

Sistema Penal & Violência

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Porto Alegre • Volume 6 – Número 2 – p. 262-279 – julho-dezembro 2014

VIOLÊNCIA, CRIME E SEGURANÇA PÚBLICA

A resistência do controle penal à crítica da deslegitimação na *Revista de Direito Penal e Criminologia* (1971-1983)

*The resistance of penal control
in the Journal of Criminal Law and Criminology (1971-1983)*

FERNANDA MARTINS

Editor
JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO



A resistência do controle penal à crítica da deslegitimação na *Revista de Direito Penal e Criminologia* (1971-1983)

***The resistance of penal control
in the Journal of Criminal Law and Criminology (1971-1983)***

FERNANDA MARTINS^a

Resumo

A esfera do poder punitivo representado pelo disciplinamento e pelo enfoque na pena de prisão, consubstancia o poder que se reconhece como repressivo. O presente trabalho visa construir, diante da análise das *Revistas de Direito Penal e Criminologia* (1971-1983), no que tange a deslegitimação do controle penal, um aparato dos discursos que se fizeram presentes ao longo do periódico com o intuito de evidenciar qual era o argumento dos juristas que reivindicavam alguma modificação no sistema penal a partir da análise das falas que abordavam o campo da Dogmática Penal.

Palavras-chave: Direito Penal. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Legitimação do controle penal.

Abstract

The sphere of punitive power represented by the discipline and by the massive imprisonment, embodies the power that is recognized as repressive. This work aims to research on the *Revista de Direito Penal e Criminologia* (*Journals of Criminal Law and Criminology*) (1971-1983), the major speech about the lack of legitimacy of penal control throughout the journal, in order to show which was the argument of jurists in the matter of criminal system that addressed the field of criminal law.

Keywords: Criminal Law. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Legitimacy of penal control.

^a Mestre em Teoria, Filosofia e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. <fernanda.ma@gmail.com>.

A esfera do poder punitivo representado pelo disciplinamento e pelo enfoque na pena de prisão, consubstancia o poder que se reconhece como repressivo. O presente trabalho visa construir, diante da análise das *Revistas de Direito Penal e Criminologia* (1971-1983), no que tange a deslegitimação do controle penal, um aparato dos discursos que se fizeram presentes ao longo do periódico com o intuito de evidenciar qual era o argumento dos juristas que reivindicavam alguma modificação no sistema penal a partir da análise das falas que abordavam o campo da Dogmática Penal.

No âmbito da Revista, que se intitulou durante seu maior período *Revista de Direito Penal* (RDP 1 a 31 – 1971 a 1981), as diversas vertentes que preencheram o espaço do direito penal divergiram e compactuaram em suas análises. As diversas linhas apresentadas, no entanto, tiveram como maioria uma reivindicação de um direito penal crítico e realista, cuja base de análise se sustentasse na sociedade para a qual a lei se formulava, para o sujeito que dela usaria para se defender e para o que dela devesse se defender.

A dogmática penal, a qual “se constitui, portanto, como um desdobramento disciplinar da Dogmática Jurídica” (Andrade, 1997, p. 103) e que pode ser entendida como a ideia de Ciência do Direito, tendo por objeto o Direito Positivo vigente em um dado tempo e espaço, e por tarefa metódica a “construção de um sistema de conceitos” a partir de uma interpretação da norma segundo procedimentos intelectuais (Andrade, 1997, p. 40), é apresentada na Revista através de um leque de publicações que se propuseram a repensar o direito penal e a sua aplicação. Ainda, pode-se definir a Dogmática Jurídico-Penal como a representação do “paradigma científico que emerge da modernidade, prometendo assegurar” o equilíbrio através da limitação da violência e da promoção da “segurança jurídica.” (Andrade, 1997, p. 26)

A Revista foi responsável pela publicação de grandes marcos teóricos do pensamento penal estrangeiro, cuja temática sustentaria os discursos dos penalistas brasileiros através da exposição conceitual da teoria finalista, da discussão da culpabilidade e do sistema duplo-binário, das teorias do tipo, do injusto e da pena provenientes da Escola de Direito Penal alemã e a consolidação de uma reflexão entre a relação do direito penal, da criminologia e das políticas criminais como um complexo sistema de “ciências penais integradas”.

Como viés central para a seleção de publicações a serem utilizadas, usou-se a perspectiva de crítica ao sistema, estabelecida na perspectiva intrassistêmica, haja vista ser formulada no viés denunciador do direito penal a partir dele mesmo. A perspectiva que se propôs verificar se fundamentou nos grupos temáticos de maior destaque no periódico e ainda pela denúncia consubstanciada na crítica à função da pena e à pena de prisão como eixo central da punição.

Outro elemento de grande destaque à seleção do que ora se chama de “crítica” se fez a partir da compreensão da denúncia elaborada no sentido de expor o distanciamento da realidade social e dos discursos/estudos da dogmática penal.

Ainda, no que tange à América Latina, e ao Brasil, em especial, verifica-se um terceiro eixo estabelecido num direito penal garantidor, conceituado a partir da noção de “garantismo criminologicamente fundamentado” (Andrade, 2012, p. 99), cuja noção básica está em denunciar a deslegitimação do sistema penal através da reivindicação da garantia irrenunciável dos direitos humanos e do direito penal como sustentáculo de noções garantidoras e de mecanismo de implementação de práticas positivas e impeditivas do excesso/abuso de poder presente no exercício cotidiano do direito penal.

A formulação de um direito penal crítico intrassistêmico e garantista se inicia a partir da percepção de que há um distanciamento cognoscitivo (Andrade, 1997, p. 306) entre os estudos penais e a realidade para o qual ele é fundado, contudo, sustenta-se a ideia de uma relação funcional entre o Direito Penal e a sociedade, estabelecida na operacionalidade do direito.

Verifica-se que para a superação desse distanciamento e para a reformulação de uma nova perspectiva de pensamento é necessário que a teoria supere o panorama de sistematização da concepção normativa da culpabilidade e resolva o problema de

como precisar um referente objetivo do juízo de culpabilidade prescindindo do princípio ontológico e metafísico do livre-arbítrio, baseado na hipótese de o sujeito “haver podido atuar conforme a norma”, que constitui uma circunstância real, à qual, como está atualmente demonstrado, não é empiricamente verificável depois da realização da conduta ou de qualquer modo, não é verificável dentro dos limites heurísticos do processo penal. (Andrade, 1997, p. 164)

O direito penal viveu até a década de 1960 uma continuidade de reflexões voltadas exclusivamente para discussões conceituais, o que trouxe à tona o questionamento sobre a relação do direito penal com a sociedade. Vera de Andrade desenvolve a problemática da separação da Dogmática Penal e da realidade social e expõe que o processo de abertura daquela para esta ocorreu a partir do desenvolvimento da teoria do crime pós-finalista. (Andrade, 1997, p. 160) Fazer o direito penal ir além dos “exageros sistemáticos e a substituição do sistema finalista por um sistema teleológico que atenda mais às consequências do delito que à sua análise” (Andrade, 1997, p. 161) foi o que permitiu o direito penal questionar-se sobre a sua relação em abstrato no campo cognoscitivo com a sociedade.

Dessa forma, pode-se dizer que se volta o pensamento para a análise das consequências cotidianas do direito penal, levando o olhar do direito penal para a teoria da pena e a sua função, haja vista as consequências até então surgidas do debate teórico da teoria finalista restringirem-se basicamente ao mundo abstrato do dogmatismo penal.

A partir desta abertura na esfera dogmática e com base nas renovações nos campos da criminologia e da política criminal, verifica-se que o delito passa a ser estudado não mais apenas sob a ótica dogmática conceitual, a qual imperava até então, mas também através destes outros saberes com a intenção de analisar o sentido e o fundamento da pena. (Andrade, 1997, p. 161)

Esse processo de comunicabilidade para a reflexão e a compreensão da realidade e do controle penal através do fundamento da pena é verificável ao longo dos números da Revista. Ainda, é verificável um processo mais abrangente também evidenciado por Vera de Andrade, no qual o direito penal crítico e a criminologia crítica estabelecem laços, que percorrem “o desenvolvimento do aspecto crítico da Criminologia em direção do aspecto garantidor do Direito penal dogmático e vice-versa.” (Andrade, 2012, p. 98)

Esses laços de comunicabilidade se encontram definidos no chamado garantismo, que se desenvolve nas sociedades latino-americana e brasileira, se constrói nas linhas da Revista, através da aceitação de um garantismo crítico (Andrade, 1997, p. 298), ora reconhecido a partir do periódico como um garantismo crítico reformista, haja vista tal denúncia não pretender uma transformação do sistema, tão pouco elaborar a crítica complexa e estrutural ao sistema, satisfazendo-se apenas em reivindicar um direito penal mais humano.

Ainda, é válido pensar (como hipótese) que esse garantismo crítico reformista que se constitui fortemente no Brasil era a forma com a qual os penalistas conseguiam encarar o enfrentamento ao regime da Ditadura civil-militar no país, sem sofrer graves consequências.

Ao se reivindicar a aplicação dos direitos humanos e conectá-lo ao Estado de Direito, subentende-se que ao dizer que o Estado rompe com as bases da democracia e com o Estado fundamentado num Direito garantidor, este, portanto, encontra-se como o Estado de Exceção. Assim, pode-se compreender que essa crítica, mesmo que intrassistêmica, mesmo que mais articulada à reforma e não à transformação, faz-se primordial como resistência ao contexto brasileiro da época.

Também, a compreensão das mazelas do sistema penal e do afastamento cognoscitivo do direito penal da sociedade a partir da exclusão do pensamento ao que se refere às consequências da finalidade do sistema e sobre a sua implementação na vida dos sujeitos que são selecionados pelo sistema, fundamenta e alavanca o pensamento de atenção da dogmática e da criminologia sobre o sistema penal.

1 Os primeiros conceitos de direito penal presentes no periódico

Apesar de ter-se, por ora, como intuito, a orientação do conceito da culpabilidade como instrumento de compreensão no que se refere à constituição do direito penal crítico, entende-se como necessário apresentar as primeiras publicações trazidas à Revista no tocante à conceitualização e à apresentação do que é o direito penal.

Sebastian Soler, penalista argentino, publicou na Revista n. 4 (out.-dez. 1971) e na n. 5 (jan.-mar. 1972) as premissas da sua concepção do direito penal. O artigo intitulado “Conceito e objeto do direito penal” (*Revista de Direito Penal*, n. 4) trata-se de uma tradução efetuada pelo Prof. Nilo Batista da conferência pronunciada pelo Prof. Soler em novembro de 1971, na Universidade Federal do Pelotas, sob o título geral de “Teoria geral do delito”. Inicialmente, o autor expõe que tradicionalmente conceitua-se o direito penal como a “ciência que se ocupa do delito e as consequências que este geralmente acarreta para seu autor, isto é, as penas e outras medidas.” (Soler, 1971, p. 30) Contudo, o autor afirma que considerar este o conceito real do que é o direito penal evidencia uma noção vaga da ciência e ainda coloca o direito penal em confusão com os demais ramos do direito, haja vista pensar-se no direito penal como ramo e como objeto do seu próprio estudo.

Soler propõe que para superar essa noção deficiente do que é o direito penal é necessário ter consolidado que o direito é um sistema de normas de conduta destinado a regular a convivência dos seres livres, no qual cada norma jurídica se divide em duas, uma que determina o que se deve ou não fazer e outra que prescreve a consequência para o não cumprimento do dever estabelecido. (Soler, 1971, p. 31) Verifica-se, então, a partir do que expõe o autor, a ideia de que a norma que determina a consequência para o não cumprimento tem como objetivo a recuperação do bem jurídico ofendido, sendo que a consequência ideal seria a de reparação total a ponto de reposição do *status quo ante*, ou, quando não possível, da sua reparação real.

No entanto, quando se fala em impossibilidade de reparação estabelece-se a ideia de que não há sustentação para a perspectiva de prevenção geral, a qual serve como força preventiva para o não acontecimento de determinado prejuízo irreparável, mas que ela sirva como mecanismo exclusivo de reparação, em que se adota “um sistema adicional de sanções consistente em ajuntar à reposição ao *status quo ante*, algo mais”, ou seja, fazer com que o indivíduo não permaneça mesmo após ter praticado o ato delitivo na mesma situação em que se encontrava antes do cometimento da transgressão. (Soler, 1971, p. 37) Portanto, a ideia é que a pena retribua ao sujeito, com algum prejuízo, a perda que ele causou, assim, Soler conceitua o direito penal como “o conjunto de normas dotadas de sanções retributivas” (Soler, 1971, p. 37), sendo a dogmática penal “a ciência que tem por objeto o conhecimento desse sistema conjunto de normas.” (Soler, 1971, p. 38) Dessa forma, Soler evidencia que sempre que houver normas dotadas de sanções retributivas, fala-se em direito penal e, para isso, é necessário e sempre imprescindível que o instituto do direito penal ajuste-se às garantias fundamentais e aos direitos do homem.

No número seguinte, *Revista de Direito Penal*, n. 5, Soler novamente é publicado com o artigo “Causas de justificação de condutas”, texto resultante da tradução efetuada por Marilza F. Corrêa e Maria José P. Braga, da segunda conferência pronunciada pelo autor na Universidade Federal de Pelotas. Dessa conferência retirou-se, como conceitos norteadores para a compreensão do autor sobre o direito penal, o seu papel, quando afirma que a função “específica do Direito Penal consiste em tipificar, em traçar figuras, em criar fisionomias de ações, descrevê-las cuidadosamente, porque é nesta discriminação que está o segredo do cumprimento

efetivo do princípio: *nullum rimen, nulla poena, sine lege*” (Soler, 1971, p. 8) e a sua compreensão sobre as fontes do direito penal.

Nilo Batista, jurista brasileiro, autor de escritos transversos sobre criminologia, direito penal e política criminal, colaborador da revista desde sua primeira à última edição, pesquisador do Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro e professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Federal do Rio de Janeiro, escreveu sobre as faces da sociedade brasileira e a conexão destas faces com o Direito, teve seu espaço em destaque durante toda a existência da *Revista de Direito Penal* (e *Criminologia*). Publicou, ao longo dos 35 números, 16 textos nas seções de “Doutrina” e “Comentários e Comunicações” e foi o maior responsável pelas resenhas da Revista, abordou um leque inquestionável de assuntos, assegurando desde o princípio a sua crítica sobre cada temática.

Em uma publicação de cunho conceitual, “Observações sobre a norma penal e suas interpretações”, *Revista de Direito Penal*, n. 17-18 (jan.-jun. 1975), Batista expõe sua definição sobre as normas penais, evidenciando que, no concernente às normas penais, são estas as “normas de direito que definem fatos puníveis e lhes cominam sanções ou aquelas que estabelecem princípios sobre a aplicação dessas primeiras, sobre a estrutura e elementos dos fatos puníveis, e sobre a aplicação e execução das sanções cominadas” (Batista, 1975, p. 83).

Nilo Batista ainda demonstra que o direito necessita ser construído para a sociedade, haja vista ser ela a responsável em moldar o direito e não o direito moldar os comportamentos sociais. E, para tanto, deve-se sempre relacionar com cautela a ligação entre lei e costume, que precisa ser compreendida através do elemento histórico e das propriedades inerentes àquela sociedade em si.

Após analisar a teoria da interpretação da lei e o uso da analogia como mecanismo de abordagem legal, Batista evidencia, assim como Soler, o princípio da reserva legal como um princípio garantidor ao acusado contra arbitrariedade dos julgadores, funcionando como impeditivo de retroatividade da lei penal, de produção de crimes e penas pelo costume, do emprego de analogia com relação às normas incriminadoras e de impedir que se estabeleçam incriminações vagas e indeterminadas (Batista, 1975, p. 94-95).

Portanto, o autor compactua na formulação teórica penal em apontar o princípio da reserva legal como o mecanismo de maior proteção ao acusado diante do sistema penal e do direito penal em si, o que fundamenta a crítica substanciada na perspectiva do direito penal liberal.

Destarte, no tocante ao princípio da reserva legal, Heleno Fragoso expõe que a incriminação vaga e indeterminada é uma das grandes oposições à qual se faz o princípio, e que, apesar de assim o ser, a violação ocorre repetidamente quando se trata de crimes políticos. Ainda, com a utilização das palavras de Soler, Fragoso expõe que

só a existência de lei prévia não basta; esta lei deve reunir certos caracteres: deve ser concretamente definitiva de uma ação, deve traçar uma figura cerrada em si mesma, por força da qual se conheça não somente a qual conduta é compreendida, senão também qual é não compreendida. (Soler apud Fragoso, 1971, p. 86)

A garantia de lei anterior expressa permite a compreensão que ora visa-se verificar, a de que o discurso garantidor do direito penal atravessa a construção da ótica crítica da matéria. As garantias têm seu grande destaque no instituto da culpabilidade, quando se compreende a função retributiva da pena como um dos primeiros critérios para limitação da punição, e essa limitação é, no âmbito do direito penal tradicional, um dos primeiros indicativos de segurança ao acusado de que este somente responderá na medida do mal causado.

2 A dogmática penal em diálogo com a realidade

A conexão dialógica que vai se desenvolver entre o direito penal, que se faz crescente, e a criminologia crítica que também passa por um processo de largo desenvolvimento nas décadas de 1970 e 80, período do objeto de estudo (*Revista de Direito Penal e Criminologia*), traça a resposta à hipótese já apresentada de que o desenvolvimento do direito penal veio consubstanciado pelas garantias e direitos humanos como seu maior sustentáculo.

Eduardo Novoa Monreal, penalista chileno, na *Revista de Direito Penal*, n. 2 (abr.-jun. 1971), inicia o texto “Progresso humano e direito penal” com a seguinte frase:

Enfrentando o risco de pecar pela superficialidade, queremos abrir, nas breves linhas que seguem, uma janela que comunique o âmbito jurídico com o mundo exterior, a fim de que se renove o ar de muitos conceitos estanques e se ilumine a necessidade de reformar tantos conceitos penais que o progresso do mundo deixou para trás. (Novoa Monreal, 1971, p. 9)

Tal afirmativa pode ser considerada emblemática para fins de conclusão de qual era a proposta da Revista desde seu início, o diálogo reformista garantidor desenvolvido com o olhar sempre voltado para a perspectiva de “ciências penais integradas”, que se desenvolveu de forma muito acentuada nos países latino-americanos, talvez tenha ocorrido como resultado da proposta efetuada por Alessandro Baratta em seus trabalhos de que a ciência penal integrada deveria vir como aliada a superação do controle penal tal qual este se encontrava.

Parte-se então do questionamento sobre novas realidades, utilizando-se de casos concretos e localizando-se numa problemática penal. Novoa Monreal apresenta sua perspectiva sobre o desenvolvimento do mundo contemporâneo e a incapacidade que os juristas têm de se colocarem em contato com o progresso social e que tal contato ocorra na mesma velocidade das mudanças que são diariamente apresentadas pela sociedade. Como mecanismo de apoio ao jurista, para que tenha condições mínimas de alcançar tais mudanças sociais, Novoa Monreal sugere que os estudiosos do direito utilizem uma visão multidisciplinar, trabalhando em conjunto com a sociologia, a história, com a antropologia, entre outras ciências humanas e sociais que estão também unificando esforços para compreensão da realidade social. Essa proposta já caracteriza uma crítica à dogmática penal positivista, cujo propósito estava no estudo do direito penal a partir e exclusivamente da lei, esta como fonte e objeto único de estudo do jurista, visto ser necessário para o desenvolvimento da ciência a relação do investigador neutro e imparcial com um objeto também neutro e imparcial.

Contudo, o enfoque do trabalho de Novoa Monreal é apresentar novas demandas sociais que merecem reconsideração e devida atenção do direito penal. Essas demandas são agrupadas em categorias amplas com a exposição de suas peculiaridades, as quais são iniciadas pela apresentação das “Alterações nas estruturas político-administrativas”, onde o autor elenca como espaço de necessária reforma penal as práticas ilegais realizadas por funcionários públicos, consagrando uma reivindicação de mais severidade na punição de crimes praticados por políticos e representantes do Estado. Outro agrupamento descrito pelo autor foi no que se refere às “Alterações nas estruturas econômico-sociais”, cuja atenção deve ser dada à defesa da economia nacional, à regulamentação e à fiscalização de crimes tributários, controle da proteção das necessidades básicas de trabalhadores assalariados, regulamentação e controle de grandes empresas industriais, entre outras práticas que o autor entende como objetos de consideração (Novoa Monreal, 1971).

Demais categorias e especificidades são apresentadas ao longo do texto, mas o que cabe ressaltar é a relevância que o direito penal crítico, que se desenvolvia na América Latina a partir da década de 1970, alcançou com a análise dos crimes econômicos e políticos. A constante aparição dessa temática vai ser objeto, mais adiante,

de uma perspectiva de avanço na crítica do direito penal. Novoa Monreal, portanto, consagra-se, desde sua primeira publicação na *Revista de Direito Penal*, já na edição n. 2, com a alusão à necessidade de um olhar mais severo para certos delitos ou práticas sociais do que para aqueles que sempre estiveram em foco. É necessário expor, entretanto, que a crítica que se elabora ao reconhecimento da seletividade do sistema, ocorre através da argumentação fundamentada na finalidade tradicional do direito penal, qual seja, evitar a criminalidade. Assim, mantém-se o direito penal estabelecido na sua perspectiva liberal, que ora se categoriza também como crítico, com a particularidade de ser uma crítica intrassistêmica, visto que a argumentação sustenta a ordem estabelecida pelo controle penal e denuncia primordialmente a reivindicação de um sistema mais humano.

Em publicação posterior, Novoa Monreal, que à época encontrava-se exilado na Venezuela em decorrência do golpe chileno de Pinochet, retornou ao assunto da abstração da dogmática penal com o texto “Alternativas e transe do direito penal de hoje”, na *Revista de Direito Penal*, n. 24 de jan.-dez. 1977. Novoa Monreal se propõe novamente a discutir o direito penal abstrato, denunciando a abstração dos estudiosos do direito penal ao encarar os problemas relacionados à formulação teórica penalista, traçando uma relação de disputa ocorrida entre os cientistas criminais, os dogmatas e os juspenalistas, que resultou num completo “isolamento” do pensamento jurídico penal da sua realidade. Inclusive, com a seguinte frase, o autor aponta os dogmatas como “ginastas intelectuais que se exercitam numa espécie de vazio” (Novoa Monreal, 1977, p. 60) para explicar a total desconexão entre a disputa intelectual ocorrida ao longo do século XX entre finalistas e causalistas, desviando a função do penalista de seu foco, entendido pelo autor como evitar a criminalidade. (Novoa Monreal, 1977. p. 62)

Em outro momento de escrita, Novoa Monreal encara a crítica de que o penalista tem uma função de comprometimento com a sociedade. Para o autor, combater a criminalidade está como proposta de exercício funcional dos que estudam o direito penal e, portanto, ignorar a realidade e as dificuldades que transitam na produção, na interpretação, na aplicação e na consequência da lei, nada mais é que uma responsabilidade do penalista diante do seu espaço social.

Dessa forma, Novoa Monreal se questiona sobre “qual é a cota de responsabilidade que tem a própria sociedade repressora na produção de muitos fatos criminosos?” (Novoa Monreal, 1977, p. 70) Para o autor, reprimir sem se pensar no que se reprime e em qual é a realidade daquele que é reprimido, constitui um ato de total descomprometimento com o propósito da ciência penal. Ainda, esta falta de questionamento pode ser compreendida como um ato de irresponsabilidade do penalista, visto que, ao se propor refletir sobre a lei penal e as suas particularidades, o sujeito deve se propor a pensar no interesse coletivo e no bem-estar social, garantindo a teórica segurança jurídica tão proclamada pelos dogmatas.

A concepção de desigualdade social e de excesso repressor não se consolida efetivamente na exposição de Novoa Monreal, tampouco se concretiza a ideia de superação do direito penal como mecanismo ideal de resolução de conflitos. Contudo, o autor finaliza seu texto expondo que a superação da criminalidade talvez seja possível quando o homem entender o seu espaço na sociedade e a sua responsabilidade para com o próximo, e que, se o social conseguir atingir níveis de igualdade e equilíbrio, talvez, supere-se até a noção da instituição penal como mecanismo de controle. Expõe, então, o autor:

Pressupõe, em primeiro lugar, uma sociedade organizada sobre bases justas e igualitárias, que, efetivamente, ajude a todos os homens que a compõem a alcançar seu mais completo desenvolvimento humano, no físico, no intelectual e no moral e a convertê-los em solidários entre si, sempre dispostos a dar à sociedade e aos demais, o melhor de suas capacidades. Pressupõe, também, que as altas decisões sociais estejam inspiradas no bem das grandes majorias e provenham delas; que não sirvam de escudo ou de proteção a interesse de pequenos grupos dominantes. (Novoa Monreal, 1977, p. 71)

Em continuidade ao pensamento crítico do direito penal, Francisco Muñoz Conde, catedrático da disciplina de Direito Penal da Universidade de Sevilha, expõe seu pensamento sobre a conexão do direito penal e da criminologia e sobre a inauguração da crítica ao direito penal e do direito penal crítico em seu texto “Para uma ciência crítica do direito penal”, publicado na *Revista de Direito Penal*, n. 24 (jan.-dez. 1977). Muñoz Conde inicia seu trabalho evidenciando que a relação de distanciamento entre criminologia e direito penal ocorreu durante a consagração do positivismo jurídico, que dominou os estudos do direito durante todo o século XIX, diante da afirmação de totalidade que o direito penal possuía sobre a criminologia por entender que a primeira era o único a se consolidar como ciência, devido ao seu objeto “incontestes” (Muñoz Conde, 1977, p. 93-94).

No entanto, com a reformulação teórica, sustentada a partir do neokantismo, na qual cada ciência tinha seu espaço autônomo e autenticidade própria por possuírem diferentes objetos e serem estes certamente delimitados, estas ciências permaneceram separadas por mera compreensão do direito penal em abstrato, que vislumbravam os penalistas. A criminologia seguiu seu caminho fazendo análises sociais e sobre realidades concretas, consolidando o espaço de reflexão sobre o controle penal e social, enquanto o direito penal permaneceu elucubrando sobre questões técnico-jurídicas de ordem conceitual. Todavia, certa vertente de penalistas percebeu que apesar de ter superado, quase completamente, todas as grandes questões pontuais do seu tecnicismo, viu-se continuamente a criminalidade aumentar e os seus apontamentos não trazerem um resultado prático para a ciência penal.

Essa vertente de penalistas que assumiu a crítica criminológica e desenvolveu o distanciamento entre realidade cognoscitiva e dogmática, verificou que a interação com as teorias e análises provenientes da criminologia suscitavam principalmente um questionamento crítico desses sobre função do penalista no exercício do direito penal. Tal questionamento resultou no que Muñoz Conde expõe como a superação do penalista como mero instrumento a serviço do Estado, mas como sujeito de crítica, cuja função não se resumiria somente em “aceitar o Direito Penal, tal como é, como também e na medida em que o aceita, deve aceitá-lo para criticá-lo” (Muñoz Conde, 1977, p. 93-94). O que o autor visa expor é que a integração dogmática e criminológica sustenta um alicerce crítico necessário para constituição de um direito penal crítico, no qual se rompe com a figura abstrata do direito penal, e o penalista supera sua postura de mero instrumento das classes dominantes.

A compreensão que Muñoz Conde tem da relação do controle penal e dos sujeitos marginalizados, sobre quem o direito penal é aplicado, sugere um compromisso crítico de compreensão da realidade seletiva do sistema penal, o que possibilita uma superação do fenômeno que é típico da ciência do direito penal, cujo esquecimento em relação aos problemas políticos, econômicos e sociais dava-se em benefício dos penalistas puramente técnico-jurídicos ou dogmáticos (Muñoz Conde, 1977, p. 97). Esse entendimento relaciona-se com o posicionamento de Nova Monreal, que, ao falar de um penalismo crítico, coloca a consciência de classe e o efeito do direito penal classista e segregador em foco como elemento do direito penal.

2.1 A crítica à realidade penal brasileira

Grandes penalistas brasileiros manifestaram-se ao longo da *Revista de Direito Penal* (e *Criminologia*) no sentido de formular uma denúncia ao distanciamento do discurso penal acadêmico e oficial da sociedade brasileira. A primeira publicação brasileira que remete à realidade social do Brasil e ao efetivo distanciamento dos penalistas para com a sua sociedade é de autoria do Prof. Heleno Fragoso. Fragoso é o autor do maior número de publicações ao longo da Revista¹, com a apresentação de diversas explanações. Uma das características

¹ Desconsiderando a sua participação em pareceres e em elaboração de resenhas, contabilizando somente o número de publicações nas seções “Doutrina” e “Comentários e Comunicações”, Fragoso publicou o total de vinte textos de sua autoria.

mais marcantes da Revista, e sem dúvida que a transforma num objeto tão belo de estudo, é a possibilidade de verificar no seu transcurso a (re)elaboração de pensamento pelo qual passam os colaboradores permanentes. O autor, em suas primeiras publicações, foca em tecnicizar o conhecimento penal e verificar pontualidades das grandes teorias penais que se desenvolvem no mundo, realocando-as para o âmbito brasileiro, fazendo, inclusive, estudos comparados de direito penal.

Fragoso, ao longo dos doze anos de tiragem da Revista, se consolidou como um crítico do direito penal brasileiro, desenvolvendo em parceria com o Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro diversos projetos de pesquisa empírica, juntamente outros juristas e sociólogos de destaque, com o intuito de analisar propriamente em que pé se encontrava a realidade brasileira e de que maneira o direito penal respondia às demandas sociais e quais as suas consequências para a realidade do País. Ainda era perceptível a influência das novas tendências crítico-criminológicas, que iam sendo absorvidas pelo pensamento brasileiro, nas suas produções, principalmente com a integração de Juarez Cirino dos Santos ao núcleo de colaboradores permanentes do conselho editorial da publicação. A trajetória da Revista é um reflexo da trajetória acadêmica e de vida de Heleno Fragoso e sua veiculação se finaliza com o falecimento desse penalista, com a publicação mais crítica e definitiva sobre a sua percepção do sistema penal: “A reforma da legislação penal”, *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n. 35.

Outro texto que se destaca pelo caráter crítico, que remete à discussão ora proposta de desenvolvimento da crítica do e ao direito penal, é a publicação intitulada “Ciência e experiência do direito penal”, *Revista de Direito Penal*, n. 26 (jul.-dez. 1979). A abordagem inicial do autor remete à afirmação de que o direito penal moderno alcançou graus inimagináveis de complexidade e superioridade técnicas; contudo, a resolução dos fortes debates traçados ao longo do século XIX e XX no campo da dogmática penal serviu principalmente para a verificação de que a complexidade técnica do direito o deixou esquizofrênico diante da realidade social e das consequências jurídicas do delito e, principalmente, ao que se refere à pena, pois, como afirma Fragoso: “o trabalho formidável dos juristas no campo da teoria do direito penal está posto em xeque pelas realidades do funcionamento do sistema repressivo do Estado” (Fragoso, 1979, p. 9).

O autor analisa essa perspectiva de distanciamento do direito penal e da realidade como um processo de crise² do direito penal, e, para explicar a motivação de tal crise, o autor considera que “o direito penal do nosso tempo sofreu o impacto criminológico devastador da criminologia da reação social, que submeteu à análise o próprio sistema de justiça punitiva” (Fragoso, 1979, p. 9), e, ao colocar sob a lupa o sistema de justiça, os penalistas tiveram o duro enfrentamento de verificar que o direito penal não correspondia à defesa dos valores e à segurança jurídica tão prometida quanto imaginavam. Portanto, verificaram que o pronunciamento da criminologia no sentido de que o papel do direito penal nada mais era do que de selecionar marginalizados e rotular as condutas a serem tipificadas e os sujeitos a serem punidos, era efetivamente realizado quando se olhasse para a realidade, quando o foco do olhar do direito penal superasse a mera tecnicidade. Isto é, a aparência e a realidade encontravam-se tão discrepantes que se tornou difícil desconsiderar a denúncia criminológica, assim, os modelos repressivos que respondiam à prática do direito penal se tornaram alvo de severas críticas, haja vista a incapacidade de olhar para o que havia na sua realidade e pensar em soluções; foi impossível para o direito penal confrontar tais críticas.

² Peter Lejins trabalha também com o conceito de crise no texto “A atual crise da política criminal nos Estados Unidos” (*Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, n. 28, jul.-dez. 1979), no qual aborda a crise da política criminal nos EUA, devido ao abandono da população em confiar na ideia de reeducação, haja vista ter sido percebido que: (1) métodos reeducativos não impedem a reincidência; (2) permanece o aumento da criminalidade; (3) há um desejo de retorno à crença das sanções repressivas; (4) a perspectiva das penas indeterminadas está sob ataque pelo movimento de proteção aos direitos humanos; (5) a presunção de que o sujeito deve ser reeducado não consiste com o Estado Liberal, cuja promessa é de que o homem dever ser aquilo que quiser ser, e, principalmente; (6) há ceticismo com relação à prisão.

Verifica-se, a partir das escritas de Fragoso, que o autor assumiu o entendimento de que a prepotência encarada pelos dogmatas no correr dos anos sobre a função do direito penal como orientador neutro e solucionador de problemas não cabia quando se verificava efetivamente o efeito das novas conquistas no âmbito acadêmico em relação ao seu propósito de seguridade. Dessa forma, mesmo com o ápice do conhecimento dogmático do direito penal, a realidade consagrava-se cada vez mais desumana para aqueles que entravam no sistema.

Outro ponto chave da crítica elaborada por Fragoso consagrava-se na sua posição sobre a função retributiva da pena e da culpabilidade.

A ideologia da retribuição como instrumento de reeducação/ressocialização, também se desmantela em meio à demonstração de que o sistema, mesmo quando implementado no seu maior primor de qualidade, “não recupera o sujeito daquilo que não se pode recuperar, não ressocializa aquele que nunca foi socializado”³, e, portanto, a função declarada da pena não se sustenta, haja vista os índices de reincidência, independentemente de quão bons são os espaços prisionais, não reduzem nunca quando há a aplicação de encarceramento. E, dessa forma, verifica-se que, conforme Fragoso afirma, a crise que assola o direito penal dos tempos contemporâneos (e desde os tempos mais remotos) está na disjunção entre a ciência e a experiência, em todos os níveis e em todos os discursos declarados do direito penal, e assim, o que ocorre é um estado de crise ainda mais aguda a cada tentativa de justificar o poder repressivo no seu exercício máximo (Fragoso, 1979).

Outro penalista que se destaca ao tentar dialogar a criminologia com o direito penal é Manoel Pedro Pimentel, professor da Universidade de São Paulo e ex-secretário de Justiça e de Segurança Pública do Estado de São Paulo, elaborou, enquanto acadêmico, publicações de denúncia ao sistema penal, e, quanto às suas apresentações na *Revista de Direito Penal*, o mais destacado texto trata-se de uma veiculação crítica sobre todo o complexo prisional e a sua experiência e conseqüente desilusão como Secretário de Segurança Pública de São Paulo, apresentado como “Crime e pena: problemas contemporâneos” (*Revista de Direito Penal*, n. 28), que fala criticamente sobre política criminal e que será abordado em momento mais oportuno. Contudo, no que tange à sua perspectiva sobre o direito penal e a sociedade, Pimentel expõe em “Sociedade criminógena” (*Revista de Direito Penal*, n. 31, jan.-jun. 1981) a sociedade como uma estrutura complexa geradora de fatores criminógenos.

A noção de “fatores criminógenos” é proveniente do texto de Jean Pinatel, o qual é resultado de um trabalho apresentado na 33ª SBPC, realizada em Salvador (BA), em julho de 1981, e trata-se da ideia do autor de que “as grandes manifestações de nossa criminalidade dependem de ocasiões que a sociedade concede. Em todo caso nossa sociedade é parcialmente responsável pelo desenvolvimento da criminalidade [...]” (Pinatel apud Pimentel, 1980, p. 87) O autor utiliza o termo “fator gerador de criminalidade” para trabalhar em oposição ao conceito de *causa*⁴, que se entende superado pela criminologia como relacionado ao positivismo criminológico, que remetia às causas da criminalidade e ao sujeito ontologicamente criminoso.

Designada a compreensão da sociedade como geradora de fatores de criminalidade, o autor passa a apresentar os fatores que entende serem responsáveis pela criminalidade. A partir da ideia da anomia⁵, a qual se refere ao entendimento de que todo sujeito pratica no seu cotidiano algum tipo de ilícito, pois passa a agir segundo seus próprios valores, e que apenas alguns são selecionados pelo sistema, Pimentel expõe o

³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ciência e experiência do direito penal. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, n. 26, jul.-dez. 1979. p. 13.

⁴ Apesar de que, no seu fundamento lógico, tratam-se da mesma coisa.

⁵ O conceito de anomia elaborado por Merton evidencia a anomia como “crise da estrutura cultural, que se verifica especialmente quando ocorre uma forte discrepância entre as normas e fins culturais, por um lado, e as possibilidades socialmente estruturadas de agir em conformidade com aquelas.” BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p.62.

“contágio hierárquico” como um fator de criminalidade, cuja explicação se dá com a percepção de que as classes sociais mais carentes, ao esperarem alcançar os mesmos benefícios dos estratos sociais mais abonados, utilizam do crime como mecanismo de sucesso, ao se depararem com níveis de desigualdade que são reflexos da sociedade capitalista e com a percepção de que não há punição para a conduta ilegal.

Os demais fatores criminógenos que o autor apresenta também estão vinculados ao Estado capitalista e à transformação social ocorrida nos fins do século XX, com a desorganização social e estrutural das grandes cidades, tais como a pobreza, o abandono na infância, a educação precária e os meios de comunicação como formadores de opinião pública. O autor usa-se da afirmação de Nova Monreal de que o direito penal é o direito dos pobres, já que são eles, exclusivamente, os selecionados pelo sistema, ao apontar uma nítida crítica criminológica à seletividade da clientela exercida pelo direito penal, que é considerado pelo próprio autor como “arma dos poderosos”.

Para essa sociedade em descontrole, de ritmos acelerados, de desligamentos entre os sujeitos devido ao crescimento das cidades e à desunião das pequenas comunidades, e de crescimento exacerbado de desigualdade, entende o autor, há um “pano de fundo”, que é “a sociedade de consumo”, que coage o sujeito e o envolve a ponto de quebrá-lo quanto aos seus valores e impossibilitá-lo para a reflexão efetivamente. Diante dessa incapacidade, Pimentel apresenta a realidade capitalista como uma formação ideológica que impede o sujeito de simplesmente pensar numa superação, numa alternativa ao que lhe é imposto, e assim, “profetiza” que o direito penal será o primeiro a ser atingido negativamente, caso não se dê uma alternativa à sociedade de consumo, pois o autor prevê que em nome dos seus objetivos formais, punir e recuperar, o direito penal vai se encontrar cada vez mais encurralado diante da necessidade de ainda mais controle social. E o resultado desta estrutura, para o autor, será

o aumento da criminalidade, especialmente da criminalidade violenta, do vandalismo gratuito e dos delitos sofisticadamente fraudulentos; a crescente demanda de recursos orçamentários para investimentos no sistema de justiça criminal, alimentando seus subsistemas policial, judiciário, penitenciário. (Pimentel, 1980, p. 95)

Dessa forma, o que fica claro na avaliação de Pimentel é que a desconexão do direito penal da sociedade vem transformando todo o complexo sistema capitalista num disparate punitivista de sujeitos marginalizados, e que, em não se encontrando uma alternativa para tal experiência, o direito penal será o mais atingido, alcançando números incontroláveis de criminalidade e massacre de humanos num “grande encarceramento”. Vale expor que apesar de análises estruturais do sistema, o que se verifica no discurso de Pimentel, de Nova Monreal e Fragoso é uma leitura do paradigma etiológico na base e a sua crítica sociológica na ponta, o que demonstra a convivência de discurso na sociedade latino-americana e brasileira, nesse estágio do direito penal.

3 Direito penal econômico

Assim, como mais exato ponto de encontro das duas análises – (1) teoria do delito, demonstrada aqui a partir da discussão sobre a culpabilidade, e (2) as novas percepções sobre a dogmática, a partir de um novo olhar do direito penal relacionado com conceitos estabelecidos pela criminologia crítica e a relação sobre o controle penal – que recorrem ao pensamento da dogmática e da criminologia, tem-se também como ponto de intersecção a análise dos crimes de colarinho branco, que demonstraram que o sistema seleciona os crimes a serem punidos e os sujeitos a serem criminalizados.

A partir da perspectiva da seleção criminal provocada pela noção de reação social estigmatizante ao ato delitivo, premissa denunciada por Becker em *Outsiders*⁶, desenvolve-se a construção de um pensamento que verifica que quando estamos diante de uma criminalidade comum, temos uma reação institucional violenta contra aqueles que praticam a conduta tipificada como crime, enquanto em outras condutas também tipificadas, aquelas chamadas não convencionais, não se obtêm respostas de tamanha repressão.

O ponto de encontro determinante entre o direito penal crítico e a criminologia crítica está na percepção de que essas reações apontadas por Becker são responsáveis pela seletividade das condutas e da população a serem criminalizadas. Alessandro Baratta expõe que a criminologia crítica vem consolidar a percepção seletiva do sistema penal (dominação através da determinação do desvio), quando se compreende que a sociedade e as estruturas de poder que estão constituídas na sua formação, e na ideia de que o processo é de se criminalizar e de ser criminalizado e não de se cometer crimes.

A premissa a que se remete Baratta é assumida pelo direito penal crítico, quando este recepciona a ideia de relação com a sociedade, e não se permite mais ignorar as denúncias produzidas pela criminologia, pois tais denúncias são claramente verificáveis, dependendo somente do interesse do penalista em olhar para o seu mundo e perceber as consequências da prática penal no cotidiano.

O processo de diálogo entre a criminologia crítica e do direito penal pode ser verificado com a análise dos crimes econômicos. Lola Aniyar de Castro aponta que os crimes de colarinho branco, ou crimes econômicos são a forma mais cruel e mais significativa de alcance da criminalidade contra a sociedade, tendo por referencial a relação com os crimes contra propriedade, tais como o furto, a receptação etc. É necessário expor que a formação da criminologia crítica se inicia sobre o pensamento que questiona a característica classista da criminalidade, da sua seleção, e de que forma tal seleção reflete na sociedade.

Assim, quando se verifica que o sistema penal é seletivo, que diferencia quais condutas punir e que essa prática afeta a sociedade, inicia-se um questionamento, tanto na dogmática como na criminologia, que se propõe a analisar a relação dos crimes de genocídio, dos crimes políticos e dos crimes econômicos com a criminalidade comum e, a partir dessa diferenciação, traçar como o se dá a seleção no sistema e verificar quais são características da criminalidade chamada não convencional.

A importância que foi dada aos crimes econômicos se traduz magistralmente na Revista, haja vista haver significativas publicações sobre o tema, e ainda, um número dedicado quase que exclusivamente a essa temática. Na *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n. 33, a edição se propôs a tratar sobre o direito penal econômico, pois esse foi um dos temas do Colóquio Nacional de Direito Penal realizado na cidade do Rio de Janeiro como evento preparatório para o XII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em 1984, na cidade do Cairo.

Entre as análises efetuadas sobre o direito penal econômico, destaca-se primeiramente Eduardo Novoa Monreal em “Reflexões para a determinação e delimitação do delito econômico”, *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n. 33 (jan.-jun. 1982). O autor distingue-se dos demais ao apresentar os conceitos norteadores de direito econômico a partir da dogmática penal, e por se posicionar pela necessidade de cuidados essenciais ao definir o direito econômico de cada país. Novoa Monreal expõe, ainda, a cautela que se deve tomar ao elaborar estudos comparados de direito econômico, pois entende que a natureza e a realidade econômica de cada Estado determinam particularidades de cada direito econômico a partir de sua realidade.

⁶ A obra *Outsiders* de Howard Becker foi objeto de resenha bibliográfica da Revista (n. 17-18) realizada por Yolanda Catão, cujo apontamento final da resenhista é de que a obra se trata de uma excelente publicação que não pretende manter uma visão tradicional e irreal sobre a criminalidade e o processo de criminalização. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, Editora Revista dos Tribunais, n. 17-18, jan.-jun. 1975. p. 139-141.

O autor define direito penal econômico como o “Direito que reúne e sistematiza um conjunto de regras jurídicas de interesse público, destinadas a proteger e manter certa organização e ordenação da economia nacional com vistas ao bem-estar de toda a coletividade” (Novoa Monreal, 1982, p. 121), no qual o bem jurídico tutelado é a ordem pública econômica da nação. Desse modo, após abordar pormenoridades típicas da dogmática e singularidades referentes ao delito econômico, o autor reflete a respeito do por que da necessidade de se legislar sobre essa esfera delitativa, e ainda expõe a justificativa do controle do Estado sobre as atividades econômicas. Para Monreal, “as razões são claras”:

uma parte considerável, normalmente a majoritária, das atividades econômicas se encontram em mãos de particulares, e elas devem ser vigiadas, reguladas ou sofrer a intervenção do Estado com o fim de planificá-las, dirigi-las, e encaminhá-las em uma direção conveniente ao interesse nacional, como meio de alcançar justiça social, melhor distribuição da riqueza e uma tutela adequada do interesse dos mais desfavorecidos. Para assegurar uma devida prevenção da violação das normas estatais, o legislador cria figuras especiais de delitos econômicos. (Novoa Monreal, 1982, p. 118)

Portanto, compreende-se tal afirmação a partir da ideia de que a motivação em regular os delitos econômicos está na proteção da coletividade, cuja necessidade de melhor distribuir as riquezas remete a uma observação constante de fiscalização dos meios econômicos. A regulamentação parte de uma perspectiva de direito voltado para sociedade, no qual o instituto penal passa a responder às demandas de proteção social, partindo da percepção de uma desigualdade que reproduz ainda mais desigualdade.

A vertente que admite a regulamentação do direito econômico, e seu consequente direito penal econômico, pode ser considerada crítica, pois, passa por tal linha reflexiva a conexão do direito com a sua realidade e, principalmente, o vínculo de regulamentação do direito com princípios básicos de seguridade ao complexo social, o qual recusa-se a admitir um Estado de *laissez-faire* absoluto, pois compreende que tal regulamentação da disponibilidade dos meios de atividades econômicas produz um complexo social mais humano e igualitário, haja vista permitir que o Estado controle os excessos do livre comércio. As normas que traduzem esse controle de excessos suscitam diversas discussões sobre sua natureza jurídica e sua sistematização.

Percebe-se que o que direito econômico se propõe é abraçar um núcleo mais complexo e intenso de delitos, que resultam num sintomático prejuízo para toda coletividade (Aniyar de Castro, 1978), diferentemente daqueles delitos chamados de convencionais, que atingem pontos específicos da sociedade, geralmente determinados pela proteção e reparação dos bens jurídicos relacionados às classes sociais mais abastadas e à seleção dos criminalizados nas classes marginalizadas. A partir do escrito de Heleno Fragoso, verifica-se que o “direito penal tem sido amargo privilégio dos pobres e desfavorecidos, que povoam nossas prisões horríveis e que constituem a clientela do sistema” (Fragoso, 1982, p. 125). Dessa forma, o que se oferece com essa vertente do direito penal é superar a estrutura desigual que assinala as realidade latino-americanas de injustiça e opressão somente aos pobres, e focar o controle repressivo sobre a classe dominante.

Em “Concepção e princípios de direito penal econômico, inclusive a proteção dos consumidores, no Brasil” (*Revista de Direito Penal e Criminologia*, n. 33), o penalista crítico Nilo Batista abordou efetivamente questões próprias da sociedade brasileira, analisou também a proteção dos consumidores e concentrou seus esforços em pensar em soluções legislativas para as questões mais sintomáticas do direito penal econômico, renunciando a perspectiva de seletividade de criminalização, propondo-se, principalmente, a pensar nos princípios que regem tal o direito penal econômico e seus doutrinadores brasileiros.

Ao elaborar uma relação de leis do chamado direito penal econômico, o autor demonstra o quão reduzido é o rol legal de crimes abarcados pelo Código Penal Brasileiro em comparação com as leis especiais que abordam a referida temática. O autor expõe que tal contraposição se deve à promulgação do Código Penal ter ocorrido em 1940, período em que o direito penal econômico não era uma categoria de criminalidade que resultasse em preocupação. Isto é, a ruptura de mentalidade quanto aos quadros penais no âmbito do delito econômico se deu a partir do surgimento teórico e da exposição da necessidade de controle do Estado sobre as práticas ilegais no que tange à economia, que se consolidou a denúncia da seletividade do sistema, e, ainda, com a exposição dos prejuízos causados à sociedade quando do descontrole da ordem econômica.

Com a consciência de tal necessidade, houve pequenas alterações de codificação em que se incluíram ínfimas condutas como ilícitas no citado campo do direito penal, entretanto, a lista⁷ que elenca as leis especiais que protegem bens jurídicos tutelados por tal ramo do direito constitui-se num longo rol, o que demonstra um crescimento substancial de preocupação no que concerne ao direito penal econômico na realidade brasileira.

Assim, após elencar as leis brasileiras que versam sobre a matéria, Nilo Batista demonstrou o quão significativo é o prejuízo causado pelos delitos econômicos em comparação aos crimes reconhecidos como da esfera da criminalidade convencional. O autor expôs os prejuízos causados por furtos no Estado do Rio de Janeiro, sendo que, em 1977, dos 17.704 furtos, apenas 203 superaram Cr\$ 100.000,00; em 1978, dos 15.880, furtos, apenas 444 superaram tal valor; no ano seguinte, dentre os 20.886 furtos, somente 2.457 extrapolaram a cifra de Cr\$ 100.000,00, enquanto que em apenas uma fraude, ocorrida em agosto de 1976, o valor do prejuízo foi de Cr\$ 197.906.370,00; (Batista, 1982, p. 81) ou seja, somando-se os prejuízos de furto do triênio apresentado por Nilo Batista, não se chega nem perto da soma de apenas uma fraude realizada em único momento.

As informações quanto às quantias decorrentes dos crimes citados são provenientes do Anuário de Estatística Criminal da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, e corroboram a linha criminológica que aborda os crimes econômicos, ou crimes de colarinho branco, como uma forma de criminalidade de consequências significativas à sociedade. A leitura dialógica entre a criminologia e a dogmática penal sobre os crimes de colarinho branco foi capaz de demonstrar a forte conexão que envolve os crimes não convencionais e os seus comuns beneficiários, a alta classe da sociedade, com a seletividade do sistema. Ao assumir que o discurso da garantia do bem jurídico tutelado não mais se sustentava, pois os prejuízos que resultavam dos crimes econômicos eram infinitamente maiores, e perceber que esta forma de criminalidade possuía claros indícios de baixa criminalização, corrobora-se a perspectiva do sistema seletivo e, assim, coloca-se em questão os princípios da igualdade e da legitimidade do direito penal.

Nesse sentido, o juiz belga Carlos Versele Séverin, em “A cifra dourada da delinquência”, *Revista de Direito Penal*, n. 27 (jan.-jun. 1979), chamou tal criminalidade econômica desconhecida pelo sistema oficial de “cifras douradas”, por se tratar de uma criminalidade oculta referente a crimes econômicos praticados exclusivamente pelas classes mais abastadas. Tal texto é resultado do resumo da exposição de Séverin ao Consórcio Europeu de Investigações Políticas, realizado em abril de 1976, na cidade de Bruxelas, o qual foi traduzido por Nilo Batista e Francisco de Assis Leite Campos.

O autor verifica que o uso de estatísticas criminais como fonte da criminologia tradicional e do direito penal tradicional pode resultar em informações que não condizem efetivamente com a realidade. As estatísticas

⁷ Lista de crimes tipificados no Código Penal Brasileiro e em leis especiais que tratam sobre direito penal econômico no ano de 1982. BATISTA, Nilo. Concepção e princípios de direito penal econômico, inclusive a proteção dos consumidores, no Brasil. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Rio de Janeiro, Forense, n. 33, jan.-jun. 1982. p. 79 e 80

não necessariamente refletem o aumento ou a diminuição da criminalidade, quando sobem as estatísticas criminais pode ser sinal de que os esforços jurídico-policiais contra a delinquência tenha, aumentado, e não que algo de novo esteja acontecendo na sociedade (Aniyar de Castro, 1983, p. 66), e essa verificação demonstra que apesar de haver estatísticas criminais, elas representam basicamente a criminalidade convencional, pois “praticamente toda a atividade das jurisdições penais se limita a formas convencionais do comportamento anti-social” (Séverin, 1979, p. 6).

Essas condutas que não são (re)conhecidas oficialmente pelos órgãos oficiais, devido à sua natureza delitiva, são chamadas de cifras “negras” (Séverin, 1979, p. 8) ou delinquência oculta (Aniyar de Castro, 1983, p. 66), e existem em oposição à criminalidade real, que se trata da quantidade verdadeira de delitos praticados em determinado momento, e em oposição, principalmente, à criminalidade aparente, que é aquela “conhecida pelos órgãos de controle social – a polícia, os juízes etc. –, ainda que não apareça registrada nas estatísticas” (Aniyar de Castro, 1983, p. 68). Isto é, a diferença entre a criminalidade real, que nunca se sabe exatamente qual é, e a criminalidade aparente, aquela que de alguma forma o sistema toma conhecimento, é a chamada “cifra negra”.

Para além cifra negra, que ele compreende já como uma delinquência predominante de atos cometidos por cidadãos economicamente mais favorecidos, Séverin conceitua as cifras douradas da criminalidade, afirmando que

Além da cifra negra de delinquentes que escapam de toda investigação oficial, existe uma cifra dourada de criminosos que têm o poder político e o exercem impunemente, abandonando os cidadãos e a coletividade à exploração da oligarquia, ou que dispõem de um poder econômico que se desenvolve em detrimento do conjunto da sociedade. (Séverin, 1979, p. 10)

As práticas que consubstanciam as cifras douradas, as quais são incluídas nessa perspectiva oculta de criminalidade proveniente do alto escalão social, são as seguintes:

[...] trata-se, essencialmente, de convivências político-econômicas, de combinações político-financeiras, de sutis peculatos, de concussões disfarçadas e abusos reais, favorecidos por lacunas da lei mais ou menos deliberadas, ou por complacências mais ou menos conscientes. (Séverin, 1979, p. 10)

Se as cifras douradas denunciam uma seletividade da criminalidade, tendo-se em vista haver seleção desde os tipos a serem criminalizados até a população a ser criminalizada, deduz-se que há aqueles que não são filtrados pelo sistema, e, para Séverin, tal imunidade é causada pelos diversos filtros que atravessam o sistema de controle social, preservando a personalidade dos sujeitos de alto grau de conhecimento político-cultural e de bons *status* econômicos.

As cifras douradas e os delitos econômicos representam um resultado do processo de conhecimento desenvolvido pela criminologia, cuja negação de que haja um criminoso nato se fortalece ao se destacar os filtros de seletividade do sistema, e o quão habitual é a prática de condutas definidas como crime por toda a população. Recusam-se, assim, as estatísticas criminais como um indício do que ocorre na realidade social e coloca-se a refletir sobre a sociedade como um órgão coletivo com pontualidades próprias, formada por sujeitos humanos que praticam diversas ações no seu cotidiano que podem ou não ser enquadradas como crime, e que, dependendo, principalmente, do seu *status* social, podem ser ou não objeto da repressão do controle social. (Séverin, 1979, p. 10)

Outro ponto de destaque apresentado na *Revista de Direito Penal* n. 19-20 (jul.-dez. 1975) sobre a seletividade do sistema e a sua relação com a classe social do sujeito está na escrita efetuada por Heleno Fragoso, o qual publicou o texto “Aspectos jurídicos da marginalidade social”. A sua proposta de análise é a marginalidade como fenômeno geral em que se pesa a constituição de identificação dos desviantes estigmatizados, com o intuito de caracterizar as situações de exceção que vivem determinados setores da sociedade. A ideia de “marginalidade social” é apresentada como decorrente da caracterização de pessoas que vivem à margem da sociedade, ou seja, que se situam fora dos limites aceitos pela maioria (Fragoso, 1975, p. 8).

O autor formulou a crítica à seletividade do sistema punitivo com base no direito penal como obstáculo de uma transformação social do sujeito marginalizado. Ao relacionar a marginalidade social com a justiça criminal, Fragoso apontou que os sujeitos são assim considerados (marginalizados) quando “praticam fatos que a lei define como penalmente ilícitas e que constituem, num momento dado, a criminalidade aparente” (Fragoso, 1975, p. 9). Esta conceituação de criminalidade aparente é explorada a partir da perspectiva de filtros do sistema, cuja noção primordial é a de que “a criminalidade não é privilégio de pessoas que integram grupos marginalizados ou que são considerados marginais. A identificação de criminoso e marginal resulta do fato de serem atingidos pela justiça substancialmente os pobres e desfavorecidos” (Fragoso, 1975, p. 9).

O conhecimento dos crimes de colarinho branco ou da chamada cifra dourada da delinquência expõe concretamente a superação do mito da igualdade do direito penal liberal, cuja noção de que o direito responde à sociedade de forma igualitária é completamente desmistificada. A admissão de que a justiça criminal é o “mais dramático aspecto da desigualdade da justiça” revela que os penalistas efetivamente absorveram a crítica formulada pela sociologia e pela criminologia, visto que se propõem a considerar que as normas desde sua elaboração já são “instrumentos de marginalização” (Muñoz Conde apud Fragoso, 1975, p. 10), pois desde o princípio selecionam as condutas que consideram necessárias de serem controladas.

Considerações finais

Na consequência, todos os outros momentos do controle penal – polícia, justiça, execução penal – afunilam ainda mais a seletividade do sistema, que vai, a cada fase, definindo ainda mais quem é sua clientela e explorando a condição do marginalizado a marginalizar-se nas penas privativas de liberdade, pois, no que tange à aplicação penal dos sujeitos a seleção é ainda mais desigual. O público que será institucionalizado é aquele que se encontra em situação de fragilidade, exposto no trabalho de Fragoso como a população que vive nas favelas, os “marginalizados *par excellence*” (Fragoso, 1975): prostitutas, mendigos e vagabundos, os menores abandonados, os enfermos mentais, as mulheres e as minorias étnicas. Isto é, quanto mais abandonada à sorte de sua singularidade e fragilidade, maior a chance de o sujeito ser aspirado pelo sistema, apesar de se tratar de realidade notória a seletividade do sistema, as duras penas ainda persistem em infligir apenas em uma parcela (re)conhecida da sociedade.

A exposição que se propôs fazer foi de traçar os discursos na perspectiva de “ciências penais integradas”, conforme já dito, a partir da conciliação do discurso crítico-criminológico e do direito penal crítico, estabelecido através de considerações das sociedades como ponto central de análise e da garantia dos direitos humanos fundamentais. A tentativa de superação de uma dogmática penal tecnicista ou puramente positivista encontra seu espaço na *Revista de Direito Penal e Criminologia*, e a sua intersecção ocorre, conforme exposto, na crítica ao sistema, atravessando os pontos ora trabalhados, mas não se bastando somente neles.

A percepção que ocorre aos poucos de que o discurso que sustenta o controle penal está deslegitimado pelas incompatibilidades entre suas finalidades anunciadas e sua aplicação seletiva, permite que o direito penal se comunique com o conhecimento criminológico para fazer sua própria crítica ao sistema. Assim, observa-se

que conceitos que regem o direito penal sejam colocados sob análise e que, inclusive, certos princípios sejam contestados, como a própria legitimação do sistema como ele se encontra.

Referências

- ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Tradução e acréscimos de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. Projeto para uma investigação comparada sobre crimes de colarinho branco na América Latina. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, Editora Forense, n. 25, jan.-jun. 1978.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria/Editora do Advogado, 1997.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia e dogmática penal: o passado e futuro do modelo integral da Ciência Penal. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Forense, n. 31, jan.-jun. 1981.
- BATISTA, Nilo. Observações sobre a norma penal e suas interpretações. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, n. 17-18, jan.-jun. 1975.
- BATISTA, Nilo. Concepção e princípios de direito penal econômico, inclusive a proteção dos consumidores no Brasil. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro: Forense, n. 33, jan.-jun. 1982.
- BECKER, Howard S. *Los extraños*. Sociología de la desviación. Buenos Aires: Tiempo Contemporáneo, 1971.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ciência e experiência do direito penal. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Forense, n. 26, jul.-dez. 1979.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito penal econômico e direito penal dos negócios. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro: Forense, n. 33, jan.-jun. 1982.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Aspectos jurídicos da marginalidade social. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, n. 19-20, jul.-dez. 1975.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Para uma ciência crítica do direito penal. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Forense, n. 24, jan.-dez. 1977.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. Progresso humano e direito penal. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Borsoi, n. 2, abr.-jun. 1971.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. Alternativas e transe do direito penal de hoje. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Forense, n. 24, jan.-dez. 1977.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. Reflexões para a determinação e delimitação do delito econômico. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, n. 33, jan.-jun. 1982.
- PINATEL, Jean apud PIMENTEL, Manoel Pedro. A sociedade criminógena. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Forense, n. 31, jul.-dez. 1980.
- ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, n. 11-12, jun.-dez. 1973.
- SÉVERIN, Carlos Versele. A cifra dourada da delinquência. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Forense, n. 27, jan.-jun. 1979.
- SOLER, Sebastian. Conceito e objeto do direito penal. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Borsoi, n. 4, out.-dez. 1971.

Recebido em: 19/08/2014

Aceito em: 06/12/2014