances de se tornarem sujeitos do processo criminal.

9. A seletividade é constatada desde o momento de criação da norma penal. Ela ocorre não só na escolha dos tipos de comportamentos descritos e na diversa intensidade da sanção penal, que independe da maior ou menor danosidade social, mas na própria formulação técnica dos tipos e nos mecanismos de agravantes e atenuantes. Analisando o conteúdo das leis penais, nota-se que os valores ali expressos pertencem ao universo burguês e que eles se orientam para atingir formas de condutas típicas das classes subalternas: é dada máxima ênfase à proteção penal do patrimônio privado. Observa-se que a formulação dos tipos patrimoniais, com enunciados amplos e vagos, permite a fácil acomodação das condutas, inclusive incidência nas qualificadoras, e a sanção penal é severa a esta espécie de delito. Porém, quando a criminalização se dirige a comportamentos típicos de indivíduos pertencentes às classes de poder, como a sonegação fiscal, a rede é muito larga: a figura delitiva é rebuscada e deixa pequena margem de manobra aos aplicadores do Direito, as penas fixadas são mais brandas e criam-se zonas de imunização para comportamentos danosos, como a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário, a qualquer tempo — enquanto aos delitos patrimoniais ocorre apenas a redução da pena no caso de devolução da *res* ou ressarcimento do dano, antes do recebimento da denúncia —, e a edição de norma para fixar um limite para o ajuizamento de execuções fiscais que, ainda que de natureza civil, serve de critério para determinar a insignificância da conduta de sonegar tributos — enquanto nenhuma atenção é dispensada aos crimes contra o patrimônio. No momento de aplicação da norma, preconceitos e estereótipos guiam a ação dos aplicadores do Direito, levando-os a procurar a verdadeira criminalidade nos estratos onde é “normal” esperá-la. A polícia é a primeira da cadeia a reprimir com mais intensidade os setores mais vulneráveis da sociedade, enquanto tende a se afastar dos suspeitos que exibem uma imagem de conformidade com o Direito. No Judiciário, a origem de classe de seus integrantes, extraídos de camadas médias e superiores, gera condições desfavoráveis aos acusados provenientes de grupos marginalizados, enquanto a homogeneidade cultural e social com os agentes provindos de classes mais abastadas age em favor destes. Isso explica a aplicação da causa extintiva da punibilidade nos delitos fiscais a casos não previstos, como o mero pedido de parcelamento do pagamento do tributo — sem que se permita usar a analogia em relação à referida causa

extintiva aos delitos contra o patrimônio —, ou a exigência de esgotamento da esfera administrativa antes de se iniciar a ação penal fiscal, ou, ainda, o reconhecimento do estado de necessidade e da inexigibilidade de conduta diversa nos crimes de apropriação indébita previdenciária quando empresários se encontram em dificuldades financeiras — contra o fato notório de que a imensa maioria dos agentes de crimes patrimoniais pertence aos estratos inferiores da sociedade e vivem em precárias condições de vida e isso não é considerado pelo julgador no momento de proferir a sentença. Não há que se esquecer dos critérios para reconhecimento da causa genérica de redução de pena e para a quantificação da redução que, nos crimes contra o patrimônio, são bastante severos: considera-se a presteza do ato, a espontaneidade e até a pessoalidade. Os critérios jurisprudenciais para determinar a significância ou não da conduta e o privilégio, nos crimes patrimoniais, são igualmente rigorosos: valor da *res*, valor do salário mínimo (R\$ 622,00) e situação financeira da vítima — contra os patamares de R\$ 1.000,00 a R\$ 10.000,00 usados para determinar o que é bagatela nos casos de sonegação fiscal. Enorme rigorismo também é exigido para reconhecimento do furto famélio. No que concerne à atuação do Ministério Público, o perfil e os antecedentes do agente constituem um prognóstico importante para a tomada de posição, outrossim, seletiva, facilitando o enquadramento nas acusações, no afrouxamento probatório e no rigorismo para a concessão de benefícios, quando se trata de agentes pobres, desempregados, sem residência fixa e que possuem formação escolar precária. Trata-se do fenômeno da administração diferencial da criminalidade, cuja variável “posição de classe do autor” condiciona o processo de criminalização, determinando a imunização das elites de poder econômico e das condutas praticadas por estas, enquanto se reprime as massas marginalizadas do mercado de trabalho e punem-se as condutas típicas destes grupos.

10. No momento da execução da pena também se atesta a mesma seletividade, que age em razão diretamente proporcional à classe social do condenado: o cárcere pertence aos “que não tem”. Ele funciona como local para armazenar os que descumprem a ordem social fundada na propriedade privada dos meios de produção e para controlá-los, reproduzindo todas as desigualdades das relações sociais de fora da prisão e perpetuando a separação do universo dos proprietários e dos não proprietários. Com a prisão, impede-se a ascensão social do agente que pertence aos estratos mais baixos, oculta-se um número amplo de comportamentos ilegais praticados pelas classes mais abastadas e garante-se a cobertura ideológica desta seletividade. Para se chegar à real função da pena privativa de

liberdade, forma de sanção penal típica das sociedades capitalistas, especificamente direcionada às classes sociais que participam de modo precário dos processos de produção e não têm influência nos centros de decisões, os teóricos radicais analisam-na em relação ao funcionamento do mercado de trabalho e como uma estratégia para a repressão desta classe social, por parte das classes dominantes.

11. Denuncia-se, assim, a vigência de um sistema de justiça penal classista, que administra os desvios de forma a obter uma máxima criminalização de comportamentos de classes subalternas, conjugada com a imunização dos delitos dos poderosos; administração esta diretamente relacionada com as estruturas políticas e sociais — aqueles que têm o controle político (nomeadamente os detentores do poder econômico, os proprietários dos meios de produção), procuram um salvo-conduto para suas ilegalidades, sendo que o inverso acontece em relação às classes subalternas. O Direito Penal, portanto, expressa um conflito de classes que é característico do tipo de sociedade em que se alicerça — se a sociedade está fundada na exploração de uns sobre outros, isso tende a se reproduzir nas demais instituições. Está-se defronte a uma teoria materialista do desvio e da criminalização capaz de esclarecer, a contento, a diferenciada aplicação da justiça penal em relação aos crimes patrimoniais e aos crimes de sonegação fiscal.

12. Frente a esta ordem vigente desigual e desproporcional, a teoria radical busca alternativas para uma existência mais igualitária, com o objetivo de abolir a exploração econômica e a opressão de classe e tornar a cooperação, a igualdade, a liberdade e a participação democrática os valores dominantes. Para isso, é necessário que ocorram transformações estruturais na sociedade, com modificações no sistema econômico. No campo propriamente criminal, propugna-se a redefinição do conceito de crime, usando como referência os direitos humanos. Por fim, propõem-se alternativas de controle social para o desenvolvimento de uma vida mais humana e de um Direito Penal mais democrático — o que é completamente possível de se realizar no ordenamento jurídico nacional, em relação aos delitos tratados no trabalho.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. Abolire il sistema penale. **Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale, Bologna, v. 1, n. 1, p. 71-89, jan./abr. 1983.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da libertação**. Tradução Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da reação social**. Tradução Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ANTONELI, Osvaldo Gianotti. **Inadequação e ineficácia da tutela penal tributária no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

AYOS, Emilio Jorge. **Delito y pobreza**: espacios de intersección entre la política criminal y la política social argentina en la primera década del nuevo siglo. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARATTA, Alessandro. Ressocialização ou controle social. Uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado. In: OLIVEIRA, Edmundo (Coord.). **Criminologia crítica** (fórum internacional de criminologia crítica). Belém: CEJUP, 1990, p. 141-157.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e prisão provisória em casos de furto**: da presunção de inocência à antecipação de pena. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BATISTA, Nilo. Concepção e princípios do direito penal econômico, inclusive a proteção dos consumidores, no Brasil. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, n. 33, p. 78-89, jan./jun. 1982.

BECCARIA, César. **Dos delitos e das penas**. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores, [s.d.]. Primeira edição italiana: 1764. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2011.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do Direito Penal**. 2010. 464 f. Tese (Livre-Docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. **Revista Liberdades**, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BERGALLI, Roberto. El pensamiento crítico y la criminología. In: BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Dir.). **El pensamiento criminológico**: un análisis crítico. Bogotá, Colômbia: Temis, 1983, v. 1, p. 181-208.

BERGALLI, Roberto. La ideología del control social tradicional. **Doctrina Penal**: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Buenos Aires, ano 3, ns. 9 a 12, p. 805-818, 1980.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. 2. ed. Tradução Paulo José da Costa Júnior; Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, v. 1.

BINDING, Karl. **Compendio di Diritto Penale**: parte generale. 8. ed. Roma: Athenaeum, 1927.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; SADEK, Maria Tereza. **O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica**: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. Pesquisa (Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, jun. 2011. Pesquisa realizada com o apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP e do Ministério da Justiça.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 nov. 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 157, de 10 de fevereiro de 1967.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0157.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. **Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110522.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. **Lei n. 10.684, de 30 de maio de 2003.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.684.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. **Lei n. 10.741, de 1º de dezembro de 2003.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. **Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L11941.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. **Lei n. 12.350, de 20 de dezembro de 2010.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12350.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. **Lei n. 12.382, de 25 de fevereiro de 2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12382.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. **Lei n. 4.357, de 16 de julho de 1964.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4357.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. **Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4729.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 01 dez. 2011.

BRASIL. **Lei n. 5.498, de 9 de setembro de 1968.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19501969/L5498.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. **Lei n. 6.910, de 13 de julho de 1980.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L6910.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. **Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. **Lei n. 8.383, de 30 de dezembro de 1991.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8383.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. **Lei n. 8.696, de 26 de agosto de 1993.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8696.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. **Lei n. 8.696, de 26 de agosto de 1993.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-8696-1993.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. **Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. **Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. **Lei n. 9.441, de 14 de março de 1997.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9441.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. **Lei n. 9.964, de 10 de abril de 2000.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9964.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. **Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9983.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. **Medida Provisória n. 2.176-79, de 23 de agosto de 2001.** Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2176-79.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Dados consolidados do sistema penitenciário no Brasil**. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Sistema integrado de informações penitenciárias – Infopen**: formulário categoria e indicadores preenchidos. Brasília, dez. 2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Sistema integrado de informações penitenciárias – Infopen**: formulário categoria e indicadores preenchidos. Brasília, jun. 2011. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1.329.672-RS**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, j. 01 fev. 2011. DJ 03 fev. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 407.861-DF**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, j. 27 abr. 2004. DJ 07 jun. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 250.840-SC**. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, j. 12 fev. 2003. DJU 17 mar. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 229.496-RS**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, j. 11 dez. 2002. DJ 03 fev. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 121460-DF**. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, j. 06 abr. 2010. DJE 03 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 126.176-RS**. Relator: Ministro Celso Limongi. Brasília, j. 20 ago. 2009. DJ 8 set. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 139.995-DF**. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, j. 30 jun. 2009, DO 01 jul. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 143.318-MG**. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DJ 22 mar. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 183338-MS. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, j. 07 dez. 2010. DJE 01 fev. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 34.281-RS. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, j. 08 jun. 2004. DJ 09 ago. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 46.695-SP. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, j. 13 dez. 2005. DJ 01 fev. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 50.157-SC. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, j. 06 nov. 2006. DJ 18 dez. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 6.388-RS. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, j. 18 jun. 1998. RT n. 758, p. 437.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 9.909-PE. Relator: Ministro Edson Vidigal. Brasília, j. 08 nov. 1999. DJ 13 dez. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 98.944-6-MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, j. 08 maio 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso de Habeas Corpus* n. 283. Relator: Ministro José Dantas. Brasília, j. 25 abr. 1990. RSTJ n. 14, p. 2-477, out. 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso de Habeas Corpus* n. 2224-RS. Relator: Ministro Edson Vidigal. Brasília, j. 14 out. 1992. DJ 03 nov. 1992.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso de Habeas Corpus* n. 4.311-3. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, j. 13 mar. 1995. DJU 19 jun. 1995. RT n. 721, p. 537-538, nov. 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* n. 1.102.105-RS. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, j. 2 jun. 2009. DJ 3 ago. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* n. 1075877-DF. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, j. 16 mar. 2010. DJ 26 abr. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* n. 233.877-PR. Relator: Ministro José Arnaldo. Brasília, j. 16 mar. 2000. DJU 17 abr. 2000. Bol. IBCCRim 90/446.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 401.133-MG**. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, j. 11 mar. 2003. DJ 07 abr. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 443.550-RS**. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, j. 22 abr. 2003. DJ 02 jun. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 659.081-SP**. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, j. 16 ago. 2005. DJ 06 fev. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 693.158-RS**. Relator: Ministro Felix Fischer, j. 07 abr. 2005. DJ 06 jun. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 711027-RS**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, j. 06 fev. 2007. DJ 12 mar. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 765588-RS**. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, j. 07 fev. 2006. DJ 10 mar. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 942.769-MG**. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, j. 11 dez. 2007. DJ 12 fev. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 11.598-SC**. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, j. 07 maio 2002. DJ 02 set. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 12.383-SP**. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, j. 19 fev. 2004. DJ 05 abr. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 17.192-PR**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, j. 16 jun. 2005. DJ 01 ago. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 21523-DF**. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues. Brasília, j. 22 ago. 2011. DJ 26 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1571-UF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, j. 09 dez. 2003. DJ 30 abr. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Inquérito n. 2537-GO**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, j. 10 mar. 2008. DJE 12 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 69.592-RJ**. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, j. 10 nov. 1992. DJ 02 abr. 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. **81.611-DF**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, j. 10 dez. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. **81.929-RJ**. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Brasília, j. 16 dez. 2003. DJ 27 fev. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas Corpus** n. **59033-SP**. Relator: Ministro Rafael Mayer. Brasília, j. 17 nov. 1981. DJ 11 dez. 1981.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas Corpus** n. **66.833-0-MT**. Relator: Ministro Carlos Madeira. Brasília, j. 04 out. 1988. DJU 04 nov. 1988. RT n. 637, p. 348, nov. 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** n. **105.069-SP**. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, j. 06 abr. 1987. DJ 22 maio 1987.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** n. **114.179-4-SP**. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Brasília, j. 29 set. 1987. DJU 06 nov. 1987. RT 627/375.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** n. **90.461-SP**. Relator: Ministro Djaci Falcão. Brasília, j. 08 nov. 1979. DJ 07 dez. 1979.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** n. **96.555**. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília. DJ 10 dez. 1982.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação** n. **01.00.008575-0-MG**. Relator: Juiz Osmar Tognolo. Minas Gerais, j. 30 jun. 1998. DJU 14 ago. 1998. Bol. IBCrim 72/303.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação** n. **1998.01.00.083147-0-MG**. Relator: Juiz Mário César Ribeiro. Minas Gerais, j. 29 jun. 1999. DJU 11 fev. 2000.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Habeas Corpus* n. **94.01.08075-5**. Relator: Juiz Eustáquio Silveira. Pará, j. 02 maio 1994. IOB 15/94.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação** n. **96.03.048240-4-SP**. Relator: Juiz Sinval Antunes. São Paulo, 03 jun. 1997. DJU 14 jun. 1997. RT n. 744, p. 696-699, out. 1997.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Habeas Corpus* n. **96.03.058815-6**. Relatora: Desembargadora Sylvia Steiner, j. 01 abr. 1997.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação n. 2000.04.01.099844-5**. Relatora: Juíza Tania Terezinha Cardoso Escobar. j. 22 mar. 2001. DJU 06 jun. 2001.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação n. 97.04.44809-0**. Relator: Juiz Gilson Dipp. j. 23 jun. 1998. RT n. 758, p. 691.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Correição Parcial n. 97.04.5151513-4-RS**. Relator: Juiz Gilson Dipp. Rio Grande do Sul, j. 12 nov. 1997.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Recurso em Sentido Estrito n. 2005.71.18.003480-9**. Relatora: Juíza Cláudia Cristina Cristofani. Rio Grande do Sul, j. 09 jan. 2008. DE 17 jan. 2008.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. **Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense**: estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jimenez de Asua. Madri, p. 147-164, jun. 1986.

CASAGRANDE, Daniel Alberto. Apropriação indébita previdenciária: bem jurídico, causas de justificação, autoria e extinção da punibilidade à luz da *law and economics*. In: TANGERINO, Davi de Paiva Costa; GARCIA, Denise Nunes (Coord.). **Direito Penal Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 280-304.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional**: Lei n. 7.492, de 16/6/86. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **O que é ideologia**. São Paulo: Abril Cultural; Brasiliense, 1984.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. In: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (dir.); GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.). **La política criminal en Europa**. Barcelona: Atelier Penal, 2004, p. 25-40.

COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 99-120.

CYMROT, Danilo. As novas funções da prisão na ordem neoliberal. **Revista Internacional Direito e Cidadania**, n. 10, jun./set. 2011. Disponível em: <<http://www.reid.org.br>>. Acesso em: 05 out. 2011.

D'AVILA, Fabio Roberto. O espaço do Direito Penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 64, p. 78-98, jan./fev. 2007.

DAHRENDORF, Ralf. **As classes e seus conflitos na sociedade industrial**. Tradução José Viegas. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A reforma do Direito Penal Econômico e Social português. *In*: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 11-63.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. *In*: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 64-98.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. Curitiba: Saraiva, 1980.

DURKHEIM, Émile. **Sociologia**. Tradução Laura Natal Rodrigues. Organizador José Albertino Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Ática, 1981.

ELBERT, Carlos Alberto. **Novo manual básico de Criminologia**. Tradução Ney Fayet Junior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ESTELLITA, Heloisa. **A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien jurídico y sistema del delito**: un ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires; Montevideo: IBdeF, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

FERRARI, Eduardo Reale. A extinção da punibilidade do tributo nos crimes de sonegação fiscal como medida de política criminal. **Boletim IBCCrim**, n. 40, p. 6-7, abr. 1996.

FERRARI, Eduardo Reale. **Parecer sobre suposta prática de delito tributário por determinada empresa**. São Paulo. 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: JEMM, 1989.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto Penale**: parte generale. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1989.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto Penale**: parte speciale: v. 2: tomo 2: i delitti contro il patrimonio. 2. ed. Milano: Zanichelli, 1996.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Tradução Raquel Ramallete. 38. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Os crimes contra o patrimônio. **Revista Forense**, n. 300, out./dez. 1987. Conferência proferida em meados de 1984, na Fundação Casa Rui Barbosa e publicada postumamente, sem revisão do autor. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo40.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2011.

FRANCO, Alberto Silva. Breves anotações sobre os crimes patrimoniais. SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)**. São Paulo: Método, 2001, p. 57-72.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**: v. 1: tomo 1: parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**: v. 1: tomo 2: parte especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FRANCO, Alberto Silva. Sua excelência, o veículo automotor. **Boletim IBCCrim**, n. 38, p. 2, fev. 1996.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). **Código Penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia**: uma introdução a seus fundamentos teóricos. Tradução Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GAROFALO, Raffaele. **Criminologia**: estudo sobre o delicto e a repressão penal. 4. ed. Lisboa: Clássica, 1925.

GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GOMES, Geder Luiz Rocha. **Encarceramento feminino**: realidade brasileira. Palestra apresentada durante o Encontro Nacional do Encarceramento Feminino, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça, em 29 jun. 2011, Brasília. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/eventos/encarceramentofeminino/apresentacao.gederrocha.encarceramentofeminino.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2011.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Prévio exaurimento da via administrativa e crimes tributários. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André; SANT'ANNA, Carlos Soares (coord.). **Direito Penal Tributário**. São Paulo: MP, 2005, p. 261-298.

GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Desempregado e furto famélico**. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2173226/desempregado-e-furto-famelico>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

GRACIA MARTÍN, Luis. Nuevas perspectivas del Derecho Penal Tributario. (Las funciones del tributo como bien jurídico). **Actualidad Penal**, v. 1, n. 1/26, p. 183-217, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 29-45.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico**. Tradução Rafael Alcácer; Maria Martín; Ínigo Orgiz de Urbine. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 95-104.

HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 18, n. 87, p. 103-120, nov./dez. 2010.

HIRST, Paul Q. Marx e Engels: sobre direito, crime e moralidade. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos; Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 249-286.

HULSMAN, Louk H. C. Abolire il sistema penale. **Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale. Bologna, v. 1, n. 1, p. 71-89, jan./abr. 1983.

HULSMAN, Louk H. C. Alternativas a la justicia penal y a la política criminal en Latinoamérica. **Revista Anthropos**. Barcelona, n. 204, p. 183-197, 2004.

HULSMAN, Louk H. C. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. In: SILVA, Roberto Baptista Dias da; PASSETTI, Edson (Org.). **Conversações abolicionistas**: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCRIM - PEPG de Ciências Sociais da PUC/SP, 1997, p. 189-213.

JENÉ, Carles Viladàs. La delincuencia económica. In: BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Dir.). **El pensamiento criminológico**. Bogotá: Temis, 1983, v. 2, p. 221-243.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. Expansão do poder punitivo e violação dos direitos fundamentais. **Mundo Jurídico**, 10 nov. 2006. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=870>. Acesso em: 2 set. 2011.

KRISBERG, Barry. **Crime and Privilege**: Toward a New Criminology. New Jersey: A Spectrum Book, 1975.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal alemão**. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial; Superior Tribunal de Justiça, 2006, v. 1. Primeira edição brasileira: 1899.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. O furto das jóias da coroa ou impunidade x irrelevância. **Boletim IBCCrim**, ano 6, n. 76, p. 10-11, mar. 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. Extinção do crédito e extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 48, p. 73-86, set. 1999.

MANNHEIM, Herman. **Criminologia comparada**. Tradução José Faria da Costa; Manuel da Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, v. 2.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio. **¿Qué pasa en la criminología moderna?** Bogotá: Temis, 1990b.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio. **La abolición del sistema penal**. Bogotá: Temis, 1990a.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O espectro do artigo 34 da lei 9.249/95. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord). **Crimes contra a ordem tributária**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 396-297.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos de 1844**. Disponível em: <<http://www.marxists.org/portugues/marx/1844/manuscritos/index.htm>>. Acesso em: 11 out. 2011.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Disponível em: <<http://pcb.org.br/portal/docs/aideologiaalema.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2011.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto comunista**. Tradução Álvaro Pina. 5. ed. São Paulo: Boitempo, 2007.

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI: abolição, um sonho impossível? *In*: SILVA, Roberto Baptista Dias da; PASSETTI, Edson (Org.). **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCRIM; PEPG de Ciências Sociais da PUC/SP, 1997, p. 263-287.

MELLIM FILHO, Oscar. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MILIBAND, Ralph. **O Estado na sociedade capitalista**. Tradução Fanny Tabak. Rio de Janeiro: Zahar, 1972.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 12.328**. Relator: Juiz Gudesteu Biber. Minas Gerais, j. 4 mar. 1985. RTJE n. 36, p. 335-337, jan., fev. 1986.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 7.090**. Relator: Juiz Lúcio Urbano. Minas Gerais, j. 11 fev. 1980. RT n. 548, p. 369-370, jun. 1981.

MIR PUIG, Santiago. **El Derecho Penal en el Estado social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.

MOCCIA, Sergio. **Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali**. Padova: Cedam, 1988.

MONREAL, Eduardo Novoa. Reflexões para a determinação e delimitação do delito econômico. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, n. 33, p. 91-121, jan./jun. 1982.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **The Spirit of Law**. Tradução Thomas Nugent: 1752. Ontário: Batoche Books Kitchener. 2001. Primeira edição francesa: 1748. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/mc000219.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y control social. **Cuadernos de Política Criminal**. Madrid, n. 21, p. 719-728, 1983.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona: Bosh, 1975.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Principios politicocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal Español de 1994. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 3, n. 11, p. 7-20, jul./set. 1995.

NAPOLITANO, Bruno; PORTUGUÊS, Rafael. Quatro anos da Defensoria Pública em São Paulo. **Revista Consultor Jurídico**, jan. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-09/acesso-justica-anos-defensoria-publica-sao-paulo>>. Acesso em: 18 nov. 2011.

PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. 5. ed. México: Siglo Veintiuno, 1996.

PAVARINI, Massimo. El sistema de Derecho Penal entre abolicionismo y reduccionismo. Poder y control. **Revista Hispano-latinoamericana de Disciplinas sobre el Control Social**, n. 1, p. 141-157, 1987.

PEARSON, Geoff. A sociologia do desajuste e a política de socialização. In: YOUNG, Jock; WALTON, Paul; TAYLOR, Ian (Org.). **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos; Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 177-202.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André; SANT'ANNA, Carlos Soares (Coord.). **Direito Penal Tributário**. São Paulo: MP, 2005.

PEREIRA, Flavia Goulart. **Crime de colarinho branco na sociedade pós-industrial: uma perspectiva criminológica**. 2005. 243 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PLATT, Tony. Perspectivas para uma criminologia radical nos EUA. *In*: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos; Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 113-134.

PODVAL, Roberto. Um grande equívoco. **Boletim IBCCrim**: jurisprudência, fev. 1996, p. 125.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

QUINNEY, Richard. **Critique of Legal Order**: Crime Control in Capitalist Society. Boston: Transaction Publishers, 2002.

QUINNEY, Richard. O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal. *In*: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos; Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 221-247.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: v. 1: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: v. 2: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada Criminal. **Revisão Criminal n. 289010761**. Relator: Juiz Nilo Wolff. Rio Grande do Sul, j. 24 abr. 1989. RTJE n. 63, p. 226-230, abr. 1989.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 70.024.760.969**. Relator: Desembargador Sylvio Baptista Neto. Rio Grande do Sul, j. 17 jul. 2008. DJ 30 jul. 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. *In*: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de Direito Penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 181-191.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores, [s.d.]. Primeira edição francesa: 1762. Disponível em: <<http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2011.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general: tomo 1: fundamentos: la estructura de la teoria del delito. Tradução Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Tradução Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz; Ana Isabel de Figueiredo; Maria Fernanda Palma. Lisboa: Veja, 1986.

ROYSEN, Joyce. Histórico da criminalidade econômica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 11, n. 42, p. 192-213, jan./mar. 2003.

RUSCHE Georg; KIRCHHEIMER Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Criminalidade moderna *versus* criminalidade de massa. In: SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). **Criminologia e os problemas da atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 140-161.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena**: conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O crime de colarinho branco**: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal. Coimbra: Coimbra, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia radical**. 2. ed. Curitiba: Lúmen Juris, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos; TANCREDO, Sérgio. Apresentação. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos; Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. IX-X.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação Criminal n. 544.591-7**. Relator: Juiz Oliveira Ribeiro. São Paulo, j. 21 fev. 1989. RJD TACRIM n. 4, p. 99-100, out., nov., dez. 1989.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 261.877**. Relator: Juiz Nogueira Camargo. São Paulo, j. 8 nov. 1982. JUTACRIM n. 73, p. 334-335, jan., fev., mar. 1983.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 279.937**. Relator: Juiz Ângelo Gallucci. São Paulo, j. 01 abr. 1982. JUTACRIM n. 70, p. 357-358.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 299.411-2**. Relator: Juiz Alberto Silva Franco. São Paulo, j. 17 nov. 1983. RT n. 583, p. 363-365, maio 1984.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 318.499-7**. Relator: Juiz Brenno Marcondes. São Paulo, j. 23 maio 1984. JUTACRIM n. 80, p. 398-399.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 337.201**. Relator: Juiz P. Costa Manso. São Paulo, j. 06 out. 1996.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 428.107-0**. Relator: Juiz Benedito Camargo. São Paulo, j. 23 jun. 1986. JUTACRIM n. 87, p. 405-406.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 549.483-7**. Relator: Juiz Régio Barbosa. São Paulo, j. 24 ago. 1989. RT n. 649, p. 290-292, nov. 1989.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 551.935-4**. Relator: Juiz Gonzaga Franceschini. São Paulo, j. 9 fev. 1989. RJD n. 3, p. 126, jul., ago., set. 1989.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 707.799-3**. Relator: Juiz Walter Swensson. São Paulo, j. 01 jun. 1994. RDJ n. 22, p. 79-70, abr., maio, jun. 1994.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 720.573-9**. Relator: Juiz Assumpção Neves. São Paulo, j. 3 maio 1994. RJD n. 23, p. 7-79, jul., ago., set. 1994.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 794.157-2**. Relator: Juiz Oliveira Ribeiro. São Paulo, j. 20 dez. 1994. RJD n. 24, p. 68-69, out., nov., dez. 1994.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 889.085-7**. Relator: Juiz Péricles Piza. São Paulo, j. 31 jan. 1995. RJD n. 25, p. 59, jan., fev., mar. 1995.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 905.197-1**. Relator: Juiz Oldemar Azevedo. São Paulo, j. 21 mar. 1995. RJD n. 26, p. 110-112, abr., maio, jun. 1995.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 968.221-1**. Relator: Juiz Wilson Barreira. São Paulo, j. 02 out. 1995. RT n. 727, p. 532-534, maio 1996.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação n. 988.073-2**. Relator: Juiz Márcio Bártoli. São Paulo, j. 03 jan. 1996. RT n. 733, p. 579-582, nov. 1996.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Habeas Corpus n. 124.134**. Relator: Juiz Adalberto Spagnuolo. São Paulo, j. 18 ago. 1983. JUTACRIM n. 77, p. 112, jan., fev., mar. 1984.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Habeas Corpus n. 147.596-4**. Relator: Juiz Emeric Levai. São Paulo, j. 27 dez. 1985. JUTACRIM n. 91, p. 400.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Habeas Corpus n. 283.226-4**. Relator: Desembargador Ricardo Lewandowski. São Paulo, j. 23 nov. 1995. RT n. 728, p. 551.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Recurso em Sentido Estrito n. 416.417-9**. Relator: Juiz Gonzaga Franceschini. São Paulo, j. 31 mar. 1986. RT n. 609, p. 336-340, jul. 1989.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação com Revisão n. 1.066.802.3-6**. Relator: Desembargador Antonio Benedito Morello. São Paulo, j. 29 ago. 2008, v.u.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 107.167**. Relator: Desembargador Weiss de Andrade. São Paulo, j. 17 maio 1971. RJTJSP n.17, p. 454-462.

SCHWENDINGER, Herman; SCHWENDINGER, Julia. Defensores da ordem ou guardiães dos direitos humanos? *In*: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos; Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 135-176.

SGUBBI, Filippo. **Uno studio sulla tutela penale del patrimonio**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1980.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Linhas reitoras da adequação social em direito penal**. 2009. 507 f. Tese (Concurso para provimento de Professor Titular do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SOUSA, Susana Aires. **Os crimes fiscais**: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador. Coimbra: Coimbra, 2006.

STOCO, Rui. Crimes contra a ordem tributária. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 1, p. 593-702.

STRECK, Lenio Luiz. A filtragem hermenêutica-constitucional do direito penal: um acórdão garantista. **Revista de Estudos Criminais**, ano 1, n. 1, p. 132-143, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “*la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos*”. **Revista de Estudos Criminais**. Publicação conjunta do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-RS e do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, n. 31, p. 65-96, out./dez. 2008.

SUTHERLAND, Edwin. **El delito de cuello blanco**. Tradução Laura Belloqui. Buenos Aires: Julio César Faira, 2009. Versão completa.

SWAANINGEN, René van. **Critical Criminology**: visions from Europe. London: Sage, 1997.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa; PISCITELLI, Tathiane. Suspensão da pretensão punitiva estatal pelo parcelamento. *In*: TANGERINO, Davi de Paiva Costa; GARCIA, Denise Nunes (Coord.). **Direito Penal Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 158-177.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul. A Teoria radical do desvio e o Marxismo: uma réplica ao “Marx e Engels: sobre direito, crime e moralidade” de Paul Q. Hirst. *In*: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos; Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 249-286.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos; Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. Criminologia crítica na Inglaterra retrospecto e perspectiva. *In*: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos; Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 1-72.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de delito económico. **Cuadernos de Política Criminal**, n. 28, p. 65-74, 1986.

TIEDEMANN, Klaus. Objetivos, propósitos y métodos de la investigación criminológica europea en el ámbito de los delitos económicos. **Nuevo Pensamiento Penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales**, ano 6, n. 13-14, p. 145-163, jan./jun. 1977.

TORON, Alberto Zacharias. Crimes de colarinho branco: os novos perseguidos? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 7, n. 28, p. 74-84, out./dez. 1999.

VICO MAÑAS, Carlos. **Tipicidade e princípio da insignificância**. 1993. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993.

VILARDI, Celso Sanchez. A extinção da punibilidade nos crimes tributários. **Revista do Advogado**, ano 27, n. 94, p. 46-53, nov. 2007.

VIRGOLINI, Julio E. S. Delito de cuello blanco. Punto de inflexión en la teoría criminológica. **Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales**, ano 12, ns. 45 a 48, p. 353-367, 1989.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Tradução Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**: parte general. 4. ed. Tradução Juan Bustos Ramírez; Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

YOUNG, Jock. Criminologia da classe trabalhadora. *In*: YOUNG, Jock; WALTON, Paul; TAYLOR, Ian (org.). **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos; Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 73-112.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**: aproximación desde un margen. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Tradução Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopez da Conceição. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1981, v. 3.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**: v. 1: parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.