

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO**

**CRISTINA ALVES GADELHA DE ALBUQUERQUE**

**A SELETIVIDADE NO SISTEMA PENAL ECONÔMICO.**

Recife  
2010

CRISTINA ALVES GADELHA DE ALBUQUERQUE

**A SELETIVIDADE NO SISTEMA PENAL ECONÔMICO.**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Área de Concentração:** Ciência Jurídica  
**Orientador:** Prof. Leonardo Siqueira

Recife  
2010

**Albuquerque, C. A. G.**

**A seletividade no sistema penal econômico. Cristina Alves Gadelha de Albuquerque. O Autor, 2010.**

**44 folhas.**

**Orientador: Profº Leonardo Siqueira**

**Monografia (graduação) – Bacharelado em Direito - Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2010.**

**Inclui bibliografia.**

**1. Direito    2. Sistema Penal    3. Sistema Econômico    4. Seletividade**

**340    CDU (2ªed.)**

**340    CDD (22ª ed.)**

**Faculdade Damas**

**TCC    2013-194**

**CRISTINA ALVES GADELHA DE ALBUQUERQUE**  
**A SELETIVIDADE NO SISTEMA PENAL ECONÔMICO.**

**DEFESA PÚBLICA** em Recife, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de  
\_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

**Presidente: Orientador:** Prof. Leonardo Siqueira.

---

**1º Examinador:** Prof. Dr.

---

**2º Examinador:** Prof. Dr.

---

Aos meus pais, João Gadelha e Izabel Cristina, grandes incentivadores dos meus estudos e aos meus irmãos. Sem esquecer as sinceras amizades feitas ao longo do curso.

## RESUMO

À época do Estado Liberal, não se vislumbrava a hipótese do Estado intervir na economia, devido a sua função meramente guardiã. Com o surgimento do Estado intervencionista e o social e democrático de Direito, surgiram, ao lado dos bens jurídicos de cunho individual, novos bens jurídicos de caráter supraindividual e com ele a necessidade de protegê-los. Portanto, a economia tornou-se o bem mais importante das sociedades modernas e com ela surgem novos tipos de crimes, agora “a criminalidade não é unicamente a conduta dos assassinos e dos ladrões de ocasião ou profissionais: existe todo um mundo delinqüente cuja criminalidade é, em certo modo, parte integrante da atividade profissional lícita, cujos crimes não mancham as mãos. O que se observa é que em todo país capitalista o sistema penal tem a função real de reproduzir as desigualdades e assimetrias sociais e sua ideologia dominante é formada pela ideologia liberal, cujo princípio da legalidade é seu princípio maior, e pela ideologia da defesa social, a qual tem como princípio a divisão maniqueísta do mundo entre o bem(sociedade) e o mal(criminoso). A intervenção estatal na economia tem por objetivo maior dirimir as desigualdades e reduzir o abismo social. O direito Penal moderno teve que ajustar-se a esse “novo” homem, inserido na vida social, participante da ordem econômica. A partir do novo enfoque do Direito Penal, outras condutas passaram a constituir crime, muitas delas praticadas pela elite da sociedade e que na maioria das vezes suas conseqüências são mais maléficas do que os outros crimes clássicos. É a chamada criminalidade econômica. E a finalidade do Direito Penal Econômico(D.P.E) é justamente tutelar a ordem econômica. Nos crimes contra a Ordem Tributária, o contribuinte causa um dano supraindividual a sociedade no momento que sonega o imposto devido aos cofres públicos. Geralmente esse tipo de crime, qual seja, sonegação fiscal, é cometido por pessoas de classe elevada, respeitáveis, são os chamados “White collar crime” ou crimes do colarinho branco. Porém, o sistema penal, seleciona, através do seu discurso legitimador, as condutas que serão apenas mais severamente e aquelas que com uma simples reparação do dano, como é o caso dos crimes contra Ordem Tributária, a punibilidade é extinta.

**Palavras chave:** sistema - penal - econômico - seletividade

## ABSTRACT

At the time of the liberal state, it couldn't see possibility of state intervention in the economy due to its purely guardian function. With the emergence of the interventionist state and the social democratic law, emerged, along with the legal rights of an individual level, new legal goods of a supraindividual character and it the need to protect them. So the economy has become the most important asset of the modern societies and with it come new types of crimes, now crime is not conduct of the murderers and occasional thieves or professionals: there is a whole delinquent world whose criminality is, in a sense, part of the lawful professional activity, whose crimes do not stain your hands. What is observed is that in every capitalist country the criminal justice system has the real function of reproducing inequalities and social asymmetries and their dominant ideology is built by a liberal ideology whose principle of legality is highest principle, and by the ideology of social defense, which has as its principle the Manichean division of the world between good(society) and evil(criminal). State intervention in the economy has as its major objective, solving inequalities and reduce the social divide. The modern criminal law had to adjust to this "new" man insert into society, participant of the economic order. From the new focus of criminal law, others approaches have constituted a crime, many of them committed by the elite of society and that most often their consequences are more harmful than others crimes classics. It's called economic crime. Usually this type of crime, like tax evasion, is committed by people of high class, respectable, are called "White collar crime". However, the penal system, selects, though its legitimizing discourse, the conducts that shall be sentenced more severely and those with a simple repair of the damage, like case of crimes against tax order, the criminality is abolished.

**Keywords:** System – penal - economic – selects.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>07</b>
<b>CAPÍTULO 1 SISTEMA PENAL ECONÔMICO</b>	
1.1 Conceituação.....	09
1.2 Bem Jurídico Protegido.....	13
1.3 O Bem Jurídico nos Crimes Contra a Ordem Tributária.....	17
<b>CAPÍTULO 2 INVESTIGAÇÃO DAS FUNÇÕES DECLARADAS PELO SISTEMA PUNITIVO</b>	
2.1 Percepção da Criminologia Crítica.....	23
2.2 Funções Declaradas x Não Declaradas: o Direito Penal Simbólico.....	27
<b>CAPÍTULO 3 A REALIDADE EM CONTRASTE COM O SISTEMA PENAL .....</b>	<b>34</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>39</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>42</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo constatar a ocorrência da seletividade no sistema penal econômico, pautada em preceitos geradores de estereótipos que, dessa forma, orientam a estrutura do sistema penal repressivo, violento e marginalizante.

Constataremos também, como as características da seletividade e da desigualdade se mantêm no âmbito do Direito Penal Econômico (D.P.E), supostamente criado para incidir em comportamentos de elevada nocividade e imunes à política criminal tradicional.

O sistema penal, em seu modelo atual, semeia violência e sustenta a marginalização e exclusão social. Age seletiva e autoritariamente, usa de todo um discurso legítimo para justificar ou tentar legitimar sua atuação.

Esse discurso é a base para hegemonia do poder econômico, ele é fundamental tanto na elaboração dos textos normativos, onde ordenam as relações sociais, bem como na aplicação dessas normas perante a sociedade.

Assim, o oprimido aceita e reproduz o discurso do opressor, detentor do poder e assim haverá, tão somente, a imposição das idéias da classe dominante. Essa facticidade social dual, separativista, excludente, marginalizante é refletida no sistema penal brasileiro, tanto na elaboração do ordenamento legal vigente, quanto na exegese e aplicação da lei pelos órgãos judiciário e policial. O sistema penal reproduz as relações sociais, e portanto, ajuda a manter a estratificação implementada verticalmente.

No primeiro capítulo falaremos sobre o sistema penal econômico, veremos o conceito de Direito Penal Econômico (D.P.E) e sua abordagem por diversos autores, frente a dificuldade de estabelecer esse conceito. Delimitaremos o bem jurídico protegido por esse ramo do Direito e analisaremos os crimes contra a ordem tributária e suas conseqüências.

No segundo capítulo analisaremos se as promessas declaradas pelo sistema penal são cumpridas, como também a percepção da criminologia crítica a

respeito do tema. As funções declaradas e as não declaradas do Direito Penal também será tema de análise e os filtros de subjetividade, ou seja, comentaremos o que leva uma conduta ser criminalizada mais que outras e quem são os “escolhidos”.

No terceiro e último capítulo analisaremos dados do DEPEN para demonstrar numericamente (estatisticamente) que o sistema penal reproduz as ideologias sociais da desigualdade e da seletividade e que apesar desses crimes econômicos serem constantemente cometidos, como noticiados na mídia, há um tratamento diferenciado por parte do sistema penal como também da sociedade.

## CAPÍTULO 1 SISTEMA PENAL ECONOMICO

### 1.1 Conceituação

A história do direito penal econômico começa na primeira grande guerra. Este acontecimento obrigou o Estado a assumir o papel de responsável maior pelo curso da vida econômica, devido aos conflitos sociais que acompanharam, pela necessidade de direção e mobilização da economia para os esforços da guerra. Obrigou assim, o esquecimento do modelo liberal de separação entre o direito e a economia, o Estado e a sociedade. E criaram-se, por outro lado, os pressupostos do recurso ao Direito penal econômico como meio de defesa do modelo econômico almejado pelo Estado.

Conceituar D.P.E. não é tarefa fácil, doutrinariamente esse conceito é cheio de controvérsias. Trata-se de uma zona do saber jurídico bastante dinâmica e instável, que guarda fortes ligações com a evolução histórica de cada Estado e com as particularidades de cada sistema econômico social em que se insere.

Não existe, contudo, um consenso entre os escritores a propósito da denominação da disciplina.

Entre nós, Manoel Pedro Pimentel( ), define D.P.E. como: “(...) o conjunto de normas que têm por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes”.

Já para Juan Antônio Nunes D.P.E. é: “ El conjunto de disposiciones del Derecho criminal destinadas a sancionar los textos que, em el marco de la política global del Estado, regulan la producción, distribución y consumo de los bienes, la utilización de los servicios, en definitiva los médios que aseguran el cambio y el empleo de estos bienes o servicios”.

Porém, num Estado social de Direito, há de se passar fundamentalmente, pela definição dos bens jurídicos ou valores que pretende proteger e pela descrição do *modus operandi* que os viola ou põe em perigo – não poderá ser um simples Direito Penal de ‘agentes’. Nesse pensamento “(...) o nosso Direito Penal,

assentado sobre princípios básicos do Estado de Direito(...), apóia-se nos dogmas da reserva legal, do bem jurídico, da ação e da culpabilidade (...)" (LUNA, 1995, p.30)\_sendo essa a primeira premissa; e de que " a pesquisa do bem jurídico delimita as zonas de ilícito e do lícito, ensejando certeza para o magistrado e segurança para o cidadão. Deve ser defendido e mantido pelo Direito Penal contemporâneo, cuja parte especial é sistematizada conforme critério da objetividade jurídica dos delitos (...) (idem, ibidem).

Conclui-se que, a definição do conceito de D.P.E, assim como a de qualquer outra "espécie" do Direito Penal, deve construir-se, prioritariamente, na esteira da precisa identificação da natureza, do caráter e das particularidades do bem jurídico em cuja proteção residem a *ratio essendi* e o próprio escopo primordial do Direito Penal civilizado.

No D.P.E. esse bem jurídico tutelado é a ordem econômica, que possui caráter supraindividual e se destina a garantir um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição de riqueza entre os grupos sociais, na trilha dos valores e vetores a propósito consagrados pelo artigo 170 da Constituição Federal, constitui, enquanto bem jurídico para cuja tutela convoca o texto constitucional o Direito Penal, não apenas inarredável determinante do reconhecimento da existência do Direito Penal Econômico como espécie do gênero, mas também, e em linhas de consequência, o ponto fulcral de toda e qualquer conceituação que se lhe queira em boa técnica imprimir.

Afirma Klaus Tiedmann(1995, p. 36-49) que:

"em suma el Derecho Penal Económico és um derecho interdisciplinario punitivo que protege el orden económico como última ratio, es decir, el ultimo recurso há utilizar por el Estado y luego de Haber echado mano de todos los demas instrumentos de política economica o de control de que dispone, para uma eficaz lucha contra lãs diversas formas de criminalidad económica. Lãs graves disfunciones y crisis socioeconômicas justificam la intervenci3n del Estado em maréria económica y recurrir al Derecho Penal para resolverlos y asegurar el bienestar común."

Há um entendimento segundo o qual o crime econômico não passa de uma infração ao patrimônio individual, e como tal deve ser tratado, contudo, nem toda perturbação da vida econômica importa necessariamente em violação de patrimônio individual.

No mesma esteira de pensamento segue outros autores:

a proteção penal da Ordem Econômica é indispensável em uma sociedade moderna. Esta caracteriza-se pela fragilidade de seus subsistemas de produção e distribuição, por suas enormes necessidades de força de trabalho e de capital, e pela multiplicidade de suas interdependências e conflitos de interesses sociais (ARAÚJO JR, p. 17).

Assim, numa economia de mercado frágil como a nossa, é indispensável a regulação jurídica dos abusos violadores da ordem econômica, de modo que fique garantida a proteção social do mercado e de todos que participem dele.

Entende-se que o D.P.E, tal qual o concebemos, destina-se tanto a regular o comportamento daqueles que participam do mercado, quanto a proteger a estrutura e o funcionamento do próprio mercado, como também, a política econômica estatal, sob o manto garantista, sem preocupação de segurança.

Destarte, a chave para desentranhar em toda profundidade o sentido e o alcance dessa definição residiria no objeto de proteção: o ordem econômica.

Podemos, no entanto, observar duas acepções de D.P.E. uma, estrita, e outra, ampla, baseado na concepção de ordem econômica.

Direito Penal Econômico em sentido estrito “é o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica, entendida como regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia”( BAJO FERNANDEZ, 2001, p.37). Essa definição desnuda a ordem econômica como objeto de proteção penal a partir de novo ramo jurídico denominado Direito Econômico que, em síntese, é o Direito da economia dirigida pelo Estado.

A intervenção do Estado e de seu Direito em zonas antes relegadas à livre-iniciativa é que, em princípio, passou a se denominar Direito Econômico. O que caracteriza o D.P.E. é que se constitui ele num grau mais intenso de intervenção estatal na economia, mediante o uso do *jus puniendi*.

A ordem econômica, entendida como regulação jurídica do intervencionismo na economia, constitui, portanto, o objeto de proteção do Direito Penal Econômico em sentido estrito.

Esse D.P.E. tipificará os crimes econômicos, as ações ou omissões que lesionem ou exponham a perigo a normativa que regula os bens jurídicos protegidos pela intervenção estatal na economia, os delitos que atentam contra a determinação ou formação dos preços, os delitos monetários, as infrações de contrabando, os crimes tributários e alguns mais.

D.P.E. em sentido amplo como sendo “ o conjunto de normas jurídico-penais que protege a ordem econômica entendida como regulação jurídica da proteção, distribuição e consumo de bens e serviços” (BAJO FERNANDEZ, 2001, p.40).

Assim, não se cuida, aqui, mais da proteção do novo intervencionismo estatal, mas sim, da atividade econômica dentro da economia de mercado.

Nessa concepção ampla, a ordem econômica se apresenta como um bem jurídico de segunda ordem, subsistente por detrás dos interesses patrimoniais individuais, ao contrário do que ocorre na concepção estrita.

Dentro dessa noção ampla de D.P.E. serão criminalizados como “delitos econômicos” as ações ou omissões que atentem ou ponham em perigo, em primeiro lugar, um bem jurídico patrimonial ou individual e, em segundo plano, a normativa que regula a produção, a distribuição e consumo dos bens e serviços.

Isto posto, sabe-se que a criminalidade econômica é um tema bastante atual e polêmico entre os doutrinadores, pois a dimensão dos danos materiais e morais que provoca, pela sua capacidade de adaptação e sobrevivência às mutações sociais e políticas, pela sua aptidão para criar defesas frustrando as formas de luta que lhes são dirigidas.

O D.P.E. se define em relação com o objeto de caráter político-criminal: a prevenção da criminalidade econômica.

Pode-se entender que com a evolução das sociedades houve um aumento da criminalidade tradicional frente a propriedade e o patrimônio (furtos, roubos, etc) mas também houve uma multiplicidade de outras formas de delinquência.

Mais ainda, em uma sociedade moderna, observa-se um aumento de oportunidades para o crime de tal modo que certas transformações sociais de uma economia em expansão fariam surgir novas oportunidades, novas formas de delinquência.

Segundo Manoel Pedro Pimentel, D.P.E. é o conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes.

No entanto, não há um consenso entre os autores em relação ao conceito de D.P.E. pois para Santiago Sabas Arias, o D.P.E. é “el agregado de preceptos provistos de sanciones penales y dirigidos a procurar al Estados los médios económicos requeridos para atender a las necesidades públicas”.

Contudo, nessa variedade de opiniões em relação ao conceito de D.P.E., observa-se um traço comum entre eles, qual seja, a finalidade de proteger os bens e os interesses humanos relacionados com a economia.

## **1.2 Bem Jurídico Protegido pelo Direito Penal Econômico**

Sabemos que a proteção de interesses é a essência do Direito. E sendo os bens jurídicos os interesses que o Direito protege, ou seja, o interesse juridicamente protegido. Portanto, interesses humanos; ou do indivíduo ou da coletividade.

Consoante a lição do jurista Cláudio Brandão, pode-se definir o bem jurídico, “como o valor tutelado pela norma penal, funcionando como um pressuposto imprescindível para a existência da sociedade.”(Brandão, 2001, p.10)

Como vimos, num Estado Democrático de Direito, a noção de bem jurídico desempenha papel preponderante: decididamente define a função do Direito Penal e, por conseguinte, esclarece os limites do *ius puniendi*, conferindo, ademais, a legitimidade do mesmo ao Direito Penal.

Para Edson Luís Baldan, o bem jurídico pode ser definido como todo valor da vida humana protegido pelo Direito. E, como o ponto de partida da estrutura do delito é o tipo de injusto, este representa a lesão ou perigo de lesão do bem juridicamente protegido.

Nos interessa, nesse momento, é delimitar o bem jurídico protegido pelo D.P.E.

Sabido é que a função do bem jurídico no Direito Penal deslocou-se de uma tendência crítica de limitação do direito repressor (despenalização) para um contexto criminalizante e no qual se justifica o Direito Penal (criminalização). Assim, a missão do princípio do bem jurídico assume dupla função: legitimadora para o Estado e garantidora em relação ao indivíduo.

Assevera Manoel Pedro Pimentel, a importância da delimitação do objeto jurídico protegido pelo D.P.E. como antídoto à imprecisão conceitual reinante na doutrina, onde esse rebento do Direito Penal é confundido ora com o Direito Penal Administrativo, ora com o Direito Penal Fiscal, ora com o Direito Penal Financeiro.

Porém o D.P.E. não se confunde com o Direito Penal Financeiro e com o Direito Penal Tributário. São ramos distintos.

O D.P.E. tem objeto jurídico próprio, diferente dos demais, não se confundindo também com os bens e interesses juridicamente tutelados pela legislação penal especial que trata dos crimes contra a ordem econômica popular.

O objeto jurídico protegido pelo D.P.E. não se confunde, portanto com a economia popular, que é conceituada como “o patrimônio de um indefinido número de pessoas”. O D.P.E. trata de algo mais específico, abrangendo bens e interesses relacionados com a política econômica do Estado.

Podemos dizer que o D.P.E. se relaciona com os diversos ramos do Direito, seja ele Direito Penal Financeiro, seja o Direito Penal Tributário, e até mesmo os

crimes contra a economia popular mas esse último protege apenas uma parte dos bens ou interesses defendidos pelo Estado, no campo da economia.

O D.P.E., portanto, é um sistema de normas que defende a política econômica do Estado, permitindo que esta encontre os meios para a sua realização. São a segurança e a regularidade da realização dessa política que constitui precipuamente o objeto jurídico do D.P.E. Além do patrimônio de indefinido número de pessoas, são também objeto de proteção legal o patrimônio público, o comércio geral, a troca de moedas, a fé pública e a administração pública, em certo sentido.

É difícil precisar exatamente a natureza de todos esses bens e interesses, mas cabe sua delimitação no campo de incidência das leis que visam à segurança e à regularidade da boa execução da política econômica do Estado, como por exemplo, as leis sobre mercados de capitais, as leis antitruste, as leis sobre instituições financeiras e outras semelhantes.

Nos Estados Democráticos de Direito, como o nosso, os abismos sociais devem ser eliminados e as desigualdades corrigidas. Nesse tipo de Estado proclama-se o dever dos poderes públicos de promover as condições para que a liberdade e a igualdade sejam reais e efetivas.

Há uma tendência a democratizar o Direito Penal, haja vista que a ideologia liberal privilegiava os interesses das classes mais abastadas e imunizava-os dos processos criminalizador. A partir de uma mudança de enfoque do Direito Penal, outras condutas passaram a constituir crimes, muitas delas praticadas pelas elites da sociedade e que na maioria das vezes possuem um reflexo mais maléfico na sociedade do que outros crimes clássicos. É aí que se enquadra a criminalidade econômica.

Este é o motor normativo da transformação do catálogo de bens jurídicos, que experimentam os códigos penais.

O dinamismo que impregnou a sociedade moderna, particularmente na seara econômica, ensejou o aparecimento de bens jurídicos que não estão diretamente ligados à pessoa e que, por isso, guardam conexão com o funcionamento do sistema.

À época do Estado liberal, em decorrência de sua função meramente guardiã, não se vislumbrava a necessidade de intervir nos processos sociais e econômicos e, embora não se negasse a existência de bens jurídicos supraindividuais, o alcance do conceito era sumariamente limitado. Com o surgimento do Estado intervencionista e o social e Democrático de Direito, surgiram, ao lado dos bens jurídicos de corte individual, novos bens jurídicos de caráter supraindividual.

Assim sendo, os bens jurídicos a serem selecionados pela lei penal não se limitam mais ao patrimônio individual. A inserção social do homem é muito mais ampla, abrangendo todas as facetas da vida econômica. Daí um novo bem jurídico: a Ordem Econômica, que possui caráter supraindividual e se destina a garantir a política econômica do Estado, além de um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais. Esse bem jurídico, entretanto não é arbitrário, pois decorre do tipo de Estado definido nas Constituições.

No Brasil, também, a lei Penal Econômica deverá estar solidamente ancorada na Lei Maior, pois o bem jurídico que estamos analisando está especificamente previsto nela, qual seja, a Ordem Econômica, que tem um capítulo específico.

Há um consenso entre os doutrinadores especializados quando dizem que o D.P.E. constitui um dos setores da legislação repressiva em que a utilização do conceito de bem jurídico é mais árdua e problemática, haja vista que os objetos merecedores de tutela são mais difíceis de isolar e recortar, pois afetam uma série de interesses de natureza distinta.

Todo crime econômico, assim, terá como bem jurídico protegido algum aspecto da ordem pública econômica concreta estabelecida em um país determinado, em certa época. Esse bem jurídico se apresentará, sempre, com conteúdo diferente, em conformidade com a organização política e econômica de cada nação.

Convém ressaltar que na esfera dos crimes socioeconômicos há uma necessidade de se efetuar uma distinção clara entre bens jurídicos mediatos e

imediatos, tendo em conta que na maioria daqueles entes criminosos é possível determinar qual é o bem jurídico imediato ou diretamente tutelado( bem jurídico em sentido técnico) e um bem jurídico mediato. Nesse sentido, não se pode olvidar que a relevância deste último conceito decorre do fato de que no âmbito dos intitulados crimes socioeconômicos em sentido amplo algumas figuras delitivas que preservam tecnicamente um bem patrimonial individual têm lugar nesta categoria precisamente por sua projeção mediata sobre a ordem econômica.

No âmbito dos delitos econômicos, latamente concebidos, poderão ser divisados tanto delitos que tutelam diretamente um bem jurídico individual (com projeção mediata sobre a ordem socioeconômica) quanto crimes destinados a proteger um bem jurídico de natureza supraindividual.

Assim, os doutrinadores costumam distinguir dois bens jurídicos tutelados nas relações econômicas: o patrimônio econômico e a ordem econômica. O primeiro possui um caráter eminentemente individual, enquanto o último reflete um interesse social, supraindividual.

Assim, vale transcrever:

O patrimônio individual deve ser resguardado pela lei penal através dos crimes tradicionais cuja existência, desde sempre, revelou a preocupação comunitária com a defesa da pessoa, em seus múltiplos aspectos. Já os crimes contra a ordem econômica merecem a reprovção máxima, não pelos danos que possam causar aos indivíduos, mas à coletividade, como um todo (ARAÚJO JR., 1995. p.34).

### **1.3 O BEM JURÍDICO NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA**

Tendo em vista a noção de que a tutela penal da ordem tributária estaria justificada pela natureza supra-individual do bem jurídico a ser protegido, a preocupação em reprimir a utilização de meios fraudulentos e ilícitos para evitar o pagamento de tributos devidos vem de longa data.

A Lei referida trazia a previsão do crime de apropriação indébita. Os crimes de sonegação fiscal propriamente só surgiram com a Lei nº. 4.729, também

promulgada em 1965. Contudo, foi somente na década de 1990, com a Lei nº. 8.137, que foram definidos os crimes contra a ordem tributária e fixadas as penas aplicadas a estes.

Em que pese essa inovação no ordenamento jurídico brasileiro, discute-se a real necessidade de intervenção do Direito Penal para por fim a supressão no pagamento de impostos e contribuições sociais devidos ao Fisco.

É correto afirmar que a omissão de receitas aos cofres públicos traz inúmeros prejuízos à sociedade brasileira, prejuízos estes decorrentes da falta de investimentos na saúde, educação, segurança etc.

Deste modo, conquanto se tenham apenamentos para tais práticas, nefastas à economia pública, o fim dessas normas, ao longo do tempo mostrou-se inatingido, no ponto em que efetivamente, não coíbiam a ilícita evasão de recursos.

Daí a adoção de política legislativa no sentido de trazer tais condutas para o campo de incidência de norma penal. O intuito é, evidentemente, emprestar força de persuasão à atividade tributante do Estado.

Desta feita, necessário que a conduta tenha, como finalidade, a supressão ou redução de tributo. A ausência desse elemento subjetivo, a animar a conduta do agente, daria ocasião a prefalada atipicidade.

Além disso, o artigo 14 da Lei n.º 8137/90 determinava que a extinção da punibilidade, nos crimes contra a ordem tributária, dar-se-ia com o pagamento do débito tributário feito antes do recebimento da denúncia criminal. Tal dispositivo foi revogado pelo art. 98 da Lei n.º 8.383/91. O art. 34 da Lei n.º 9.249/95, contudo, voltou a admitir a extinção da punibilidade.

Atualmente, com a alteração dada pela lei 10.684 de 30 de maio de 2003, o pagamento integral do débito tributário passou a importar na extinção da punibilidade do autor de crime contra a ordem tributária, mesmo após o recebimento da denúncia.

Como a lei não faz referência ao momento processual exato para o pagamento, os tribunais têm decidido que este pode ser feito a qualquer tempo,

ainda que depois do recebimento da inicial acusatória, tendo como efeito a extinção da punibilidade.

Sobre o tema, Prado (2004) leciona que:

Para solucionar essa questão, foi editada a Lei 10.684, de 30 de maio de 2003, que trouxe algumas modificações em relação ao diploma legal anterior. Entre estas podem ser citadas a contida no art. 9º, o qual dispõe que: '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'. No parágrafo 1º reitera-se a disposição no sentido de não correr a prescrição criminal durante o período de suspensão da pretensão punitiva. Contudo, o acréscimo mais importante constante dessa lei é o consubstanciado no parágrafo 2º, o qual determina: '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'. Desse modo, não existe mais razão para a divergência existente nos tribunais, em face do novo tratamento expressamente consignado pelo parágrafo 2º do presente diploma legal.

Assim, a extinção da punibilidade no caso em tela funciona como estratégia de política criminal adotada pela legislação pátria, que prioriza o pagamento dos débitos tributários em detrimento da punição penal dos sonegadores fiscais.

Ocorre que a partir da promulgação da Lei n.º 10.684, de 30 de maio de 2003 a extinção da punibilidade nos crimes de sonegação fiscal e apropriação indébita previdenciária ganhou novo regramento. O artigo 9º da Lei n.º 10.684/2003 possibilita que o contribuinte acusado do cometimento de um crime fiscal, possa requerer a extinção de sua punibilidade, desde que efetue o pagamento do tributo devido.

Neste sentido, aquele contribuinte que cometeu crimes contra a ordem tributária poderá ver sua punibilidade extinta, desde que ultime o pagamento do tributo devido, mesmo que seja após o recebimento da denúncia.

O resultado de tantas alterações legislativas, que ainda continuam ocorrendo, é a confusão quanto à aplicação de normas legais quando se trata de crimes contra a Ordem Tributária, confusão esta que tende a uma grande insegurança jurídica.

Os delitos contra ordem tributária, via de regra, são praticados por pessoas de maiores posses (leia-se: empresários, etc.). Já os crimes contra o patrimônio, tal como o furto, de outra banda, são em regra praticados por pessoas menos desprovidas economicamente.

Assim, como a base eleitoral dos nossos excelentíssimos deputados está concentrada na camada empresarial, e por aí afora, é de se compreender tal disposição legal.

Lamentamos, entretanto, como a possibilidade, no Brasil, de todo e qualquer delito ser descoberto é deveras pequena, e que, se o sonegador for descoberto lhe bastará quitar o débito para ficar impune, tal artigo de lei passa a consistir em verdadeiro incentivo à sonegação fiscal, ou seja, IMPUNIDADE INSTITUCIONALIZADA.

E é exatamente a indiscutível proeminência da ordem econômica na composição conceitual do D.P.E. que a um só tempo produz e evidencia o atrelar-se a ele o Direito Penal Tributário, que se caracteriza pela sua finalidade de defender os interesses do Estado ligados à arrecadação dos tributos, quando houver ofensa grave a tais interesses.

Deve-se ter em mente que os tipos que protegem a ordem tributária são crimes que refletem valores econômicos, tais como os previdenciários, os delitos financeiros, dentre outros. No entanto, cabe perquirir se o objeto de proteção dos crimes tributários tem sido exclusivamente o de garantir os cofres públicos, o que poderia equivaler em última instância à possibilidade de prisão por dívidas.

O “bem jurídico, em consequência, é bifronte: de um lado, compreende o interesse público de o Estado obter os meios para realização de suas atividades; de outro, avulta o interesse do Tesouro, patrimonial, relacionado com a receita do Estado. Assim, o bem jurídico não traduz apenas interesse patrimonial. Alcança também os limites da política econômica, o que faz aumentar o significado do delito tributário.”( SCHOLZ, 2000).

O Estado vale-se do Direito Penal para imobilizar as condutas que de alguma forma inibem a realização das atividades econômicas (há um bem de caráter mais supraindividual, qual seja a so-called ordem econômica), uma vez

que se entende que os delitos que atentam contra esta ordem são uma ameaça à sociedade, a afetar não somente vítimas determinadas, mas também o funcionamento eficaz e planejado das políticas públicas de redistribuição da riqueza nacional.

Pois, sabe-se que quem sonega o tributo não afeta apenas o patrimônio público, repercutindo na arrecadação. Vai além, atingindo também a economia, ocasionando, com isso, reflexo nas atividades do Estado.

Existe, de fato, no ordenamento jurídico brasileiro, uma ordem Tributária, isto é, um conjunto de princípios e normas voltados a disciplinar a atividade tributária exercida pelo poder público, estabelecendo parâmetros e determinados limites, ao mesmo tempo em que resguarda o Erário de ataques criminosos dirigidos a dilapidar o Tesouro.

A matéria situa-se no plano constitucional no Título VI, que trata “Da Tributação e do Orçamento”, ao passo que no âmbito infraconstitucional prepondera, na seara criminal, a Lei n 8137/90, que ocupa-se dos “Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo”.

Percebe-se também outra relação entre D.P.E. e Direito Tributário, qual seja, a ordem econômica, pois nela se incluem aspectos fiscais, cambiais, falimentares, financeiros, etc.

Entre o D.P.E. e Direito Penal Tributário há, pois, manifesta correlação. A ordem tributária que se busca tutelar por intermédio da incriminação de condutas e resultados cujas reprovabilidade e gravidade reclamem, em valoração levada a efeito nos domínios da política criminal, a cominação de sanção penal, interessa, tanto quanto a financeira, à elaboração, condução e preservação da ordem econômica, máxime no que diz com a concretização, entre outros, do respectivo imperativo constitucional da “redução das desigualdades sociais e regionais”, tarefa em prol da qual preponderante papel desempenha a arrecadação de tributos.

Assim, Direito Tributário e Direito Econômico, embora distintos quanto aos bens e interesses jurídicos tutelados por normas penais incriminadoras, interligam-se ao convergirem rumo à proteção global da ordem econômica (que é a

regulação jurídica do intervencionismo na economia) enquanto complexo conjunto de valores, regras, objetivos, fatos e condutas que guardam entre si permanentes e sucessivas relações de causa e efeito.

É importante ressaltar que o bem jurídico protegido pelos crimes tributários é mais do que a mera proteção à arrecadação do Fisco (o que legitima plenamente a extinção da punibilidade pelo pagamento do devido, uma vez que seria esse mesmo o objetivo da repressão penal a esses crimes). O bem jurídico protegido pelos crimes tributários é também a fidedignidade das informações prestadas ao Erário, o que impede que a punibilidade seja concebida como plenamente extinta com o mero pagamento da dívida. Vale notar, porém, que esse entendimento ainda não prevalece, mas demonstra quão complexa é a temática dos crimes tributários e quantas questões controvertidas estão envolvidas na sua aplicação.

## CAPÍTULO 2 INVESTIGAÇÃO DAS FUNÇÕES DECLARADAS PELO SISTEMA PUNITIVO

### 2.1 Percepção da Criminologia Crítica

Com o desenvolvimento da sociedade capitalista, um movimento global faz derivar a “ilegalidade”, do ataque aos corpos para o desvio mais ou menos direto dos bens:

(...) com as novas formas de acumulação de capital, de relações de produção e de estatuto jurídico da propriedade, todas as práticas populares que se classificam, seja numa forma silenciosa, cotidiana, tolerada, seja numa forma violenta, na ilegalidade dos direitos, são desviadas à força para a ilegalidade dos bens. O roubo tende a tornar-se a primeira das grandes escapatórias à legalidade, nesse movimento que vai de uma sociedade de apropriação jurídico-política a uma sociedade de apropriação dos meios e produtos do trabalho (Foucault, 1987, p.80).

A partir de meados dos anos 70, e mais ainda após 1983, ano em que o governo dos Estados Unidos declarou “guerra às drogas”, o encarceramento foi aplicado com uma frequência e uma severidade cada vez maiores ao conjunto dos contraventores, fossem eles criminosos profissionais ou infratores de ocasião, grandes bandidos ou pequenos ladrões. A exceção foram os delitos e os crimes econômicos, que são o apanágio das classes abastadas e das empresas.

Os autores de infrações de “colarinho branco”, os sonegadores fiscais, entre outros delinqüentes econômicos são, a princípio, muito menos suscetíveis de serem detectados, perseguidos e condenados que os delinqüentes de rua. Depois, quando são condenados, as sanções a eles impostas excluem, na maior parte dos casos, a privação de liberdade.

Assim, a mesma década que vê os pequenos traficantes e os consumidores de drogas dos bairros pobres serem jogados na prisão aos milhares, e os sem teto abarrotarem as casas de detenção pelo único motivo de pedirem esmolas ou importunarem os comerciantes, é também aquela em que “malversação em quadrilha organizada”, crime típico do capitalismo.

Os crimes de colarinho branco correspondem a um fenômeno criminoso característico de todas as sociedades de capitalismo avançado.

A fusão dos elementos objetivo e subjetivo dá o real significado do criminoso do colarinho branco que seria um agente com notória respeitabilidade comercial, praticados com ampla violação de confiança, onde por intermédio de sua infiltrabilidade comete lesões ao sistema econômico, com alta danosidade das condutas, elevado custo financeiro e impunidade ante o “pouco impacto” social dos crimes.

Contudo, apesar de ser muito freqüente, esse tipo de criminalidade é pouco perseguida, como já dissemos, ou muitas vezes escapa completamente, nas suas formas mais refinadas, das malhas muito largas da lei.

Alguns fatores como os de natureza social, como por exemplo, o prestígio dos autores das infrações, o escasso efeito estigmatizante das sanções aplicadas, a ausência de um estereótipo que oriente as agências oficiais na perseguição das infrações; ou de natureza jurídico-formal, como, a competência de órgãos ordinários, para certas formas de infrações, em certas sociedades; ou ainda de natureza econômica, como a possibilidade de recorrer a advogados de renomado prestígio, ou de exercer pressões sobre os denunciadores etc.

Isto deve-se ao fato de que a lógica do sistema, ao ser pautada na seletividade, a que permite imunizar as outras camadas que, ao contrário daquelas selecionadas, possuem alguma forma de poder, seja este de caráter político, econômico ou científico. Esta é a chamada função latente do sistema penal. Enquanto o seu poder de repressão foca em uma espécie de criminalidade, deixando-a visível aos olhos de todos, por outro lado não reprime a maioria das condutas criminalizadas na lei, especialmente as perpetradas por camadas sociais imunes à repressão do sistema. Logo, estas pessoas pertencentes a determinados nichos societários que possuem algum tipo de poder não vão ser ‘escolhidas’ para sofrerem a repressão do sistema penal pelo cometimento de condutas consideradas socialmente negativas pela lei penal(PINTO, ).

O que se percebe, quando da observação da distribuição da criminalidade nos vários estratos sociais, nota-se que as estatísticas criminais, nas quais, a criminalidade de colarinho branco é representada de modo inferior à sua

calculável “cifra negra”, distorcendo assim, as teorias da criminalidade, sugerindo um quadro falso de distribuição da criminalidade nos grupos sociais.

Daí deriva uma definição corrente da criminalidade como um fenômeno concentrado, principalmente nos estratos inferiores, e pouco representada nos estratos superiores e, portanto, ligada a fatores pessoais e sociais correlacionados com a pobreza( BARATTA, 2002, p.102).

Estas conotações da criminalidade incidem não só sobre os estereótipos da criminalidade influenciam e orientam a ação dos órgãos Oficiais, tornando-a, desse modo, socialmente “seletiva”, mas também sobre a definição corrente de criminalidade, que o homem da rua, ignorante das estatísticas criminais, compartilha.

Isto posto, percebe-se que, o caráter estigmatizante que a criminalidade leva, normalmente consigo, é escassíssimo no caso da criminalidade econômica. Isto é devido, seja à sua limitada perseguição e à relativamente escassa incidência social das sanções correspondentes, seja ao prestígio social de que gozam os autores das infrações.

Percebemos que muitos dos crimes econômicos, como por exemplo os crimes de sonegação fiscal, por não atingirem diretamente o patrimônio individual e assim, não serem visíveis aos olhos da sociedade, não são processados pelo sistema penal.

Esse tipo de criminalidade é praticada pela parcela da população que detem algum tipo de poder, seja ele político e/ou econômico e por isso são menos vulneráveis e seus crimes, apesar do grau de danosidade ser enorme, ficam imunes. Esses setores imunes fazem parte da chamada criminalidade oculta.

Por isso, esses crimes, como o de sonegação fiscal, não são contabilizados nas estatísticas prisionais, pois a simples reparação do dano extingue a punibilidade. Isso não quer dizer que o crime não ocorreu, nem que a ordem econômica não foi atingida nem que um bem supraindividual não foi afetado. Estão, pois, no chamado cifras negras da criminalidade.

As pesquisas sobre a cifra negra da criminalidade pretende mostrar à real freqüência e à distribuição do comportamento desviante penalmente perseguível, em uma dada sociedade.

Essas pesquisas mostram que a criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria, como diz a ideologia da defesa social, mas, ao contrário, o comportamento de largos estratos ou mesmo da maioria dos membros de nossa sociedade.

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas.

A criminalidade é, portanto, um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos.

Assim, a contribuição mais importante da criminologia crítica foi a de demonstrar que o sistema penal produz a desigualdade própria da sociedade capitalista. Vemos isso em três momentos: na produção das normas, na aplicação das normas e na execução da pena ou medida de segurança, a criminalidade é distribuída desigualmente conforme a hierarquia dos interesses estabelecida no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos.

Segundo Baratta (2002, p. 164): O Direito Penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para as formas de desvio típicas das classes subalternas.

Isto deve-se ao fato de que a lógica do sistema, ao ser pautada na seletividade, a que permite imunizar as outras camadas que, ao contrário daquelas selecionadas, possuem alguma forma de poder, seja este de caráter político, econômico ou científico. Esta é a chamada função latente do sistema penal. Enquanto o seu poder de repressão foca em uma espécie de criminalidade, deixando-a visível aos olhos de todos, por outro lado não reprime a maioria das condutas criminalizadas na lei, especialmente as perpetradas por camadas sociais imunes à repressão do sistema. Logo, estas pessoas pertencentes a determinados nichos societários que possuem algum tipo de poder não vão ser 'escolhidas' para sofrerem a repressão do sistema penal pelo cometimento de condutas consideradas socialmente negativas pela lei penal.

## **2.2 Funções Declaradas X Não Declaradas: o Direito Penal Simbólico**

A relação de poder que fundamenta o exercício da punição se apóia sobre um duplo eixo:

De um lado, o criminoso designado como inimigo de todos, que tem interesse em perseguir, sai do pacto, desqualifica-se como cidadão e surge trazendo em si como que um fragmento selvagem de natureza; aparece o 'anormal'. É a esse título que ele se encontrará um dia sob uma objetivação científica, o 'tratamento' que lhe é correlato. De outro lado, a necessidade de medir, de dentro, os efeitos do poder punitivo prescreve táticas de intervenção sobre todos os criminosos, atuais ou eventuais: a organização de um campo de prevenção, o cálculo dos interesses, a entrada em circulação de representações e sinais, a constituição de um horizonte de certeza e verdade, o ajustamento das penas e variáveis cada vez mais sutis, tudo isso leva igualmente a uma objetivação dos crimes e dos criminosos (FOUCAULT, 1987, p. 92).

Nos dois casos, o exercício de poder que fundamenta o exercício da punição traz consigo uma relação de objeto na qual se encontram incluídos não só o crime como fato a estabelecer segundo normas precisas, mas também o criminoso como indivíduo a conhecer segundo critérios específicos.

Andrade (2003, p. 137) ensina que “tanto a ideologia liberal com a ideologia da defesa social proporcionam ao Estado legitimação para controlar“a criminalidade, mas é autolimitada pelo Direito Penal no exercício da função punitiva, realizando-se no marco de uma estrita legalidade e garantia dos Direitos Humanos do imputado”.

O discurso está pautado na racionalização do poder punitivo e garantias aos indivíduos, sendo esses ‘limites’ aos operadores das agências de poder. Contudo, no exercício real desse poder, as garantias individuais existirão para alguns, enquanto que para outros existirá a repressão sem limites, já que a sociedade tem que ser defendida do perigo que representa o criminoso. Logo, a pena vai estar respaldada pela ideologia da defesa social.

Assim, com base nas idéias liberais e na ideologia da defesa social, as funções declaradas do sistema penal tem por fim:

- a) com base no princípio da legalidade penal e processual penal, ninguém pode ser incriminado desde que não estejam presentes às condutas típicas, antijurídicas e culpáveis, tudo de acordo com o texto constitucional vigente;
- b) o Direito Penal será aplicado de maneira igualitária, ou seja, todos responderão pela conduta anti-social que venha a praticar;
- c) aos que não respeitarem a programação normativa, ocorrerá o processamento penal, o qual culminará numa sanção penal que tem por fim, além da punição, a prevenção (geral e especial) e a recuperação daquele que foi considerado desviado;
- d) através da sanção penal, excluir-se-á o mal da sociedade (crime) e/ou seu instrumento de disseminação (criminoso;delinqüente). Este será devolvido à sociedade ressocializado, com vistas ao combate à criminalidade. Logo, a política criminal é baseada na repressão e, se possível, extirpação do crime e do criminoso, garantindo assim, a segurança de todos os cidadãos de bem;
- e) caso as estatísticas de vítimas aumentarem, ou a mídia assim noticiar, a explicação dada é que o sistema penal está em crise, porque este não

consegue diminuir a criminalidade. Sendo a principal evidência, a falta de instituições prisionais. Então, a solução para essa crise será aumentar os gastos públicos com a segurança pública com política criminal repressiva, e não preventiva.

Esse é um discurso jurídico declarado que só exalta o lado humanitário e garantidor da justiça penal ocultando sua relação com o poder e a dominação.

O sistema penal não está em crise, como assim querem que pensemos, pois, cada vez mais existem pessoas processadas e apenadas, sendo que a maioria refere-se a delitos contra o patrimônio, à vida, à saúde pública e aos costumes. A pergunta que fazemos é: por que os grandes delitos econômicos, políticos, ecológicos, por exemplo, nos quais o sujeito passivo é a coletividade e, por consequência, os danos sociais e econômicos são imensuráveis, não são apenados com o mesmo vigor?

Para responder tal questionamento, deve-se levar em conta a criminalidade visível da invisível. Neste sentido:

ambas ocorrem, porém o foco de atenção do sistema penal está voltado para a criminalidade individual praticada pelos estratos mais vulneráveis do estrato social, enquanto que os demais delitos ficam imunes, ocorrendo de fato, contudo não sendo processados pelo sistema penal (PINTO, 2001, p. 187).

Assim a prisão, ao aparente fracassar no seu objetivo declarado de combater a criminalidade, não erra seu objetivo, ao contrário, ela o atinge na medida em que

(...) contribui para estabelecer uma ilegalidade visível, marcada, irreduzível a um certo nível e secretamente útil - rebelde e dócil ao mesmo tempo; ela desenha, isola e sublinha uma forma de ilegalidade que parece resumir simbolicamente todas as outras, mas que permite deixar na sombra as que se quer ou se deve tolerar. Essa forma é a delinqüência propriamente dita (FOUCALT, 1987, p. 243).

O que se evidencia é que desde a sua fundação, o sistema penal funciona diferenciando e selecionando pessoas, essa é uma de suas funções não declaradas do Direito Penal.

Não apenas as normas penais se criam e se aplicam seletivamente e a distribuição desigual da criminalidade (imunidade e criminalização) obedece geralmente à desigual distribuição do poder e da propriedade e à conseqüente hierarquia dos interesses em jogo, mas o Direito e o sistema Penal exercem, uma função ativa de conservação e reprodução das relações sociais de desigualdade (ANDRADE, 2003, p.283-284).

Segundo Baratta (2002, p.165), o processo de seleção criminalizará (primariamente e secundariamente) os setores vulneráveis, permitindo a ampla imunização daqueles setores mais resistentes ao sistema. Para o autor quanto mais detentor de poder político e /ou econômico e /ou científico, menos vulnerável esta, ou seja, é uma relação inversamente proporcional. Ainda segundo o autor o cárcere

(...) representa, em suma, 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, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. o cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminoso (BARATTA, 2002, p.167).

O que se percebe é que em qualquer país capitalista a lógica é a mesma, pois no nível de macroestrutura o sistema penal tem a função real de reproduzir as desigualdades e assimetrias sociais.

Isto posto, percebe-se que o sistema penal não possui a eficácia quanto aos seus objetivos declarados, mas sim em relação ao que não diz, ou seja, quanto as suas funções latentes. Vera Regina afirma que sua eficácia é “invertida”, pois através do apenamento dos setores vulneráveis da sociedade, proporciona a exclusão daqueles tidos como perigosos (o mal), os quais, por conseqüência, terão aí amplas chances de seguirem efetivamente uma carreira criminoso devido ao estigma que carregarão. Assim, “a função do sistema penal será a de perpetuar o crime, permitindo-se a falsa ilusão de combate à violência

através da violência, tudo no intuito de promover a segurança das pessoas do bem.”( ANDRADE, 2003, p. 298).

Segundo Zaffaroni (1996, p. 27), “o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis”.

Fica evidente constatar que, as funções declaradas da pena e, por extensão, do próprio sistema penal que se evidencia através dela, serão basicamente reproduzir a desigualdade social e o *status quo*.

Comparando-se as funções instrumentais e socialmente úteis declaradas com as funções reais da pena e do sistema pode-se concluir que estas não apenas têm descumprido, mas sido opostas às declaradas.

O que demonstra-se é que a intervenção penal estigmatizante (como a prisão) ao invés de reduzir a criminalidade ressocializando o condenado, como reza sua função declarada, produz efeitos contrários, isto é, há uma consolidação de verdadeiras carreiras criminosas.

Num sentido mais profundo, a crítica indica “que a prisão não pode ‘reduzir’ precisamente porque sua função real é ‘fabricar’ a criminalidade e condicionar a reincidência”.(ANDRADE, 1997. p. 291)

Dentro desse contexto, Santos (1981, p. 56):

Se as funções declaradas da pena se resumem numa dupla meta, qual seja, a repressão da criminalidade e o controle (e redução do crime); as funções reais da prisão aparecem em uma dupla reprodução: reprodução da criminalidade (recortando formas de criminalidade das classes dominantes e excluindo a criminalidade das classes dominantes) e reprodução das relações sociais.

O referido autor prossegue afirmando que:

O ‘poder penitenciário’ se caracteriza por uma ‘eficácia invertida’ (produção de recorrência criminal) e por um ‘isomorfismo reformista’ (reproposição do mesmo projeto, em cada constatação histórica do seu fracasso). Um século e meio de fracasso do aparelho penal (...) coexiste

com um século e meio de manutenção do mesmo projeto fracassado (SANTOS, 1981, p. 56).

O que se pode constatar diante do exposto, é de que a eficácia das funções declaradas do Direito Penal é, sobretudo “simbólica” e legitimadora, ao invés de instrumental. Esse simbolismo, deve-se a existência de uma oposição entre o “manifesto” e o “latente”; entre o verdadeiramente desejado e o diversamente acontecido; e se trata sempre dos efeitos e conseqüências reais do Direito Penal.

Dizer que o Direito Penal é simbólico não significa que ele não produza efeitos e que não cumpra funções reais, mas sim que, as funções latentes predominam sobre as declaradas não obstante a confirmação simbólica destas. “A função simbólica é assim inseparável da instrumental à qual serve de complemento e sua eficácia reside na aptidão para produzir um certo número de representações individuais ou coletivas, valorizando ou desvalorizando, com função de ‘engano’.” ( ANDRADE, 2003, p. 293).

Nessa perspectiva pode-se notar que as funções vitais do sistema penal são descumpridas, visto que o que ele consegue são excessivas desigualdades, injustiças e mortes não prometidas, ou seja, pura ineficácia.

Diante do exposto, percebe-se que o D.P.E. também não cumpre sua função declarada, qual seja, proteger a ordem econômica nem tão pouco, garante um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição de riqueza entre os grupos sociais. Pois, no momento que sonego impostos estou desequilibrando essa ordem econômica e mesmo que o dano seja reparado com o pagamento da dívida muitos males o sonegador já causou já que esse tributo seria destinado à saúde, educação, etc.

Se com o pagamento da dívida, extingue-se a punibilidade, o sistema penal passou de protetor a mero cobrador de dívidas administrativas, no momento em que sanciona como pena apenas o pagamento da dívida. Isso, quando as agências de controle (Polícia, Ministério Público, judiciário,...) conseguem constatar o crime econômico pois, esses criminosos são, muitas vezes, pertencentes a classe alta da sociedade, acima de qualquer suspeita, além disso, tem acesso a advogados renomados e conhece pessoas influentes e bem

articuladas e será bem provável que esse delinqüente econômico passe despercebido ou seja, fará parte das cifras negras da criminalidade.

### **CAPÍTULO 3 A REALIDADE EM CONTRASTE COM O SISTEMA PENAL**

A tendência de expansão do direito penal e do hiperencarceramento apresenta-se comum aos países ocidentais. No Brasil, em novembro de 2000, a população carcerária atingiu o total de 232.755 presos, sendo que, em junho de 2009, esse número aumentou mais que 100%, chegando a 469.807 presos (vide anexo).

Ao analisarmos o relatório do Departamento Penitenciário Nacional -Depen, observamos que 52% dos presos cumprem pena por algum tipo de crime contra o patrimônio. As estatísticas se referem ao total de presos das penitenciárias brasileiras: 417.112. Não estão incluídos no levantamento os 56.514 detentos das delegacias. O relatório do Depen ainda mostra que 31.956 presos cumprem pena por furto simples, 32.863 por furto qualificado e 41.058 por roubo simples. Os demais crimes contra o patrimônio foram praticados por 23.603 condenados, sendo 12.537 receptadores, 5.673 estelionatários e 2.566 presos por extorsão mediante seqüestro. Os demais foram presos por extorsões e apropriações indébitas.

O tipo criminal individual mais comum nas cadeias, contudo, é o do condenado por tráfico de entorpecentes. São 78.735 homens e 12.312 mulheres, que somam 22% da população carcerária. Os crimes contra a pessoa são menos praticados, mas os índices não são baixos. Os crimes contra os costumes, como estupro, atentado violento ao pudor e corrupção de menores, também levam muita gente para a cadeia no Brasil.

O relatório aponta ainda outros tipos de presos por crimes como contra a paz pública (6.924), contra a fé pública (3.773), administração pública (1.366), entre outros praticados eventualmente.

Deve-se levar em conta que novos e diferentes âmbitos passam a ser tutelados pelo direito penal o que acarreta uma nova visão sobre o fenômeno criminal, contexto diante do qual deve ser analisada a questão da seletividade do sistema de controle penal.

Criaram-se tipos penais que tutelam o sistema financeiro nacional, as relações de consumo, a ordem tributária, a ordem econômica, a probidade administrativa. São os chamados “*crimes de colarinho branco*”, que correspondem a uma nova espécie de criminalidade, exigindo todo um aparato estatal diferenciado para efetivação de um sistema de controle penal (garantista), o que não tem sido observado. Entretanto, paradoxalmente, o legislador estabelece diversos benefícios e hipóteses de extinção da punibilidade que são chanceladas pelo Poder Judiciário, evidenciando seu caráter seletivo.

No aspecto, então, vale transcrever o seguinte julgado:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO NA FASE DE EXECUÇÃO PENAL. EFEITOS PENAIS REGIDOSPELO ART. 9º, § 2º, DA LEI 10.684/2003. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Com a edição da Lei 10.684/03, deu-se nova disciplina aos efeitos penais do pagamento do , nos casos dos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90, e 168-A e 337-A do Código Penal.

2. Comprovado o pagamento integral dos débitos oriundos de sonegação fiscal, ainda que efetuado posteriormente ao recebimento da denúncia, mas anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória, extingue-se a punibilidade, independentemente de ter se iniciado a execução penal, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/03.

3. Ordem concedida para determinar o trancamento da execução penal e declarar extinta a punibilidade da paciente (HC nº.123969/CE HC 2008/0278215-1, STJ, 5ª Turma. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, publicado em 08.03.2010 - grifei).

Dentro do atual sistema penal, os presídios são apenas à “ponta do iceberg”, onde os problemas afloram. Diante disso, o desafio para a sociedade é eliminar a seletividade do sistema penal, onde apenas uma parcela da sociedade é atingida pela “força da lei”. De acordo com Zaffaroni (1998), aqueles que caem nas malhas da lei e são atingidos pelas penas nela prevista, são pessoas vulneráveis ao processo de criminalização, pois sofrem um estado de deterioração econômica, social e cultural. E através da análise dos dados da DEPEN, confirmamos nosso problema proposto. Ocorre o processo de seletividade penal proveniente da exclusão social.

O que se faz oportuno observar é que o perfil do preso a grande maioria dos internos são jovens com até trinta anos, de baixa escolaridade e pobres, onde os crimes predominantes são o envolvimento com drogas e contra o patrimônio (furto, roubo, assalto, etc.).

O censo penitenciário de 2010, elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), nos mostra isso, ou seja, a seletividade do sistema penal: 95% dos presos são pobres, 87% não concluíram o 1º grau e 85% não possuem condições de contratar um advogado. De cada dez presos três cometeram delitos banais, como roubar tijolos ou uma lata de leite. Do total de presos no Brasil, 0,002% cumprem pena por corrupção ativa e 0,04% estão condenados por corrupção passiva.

Isto demonstra que, em sua maioria, as malhas da lei só atingem as pessoas que não foram agraciadas com as necessidades básicas, conforme determina nossa Constituição Federal, vivendo em favelas, barracos, sofrem nas filas de hospitais, desempregados, com dificuldades para se alimentar, sem roupas para freqüentar a escola, moram num lugar sem saneamento básico, onde à noite não se pode sair de casa para não ser atingido por uma bala perdida. Como um pai ou mãe, sem senso crítico, vai pensar em educar seus filhos, sendo que a sua maior preocupação é garantir o almoço de amanhã? É por isso que a lei é seletiva, só atinge as pessoas que estão no grupo da exclusão social.

Não podemos esquecer que a falta de infra-estrutura do nosso país, como a falta de escolas, hospitais, também são fatores geradores de criminalidade além da pobreza. O que nos leva a refletir sobre a destinação da arrecadação de tributos pelo Estado. Se a população contribuísse com sua obrigação tributária, mais escolas seriam construídas, mais leitos de hospitais seriam disponibilizados aos doentes, mais segurança pública teríamos e etc.

Daí a importância da tutela penal em relação aos crimes contra ordem tributária, visto que esse é um crime cada vez mais presente em nossa sociedade, já que cada vez mais se intensifica a perseguição frente a esses crimes, como se noticia na imprensa, quando se cria aparatos específicos para repressão desse tipo de crime, como a criação de um grupo de atuação permanente.( anexo)

Contudo, o que se observa é que mesmo havendo o cometimento de crimes econômicos, como por exemplo, o de sonegação fiscal, os criminosos não estão presos, pois, a lei permite que os mesmos reparem o dano, pagando o tributo devido, extinguindo assim, a punibilidade e impedindo que esses crimes sejam contabilizados ou seja, ocultando as cifras quanto às infrações penais praticadas.

Mas se a finalidade do Direito Penal Econômico é tutelar a ordem econômica, o que fica evidente, diante desse tratamento legal, é que o judiciário, além de não conseguir manter essa ordem passa de um guardião da sociedade à um mero cobrador de dívidas públicas, o que deveria ser papel da Administração.

Por que os grandes crimes políticos como mensalão, sanguessugas e os crimes econômicos, nos quais o prejuízo para a sociedade são maiores do que roubar um carro, onde os danos sociais e econômicos muitas vezes são imensuráveis, não são punidos com o mesmo rigor? Porém, o sistema penal foca apenas na criminalidade individual, principalmente nos crimes contra o patrimônio, contra a pessoa individual, crimes de natureza sexual e contra a saúde pública (drogas), que, em sua maioria, são cometidos pelas pessoas vulneráveis da camada social e são mais visíveis aos olhos da população.

Desta forma, podemos afirmar que o conjunto de agências que compõem o sistema penal moderno é seletivo, pois só alguns “eleitos” da sociedade são punidos. Assim:

O encarceramento serve antes de tudo para 'governar a ralé' que incomoda - segundo a expressão de John Irwin (1986) - bem mais do que para lutar contra os crimes de sangue cujo espectro freqüenta as mídias e alimenta uma florescente indústria cultural do medo dos pobres (com as emissões de televisão *Cops* e *911*, que difundem, em horas de grande audiência, vídeos de intervenções reais dos serviços de polícia nos bairros negros e latinos deserdados, com o mais absoluto desprezo pelo direito das pessoas presas e humilhadas diante das câmeras). (WACQUANT, 2003, p. 68).

Isto posto, não se pode falar de cumprimento de sua função declarada pelo sistema penal do Estado Social e Democrático de Direito. A suposta efetividade do sistema penal que apresenta números como justificção, oculta a função de

controle social dos indesejados do sistema capitalista. A intervenção estatal penal é banalizada e centrada na ação dos indivíduos pertencentes a determinado estrato social. Sua função latente fica encoberta pelo discurso da eficiência fundado nos números e mascarado como está, conquista até mesmo os marginalizados que não se apercebem vítimas, mas comungam da falsa sensação de segurança que o sistema proclama.

Um sistema penal condizente com os postulados do Estado Social e Democrático de Direito necessita organizar-se de modo a não ofender a igualdade, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Se o sistema penal possui destinatários certos e estes o são apenas pela condição social que possuem, lesionado de morte está o Estado Social, e, pelo tratamento diferenciado aos que merecem tratamento tutelar igual, mas que passam a ser alvos preferenciais das intervenções penais, lesionado está o Estado Democrático de Direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema penal é constituído pelo Judiciário, polícia e sistema prisional, é um instrumento de controle reflexo de uma política criminal fundada em valores vigentes em determinada sociedade, e sua função declarada é garantir a ordem social.

Porém, o sistema de idéias vigorante, ou seja, aquilo que vai ser lícito ou ilícito, por exemplo, é o imposto por uma determinada classe social privilegiada, para atender os seus anseios. Ou seja, a classe dominante vai “escolher” os valores que o sistema penal vai tutelar, de acordo com seus interesses.

O sistema de valores nele expresso é próprio de uma cultura “burguesa individualista” (BARATTA, 2002, p.176), enfatizando a proteção do patrimônio privado, orientando-se no sentido de atingir os desvios típicos de grupos sociais marginalizados social e economicamente.

ZAFFARONI (2001, p.16,26) afirma que a seletividade, a reprodução da violência, a corrupção institucionalizada, a verticalização social, são características de todos os sistemas penais. O sistema penal brasileiro é delineado por normas jurídicas abstratas mas essa legalidade processual depende de órgãos com pouca ou nenhuma capacidade operacional.

Assim, segundo o autor supracitado, o sistema penal está estruturado de uma forma a impedir a legalidade processual e a possibilitar o exercício do poder de forma arbitrária e seletiva sobre os setores vulneráveis.

O sistema monopoliza a violência de forma ilegal e ilegítima, é seletivo, incapaz de punir as pessoas “que não lhe são vulneráveis” (ZAFFARONI, 2001, p.40). Age sobre os indivíduos baseado em padrões criados por preconceitos raciais, econômicos, sociais, culturais, sem qualquer critério legítimo, produzindo e mantendo a marginalização e exclusão social, deixando de agir como deveria, sobre as condutas ilícitas efetivamente praticadas.

No Brasil, o discurso utilizado é contra a violência, o que acaba aumentando a propaganda do crime, uma vez que se espalha por todos os meios,

incita a prática do próprio crime, divulga e solidifica estereótipos. Assim, em vez de reprimir a conduta realmente desviante, acaba por justificar o sistema penal falido que atua de forma ilegítima, seletiva baseando-se em estereótipos criados, aumentando a violência. Enfim, esse discurso reproduzido por toda sociedade além de consolidar estereótipos acaba selecionando a clientela do sistema penal.

O que o sistema pretende é criar um criminoso padrão, ou seja, a pessoa pobre ou de raça diferente, sem formação cultural, residente em bairros pobres, marginalizada a diversidade, excluindo todos aqueles que não se encaixam no modelo idealizado.

Sob a máscara de proteção e manutenção da ordem social, o sistema penal cria e repete estereótipos, desvirtua a realidade, justificando o atuar sistêmico, seletivo e excludente. Assim, o Estado necessita reafirmar a sua legitimidade através de medidas eficazes de controle social e, para tanto, vale-se da expansão do sistema punitivo penal.

Michel Foucault também entende que a prisão consegue produzir delinqüentes específicos, principalmente aqueles que agem contra o patrimônio, deixando de fora as outras ilegalidades, delitos econômicos, como no caso dos crimes contra ordem tributária.

O Direito Penal Econômico surge para recuperar a legitimidade perdida pelo Direito Penal tradicional, já que promete restabelecer o mito do Direito Penal Igual e justo, visto que os bens jurídicos tutelados são coletivos e fundamentais a todos, e os tipos penais se dirigem a autores que exercem poder econômico.

Contudo, não é o que se observa na prática, pois a perseguição aos crimes econômicos são bem raras, apesar de sua grande incidência e quando se consegue apená-los, reparam o dano com o mero pagamento da dívida.

Nos crimes contra a ordem tributária, por exemplo, o pagamento do tributo devido ao fisco realizado em qualquer momento do processo extingue a punibilidade, já que o bem protegido não foi atingido e o dano foi reparado.

Nos crimes contra o patrimônio individual, como o furto, esses tem penas mais severas se comparados aos crimes de colarinho branco, que prevê, como vimos, a possibilidade do uso da reparação do dano como causa de extinção de

punibilidade. Mas o dano de fato não foi reparado, pois, o dinheiro recuperado jamais vai trazer de volta vidas perdidas por falta de leitos em hospitais, que não foram feitos graças à sonegação de impostos.

Percebe-se assim, que nos crimes contra o patrimônio individual, uma ou algumas vítimas são afetadas, ao passo que nos crimes econômicos, se atinge toda uma ordem econômica ou mesmo os cofres públicos, ou seja, a danosidade é maior mas na prática o que se percebe é um tratamento mais brando por parte do sistema com relação a esse tipo de crime.

Se observarmos os dados penitenciários, o que observamos é um grande número de presos por crimes como furto, roubo, lesão corporal, estelionato, homicídio, etc, crimes contra a vida, o patrimônio, a saúde pública, etc porém, contra crimes econômicos são raros quando não inexistentes.

Mas se a razão de ser do D.P.E. é tutelar a ordem econômica, ele não está cumprindo seu papel, pois, ao invés de penalizar severamente os delinqüentes econômicos, propõe o pagamento da dívida como sanção daqueles que causaram danos supraindividuais e desestabilizaram a ordem econômica.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

ANGHER, Anne Joyce (Org). **Vade Mecum acadêmico de Direito**. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009.

ARAÚJO JR. João Marcello. **O Direito Penal Econômico**. Revista brasileira de ciências criminais. Ano 7 n. 25 – janeiro-março de 1999.

ARIAS, Santiago Sabas. **Derecho Penal Econômico o pecuniário, in Estúdios de Derecho** ano xxv, vol.23, n 65, março de 1964.

BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvana. **Derecho Penal Econômico**. Madrid: Centro de Estúdios Ramón Areces, 2001.

BALDAN, Édson Luís. **Fundamentos do Direito Penal Econômico**. Curitiba: Juruá, 2005.

\_\_\_\_\_. **Dos crimes contra a Ordem Econômica**. São Paulo: RT, 1995.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: forense, 2001.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COUTO, Vinícius Lobato. **Crimes Tributários: breves considerações**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 15 nov. 2010.

EVERARDO, da Cunha Luna. **Capítulos de direito penal-parte geral**. São Paulo: RT, 1995.

FLORES, Marcelo Marcante. **A Expansão do Direito Penal e a Criminalidade Econômica: (re)discutindo a seletividade do Sistema de Controle Penal a Partir dos Crimes de Furto e Contra a Ordem Tributária no Rio Grande do Sul**. Disponível em:

[http://www.edipucrs.com.br/Vmostra/V\\_MOSTRA\\_PDF/Ciencias\\_Criminais/83225-MARCELO\\_MARCANTE\\_FLORES.pdf](http://www.edipucrs.com.br/Vmostra/V_MOSTRA_PDF/Ciencias_Criminais/83225-MARCELO_MARCANTE_FLORES.pdf). Acesso em: 15 nov. 2010.

FREITAS, Wesley Ricardo de Souza. **Exclusão Social: Estudo no Estabelecimento Penal de Paranaíba**. Disponível em: <http://www.nucleo.ufal.br/gepsojur/anais-connasp/eixos/GSC-40.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir. História da violência nas prisões**. Tradução por Ligia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.

KLAUSS, Tiedmamm. **El bien jurídico em los delitos econômicos**. Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo: RT, ano 3, n 11, julho/setembro de 1995.

LOIC, Wacquant. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)**, tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2003, 3ª edição, revista e ampliada, agosto de 2007.

NUÑEZ, Juan Antônio Martos – **Derecho Penal Econômico**. Editorial monte corvo, S.A. Madrid, 1987.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1973.

PINTO, Emerson de Lima. **A criminalidade econômico-tributária. A (des)ordem da lei e a lei da (des)ordem. Por uma (re)legitimação do Direito Penal do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2001.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 4.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. **A Criminalidade Contra a Ordem Tributária no Universo do Direito Econômico**. Revista brasileira de ciências criminais,.Ano 8. abril-junho de 2000.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 2ª ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

## ANEXOS