

A CIFRA NEGRA DA CRIMINALIDADE OCULTA¹

RAUL CERVINI

Professor de Direito Penal da Universidade Nacional de Montevideo e advogado

I. Introdução — II. A cifra negra como norma descriminalizadora — III. Investigações levadas a efeito no campo da cifra negra — IV. Avaliação e conclusões.

I — INTRODUÇÃO

É considerável a confusão que tradicionalmente se faz sobre alguns conceitos básicos, empregados no campo da investigação da criminalidade oculta. Entre outras causas, pode-se atribuir isto ao fato de que, historicamente, grande parte daqueles que estudavam o tema analisavam as cifras sem delas extrair a sua real significação, sem avaliar a danosidade social que cada caso de impunidade, latente ou manifesta significava.

A partir dos anos 60, a política criminal, redescoberta na Europa, em razão da crise que atinge a dogmática, e diante da urgente necessidade de se encontrar novas soluções para velhos problemas, e, sobretudo, para os recentes problemas que atingem a sociedade contemporânea, converteu-se na força propulsora de um grande movimento internacional de reforma do Direito Penal.

Graças ao impulso desse “espírito de reforma”, vai-se delineando o sentido e o alcance das diferentes manifestações da criminalidade oculta. Nesse contexto renovador, a existência das chamadas cifras “negra” e “dourada” da criminalidade denunciam disfunções do sistema diversificado tipo, e que reclamam, também, soluções diferentes.

Através desta exposição, procuraremos evidenciar a natural relação existente entre certas formas de delinquência oculta, de pouca danosidade social, que estão incluídas dentro da cifra negra da criminalidade e conveniente critério descriminalizador. Por certo que esse não é o nosso posicionamento, como temos manifestado em trabalhos anteriores, acerca de outras categorias de análise da criminalidade oculta — esta, sim, de grande

1. Trad. do Prof. José Henrique Pierangeli e da advogada Maria Alice Andrade Leonardi. O autor e o tradutor representam seus países junto ao Instituto Interamericano de Direitos Humanos, órgão ligado à ONU e OEA, com sede em San José da Costa Rica.

nocividade social —, vinculadas ao exercício abusivo do poder político, da fortaleza econômica, e, inclusive, da especialização profissional — cuja manifestação mais relevante é o domínio funcional ou operativo dos meios tecnológicos —, conhecidas como cifra dourada da criminalidade.²

As tendências de descriminalização e de criminalização, como ensina Barbero Santos,³ devem operar simultaneamente, como instrumentos de um mesmo e imprescindível processo renovador do Direito Penal. Em tal sentido, deve-se proceder à descriminalização de maneira responsável, dos delitos menores, que congestionam o sistema, e, ao mesmo tempo, criminalizar condutas quando inexistente outro recurso para a proteção da comunidade — *ultima ratio* — exatamente aquelas condutas de grupos privilegiados, de autêntica nocividade social, que têm permanecido fora da primeira investigação, ou seja, do primeiro nível de seleção abstrata normativa, e, em todo caso, realizar uma prévia avaliação e um estudo sobre os custos e os efeitos destas novas tipificações.

II — A CIFRA NEGRA COMO NORMA DESCRIMINALIZADORA

Como corolário natural do princípio descriminalizador acerca das autonomias culturais, tem-se assinalado que uma proibição não deve ser incluída numa lei penal se não for possível colocá-la em vigor, ou, mais precisamente, se só uma pequena porcentagem de infratores é atingida pelo sistema penal.⁴ Surge, então, imediatamente, a seguinte questão: qual é o limite que se deve dar a essa pequena porcentagem? Isto é praticamente impossível de se responder com precisão, e também muito difícil de se responder, sem que se tenha respondido a uma questão mais fundamental: Por que a inaplicabilidade relativa é um argumento descriminalizador?

Partindo-se da perspectiva da mínima intervenção, assinala-se que a existência dessa cifra negra, que Aniyar de Castro define como a diferença existente entre a criminalidade real (quantidade de delitos cometidos num tempo e lugar determinados) e a criminalidade aparente (criminalidade conhecida pelos órgãos de controle),⁵ indica, comprovadamente, acerca

2. Raul Cervini, "Análisis Criminológico del Fenómeno del Delito Organizado", in *Revista Doctrina Penal*, n. 40, octubre-diciembre, año 10, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1987, pp. 689 e ss.

3. Marino Barbero Santos, "La Defensa Social: Treinta años después", *Revista Doctrina Penal*, año 8, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1985, p. 212; e Marino Barbetto Santos, *Delito Contra el Orden Sócio-económico: Presupuestos en la Reforma Penal*. Cuatro Cuestiones Fundamentales. Publicación de la Primera Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Madrid, 1982, p. 151.

4. Nigel Walker, *La Técnica de Sentenciar en una Sociedad Racional*. Editorial Monte Avila, Caracas, Venezuela, 1969, p. 48.

5. Lola Aniyar de Castro, *Criminología de la Reacción Social*. Instituto de Criminología, Universidad de Zulia, Maracaibo, 1977, p. 81.

de alguns delitos, um percentual substancial, em que não é aplicado o sistema penal, e que, em alguns casos, é praticamente absoluto, circunstância que debilita a sua própria credibilidade, ou seja, a credibilidade de todo o sistema penal.

Este ponto é contestado por alguns autores, fundamentalmente os vinculados ao chamado “novo realismo americano”, de que na história de todo Código Penal são observados inumeráveis exemplos de proibições, que se permitiu torná-las obsoletas, sem que se tenha constatado uma debilidade acerca das partes operativas do Código. Ademais, ajuntam um outro argumento a favor da retenção, ou de se incluir proibições não aplicáveis, ao assinalar que a lei influi sobre a conduta, e não simplesmente porque a pessoa se sente dissuadida em razão das possíveis conseqüências de infringi-la, mas, sim, também porque a toma como uma declaração daquilo que a sociedade em questão, majoritariamente, condena.⁶

A primeira dessas afirmações parte do dogma positivista de que tudo o que tem forma de lei e está incorporado a um texto penal é lei penal. Seguindo Zaffaroni,⁷ entendemos que a imprescindível efetividade de um texto penal só surgirá quando todas as suas normas servirem ao homem para alguma coisa de valor significativo; do contrário, não nos encontraremos diante de um Direito Penal antropológicamente fundamentado, e esses textos serão fonte de permanentes tensões e conflitos sociais.

Por outro lado, a resposta ao segundo argumento é de princípio e surge através de uma complexa avaliação crítica, que arranca no mesmo processo de criminalização de condutas culturalmente aceitas e continua em outro nível, com a análise da execução das normas, especialmente através do estudo da formação do estereótipo do delinqüente e da chamada distribuição diferenciada da imunidade, que mais adiante examinaremos. Mas, desde já, adiantamos que nos sentimos inclinados a pensar que, se aqueles que são julgados por um delito determinado são considerados como uma pequena e desafortunada seleção dentre os que tenham cometido o mesmo delito, o público considerará o seu processo injusto, e esse sentimento coletivo certamente levará à perda de reputação de todo o sistema repressivo e que tal sentimento bem poderia ser irracional — especialmente se os infratores compreenderam que estavam correndo o risco de serem julgados — isto não impedirá a existência de um sentimento muito difundido e desagregador.

Elucidados, pelo menos provisoriamente, estes pontos, dedicaremos a nossa atenção à análise dessas formas de criminalidade oculta, conhecidas como cifra negra, cuja existência liga-se inequivocamente, na nossa maneira de ver, com uma tessitura descriminalizadora.

6. Nigel Walker, *La Técnica de sentenciar* (...), op. cit., pp. 50 e ss.

7. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 4.ª ed., 1985, p. 302.

III — INVESTIGAÇÕES LEVADAS A EFEITO NO CAMPO DA CIFRA NEGRA

Faz já vários decênios, a atenção de muitos criminólogos e sociólogos têm sido atraída por esse fenômeno chamado de “a cifra negra” ou “campo obscuro da delinquência”, ainda que a partir de um enfoque que, como diz agudamente Hulsman, não era especificamente de crítica ao sistema em si.

A criminologia empírica, com efeito, destacava como anomalia a existência de um bom número de infrações penais, variável segundo a sua natureza, que não era conhecido “oficialmente”, nem detectado pelo sistema e, portanto, tampouco, perseguido.

Lembra-nos Hassemer⁸ que o primeiro intento da criminalidade clássica de diluir as implicações derivadas da existência das cifras obscuras foi feito através da tese acerca da “diferença constante” entre a criminalidade real e a que chega a ser conhecida: a criminalidade real e a conhecida encontram-se sempre na mesma proporção, uma em relação à outra. Com esta tese, a existência das cifras obscuras não poderia preocupar nem mesmo minimamente a criminologia tradicional, pois suas relações e valorações básicas resultariam corretas, ainda que a delinquência conhecida fosse quantitativamente menor do que a realmente existente. Todavia, tratava-se de uma concepção estática, que partia de premissas falsas, porquanto, ou desconhecia o fenômeno de mutação social ou então admitia que o fenômeno de mudança social influísse sobre a criminalidade, reciclando, de modo dinâmico, as suas diferentes instâncias.

Nos últimos anos, a partir de outra perspectiva e fundado em outro rigor científico, a sua existência provoca diversas interrogações, que, muito além das insuficiências dos organismos policiais de detecção e de controle ou da ineficiência de certas técnicas criminalísticas, envolvendo o funcionamento de todos os segmentos do sistema penal. Pode-se afirmar que um dos ataques mais certos à criminologia tradicional, de cunho positivista, tem-se centrado justamente no fato de que os seus estudos estavam dirigidos ao exame de populações de reclusos como índice significativamente representativo da delinquência real da sociedade e fundamentados principalmente nas estatísticas oficiais.

Historicamente, a criminologia positivista concentrou-se na ilusória tarefa de encontrar caracteres diferenciais que pudessem explicar o delito através do delinqüente “fichado”, descuidando daquilo que, hoje em dia, temos por evidente, ou seja, o fato de que as populações carcerárias não formam um índice significativo em relação à proporção real de delinqüentes de uma sociedade, posto que, embora muitos indivíduos cometam

8. Winfried Hassemer, *Fundamentos de Derecho Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1984, p. 75.

atos apenados pela lei, em muitos casos eles não são detectados, ou, se o são, nessas ocasiões se lhes dá um tratamento diferenciado.

Acentua Baratta que o sistema só pode recrutar uma parte infinitesimal de sua clientela potencial e que, precisamente, os estudos sobre a "cifra obscura" da criminalidade e sobre a própria organização da justiça penal demonstram claramente que "o sistema só pode aplicar sanções penais previstas pela lei a um percentual dos reais infratores que, num promédio relativo a todas as figuras delitivas, nas sociedades centrais, não é superior a um por cento".⁹ E tudo isto, segundo o mesmo autor, em face da inadequação, do enorme desencontro existente neste sistema entre os programas de ação (processo legislativo, criminalização primária) e os recursos administrativos de que o sistema dispõe para implementar esses programas (criminalização secundária).

Evidentemente, se os estudos acerca dos delinquentes versam, na sua maioria, sobre estatísticas oficiais realizadas com populações de reclusos, teremos uma visão distorcida e incompleta das dimensões reais do problema da criminalidade nas nossas sociedades, porque já não podemos cerrar os olhos ao fato de que a justiça é aplicada de maneira diferenciada, a ponto de, segundo a afirmação de Hassemer, os presos encontram-se nas instituições penitenciárias, não porque se conheça suas condições reais de delinquentes, mas sim baseada em uma imputação de tal condição, fundamentada em uma definição.¹⁰ Diante disso, podemos nos perguntar como o faz a criminóloga venezuelana Miriam Gicovate Postaloff:¹¹ será que realmente os indivíduos que integram uma população carcerária são diferentes daqueles que compõem a massa que não têm sido detectada, ou que tem sido revelada, não tem sido processada? E, tendo atingido esse ponto, perguntamos ainda: Quais são os caracteres que possuem aqueles indivíduos que são efetivamente detectados e processados?

Faz-se necessário, então, recorrer-se às noções de estigma e de estereótipo do delinquentes, as quais fazem seu finca-pé na existência de uma idéia ou idéias preconcebidas, sobre a qual ou quais são as características do delinquentes, sobre cuja base projetam-se e dirigem-se, inclusive, as medidas e operações policiais.

9. Alessandro Baratta, "Requisitos Mínimos de Respetto de los Derechos Humanos en la Ley Penal", *Revista Criminología y Derecho I*, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1987, pp. 7 e ss. No mesmo sentido: Alessandro Baratta, "Principio del Derecho Penal Mínimos: Para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal", in *Revista Doctrina Penal* n. 40, octubre-diciembre, año 10, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1987, pp. 623 e ss.

10. Winfried Hassemer, op. cit., p. 75.

11. Miriam Gicovate Postaloff, *Los Procesos de descriminalización*, Imprensa de la Universidad Nacional de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, Venezuela, 1982, pp. 55 e ss.

Precisamente, a tese de Denis Chapman¹² dirige-se à desmistificação das categorias de delinquentes. Sua idéia central é a de que o crime é um fenômeno generalizado dentro da sociedade, que não só os etiquetados, como os desviados ou delinquentes infringem as leis, ainda que as condenações recaiam, sistemática e inexoravelmente sobre eles, enquanto que outros membros da sociedade, e certos grupos sociais, gozam de virtual impunidade. Para este autor, não mais existe diferença entre os rotulados como delinquentes e não delinquentes que a condenação, ou seja, que dois indivíduos podem haver cometido delitos, mas só o que é condenado passa a ser considerado como tal. Essa "incidência diferenciada da condenação" deve-se fundamentalmente aos processos sociais que dividem a sociedade em classes criminais e, inclusive, ao ambiente institucional protetor, no qual passam a maior parte de suas vidas, ou no qual passam parte do tempo ou participam de algumas de suas atividades.¹³

Contemporaneamente, analisando as causas da falta de funcionalidade do sistema, Arno Pilgram¹⁴ expõe que o fenômeno de seleção se produz através de um processo de filtração escalonado, já que indo além do próprio legislador, tanto os autores como as vítimas, as testemunhas, a polícia, os promotores de justiça e os tribunais atuam como "filtros" determinantes na eleição de quais acontecimentos devem ser definidos como delitos e quais pessoas devem ser classificadas como delinquentes, com todas as conseqüências que disto resulta.¹⁵

12. Denis Chapman, "El Estereotipo del Delincuente y sus Consecuencias Sociales", in *Estigmatización y Conducta Desviada*, Recopilación de Rosa del Omo, Maracaibo, Venezuela, Universidad de Zulia, Centro de Investigaciones Criminológicas, 1974, pp. 169 e ss. Sobre o mesmo ponto v. Sonia Navarro Solano, *Estigmatización, Conducta Desviada y Victimización en una Zona Marginalidad*, editado pelo Ilanud, San José, Costa Rica, 1983; José Enrique Castillo Barrantes, *Becker y Chapman: Criminólogos Interaccionistas: El Interaccionalismo simbólico en criminología visto en dos de sus representantes*. Editado pelo Ilanud, San José, Costa Rica, 1980.

13. Denis Chapman, op. cit., ut supra, p. 170.

14. Arno Pilgram, "Kriminalität in Österreich: Studien zur Soziologie der Kriminalitätentwicklung", Viena, 1980, cit. por Eugenio Zaffaroni, in *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina* (Primer Informe). Documentos y cuestionarios elaborados para el Seminario de San José, Costa Rica, 11 a 15 de julho de 1984, Buenos Aires, p. 140.

15. A partir de um enfoque dogmático diferente M. Pavarini in: "Ricerca un Tema criminalità economica", *La Questione Criminale*, 1975, pp. 537-545, ensaia uma classificação das causas de impunidade em duas grandes categorias. Em primeiro lugar, encontram-se as causas de tipo legislativo, que se referem tanto à estrutura geral do direito punitivo burguês, como à configuração dos tipos penais e à própria natureza ideológica do Direito Penal como instrumento de matriz classista. Em segundo lugar, assinala a existência das causas relacionadas com a aplicação da lei penal, que aludem tanto às dificuldades de criminalização primária (quando a norma incriminadora existe, mas não é efetivamente aplicada), como às de criminalização secundária (quando a norma penal é aplicada, mas o condenado não é estigmatizado, vale dizer, não sofre a marca social ou jurídica como conseqüência da pena); Winfried Hassemer, op. cit. ut. supra, pp. 76 e ss., refere-se a uma série de fatores

Com acerto, acrescenta o Professor Zaffaroni que, conquanto o Estado de Direito requeira, entre outras condições básicas, a absoluta submissão de todos os seus habitantes à lei, qualquer que seja a posição social que ocupem e a função que desempenhem, na realidade constata-se uma desfiguração desse Estado de Direito, que se verifica fundamentalmente, no plano social, mediante a criação dos meios massivos de comunicação, de um estereótipo criminal completado sobre a imagem exteriorizada dos setores marginalizados e da criminalidade convencional, posto que, por diferentes caminhos, ocultam-se ou dissimulam os crimes chamados “de colarinho branco”. Diversas investigações, especialmente realizadas nos Estados Unidos e na Escandinávia, têm destacado que o risco de ser preso aumenta significativamente em razão inversa à situação sócioeconômica.¹⁶

Isto coincide com a maneira em que se estrutura a repressão penal em relação a certas manifestações delituosas privilegiadas, p. ex., a econômica, que sempre é excluída, vale dizer, que não criam carreiras criminais, é que, não obstante o que se faz, não possuem um efeito estigmatizante. Pode-se, então, dizer que o estigma atua como um componente funcional do sistema social, já que ao criar os estereótipos, criam também elementos simbólicos facilmente manipuláveis. Dessarte, o estereótipo do delinqüente é que provém do proletariado, ou do subproletariado cresce em condições econômicas e efetivas reputadas como precárias, que o vão determinando a ser um indivíduo adulto instável, agressivo à sociedade e incapaz de integrar-se ao seu processo produtivo. Definitivamente, esse estereótipo do delinqüente se concretiza naqueles que integram os grupos marginalizados.¹⁷

Fundados no que foi exposto, numerosas investigações acerca dessa cifra negra da criminalidade têm rentado pôr em evidência a exata quantidade desses fatos legalmente puníveis que o sistema ignora ou descuida.

Os procedimentos empregados para esse fim são muito variados. Nesse sentido, o autor alemão Hassemer¹⁸ ressalta a utilidade de três variáveis metodológicas fundamentais, a saber: a) averiguações em relação aos auto-

que atuam sistematicamente: a) não resultam perceptíveis todos os delitos que se cometem; b) nem todo delito que foi observado por alguém chega ao conhecimento das autoridades; c) nem todo delito conhecido pelas autoridades resulta esclarecido pela polícia; d) ao esclarecimento policial de um delito, nem sempre se segue uma ação judicial; e) nem todo delito em que o Ministério Público tenha formulado a denúncia é julgado e termina através de sentença; f) ainda quando se chegue a juízo e se constate a existência de um delito, nem sempre o acusado é condenado.

16. Servin Carlos Versale, *Las Cifras Doradas de la Delincuencia*. Revista *Ilanud al Dia*, año 1, n. 1, San José, Costa Rica, abril de 1976, p. 22.

17. Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las Penas Perdidas: Deslegitimación y Dogmática Jurídico Penal*. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 135, assim se manifesta: “Na América Latina, o estereótipo sempre se nutre com os caracteres de homens jovens das classes mais carentes, ressaltados nos momentos de violência política ou aberto terrorismo de Estado, em que o estereótipo se desvia para atingir os varões jovens da classe média (o jovem subversivo) (...)”.

18. Winfried Hassemer, op. cit., p. 76.

res ou técnica da autodenúncia; b) averiguações em relação às vítimas; c) averiguações em relação aos informantes.

A essas técnicas de base, podemos ajuntar: d) o sistema das variáveis heterogêneas, proposto por Vehner,¹⁹ e, inclusive e) a técnica do seguimento operativo destinado aos agentes do controle formal (polícia e tribunais), que encontra-se introduzida na obra de Hoods e Sparks²⁰ e, em seguida, desenvolvida metodologicamente por Aniyar de Castro.²¹

A) Através de autodenúncia, submete-se a interrogatório um grupo de pessoas da população em geral, acerca dos fatos delituosos que foram cometidos, tenha ou não havido processo. Trata-se de se estabelecer o número real de pessoas que cometem ou que tenham cometido delitos, com o que se amplia o nosso panorama da delinquência real, possibilitando realizar comparações entre a percentagem de delinquentes oficiais e a dos desconhecidos. Isto exige, freqüentemente, como é óbvio, a escolha de uma amostragem representativa da população.

Certamente, surge a indagação acerca de quantos indivíduos que, mesmo tendo praticado delitos e que não foram detectados, admitiram o seu cometimento, quando se está realizando uma investigação desta natureza, por mais penetrante e reservada que esta seja. Em conseqüência, como afirma Hulsman,²² neste meio é difícil, oferecer cifras precisas, e aquelas que são propostas são, freqüentemente, pouco confiáveis e variam de um país para outro. Não obstante a reserva exposta, o mesmo autor cita, para fornecer uma orientação acerca da magnitude do problema, uma pesquisa que realizou numa empresa de Friburgo, Alemanha. Dessa investigação obteve como resultado, que, de 800 fatos ocorridos no interior dessa firma e que poderiam ser criminalizados, só um o fora.

B) As averiguações em relação às vítimas possuem características bem diferentes, porque a informação é obtida mediante interrogatório com indivíduos da população comum, acerca dos delitos de que tenham sido objeto, vale dizer, que nos proporciona uma orientação diferente, posto que permite investigar as razões que levam à falta de denúncia, e, por outro lado, entre aqueles que foram denunciados, quais não foram indiciados ou processados e por qual razão.

Evidencia-se, pois, que através deste método, pode-se alcançar um índice nem real em casos de alguns tipos de delito, como, por exemplo, furto, roubo, dano. Mas, em outros, como os de estupro, os resultados podem apresentar-se alterados, em face do aspecto social (problemas de

19. B. Vehner, *Criminologia*. Citado por M. Rey Lopez, t. I, Editorial Aguilar, Madrid, 1975, p. 478.

20. Roger Hoods e Richard Sparks, *Problemus Claves en Criminologia*. Biblioteca para el Hombre Actual, Ediciones Guadarrama, Madrid, España, 1970, p. 74.

21. Lola Aniyar de Castro, op. cit., p. 85.

22. Louk Hulsman, op. cit., p. 93.

imagem). É certo que tampouco as pesquisas refletirão as cifras reais relativas àqueles delitos em que o autor é sua própria vítima, como é o caso dos jogos de azar, e que requerem uma espécie de cumplicidade entre o indivíduo e o prejudicado. Por último, devemos ter em conta aqueles acontecimentos que a própria vítima os considera delito, seja em razão de valorações subculturais ou por tratar-se de fatos especialmente próximos, que as pessoas não inscrevem no registro da "criminalidade", a que se refere Hulsman.²³

Na América Latina, podemos lembrar a investigação de campo dirigida pelo professor mexicano Luis Rodríguez Manzanera,²⁴ na cidade de Jalapa, Estado de Vera Cruz, onde, com a ajuda de alunos da Universidade, investigou 3.000 pessoas, com a finalidade de estabelecer as margens da vitimização oculta e, por conseqüência, a avaliação dos fatos que não chegaram ao conhecimento da justiça.

As conclusões foram surpreendentes: uma entre duas pessoas admitiu ter sido vítima de um delito durante o ano anterior ao da pesquisa (1975), mas somente 22% denunciou o fato, circunstância indicadora de que 4 entre 5 delitos permaneceram na *cifra negra* e não chegaram ao conhecimento da autoridade (pelo menos mediante delação da vítima).

Indagados a informar as razões que os inibiram de recorrer à autoridade acerca dos fatos, 45% disseram que, levando o fato ao conhecimento da autoridade "só se perde tempo, e as autoridades não fazem nada"; 26% não fizeram a denúncia por considerar que isso não valia a pena; o medo de vingança alcançou 11% e o temor ou vergonha em relação à investigação chegou a 8,2%. De se concluir, portanto, que a desconfiança nas autoridades foi ressaltada pela maioria, como a primeira causa da impunidade, seguida pela consideração de que a conduta lesiva não era realmente grave.

Por sua parte, nos Estados Unidos, a Comissão Presidencial que se encarrega do cumprimento da lei e da administração da justiça, realizou em 1980 uma pesquisa, cujas conclusões — em que pese a diversidade do

23. Louk Hulsman, op. cit., en nota n. 4 da p. 93, assim se expressa: "Se pide a las personas que participan, en estas encuestas que digan — en un contexto anónimo, evidentemente — si en el curso de un período determinado han sido víctimas de infracciones, de cuáles, por parte de quién, si han presentado una denuncia, etc. Los resultados de estas encuestas me han impresionado particularmente. El cuestionario preguntaba: 'Ha sido usted víctima de alguna agresión? (lo que en el sistema penal se suele llamar delito de lesiones personales)'. 'Fue alguien que usted conociera?'. 'Fue alguien de la familia?'. Pues bien, nadie respondió afirmativamente a esta última pregunta, en circunstancias en que esta clase de situaciones es muy frecuente (en los Países Bajos se puede decir que un 50% de las mujeres han sido golpeadas por sus maridos). Ha visto en la negación de la evidencia una especie de signo: cuando se trata de acontecimientos próximos, la gente no los sitúa en el registro de la criminalidad".

24. Luis Rodríguez Manzanera, "Victimización en una Ciudad Mejicana", *Revista Iltanud al dia*, año 4, n. 10, San José, Costa Rica, abril 1981, pp. 77 e ss.

meio sócio-cultural investigado — resultaram relativamente similares às obtidas por Rodríguez Manzanera, em Jalapa, vários anos antes.²⁵

A respeito das motivações que inibem as vítimas em denunciar, existe um trabalho específico e inédito de Hilda Marchiori, cujas conclusões tomamos conhecimento através de Elías Neuman.²⁶ Elas são, em sua ordem:

— o temor do ofendido de sê-lo novamente (medo em relação ao autor do delito);

— por não considerar grave a conduta lesiva;

— não confiar na justiça;

— temor de causar prejuízo ao autor, por ser membro da família;

— a perda de tempo implicada na delação e nos trâmites judiciais;

— a vítima agrediu o autor e sabe ser tão responsável pelo delito

como este;

— a delação a prejudica: estupro, estelionato, etc.;

— a vítima não tem provas, ou desconhece o autor;

— para evitar serem novamente vitimizados pela polícia, peritos forenses, Juízes;

— pela pressão familiar e social em ser identificada como vítima de determinados delitos, que a marginaliza e humilha.

C) As averiguações em relação aos informantes têm a vantagem de que, por se tratar de uma amostragem acerca de fatos relativos a terceiras pessoas, proporcionam numa primeira instância, dados bastante desinibidos e confiáveis, sempre que não realizados dentro de um reduzido âmbito sub-cultural e geográfico, decorrentes de conhecimentos próprios e imediatos quanto ao tempo decorrido.²⁷ Sobre essas bases e tomando cuidado no observar um mínimo de rigor metodológico, os informantes devem ser questionados acerca da circunstância que lhes permitiu um conhecimento direto sobre o cometimento de algum delito num determinado lapso temporal e num determinado lugar.

D) Na teoria, o sistema de variáveis heterogêneas, devido principalmente à sua flexibilidade operativa e traçado escalonado, parece resumir todas as vantagens dos métodos já analisados, conquanto na sua aplicação prática se tenha mostrado como um procedimento por demais complexo e custoso. Os criminólogos norte-americanos Riley e Nélsón,²⁸ informam

25. Luis Salas, "La justificación de los Estudios de Victimización en América Latina", *Revista Iltanud al dia*, año 4, n. 10, abril 1981, San José, Costa Rica, p. 37.

26. Elías Neuman, *Victimologia: El Rol de la Víctima en 106 Delitos Convencionales y no Convencionales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 48.

27. H. M. Blaloch Jr., *Introdução à Pesquisa Social*, 2.ª ed., Edições Zahar, Rio de Janeiro, 1976, p. 70.

28. Matilda White Riley e Edward E. Nélsón, *A observação Sociológica*. Edições Zahar, Rio de Janeiro, 1976, pp. 199 e ss.

que uma pesquisa deste tipo, realizada pelo *Bowdoin College*, exigiu três níveis de controle informático para se chegar a resultados de valor mediano, entre os quais se mencionam:

— É substancialmente maior a *cifra negra* de delitos leves em relação aos graves.

— As vítimas têm uma crescente tendência à autocomposição no campo das infrações menos graves e de mediana gravidade.

O mesmo procedimento foi utilizado por Lopez-Rey,²⁹ na Turquia, com a finalidade de detectar a *cifra negra* de abortos nessa região, fato que se atribuiu principalmente à adoção de um método inadequado, realmente complexo para um país em outro estágio de desenvolvimento.

E) Por último, a técnica do seguimento operativo dos agentes de controle social (polícia e tribunais) reverte o enfoque e dirige os seus esforços no sentido de estudar as causas reais de vulnerabilidade e de disfunções de todos os segmentos do sistema penal.

Como temos assinalado, todos os segmentos do sistema penal intervêm em um processo de filtração por etapas e, conquanto seja certo que uma grande quantidade de vítimas se abstém de denunciar os fatos delitivos à polícia, esta tampouco transmite todos os acontecimentos que lhes são noticiados à justiça, que, por sua vez, arquivava a maior parte dos fatos que lhes são submetidos.

Com precisão, os criminólogos Hoods e Sparks,³⁰ examinando esse poder discricionário da polícia em relação a certos delitos, se perguntam: sua atuação, em certas oportunidades, não dependerão do juízo que fazem os seus agentes sobre ser ou não uma atividade delitiva? Por exemplo: em relação aos jogos de azar, aborto, drogas, etc., para, em seguida, acrescentarem que alguns observadores crêem que o número de crimes registrados reflete simplesmente aquilo que os recursos de que dispõe a polícia, enquanto outros, a isso acrescentam que a polícia tem interesse em manter uma crescente razão criminológica.

Numa íntima relação com essas conclusões, Biderman e Reiss³¹ referem-se a um aspecto sumamente importante, como o é o fato de que uma organização operacional como a polícia, prefere não se inteirar de fatos além daqueles que pode abarcar com os seus recursos, e, por isso, seleciona as suas investigações no sentido de que estas se encaixem com os fins próprios da organização, sua estratégia e suas táticas.

Complementariamente, Hulsman,³² recolhendo os resultados de uma pesquisa realizada por P. Robert e C. Faugeron, conta-nos que na França, o

29. M. Lopez-Rey, op. cit., p. 483.

30. Roger Hoods e Richard Sparks, op. cit., pp. 74 e ss., v. Lola Aniyar de Castro, op. cit. ut supra, pp. 85 e ss.

31. Biderman e Reiss, tomado de Hoods e Sparks, op. cit. ut supra.

32. L. Hulsman e J. B. de Cellis, op. cit., p. 53 (nota n. 6).

Ministério Público, que é quem decide sobre a oportunidade da promoção da ação penal em face dos fatos puníveis, arquiva dois terços das investigações que lhes são submetidas, e que investigações sérias realizadas acerca do poder discricionário dos agentes encarregados de introduzir os fatos no sistema, demonstram que “nos diferentes níveis de seleção atuam todas as classes de critérios, que nada têm a ver com os princípios legais: p. ex., um assunto é admitido ou não, segundo o volume de expedientes do respectivo tribunal”.

Na doutrina nacional, Langon Cuñarro escreveu: “Nós não estamos fazendo uma crítica a esta realidade, mas simplesmente constatamos um fato: o do tremendo poder discricionário de que dispõe os magistrados. De todas as condutas proibidas pelo legislador, só algumas são objeto da atividade institucional da parte dos detentores do controle. Mediante diferentes critérios, no geral benevolentes e com fins de justiça, são os policiais, promotores de justiça e juízes aqueles que realmente decidem que delitos vão ser perseguidos, de que forma e com qual intensidade”. Mais adiante, acrescenta: “(. . .) o que prevalece é o princípio da oportunidade, derivado de um processo de seleção inevitável, que ocorre porque o Estado não poderá jamais investigar todos os fatos delituosos, nem sequer todos os que são delatados”.³³

IV — AVALIAÇÃO E CONCLUSÕES

A valoração do real significado e implicações relativas à cifra negra da criminalidade presta-se, como é óbvio, ainda contemporaneamente, a várias lições. Estas são exibidas num amplo espectro, que vai desde uma teoria particular da pena, que tem-se desenvolvido nos últimos anos na Europa, chamada de “integração-prevenção”, que pretende legitimar integralmente o funcionamento do sistema penal, mesmo aceitando a sua seletividade, ao mais radical abolicionismo.

1. Iremos nos ocupar em primeiro lugar da teoria da “prevenção-integração”, também conhecida como “teoria da prevenção positiva”, que tem encontrado a sua exposição mais perfeita no recente tratado de Gunther Jakobs.³⁴ De acordo com Baratta,³⁵ esta perspectiva sistemática parte da

33. Miguel Cuñarro Langon, *Enfoque Crítico sobre la Criminalización de las Faltas*. Trabalho inédito, vers. mimeográfica de sua conferência na cidade de Tacuarembó durante o Congresso da Associação de Magistrados do Interior, outubro de 1989, pp. 18 e 19.

34. Gunther Jakobs, “Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre”, De Gruyter, Berlin/New York, cit. por Alessandro Baratta, “Integración-Prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, in *Revista de Derecho Penal* n. 29, enero-marzo de 1985, Ed. Depalma, Buenos Aires, p. 4.

35. Alessandro Baratta, *Integración-Prevención* (. . .), op. cit., pp. 3 e ss.

concepção Luhmanniana do Direito como instrumento de integração e estabilização social dos sistemas complexos, e é nesse ponto conceitual que se explica o sentido e a função do delito, da pena, e, inclusive, da própria cifra negra, na obra de Jakobs.

A) O delito é visto como uma ameaça à integridade e à estabilidade do conglomerado social, na medida que é a expressão simbólica de fidelidade ao direito, que faz estremecer a confiança nas instituições. A pena, por sua vez, constitui para esse autor, uma expressão simbólica simetricamente oposta àquela representada pelo delito que, como instrumento de prevenção positiva, tende a restabelecer a confiança e afirmar a fidelidade ao direito, antes de tudo e principalmente em relação a terceiros. Por outras palavras, para este novo enfoque sistêmico, a reprovabilidade da conduta não se funda na lesão de bens jurídicos e nem no princípio de culpabilidade, mas sim, e principalmente, na prevenção positiva do significado simbólico da atividade do indivíduo contrária à norma.

B) Assentada sobre essas bases, a existência de uma avultada cifra negra de delinquência não provoca qualquer inquietação em relação ao funcionamento real do sistema. Indo além, esta teoria, por certo, legitima o princípio de seletividade e os mesmos processos de imunização da resposta penal, posto que, como bem se expressa Baratta,³⁶ o delinquente condenado é visto como “um indivíduo à função punitiva, que está centrada no restabelecimento da confiança nas instituições por parte do restante da comunidade, confiança esta que foi quebrada pela infração penal, na determinação dos valores protegidos pelo sistema penal e na integração social”. O professor de Saarbrücken realça as implicações anti-humanistas e autoritárias desta doutrina, que reduz o condenado a um bode expiatório, certamente escolhido entre inumeráveis infratores por se encontrar situado numa faixa de maior risco e “sacrificado em tal situação para a salvaguarda de um duvidoso interesse geral, mas sem respeitar os princípios de justiça e de igualdade”.

C) É notável, e certamente não casual, a coincidência nos argumentos da teoria examinada e aqueles que têm sido desenvolvidos, do outro lado do oceano, por alguns autores integrantes do “novo realismo americano”, ao qual nos referimos no item II A, deste trabalho.

2. No outro extremo, na vertente abolicionista, afirma Hulsman,³⁷ que a cifra negra não têm aparecido como uma simples anomalia, mas sim para se constituir numa constante e se pergunta: como se conceber nor-

36. Alessandro Baratta, *Requisitos Mínimos* (...), op. cit., p. 11.

37. Louk Hulsman, e J. Bernat de Cellis, op. cit., p. 54.

mal um sistema que não intervenha, a não ser tangencialmente, que é tão excepcional do ponto de vista estatístico, na vida social?

É evidente, acrescenta o autor, que aqueles princípios ou postulados teóricos sobre os quais fixamos este discurso e nos quais repousa o sistema penal, como o são a igualdade, a segurança, o processo legal, etc., só se aplicam a um número limitado de situações e de pessoas; sua efetiva vigência encontra-se substancialmente falseada, e o sistema, no seu conjunto, se verá como “uma construção espontaneamente estranha à vida da gente”. A partir de sua perspectiva abolicionista, o autor conclui que é a própria noção ontológica do crime ou delito,³⁸ que tem estado em crise, pois, a cifra negra indica claramente que os fatos aos quais a lei denomina de delitos, “não são vividos como fatos considerados à parte, separados por outros acontecimentos”.

3. Da nossa parte, entendendo ser o Direito Penal o último recurso da comunidade, e no contexto desse princípio garantidor da intervenção mínima, cremos que a alta cifra negra referente a determinados tipos de delitos, considerados de pequena danosidade, pode ser, em muitos casos, uma resultante de mudança na sensibilidade da sociedade, já que certos tipos e conduta, tipificados como delituosos, têm deixado de ser considerados como perigosos e lesivos (perderam seu valor significativo) a um bem jurídico, que pode ter sido importante num determinado momento. E, conseqüentemente, parece ser aconselhável proceder-se à sua paulatina descriminalização. Uma detida análise das disfunções do sistema no campo de numerosas condutas compreendidas dentro da cifra negra, nos leva, inequivocamente, nessa direção descriminalizadora.

A) As diferentes indagações aqui expostas e, o que é mais importante, o próprio funcionamento real de todos os segmentos do sistema penal, evidenciam que existe, indubiosamente, uma enorme quantidade de acontecimentos formalmente considerados como delituosos e, teoricamente, merecedores da aplicação da lei penal que, no dizer de Hulsman, “Não são considerados ou valorizados como tais pelas presumíveis vítimas ou pelos agentes do sistema, pessoalmente interpelados mediante delações concretas”.³⁹

É absolutamente certo que nestes casos encontram-se aquelas atividades delitivas que não são facilmente perceptíveis. Vale dizer que aquelas condutas que não se dirigem diretamente contra uma vítima concreta, como ocorre nos delitos contra o meio ambiente ou em outros que envolvem interesses mais ou menos difusos. Tais delitos têm grande possibilidade

38. O autor fala em crime e delito, por força do sistema adotado em seu país, o tripartite. Preferimos introduzir a alternativa ou para adequar o conteúdo ao nosso sistema, o dualista (N.T.).

39. Idem, p. 54.

de permanecer no campo obscuro da criminalidade, posto que não são cometidos em frente de uma vítima que possa ser capaz de estar disposta a pôr em marcha os mecanismos de controle do sistema (delitos sem vítima), e é também certo que, em determinadas situações muito extraordinárias, determinados delitos com vítima, podem redundar dificilmente controláveis por esta, como por exemplo, os furtos que permanecem sem se descobrir a autoria, que são praticados nos grandes armazéns,⁴⁰ que normalmente são creditados como “prejuízos contabilizados”.⁴¹

Não obstante, feitas as ressalvas de rigor, reiteramos a existência de um bom número de condutas tipificadas como delitivas que não são assim consideradas pelas próprias vítimas, ou pelos agentes do controle formal, por tratar-se — usando a terminologia da moderna teoria normativa da cultura⁴² e do professor Zaffaroni⁴³ — de tipos contidos em normas que não podem ser culturalmente incorporadas, enquanto não suscitam respostas simbólicas, por carecerem de um mínimo fundamento antropológico ou, por outras palavras, porque não têm para os envolvidos um valor significativo.

B) Também se percebe objetivamente que, em muitas situações, como assinala Langon Cuñarro,⁴⁴ as vítimas consideram esses fatos como assuntos de pequena monta, mais adequado e melhor para os seus interesses a adoção de um tratamento informal para a situação criada (acertos particulares), antes de enfrentar-se os aborrecimentos trazidos pela atuação do sistema, como ocorre frequentemente nos casos de invasão de domicílio, ilícito previsto no art. 356, do CP.⁴⁵

C) Em outros casos — acrescenta o mesmo autor — é a própria lei que fomenta e estimula os acertos particulares e menciona o art. 59, da lei de cheques, que impõe o arquivamento dos procedimentos judiciais, se o devedor paga sua dívida, os outros prejuízos e as despesas.

40. Preferimos utilizar a expressão constante do original, embora ela se refira, claramente, aos supermercados e hipermercados (N.T.).

41. A expressão original é: *diferencias inventariales*, que preferimos traduzir por *prejuízos contabilizados*.

42. Gertrude Jaeger e Philip Selznick. “A normative Theory of Culture”, in *American Sociological Review*, 1964, pp. 29, 653 e 669.

43. Raúl Eugenio Zaffaroni, op. cit., p. 302.

44. Miguel Cuñarro Langon, *Curso de Introducción a la Criminología*, Montevideo, Ed. Universitária, t. I, 1986, p. 75.

45. O art. 356 do Código Penal uruguaio tem a seguinte redação: “Art. 356 (*penetración ilegítima en el fundo ajeno*) — *El que, contra la voluntad expresa o tácita del legítimo ocupante, penetrare en fundo a jeno, hallándose este cercado por muro, cerco, alambre foso o obras de análogo carácter, por su estabilidad, será castigado con cincuenta a quinientos pesos de multa*” (N. T.).

4. Em quaisquer das hipóteses por último enumeradas, a lógica da mínima intervenção penal nos conduz a uma tessitura de prudente descriminalização de tais condutas. Conseqüentemente, consideramos necessário rever o catálogo de ilícitos, procurando eliminar dos textos aqueles tipos penais de escassa danosidade social, em relação aos quais a proibição não pode valer efetivamente, hipóteses em que a regulamentação da conduta deve, na nossa maneira de ver, ser buscada fora do âmbito penal.