

# **A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO E A CRIMINOLOGIA CRÍTICA COMO FUNDAMENTOS PARA A ELABORAÇÃO DE UM NOVO PLANO DE ATUAÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL**

THE EXTINCTION OF PUNIBILITY FOR THE PAYMENT OF TRIBUTE  
AND CRITICAL CRIMINOLOGY AS FOUNDATIONS FOR THE PREPA-  
RATION OF A NEW POLITICAL-CRIMINAL ACTION PLAN

---

**Camila Menah de ASSUNÇÃO<sup>1</sup>  
Sílvia Marques GARCIA<sup>2</sup>**

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Estágio na Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Estágio no Ministério Público do Estado de São Paulo.

<sup>2</sup> Graduação em Direito (Unesp, 2001). Mestrado em Direito (Unesp, 2013). Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público (UNB/Escola da AGU, 2010). Especialização em Direito Penal e Processual Penal (Unifran, 2003). Procurador Federal (2007-Atual). Professor de Direito Tributário e Financeiro da Faculdade de Direito de Franca (2015-Atual). Foi Professor de Direito Financeiro e Tributário no curso da Universidade Estadual Paulista (Unesp, 2014-2015), em caráter temporário. Foi Professor do curso de Direito da Universidade José do Rosário Vellano (Unifenas, 2008-2009), do curso de Direito da Fundação Educacional Comunitária (Fecom, 2008-2010) e do curso de Direito da Faculdade de Ensino São Luís (2011).

## RESUMO

O crime de supressão ou redução de tributo (sonegação fiscal) foi premiado, por meio do advento da Lei nº 10.684 de 2003, com o instituto da extinção da punibilidade caso o tributo devido for pago ou, para alguns entendimentos, simplesmente parcelado pelo infrator, mesmo após o recebimento da denúncia. Tal situação, se comparada com a figura do “arrependimento posterior” prevista no Código Penal e aplicada para os crimes comuns, evidenciará uma discrepância de tratamento penal entre duas classes antagônicas: os autores dos crimes do colarinho branco (classes sociais mais elevadas) e os delinquentes, marginais e estigmatizados (classes inferiores e responsáveis pela prática dos delitos previstos na nossa legislação penal). Essas últimas, caso realizem a reparação do dano ou a restituição da coisa, até o recebimento da denúncia e de forma voluntária, terão como recompensa simples e unicamente a redução da pena cominada. Percebem-se facilmente tratamentos diferentes e desproporcionais (muitas vezes os crimes financeiros são mais graves do que os crimes comuns) para situações idênticas. A criminologia crítica, acompanhada pela teoria do *labeling approach*, foram as principais responsáveis por demonstrar tal divergência através de situações como o “etiquetamento”, a reação social e a delinquência secundária. Situações essas, até pouco tempo atrás, inexistentes no universo dos *white collar crimes*. Com o advento da Operação Lava Jato, no entanto, crimes cometidos por pessoas de elevados *status sociais* passaram a ter respaldo do sistema punitivo. Todavia, de extrema ingenuidade seria acreditar que classes sociais opostas futuramente terão respaldos idênticos. O objetivo proposto nessa pesquisa, longe de ser igualar ambos os tratamentos, passando a estigmatizar também os ricos ou beneficiar os pobres com as regalias do sistema penal, é deslegitimar esse sistema contemporâneo, nitidamente falho, e fomentar reflexões e discussões visando à elaboração de um novo plano de atuação político-criminal.

**Palavras-chave:** Sonegação fiscal. Extinção da punibilidade. Arrependimento posterior. Criminologia crítica. *Labeling Approach*.

## ABSTRACT

The crime of suppression or reduction of tax (tax evasion) was awarded, through the advent of Law 10684 of 2003, with the institute of extinguishing the punishment if the tax due is paid or, for some understandings,

simply paid by the violator, even after receiving the complaint. Such a situation, if compared to the figure of "later repentance" provided for in the Penal Code and applied to common crimes, will reveal a discrepancy in penal treatment between two antagonistic classes: the authors of white-collar crimes (higher social classes) and the delinquents, marginal and stigmatized (lower classes and responsible for practicing the crimes provided for in our criminal legislation). The latter, if they perform the repair of the damage or restitution of the thing, until receiving the complaint and voluntarily, will have as simple reward and only the reduction of the sentence. Different and disproportionate treatments are often easy to deal with (often financial crimes are more serious than ordinary crimes) for similar situations. Critical criminology, accompanied by the theory of the labeling approach, were the main ones responsible for demonstrating such divergence through situations such as "labeling", social reaction and secondary delinquency. Such situations, until recently, did not exist in the universe of white collar crimes. With the advent of Operation Lava Jato, however, crimes committed by people of high social status began to have support from the punitive system. It would, however, be extremely naive to believe that opposing social classes in the future will have identical endorsements. The objective of this research, far from being equal to both treatments, also stigmatizing the rich or benefiting the poor with the perks of the penal system, is to delegitimize this contemporary system, which is clearly flawed, and foster reflections and discussions aimed at to the elaboration of a new political-criminal action plan.

**Keywords:** Tax evasion. Extinguishment of punishability. Arre-back post. Criminology Critical. Labeling Approach.

## 1 A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTOS NOS CRIMES DE SONEGAÇÃO FISCAL – EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Nos dizeres de Hugo de Brito Machado:

Não obstante seja o crime fiscal relativamente novo como figura penal, no Direito brasileiro, instituído que foi em 1965, já diversas vezes foi modificada a lei no que pertine à extinção da punibilidade pelo

pagamento do tributo, o que demonstra a falta de convicção do legislador a respeito dessa opção de política jurídica, que tem sido objeto de intermináveis controvérsias no plano doutrinário.<sup>3</sup>

Será analisada, a seguir, a evolução legislativa concernente ao tema exposto, demonstrando as últimas leis e alterações legislativas relevantes ao estudo.

Como explica Cícero Marcos Lima Lana (2013), a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, trouxe como possibilidade para a extinção da punibilidade do agente, nos crimes de natureza tributária, o pagamento do tributo ou contribuição social realizado antes do recebimento da denúncia criminal. Dispôs, desse modo, o seu artigo 34:

Art. 34: Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na lei 4.729, de 14 de junho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Essa determinação legal revogou o artigo 98 da Lei nº 8.383 de 1991 que, por sua vez, revogara o artigo 14 da Lei nº 8.137 de 1990. A última já previa a possibilidade da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo.

Assim, com o advento do diploma em 1995, desde que promovido o pagamento integral da contribuição social antes do recebimento da denúncia, teria o agente sua punibilidade declarada extinta. Importante ser mencionado que a referida lei nada dispôs acerca do parcelamento do débito.

A próxima lei a ser publicada foi no dia 10 de abril de 2000. Instituidora do Programa de Recuperação Fiscal (Refis), a Lei nº 9.964 dispôs sobre a extinção da punibilidade e sobre a suspensão da pretensão punitiva do Estado. No entanto, tal dispositivo legal se limitava aos débitos incluídos no Programa.

---

<sup>3</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Estudos de Direito Penal Tributário**. São Paulo, Editora Atlas S.A., 2002, p. 222.

Ocorreria a suspensão da punibilidade tão somente quando a empresa fosse optante pelo Programa e, a extinção da punibilidade nas hipóteses de pagamento do tributo ou contribuição social antes do recebimento da denúncia.

Vale realçar que a suspensão da pretensão punitiva do Estado e a extinção da punibilidade apenas sobreviriam, nos termos da legislação supramencionada, em relação aos débitos optantes pelo Refis, excluídos, portanto, os débitos não incluídos no Programa.

Ainda conforme discorre o autor supramencionado (LANA, 2013), no dia 30 de maio de 2003 foi editada uma nova lei. A Lei Federal nº 10.684 dispôs sobre parcelamento especial de débitos junto à Procuradoria da Fazenda Nacional, Secretaria da Receita Federal e Instituto Nacional do Seguro Social. Em seu artigo 9º, foram estabelecidas as implicações que a adesão ao parcelamento especial acarretaria na esfera penal, quais sejam:

Art 9º: É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

[...]

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Determinou a referida lei que, além de a inclusão da pessoa jurídica no plano de parcelamento suspender a pretensão punitiva do Estado, extinta estará a sua punibilidade caso pague integralmente o débito.

Isto posto, assim como acontecia com o Programa de Recuperação Fiscal (Refis), se a pessoa jurídica aderisse a um plano de parcelamento, durante o período em que estivesse nele incluída, não poderia sofrer qualquer espécie de punição, ou mesmo qualquer persecução criminal, por estar suspensa a pretensão punitiva do Estado. Além disso, se a mesma

pagasse integralmente o débito, sua punibilidade estaria extinta, fulminando com quaisquer possibilidades de punição.

Nessa nova legislação, diferentemente do que ocorria na anterior (Programa de Recuperação Fiscal), não dispôs a lei sobre qualquer restrição temporal para o momento da adesão ao parcelamento, ou seja, a suspensão e a extinção da punibilidade independeriam da adesão ao plano de parcelamento ocorrer antes do recebimento da denúncia. Desde que formalizado o parcelamento, em qualquer momento processual, deveria ser suspensão e, se pago o débito, extinta a punibilidade.

Heloísa Estellita, em artigo publicado logo após a edição da Lei 10.684/03, ao tratar do tema, concluiu:

Quanto aos efeitos do pagamento, uma leitura apresada, feita sob a ótica da disciplina do antigo Refis, do novo § 2º do artigo 9º poderia levar à crença de se tratar de norma que faz referência ao momento final do parcelamento, ou seja, que o final do parcelamento, implicando em pagamento, levaria à extinção da punibilidade. Sim, o entendimento está correto, mas o dispositivo diz mais que isso. Em nosso entender, o dispositivo pode perfeitamente ser interpretado de forma a permitir que *sempre que houver pagamento*, independentemente de ser o momento final do parcelamento, extinta estará a punibilidade e, agora, sem limite temporal, isto é, sem que o recebimento da denúncia inviabilize o efeito jurídico-penal do pagamento integral do tributo.<sup>4</sup>

Este posicionamento foi o adotado pelo Supremo Tribunal Federal, merecendo destaque a seguinte decisão:

AÇÃO PENAL. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal nº 10.684/03, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61

---

<sup>4</sup> ESTELLITA, Heloisa. Pagamento e parcelamento nos crimes tributários: a nova disciplina da Lei nº 10.684/03. **Boletim IBCRIM** – 130. Setembro / 2003.

do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário

(STF - HC: 81929 RJ, Relator: SEPÚLVEDA PER-TENCE, Data de Julgamento: 16/12/2003, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 27-02-2004<span id="jusCitacao"> PP-00027 </span>EMENT VOL-02141-04<span id="jusCitacao"> PP-00780</span>)

Atualmente, esse entendimento é o que encontra maior respaldo nas decisões jurisprudenciais.

A Lei 12.382/11, no entanto, como ensina Cícero Marcos Lima Lana (2013), modificou o artigo 83 da Lei 9.430/96, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

[...]

§ 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento.

§ 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.

[...]

§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica

relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Pela análise do novo diploma legal, pode-se perceber que o parcelamento do débito somente ocasionará a suspensão da pretensão punitiva se celebrado antes do juiz aceitar a exordial acusatória. Já a extinção da punibilidade, como consequência do pagamento do débito não oriundo de parcelamento, não sofreu alteração, permanecendo, assim, na sistemática anterior.

Percebe-se facilmente uma tendência de ampliação e maior abrangência que a suspensão e a extinção da punibilidade vêm sofrendo. Por exemplo, a Lei nº 10.684 de 2003, criadora do Parcelamento Especial, não definiu qual parcelamento tem o poder de suspender a pretensão punitiva do Estado e nem determinou que o pagamento ocasionador da extinção da punibilidade deve estar relacionado ao pagamento das parcelas incluídas no regime de parcelamento.

Ou seja, determinou simples e unicamente que o pagamento integral de um débito tributário extingue a punibilidade do agente, sem definir qualquer maneira, condição ou tempo para o pagamento ser efetuado.

## **2 “ARREPENDIMENTO POSTERIOR” E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE**

O art. 16 do Código Penal Brasileiro merece uma reflexão crítica acerca do tema trabalhado acima.

Trata-se do denominado “arrependimento posterior”, introduzido no Código em 1984, o qual estabelece que “nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”. Como está descrito, a reparação do dano pelo infrator antes mesmo da relação processual ser impulsionada não é suficiente para ser declarada extinta a sua punibilidade, mas tão somente contempla-o com a redução da sua pena, caso o crime for cometido sem o emprego de violência ou grave ameaça.

Confrontando o artigo supramencionado com aqueles que prevêem a extinção da punibilidade nos crimes tributários, com o intuito de encontrar alguma justificativa plausível que identifique o porquê de tratamentos diferentes a situações idênticas ou, mais especificamente, um tratamento muito mais benevolente para uma situação bem mais grave, impossível é encontrá-la.

Questiona-se: como beneficiar o ladrão de galinhas, que praticou um simples furto, apenas com a redução de pena causada pelo arrependimento posterior, e, ao mesmo tempo, premiar o sonegador, que desvia bilhões do Erário, com a extinção da sua punibilidade, caso negocie com o Fisco ou pague o tributo devido?

Ora, a sonegação fiscal causa muito mais prejuízo ao interesse público do que um simples furto, que envolve apenas o interesse particular. O Erário é patrimônio de todos e sua proteção é mínima. Não é nada lógico o sonegador que prejudica o patrimônio público ter sua punibilidade declarada extinta, ainda que não tenha pagado todo o tributo sonegado (muitas vezes, ao parcelar o débito, seu pagamento não é honrado), enquanto o ladrão que investe contra algum bem de uma única pessoa, devolvendo-o intacto, é contemplado tão somente com a redução de pena. Ou seja, quem sofre todas as consequências de um processo estigmatizante é apenas o ladrão, o delinquente, o marginal, a classe subalterna da sociedade.

Tal situação caminha contra o princípio da igualdade, constitucionalmente assegurado (art. 5º, *caput*, Constituição Federal), sendo uma discriminação econômica, aplicando a punição aos menos favorecidos e oferecendo impunidade aos mais abastados.

### **3 A SONEGAÇÃO FISCAL COMO CRIME DO COLARINHO BRANCO**

Os crimes do colarinho branco, categoria esta criada pelo sociólogo estadunidense Edwin Hardin Sutherland no ano de 1940, representam o rol de crimes praticados por pessoas “respeitáveis”, que possuem elevados *status* sociais, no exercício de suas funções.

Muito embora na contemporaneidade nosso país esteja sendo apresentado com a investigação do maior caso de crimes financeiros e

corrupção que se tem registro em nossa história, a Operação Lava Jato, muito do nosso sistema jurídico ainda deve ser alterado.

Existem, hoje em dia, inúmeros problemas que prejudicam ou inviabilizam investigações e processos contra indivíduos de elevado poder econômico e político. Situações como o enriquecimento ilícito de agentes políticos não ser crime, a não ser que o Estado prove que o enriquecimento se deu de forma irregular; bem como a timidez das normas responsáveis pelo confisco dos bens objeto de crimes, dificultando a recuperação do erário aos cofres públicos; e a pena base do crime de corrupção ser de dois anos de reclusão, podendo ser substituída por prestação de serviço comunitário ou cumprimento em regime semiaberto ou aberto, sendo que, na maioria dos casos, as penas atribuídas aos réus de colarinho branco são próximas ao mínimo estabelecido, são evidências da ainda gritante diferença de tratamento jurídico-penal entre as classes sociais.

Ainda, casos como a raridade de “trânsito em julgado” nessa espécie de crime, a não ser quando é para a absolvição do acusado ou extinção do processo por prescrição, além do dinheiro sujo não se encontrar na conta corrente do infrator, mas certamente prejudicar inúmeras pessoas, que são privadas de serviços públicos de melhor qualidade, são alguns pontos que precisam ser urgentemente estudados e alterados no nosso sistema penal.

O crime do colarinho branco que merecerá destaque nessa pesquisa é a sonegação fiscal, delito este cujo controle está cada vez mais flexível e tolerante, conforme demonstrado anteriormente.

#### **4 O LABELING APPROACH E O PARADIGMA DA REAÇÃO SOCIAL**

Durante a década de 1960, ocorreram reflexões por parte dos sociólogos dos Estados Unidos acerca da criminalidade demonstrada pelas estatísticas criminais. Perceberam que aquela não era um fenômeno natural, mas sim produto de uma construção intelectual humana, de caráter cultural. Começaram a compreender que os principais responsáveis pela constituição de dados estatísticos fundamentais para o estudo da criminologia etiológica eram instâncias oficiais de controle, as quais elegiam determinados fatos que ocorriam na sociedade, interpretavam-nos e determinavam que estes configurassem atos criminosos.

Percebeu-se que as estatísticas criminais não representavam a criminalidade real, mas tão somente a denominada criminalidade aparente. Existia, deste modo, uma criminalidade não visível, inexistente nas estatísticas, que compunha a chamada cifra negra.

A cifra negra demonstra que determinadas condutas e pessoas não são o foco do processo criminal, não são seu objeto nem integram as estatísticas dos tribunais e das polícias, embora sejam autoras de condutas tipificadas em lei. Aparentemente, essa reação diferenciada do sistema criminal não se fundamenta na gravidade social dos comportamentos, mas sim em fatores políticos, os quais são objeto de estudo da nova perspectiva criminológica.

Observa-se que a importância da análise das relações sociais refletidas no comportamento desviante alterou o enfoque do estudo criminológico, que anteriormente era baseado nas características intrínsecas do desviante, e não na sociedade na qual ele estava inserido.

Após definido pelos órgãos estatais de reação social quais serão os indivíduos a serem rotulados como criminosos, surge o segundo aspecto desenvolvido pela teoria do *labeling approach*: a produção da delinquência secundária.

O criminoso, após assim rotulado pelos órgãos oficiais, é tratado pelo restante da sociedade de forma mais cautelosa, diferenciada, sofrendo, deste modo, um estigma. Sobre esse indivíduo, como consequência de ser portador de um estigma, recaem diversas expectativas negativas, as quais acarretam o desenvolvimento de uma segregação social. Para essa pessoa rotulada conclui-se que são reduzidas drasticamente as oportunidades de integração social.

## **5 A CRIMINALIDADE DO COLARINHO BRANCO FRENTE À TEORIA DO LABELING APPROACH**

O controle social, por ser altamente discriminatório e seletivo, através do seu processo de etiquetagem, quando atribui a determinados indivíduos o *status* de delinquente, reparte bens, como riqueza, fama e afins a indivíduos diversos.

O estudo dos crimes do colarinho branco, frente ao etiquetamento e ao controle social, possui como base a ideia de que, por questões lógicas,

ao serem selecionadas determinadas condutas com o intuito de serem tidas como desviantes, um rol de comportamentos também ilegais é deixado de lado, não obtendo ênfase perante o sistema penal e, conseqüentemente, sendo ilesos ao processo de estigmatização.

O instituto dos *white collar crimes* teve como um dos objetivos demonstrar para a sociedade a categoria de crimes que até então era ignorada pela criminologia. Sua principal finalidade é transparecer a maneira extremamente desigual que é distribuída a justiça penal, alertando que pessoas pertencentes a classes mais elevadas também cometem atos desviantes, no entanto tais condutas são, em sua maioria, ignoradas ou atenuadas pelo sistema jurídico-penal.

Muito embora a situação vivenciada nos dias atuais, em que certas categorias dos crimes do colarinho branco estão sendo desmascaradas e punidas, o pensamento de Baratta no que diz respeito ao fato de a cifra negra e a criminalidade do colarinho branco terem influenciado, e muito, no surgimento do *labeling approach* ainda é adequado, visto que a distribuição da nossa justiça penal ainda é evidentemente desproporcional.

As justificativas da criminalidade realizadas pelas teorias anteriores ao *labeling approach* permanecem exercendo considerável influência nas ações dos órgãos oficiais, fazendo com que suas orientações se tornem seletivas. Ademais, é facilmente perceptível que a reação social à criminalidade é consequência da estigmatização do crime e do criminoso, estigma este inexistente nos casos dos criminosos do colarinho branco, vez que a categoria de crimes realizada por eles não é divulgada, perseguida e penalizada como os crimes comuns os são.

O controle social, bem como o penal, exercidos pelas classes sociais mais elevadas, orientam-se, prioritariamente, pelas e contra as classes baixas, situação essa que apenas será alterada através de uma reforma em nosso sistema punitivo.

## **6 CRIMINOLOGIA CRÍTICA E SUA APLICAÇÃO EM RELAÇÃO AOS CRIMES DO COLARINHO BRANCO**

A criminologia crítica teve seu surgimento no período dos anos 1960 até meados dos anos 1970, com base na sociologia de Marx. De acordo com a macrossociologia marxista, o direito, longe de apoiar o consenso, institucionaliza as relações do domínio da burguesia sobre o

operariado, reproduzindo os valores daquela classe, perpetuando e legitimando a submissão do proletário ao burguês.

Deste modo, conclui-se que o direito não é igualitário, e sim fragmentário, tendo em vista que não defende os bens essenciais de toda a sociedade, mas privilegia os interesses da classe dominante e exclui a mesma, ainda que cometa atos socialmente danosos ligados à acumulação de capital, do processo de criminalização.

Um dos paradigmas adotados pela criminologia crítica é o da reação social, construído pelo *labeling approach*. Ela aprofunda e concretiza as considerações de cunho político já realizadas sobre o sistema penal, seus modos de atuação e quem são os selecionados para sofrerem as consequências do fenômeno criminal.

O direito penal é um dos instrumentos de dominação da sociedade capitalista e se dirige às classes sociais de forma diferenciada e, muitas vezes, desproporcional. Em relação às classes subalternas, conduz de maneira furiosa, enquanto que, para com as dominantes, apesar de muitas vezes praticarem crimes de maior gravidade social, age de forma muito mais branda.

A fragmentariedade do sistema penal, somada aos seus mecanismos de criminalização secundária, explicita a sua característica seletiva e a sua tendência de privilegiar as classes poderosas economicamente, comprovada pelas suas insignificantes contribuições nas estatísticas do sistema carcerário.

## **7 A DESCONSTRUÇÃO DO SISTEMA PENAL E A RECONSTRUÇÃO DA CRIMINOLOGIA SOB A PERSPECTIVA CRÍTICA**

A forte relação do pensamento de Foucault com o objeto de estudo da criminologia crítica tornou sua tese um dos temas do repertório dos criminólogos. Seus estudos pretendiam demonstrar que as prisões eram responsáveis por reproduzir a estrutura de classes, incluindo zonas de marginalização e de desenvolvimento, de uma sociedade.

É possível afirmar que a prisão não cumpre suas finalidades de reeducação e reinserção social. Aliás, ela nunca cumpriu.

Foucault afirma que o fracasso da prisão já era evidente desde o século XIX, visto que, desde o seu surgimento, ela devia ser tão aperfeiçoada quanto a escola e o hospital. No entanto, seu fracasso foi instantâneo e registrado praticamente no mesmo momento que o seu projeto. Desde 1820, é constatado que o único efeito do cárcere é a produção de novos criminosos ou a inserção dos já assim denominados mais profundamente na criminalidade.

Foi com as obras de Michel Foucault que a desconstrução do sistema penal atrelou a prisão, bem como o direito penal, a um método simples de exercer o poder sobre determinados indivíduos. Em outras palavras, o direito penal elege determinadas condutas ilegais para manter sob seu controle.

Inexiste um conceito ontológico para o crime, mas sim uma disputa de forças que, levando em consideração a origem e a classe das pessoas, os leva à prisão ou ao poder.

Responsável pelo desenvolvimento de uma extensa produção científica no âmbito da criminologia crítica, o criminólogo italiano Alessandro Baratta deslegitimou o sistema penal através de um conjunto de princípios responsáveis por constituir o discurso oficial moderno do direito penal. São eles:

Princípio do bem e do mal. O delito é um dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O comportamento criminoso desviado é o mal, a sociedade é o bem,

Princípio da culpabilidade. O delito é a expressão de uma atitude interior reprovável, porque o autor atua conscientemente contra os valores e as normas que estão dadas na sociedade ainda antes de serem editadas pelo legislador.

Princípio da legitimidade. O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos. A repressão se dá por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Todas elas representam a reação legítima da sociedade, dirigida tanto à repressão e condenação do comportamento desviante individual como à afirmação dos valores e normas sociais.

Princípio da igualdade. O direito penal é igual para todos. A reação penal se aplica de igual maneira a todos os autores de delitos. A criminalidade significa a violação do direito penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviada.

Princípio do interesse social e do delito natural. No núcleo central das leis penais dos Estados civilizados se encontra a ofensa a interesses fundamentais para a existência de toda a sociedade (delitos naturais). Os interesses que o direito penal protege são interesses comuns a todos os cidadãos. Somente uma pequena parte dos delitos representa violações das ordens política e econômica e resulta sancionada em função da consolidação dessas estruturas (delitos artificiais).

Princípio do fim ou da prevenção. A pena não tem (ou não tem unicamente) a função de retribuir o delito, mas também a função de preveni-lo. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta tem como função a ressocialização do delincente.<sup>5</sup>

Baratta assume o crime como um fato normal para o “regular” funcionamento da sociedade, algo inerente a ela e que contribui para seu equilíbrio, bem como para sua evolução, afastando, deste modo, o princípio do bem e do mal.

Segundo a teoria microssociológica das subculturas criminais, representada principalmente pelo sociólogo Albert Cohen, o princípio da culpabilidade é totalmente inválido. Para a referida teoria, pessoas em condições socioeconômicas degradantes e sem oportunidades na sociedade têm como única saída integrar subculturas ou grupos nos quais estão em vigor modelos de comportamentos diferentes dos oficiais. Adotar esses comportamentos não decorre de livre decisão, mas da interiorização de determinadas normas e valores recorrentes e aceitos naquela comunidade, mesmo que ilícitos perante a lei.

A psiquiatria freudiana superou o princípio da legitimidade, uma vez que demonstrou que parte da sociedade, na realidade, mesmo que

---

<sup>5</sup> VERAS, Ryanna Pala. **Nova Criminologia e os Crimes do Colarinho Branco**. São Paulo, 2010, p. 143.

inconscientemente, deseja copiar aquele que violou o tabu, no entanto reprime tais instintos.

Já o princípio da igualdade foi contestado pelo *labeling approach*, uma vez que de acordo com essa teoria, quase todos os cidadãos cometiam crimes, e não apenas uma minoria de pessoas, mas a definição de “criminoso” recaía somente em determinados indivíduos selecionados pelos órgãos de reação social.

Segundo Baratta:

A criminalidade não seria um dado ontológico pré-constituído, mas realidade social construída pelo sistema de justiça criminal através de definições e da reação social; o criminoso não seria um indivíduo ontologicamente diferente, mas um status social atribuído a certos sujeitos selecionados pelo sistema penal.<sup>6</sup>

O princípio do interesse geral e do delito natural é contrário à criminologia do conflito, tendo em vista que ela afirma a inexistência de um consenso acerca dos valores de uma sociedade e que os bens jurídicos eleitos pelo sistema penal representam os interesses de pequenos grupos sociais, os quais possuem maior influência política.

Os estudos penitenciários, já descritos anteriormente, são o suficiente para combater o princípio do fim ou da prevenção. Ademais, quando se assume a existência de dois desvios, primário e secundário, é reconhecida a existência de delitos que são frutos da estigmatização do indivíduo, por força da condenação penal. A prisão propriamente dita e a violência que nela ocorre impedem a ressocialização. Além disso, questiona-se o caráter preventivo das penas cominadas pelo direito penal diante de sua evidente ineficiência.

Portanto, conclui-se que o direito penal não é apto a realizar as funções estabelecidas no seu programa oficial, tampouco age conforme os seus princípios, mas sim se desempenha de forma diversa daquela que é prometida.

Eugênio Raúl Zaffaroni, criminólogo e penalista argentino, limitou-se sua análise do sistema penal à realidade da América Latina,

---

<sup>6</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 11.

considerando suas origens e peculiaridades. Segundo seu pensamento, se faz necessário apenas uma simples reflexão sobre a realidade para se perceber que os postulados jurídico-penais não são mais que uma ficção, são propostas irrealizáveis.

De acordo com suas pesquisas, em nosso continente não se faz necessária a construção de uma teoria para se deslegitimar o sistema penal, visto que os próprios fatos são suficientes para tal. Para Zaffaroni, o fato mais notório é a morte, visto que o sistema penal latino-americano acarreta, talvez, mais mortes do que as ocorridas fora dele. Além das mortes geradas nos cárceres pela prática de justiça pelas próprias mãos, é alto o índice de óbitos causados por aborto, desnutrição, violência e mortes políticas.

Com base em suas pesquisas, bem como no *labeling approach*, no marxismo e nas análises de Baratta e de Foucault, Zaffaroni considera irreal e insustentável o discurso do direito penal contemporâneo.

A principal mudança proposta pela criminologia crítica é de grande complexidade, visto que, no âmbito da política criminal, seu desenvolvimento teórico é recente (inferior a cinquenta anos), se comparado com o das teorias positivistas-etiológicas (mais de um século), e permanece em construção. As propostas, ainda discutidas, são variadas.

Impulsionada pela perspectiva da rotulação (*Labelling Approach*), a criminologia crítica, modificando o paradigma das escolas anteriores, objetiva demonstrar o conflito social. Historicamente clientela do sistema penal, a classe subalterna da sociedade é objeto de estudo dessa corrente criminológica, que procura estudar o processo de criminalização daquela classe.

O objeto de estudo da criminologia crítica teve o seu enfoque alterado, passando a ser o conjunto de relações existentes na sociedade em determinada época, levando em consideração as estruturas jurídico-políticas e econômicas do controle social vigente.

O paradigma etiológico, bem como suas implicações ideológicas, foi superado no estudo criminológico. De acordo com a perspectiva crítica, o delito não é mais uma realidade ontológica, mas sim uma rotulação atribuída a determinadas pessoas, através de dois critérios: amparo de bens protegidos penalmente e escolha de indivíduos que devam ser rotulados, entre todo um grupo de pessoas que praticam infrações penalizáveis.

A criminalidade é tão somente administrada pela Justiça Penal, e não combatida. Sua clientela habitual é selecionada dentre as classes

trabalhadoras e o crime é um dos produtos finais do procedimento de criação e aplicação das normas penais, as quais se orientam aos interesses das classes dominantes.

Determinados indivíduos agrupam-se e organizam-se politicamente com a finalidade de constituir um poder capaz de controlar os conflitos ocasionados pelos demais grupos presentes em determinado corpo social. É inerente à vida social haver uma estrutura de poder (político e econômico) estabilizada. Existem grupos dominantes (setores próximos/centrais das esferas de decisão) e grupos dominados (setores distantes/marginais das esferas de decisão), ou seja, interesses antagônicos presentes na coletividade. Como consequência dessa centralização-marginalização em relação ao poder tem-se a extrema necessidade de uma organização, um controle. São atribuídos diversos papéis a diversos grupos sociais na divisão desse poder, objetivando, acima de tudo, sua manutenção.

Ao contrário da sua proposta, o Direito Penal não garante igualdade entre os cidadãos de uma sociedade, mas sim é um dos responsáveis pela manutenção de uma desigualdade social violenta, favorável às classes dominantes. Deste modo, é possível concluir que o controle penal dificulta, e muito, a inclusão social.

## **8 BASES PARA A ELABORAÇÃO DE UM NOVO PLANO DE ATUAÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL**

Um dos papéis da criminologia crítica é sua interferência no processo criminal de maneira valorativa, buscando uma política criminal para os socialmente excluídos, ou seja, para a clientela preferencial do processo de criminalização.

A ideia do plano político criminal é instaurar uma política criminal democrática, que respeite a dignidade da pessoa humana, além de questionar o sistema penal, visto que este é seletivo, estigmatizante e marginalizante.

Para a possibilidade e sucesso de uma política criminal voltada aos marginalizados, faz-se necessária a verificação de métodos de controle social não punitivos. Essas políticas públicas acarretam um menor custo social, tendo em vista que enfrentam o problema da criminalidade com meios preventivos ao delito de caráter primário. Atuam na raiz, na origem do conflito, evitando ou neutralizando o crime antes de sua ocorrência. São

políticas que oferecem ao cidadão o poder de se organizar socialmente, evitando, assim, o surgimento de conflitos desviantes.

No entanto, a percepção que se tem hoje em dia é que inexistente ligação entre segurança social e proteção penal, o que torna o Direito Penal cada vez mais repressivo e pouco se faz acerca da prevenção primária dos crimes. O ideal seria que o controle real da criminalidade saísse da esfera penal e se amparasse nas políticas públicas sociais.

Segundo Baratta, é importante diferenciar as várias expectativas acerca do crime perante a vítima, o agente, a sociedade e o Estado. É necessária, para uma análise crítica do problema, a compreensão de que a criminalidade em si acarreta um emaranhado de compreensões distintas pelos variados participantes do sistema penal.<sup>7</sup> Toda a coletividade deve participar da busca e criação de uma nova política criminal, e não somente a esfera estatal.

Ao refletir sobre um novo modelo de Justiça Penal, torna-se interessante o paradigma de conciliação/reparação. Além de poder vir a diminuir o custo social, há uma notável queda da estigmatização nesse novo modelo de Justiça restaurativa, que possui um fim comunitário e pacificador. No entanto, esse novo modo de justiça seria tão somente um meio, uma ação imediata, para facilitar o sucesso do objetivo proposto nesse trabalho.

Tal objetivo se refere à contração do sistema punitivo. Em um Estado Democrático de Direito reduzir o direito penal é garantir o respeito aos princípios de justiça social. O atual sistema penal deve ser declarado ilegítimo e outro deve surgir em conformidade com a Constituição Federal: democrático, subsidiário e que se aplique apenas quando extremamente necessário. Um sistema que garanta as liberdades individuais e, concomitantemente, assegure um bom convívio social.

Importante ressaltar que para uma efetiva solução do problema criminal, é necessário alocar o sistema penal para um papel subsidiário, e não apenas torná-lo mínimo. Ou seja, para a eficácia de um controle penal racional faz-se necessária a existência de um controle social não punitivo antecedente e eficiente, intervindo na origem do crime, isto é, em suas causas.

---

<sup>7</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 201.

Em suma, busca-se uma política criminal que não se limite ao âmbito punitivo do Estado, nem que se restrinja a substitutivos penais. Uma política reflexiva, resolutiva e proativa, cujo objetivo seja alterar a realidade social atingida pelo problema da criminalidade, e que critique ao máximo o Direito Penal, atribuindo-lhe apenas um caráter subsidiário, por ser ele um dos ocasionadores da desigualdade social. Devem ser valorizadas políticas públicas capazes de trazer cidadania e soluções verdadeiras ao problema do desvio negativo. Pessoas, grupos sociais e instituições precisam assumir compromissos com valores universais, adquirindo consciência de suas funções políticas e atuando no sentido de transformar positivamente nossa realidade.

É imprescindível um estudo comprometido com a abolição, ou ao menos com a atenuação, das desigualdades sociais, muitas vezes originadas pelos conflitos que envolvem riqueza e poder. A prioridade é a transformação dessa estrutura social, deixando caracterizada e evidente a todos os olhos a perversidade seletiva do nosso sistema penal. A busca pelo respeito à dignidade da pessoa humana é urgente e deve partir de toda coletividade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A reforma do sistema penal, com a elaboração de um novo plano de atuação político-criminal, é urgente. Nosso sistema atual, além de ser estigmatizante em relação às classes subalternas e provocar a preocupante delinquência secundária, é evidentemente mais tolerante em relação às classes elevadas, fornecendo a elas inúmeros benefícios e flexibilidades (como a extinção da punibilidade mediante o pagamento do tributo nos crimes de sonegação fiscal).

Nos dias atuais, a situação vem sendo lentamente alterada. No entanto, a diferença discrepante do tratamento penal entre classes opostas jamais será de toda sanada. Mas se o for, o objetivo tratado nessa pesquisa não será, de forma alguma, alcançado.

O fim desse trabalho não é defender a estigmatização das classes abastardas, de forma a igualá-la a dos economicamente desfavorecidos. O tratamento oferecido aos pobres não deve ser ofertado aos ricos. Não faz sentido defender que um sistema falho seja universalizado a todas as classes sociais, porque ele permanecerá falho.

A finalidade aqui proposta é outra. Como síntese das reflexões realizadas nesse trabalho, será apresentado neste item final um rol meramente exemplificativo de teses preliminares com o fim de impulsionar debates sobre o tema proposto:

Nossa Constituição Federal projeta uma sociedade democrática, que é apresentada idealmente como uma sociedade justa, livre e solidária, na qual o crescimento do país deve ser dirigido à erradicação da marginalização e da pobreza, à promoção do bem a todos e à diminuição das desigualdades sociais, sem discriminação e preconceitos;

Faz-se necessário deslegitimar o sistema penal vigente para a abertura de um amplo debate acerca das soluções para essa política violenta, seletiva e desigual, bem como para o surgimento de uma perspectiva racional de superação do sistema penal. Uma racionalização crítica, não estática, que respeite a lógica da justiça social;

Deve ser fomentada uma dinâmica de contradição dialética da nossa política criminal, problematizando-a e pensando soluções fora do controle punitivo. A busca consiste em priorizar políticas sociais, através do Estado social delineado na Constituição, para tratar a questão por meio dos seus poderes e instrumentos que lhe permitem a assunção do papel ativo na prática do projeto democrático, através da prática de políticas públicas que garantem os direitos fundamentais;

É imprescindível, para o êxito dos objetivos acima propostos, a conscientização por parte da sociedade da falência do sistema criminal contemporâneo e da necessidade de, imediatamente, serem adotadas medidas para sua minimização. Tais medidas visam à materialização de um importante princípio disposto na nossa Constituição – o princípio da dignidade da pessoa humana – sendo a observância deste essencial para uma vida digna na sociedade.

Em suma, nosso sistema penal, declaradamente falho, assim deve ser evidenciado para toda a coletividade para, posteriormente, ser deslegitimado. Declarado ilegítimo, a criação de um novo plano de atuação político-criminal será imprescindível. Plano este que deverá ser elaborado em conformidade com Constituição Federal e com a participação de toda a população.

Ações sociais para prevenir a delinquência primária deverão ser o foco deste novo plano, de forma a contrair o direito penal ao máximo,

passando este a ser aplicado apenas em situações de extrema necessidade, ou seja, somente em casos de crimes de alta gravidade social.

Conclui-se, portanto que, além da gritante urgência de renovação do nosso sistema penal, carecemos muito de uma maior humanização por parte dos indivíduos. Antes de pensarmos em quais deverão ser os termos do novo plano de atuação político-criminal, indispensável é incentivar a reflexão por parte de toda a coletividade sobre o problema criminal que vivenciamos. Ou seja, é de extrema importância conscientizar a parte da sociedade menos prejudicada pelo direito penal contemporâneo (classes mais elevadas) do quão nocivo é esse sistema não somente para ela, mas também, e em grau muito superior, para sua principal clientela: as classes desfavorecidas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do Paradigma Etiológico ao Paradigma da Reação Social: Mudança e Permanência de Paradigmas Criminológicos na Ciência e no Senso Comum.** [s.n.t.]
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal.** 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal.** Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.** 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** 17 edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.
- CARVALHO, Virgínia Donizete de et al. **Interacionismo Simbólico: Origens, Pressupostos e Contribuições aos Estudos em Psicologia Social.** [s.n.t.].
- CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- ESTELLITA, Heloisa. Pagamento e parcelamento nos crimes tributários: a nova disciplina da Lei nº 10.684/03. **Boletim IBCRIM – 130.** Setembro / 2003.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão;** tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis. Editora Vozes, 1999.

- GARCÍA, Pablos de Molina, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GOULART, Iris Barbosa; BREGUNCI, Maria das Graças de Castro. **Inte-racionismo Simbólico: uma perspectiva psicossociológica**. [s.l.] [s.n.], 1990.
- HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos de Direito Penal**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.
- LANA, Cícero Marcos Lima. **Lei 12.382 alterou extinção e suspensão de punibilidade**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-25/cicero-lana-lei-12382-alterou-extincao-punibilidade-crime-tributario>>. Acesso em 17 de agosto de 2017.
- LOPES, Luciano Santos. A contribuição de Alessandro Baratta para a criminologia crítica. De Jure: **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, n. 11, p. 69-80, 2008.
- MACHADO, Hugo de Brito. Estudos de Direito Penal Tributário. São Paulo, Editora Atlas S.A., 2002.
- MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.
- SANTOS, Juarez Cirino. **A Criminologia radical**. Curitiba: IPCP: Lumen Juris, 2006.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Criminologia**. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- SIMÕES, Braulio Bata. **Direito Penal Tributário**, In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 103, ago. 2012. Disponível em:
- \_\_\_\_\_. **Direito Penal Tributário**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12162%20-](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12162%20-)>. Acesso em 08 set. 2016.
- VERAS, Ryanna Pala. **Nova Criminologia e os Crimes do Colarinho Branco**. São Paulo, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- \_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.