

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

CÍCERO GEHLEN DAPPER

A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL SOB O INFLUXO DA
“ADMINISTRATIVIZAÇÃO” DOS CRIMES TRIBUTÁRIOS:
prévio exaurimento da via administrativa e ação penal nos
crimes contra a ordem tributária

São Leopoldo

2013

CÍCERO GEHLEN DAPPER

A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL SOB O INFLUXO DA
“ADMINISTRATIVIZAÇÃO” DOS CRIMES TRIBUTÁRIOS:
prévio exaurimento da via administrativa e ação penal nos
crimes contra a ordem tributária

Dissertação apresentada como requisito
parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Marciano Buffon

São Leopoldo

2013

D212e

Dapper, Cícero Gehlen

A expansão do direito penal sob o influxo da “administrativização” dos crimes tributários: prévio exaurimento da via administrativa e ação penal nos crimes contra a ordem tributária / Cícero Gehlen Dapper. -- 2013.

179 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2013.

Orientador: Prof. Dr. Marciano Buffon.


1. Direito penal. 2. Direito penal - Administrativização. 3. Constitucionalização - Ordem econômica e financeira. I. Título. II. Buffon, Marciano.

CDU 343

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL SOB O INFLUXO DA “ADMINISTRATIVIZAÇÃO” DOS CRIMES TRIBUTÁRIOS: prévio exaurimento da via administrativa e ação penal nos crimes contra a ordem tributária”, elaborado pelo mestrando Cícero Gehlen Dapper, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 05 de junho de 2013.


Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Coordenador do Programa de Pós Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Marciano Buffon

Membro: Dr. André Leonardo Copetti Santos

Membro: Dr. André Luis Callegari



À Juliana, minha querida esposa, pelo carinho e pela compreensão despendidos nos dias em que nosso convívio restou prejudicado pelo desenvolvimento desta pesquisa.

Aos meus pais, Adir e Isabel, aos meus avós, Carlos (em memória) e Ilka (em memória), Gilberto e Paula, por todo amor e carinho.

Sinceros agradecimentos:

Ao meu orientador Professor Doutor Marciano Buffon, pelo apoio intelectual e auxílio sempre prestimoso.

Ao Professor Pós-Doutor André Luís Callegari, pelo incentivo e orientação iniciais no enfrentamento do tema.

Aos Professores Doutores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, pela dedicação na formação e no desenvolvimento do Curso de Mestrado, o qual possibilitou o aprimoramento dos meus estudos acadêmicos.

A todos os meus amigos e familiares, sobretudo ao meu irmão Diogo, sobrinhos Rafaela e Raul, aos funcionários do setor administrativo do PPGD da UNISINOS, que proporcionaram o melhor ambiente possível para uma pesquisa em alto nível, aos colegas do PPGD da UNISINOS pela companhia e conversas durante esta caminhada.

O direito penal é a barreira intransponível da política criminal.

(Franz v. LISZT)

Vulgar é o ler, raro o refletir. O saber não está na ciência alheia, que se absorve, mas, principalmente, nas ideias próprias, que se geram dos conhecimentos absorvidos, mediante a transmutação, por que passam, no espírito que os assimila. Um sabedor não é armário de sabedoria armazenada, mas transformador reflexivo de aquisições digeridas.

(Rui Barbosa)

RESUMO

Como a atual sociedade, também o Direito Penal está passando por um processo de intensas mudanças. A sociedade pós-industrial, com a crescente complexidade inerente a ela, assim como as demandas objetivas e subjetivas por mais segurança vem exigindo do Direito Penal um papel cada vez maior nos processos de regulação social. Constata-se a existência de uma tendência nas legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se pode considerar uma “reinterpretação” das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal. Essa tendência, denominada “expansão”, tem levado a criação de novos “bens jurídicos penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídicos-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia. O presente estudo é a análise deste fenômeno de expansão, bem como o designado de *administrativização* do Direito Penal em sua inter-relação com os crimes tributários tal como foram positivados no ordenamento jurídico-penal brasileiro e em face de sua recepção jurisprudencial nos Tribunais Superiores. Antes que uma discussão dogmática tópica sobre os tipos penais tributários vigentes nas leis penais brasileiras, o objetivo do estudo é co-relacionar o fenômeno da *administrativização* com a modulação legislativa e jurisprudencial a eles conferida, para inferir sobre a legitimidade de sua própria criminalização. Vale observar que o tema está intimamente relacionado à independência e autonomia das instâncias administrativa e criminal, motivo pelo qual sem tal premissa o assunto não pode ser analisado.

Palavras-chave: Expansão do direito penal. Administrativização do direito penal. Vinculação das instâncias criminal e administrativa. Constitucionalização da ordem econômica e financeira.

ABSTRACT

As well as current society, criminal law is also undergoing a process of intense transformation. The post-industrial society, with its increasingly inherent complexity, in addition to the objective and subjective demands for more security, required from criminal law an accumulative role in the processes of social regulation. There appears to be a trend in the legislation for the introduction of new criminal types, as well as the worsening of the existing ones, indicating a "reinterpretation" of the classic guarantees of the substantive criminal law as well as the criminal procedure law. This trend, called "expansion", has led to the creation of new "criminal legal interests", increased opportunities for legally relevant legal risks, and relaxed the rules of attribution and relativity of political and criminal principles of guarantee. The present study was to analyze this phenomenon of expansion in addition to the fact that criminal law is becoming administrative in its relationship with tax crimes as in the Brazilian legal and criminal law and in the face of its jurisprudential reception in the Superior Courts. Rather than a topical dogmatic discussion of the tax criminal types existing in the Brazilian penal laws, the purpose of the study is co-relate the administrative phenomenon with the legislative and judicial modulation conferred upon them, to infer about the legitimacy of their own criminality. It is worth pointing the close relation between the theme and the independence and autonomy of administrative and criminal authorities, which is why such premise absence prevents the analysis of this matter.

Keywords: Expansion of criminal law. Administrative criminal law. Connection of criminal and administrative bodies. Institutionalization of economic and financial order.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 CONSTITUIÇÃO, ORDEM ECONÔMICO-FINANCEIRA E DIREITO PENAL.....	14
2.1 Linhas estruturais da ordem econômica e financeira: a constitucionalização da ordem econômica e financeira.....	14
2.1.1 O Estado Democrático de Direito como referencial da constitucionalização da ordem econômica e financeira.....	15
2.2 As competências do legislador no Direito Penal contemporâneo.....	28
2.2.1 Limite material da competência do legislador no Direito Penal contemporâneo.....	33
2.2.2 Do bem jurídico.....	38
2.2.3 A vinculação do legislador penal contemporâneo.....	43
2.2.4 A discricionariedade do legislador penal contemporâneo.....	48
3 A (DES)VINCULAÇÃO DAS INSTÂNCIAS CRIMINAL E ADMINISTRATIVA NOS DELITOS TRIBUTÁRIOS.....	63
3.1 O sistema administrativo brasileiro.....	63
3.2 O princípio da separação dos poderes.....	65
3.3 A (des)vinculação das instâncias criminal e administrativa.....	68
3.4 Prévio exaurimento da via administrativa e ação penal nos crimes contra a ordem tributária.....	83
3.4.1 Condição de procedibilidade e questão prejudicial.....	83
3.4.2 Relação entre os tipos penais, lançamento tributário e garantia constitucional do devido processo legal.....	89
4 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL.....	93
4.1 Causas da expansão do Direito Penal.....	98
4.2 Consequências da expansão do Direito Penal.....	106
4.3 A expansão do Direito Penal nos delitos econômicos.....	110
4.4 A expansão do Direito Penal sob o influxo da “administrativização” nos delitos tributários.....	118
4.4.1 A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.....	119
4.4.2 A prevenção geral como manutenção da confiança na vigência da norma....	123
4.5 O fenômeno da “Administrativização” do Direito Penal.....	127

4.5.1 A formulação do conceito em Silva Sánchez.....	127
4.5.2 A posição crítica de Mir Puig.....	130
4.5.3 A posição crítica de Baratta.....	136
4.5.4 A defesa da intervenção do Direito Penal no âmbito tributário defendida por Lenio Luiz Streck.....	141
4.6 Crimes Tributários: posituação legislativa e situação nos Tribunais Superiores.....	143
5 UM BALANÇO FINAL DOS ESTUDOS DESENVOLVIDOS: CRÍTICA AS PRÁTICAS LEGISLATIVAS E JUDICIAIS.....	152
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	164
REFERÊNCIAS.....	170

1 INTRODUÇÃO

Pode-se afirmar que, como a atual sociedade, também o Direito Penal está passando por um processo de intensas mudanças. A sociedade pós-industrial, com a crescente complexidade inerente a ela, assim como as demandas objetivas e subjetivas por mais segurança vêm exigindo do Direito Penal um papel cada vez maior nos processos de regulação social.

Constata-se a existência de uma tendência nas legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se pode considerar uma “reinterpretação” das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal.

Essa tendência, denominada “expansão”, tem levado a criação de novos “bens jurídicos penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídicos-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia.

O questionamento que resta ser respondido – e sobre o qual vêm sendo travados diversos debates – é se o Direito Penal, com os instrumentos de que dispõe, está pronto para assumir tais demandas; se o Direito Penal, para fazer frente a estas novas exigências deve apropriar-se de novos instrumentos, ou ainda, se a atuação nestes novos campos não pode, ou não deve, ser realizada pelo mesmo, pois estaria a desvirtuá-lo enquanto instrumento de *ultima ratio*.

Desde a revolução copernicana do Direito Penal, tendo como expoente a obra de Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*¹, que esta ciência vem sofrendo um processo de contínua descriminalização, pautado por inúmeros princípios, desde o princípio da Legalidade até o princípio da Intervenção Mínima, entre outros, tudo fazendo crer que a evolução natural do Direito Penal seria a de cada vez mais restringir-se à efetiva tutela dos bens jurídicos vitais

¹ Obra indispensável para uma melhor compreensão do processo de Laicização/Modernização/Racionalização pelo qual passou o Direito Penal, permitindo dizer que trouxe as Luzes da Razão ao Direito Penal, daí porque utilizar-se a expressão Revolução Copernicana do Direito Penal, para dimencionar tal fenômeno. BECCARIA,

para a sociedade, deixando os bens jurídicos que não fossem vitais para a proteção de outras áreas do Direito². Contudo, esta expansão do Direito Penal ao encontro das novas demandas sociais estaria implicando, pelo menos em tese, uma involução histórica do mesmo, visto que, havia uma tendência de uma progressiva despenalização³.

O objetivo deste estudo é reacender a discussão sobre tema que se vem mostrando atual e frequente, a saber, o prévio exaurimento do procedimento administrativo (ou administrativo-fiscal) e sua (não-)influência nos delitos fiscais e contra o sistema financeiro nacional, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro. A respeito do tema, vários juristas já se posicionaram, o mesmo ocorrendo com nossos tribunais, mas ainda assim a questão não se mostrou pacífica e uniforme, sendo comuns julgados e trabalhos doutrinários adotando posições diametralmente opostas. Vale observar que o tema está intimamente relacionado à independência e autonomia das instâncias administrativa e criminal, motivo pelo qual sem tal premissa o assunto não pode ser analisado.

Nas fiscalizações realizadas por entidades ou órgãos públicos, como por exemplo, o Banco Central do Brasil, a Receita Federal, o Instituto Nacional do Seguro Social, dentre outros, quando detectada a existência de infração administrativa, o agente público autua o infrator e, quando observa a existência de elementos que evidenciem também prática de crime, encaminha-os ao órgão próprio para que seja dado início à persecução criminal. É este momento que dá origem as discussões.

Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

² Uma breve síntese da evolução histórica do Direito Penal pode ser encontrada em: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** – parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 241-327.

³ Gregor Straechelin, partindo da análise de um caso concreto (um caso de aborto julgado pelo Bundesverfassungsgericht, que é o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 28 de maio de 1993) traça importante análise sobre o conceito de infra proteção legal e sua compatibilidade com um Direito Penal Liberal, concluindo que este conceito, bem como toda a expansão jurídico-penal que advém da sua utilização não é compatível com o atual modelo penal adotado por nossa sociedade. STAECHELIN, Gregor. Es Compatible la 'Prohibición de Infraprotección' com una Concepción Liberal del Derecho Penal?. In: STAECHELIN, Gregor (Org.). **La insostenible situación del derecho penal**. n. 15. Granada: Editorial Comares, 2000. p. 289-304.

De um lado sustenta-se que essa comunicação ao Ministério Público só deve ser feita depois que a Administração tiver certeza da ocorrência da infração administrativa, ou seja, somente após o lançamento definitivo da obrigação fazendária, que ocorre com o encerramento do processo administrativo. Antes do exaurimento do processo administrativo, ocorrendo comunicação e propositura da respectiva ação penal, estaria havendo supressão dos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como utilização da ameaça de repressão penal como meio para compelir o contribuinte a cumprir suas obrigações sociais.

De outro lado, sustenta-se que o procedimento administrativo não se encerrou, eis que há a possibilidade do exercício do direito de defesa, assegurado constitucionalmente, até a última instância administrativa. Contudo, não há de se esperar o encerramento da instância administrativa para que se dê início à investigação criminal, seguida da propositura da ação penal por meio da denúncia, sequenciada pela sentença (condenatória ou absolutória) e por eventual acórdão, formando-se a coisa julgada. Inexiste condição de procedibilidade ou questão prejudicial ou, ainda, qualquer elementar do tipo penal, quanto ao encerramento do procedimento administrativo para efeito no Processo Penal.

A comunicação do agente da Administração Pública ao responsável pela investigação ou pela deflagração da ação penal é indispensável, mesmo porque, na qualidade de funcionário público, no exercício de suas funções, não podem ser tratados como qualquer pessoa do povo, consoante os preceitos dos arts. 5º, § 3º, e 27, ambos do Código de Processo Penal, e, assim, ao invés de faculdade, há dever funcional dos mesmos de realizar tal comunicação. A questão paira em qual o momento adequado para tal comunicação ser realizada.

Contribuindo para a problemática em questão, temos o disposto no art. 83, da Lei nº 9.430/96:

A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida decisão final, na esfera

administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

O dispositivo citado tem suscitado três questões básicas: 1ª) o crime de sonegação fiscal passou a ser de ação pública condicionada à representação? 2ª) a lei instituiu o exaurimento da esfera administrativa como condição de procedibilidade para a ação do crime por sonegação fiscal? 3ª) como fica a prescrição da pretensão punitiva?

Visando esclarecer estas questões, o presente estudo está dividido em quatro capítulos. No primeiro capítulo abordará a estrutura da ordem econômica e financeira, bem como a força da Constituição e seus impactos sobre o Direito Penal, objetivando-se traçar um panorama histórico sobre a constitucionalização da ordem econômica e sobre as diretrizes constitucionais-penais.

No segundo capítulo abordará a discussão sobre o prévio exaurimento do procedimento administrativo como condição ou não para o início da persecução criminal, tema intimamente relacionado à independência e autonomia das instâncias administrativa e criminal.

No terceiro capítulo tratará da expansão do Direito Penal, quanto ao merecimento da tutela penal, a necessidade da tutela penal, adequação e eficácia da tutela penal; tudo baseado na Constituição como limite material ao Direito Penal, como fundamento normativo do Direito Penal e, como fonte valorativa do Direito Penal, visando-se o entendimento da tendência crescente de introdução de novos tipos penais e agravamento dos já existentes nos ordenamentos jurídicos. Tratará ainda da expansão do Direito Penal especificamente quanto aos delitos tributários, analisando a proteção exclusiva de bens jurídicos, o princípio da intervenção mínima, visando trazer elementos para concluir-se quanto à adequação da intervenção do Direito Penal no âmbito tributário.

No quarto capítulo será realizado um balanço dos estudos desenvolvidos.

São estas as questões que este estudo visa esclarecer.

2 CONSTITUIÇÃO, ORDEM ECONÔMICO-FINANCEIRA E DIREITO PENAL

No presente capítulo será abordada a estrutura da ordem econômica e financeira, bem como a força da Constituição e seus impactos sobre o Direito Penal, objetivando-se traçar um panorama histórico sobre a constitucionalização da ordem econômica e sobre as diretrizes constitucionais-penais.

2.1 Linhas estruturais da ordem econômica e financeira: a constitucionalização da ordem econômica e financeira

Com o termo constitucionalismo, geralmente se faz referência a certos momentos de uma reflexão sobre a experiência político-jurídica relativa à organização do poder, momentos próprios da história europeia desde o mundo antigo (grego e romano). Desde um ponto de vista mais “politológico” que histórico (em que este último permite muitas verificações empíricas), esta reflexão apresenta temas de grande afinidade, ou uma profunda semelhança com o princípio constantemente afirmado, do *nómos basiléus*.

Precisamente por isso, com constitucionalismo se indica um período histórico, em que tenderia sua explicação, numa corrente de ideias políticas e sociais, em que encontrasse sua própria unidade, senão um tipo ideal para refletir sobre a realidade histórica, ou uma categoria analítica para trazer a tona e mostrar aspectos particulares da experiência política: desta concepção derivam, com um notável nível de abstração, alguns elementos que permitem criar o material histórico⁴.

A referência histórica para a constitucionalização da ordem econômica e financeira, objeto do presente estudo, está presente no Estado Democrático de Direito, marco histórico a ser analisado.

⁴ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 23.

2.1.1 O Estado Democrático de Direito como referencial da constitucionalização da ordem econômica e financeira

O Estado Democrático de Direito surge a partir de uma fusão de horizontes, agregando características do Estado Liberal e do Estado Social, bem como aspectos próprios, como a previsão constitucional dos direitos de cunho transindividual. Não se pode pensar que o Estado Democrático de Direito seja uma simples compilação entre o Estado Liberal e o Estado Social, porque ele os supera trazendo à atividade estatal e à ordem jurídica um 'conteúdo utópico de transformação da realidade'⁵.

A democracia é acrescentada aos elementos do Estado Liberal e do Estado Social, conforme MIR PUIG:

la imagen resultante del Estado supone una superación se sus componentes básicas aisladamente consideradas, lo que permite *añadir* la tercera característica de la fórmula constitucional: la democracia. [...] Solo importa destacar el punto de acuerdo en que deben convergirse las posibles interpretaciones de Estado social y democrático de derecho: es éste un modelo de Estado que pretende aunar, superándolos, los modelos de Estado liberal y Estado social⁶.

Embora a preocupação com a igualdade já pudesse ser percebida nos modelos anteriores, é no Estado Democrático de Direito que são dados novos contornos à igualdade, visto que ela passou a ser vinculada à solidariedade, compondo assim um *carácter comunitário*⁷. Ao Estado de Direito é atrelado o ideal democrático 'não como uma oposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social'⁸.

⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 76.

⁶ MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Editora Ariel, 1994. p. 31.

⁷ MORAIS, op. cit., p. 80.

⁸ Ibid., p. 74-75.

Assim, seu conteúdo é de transformação, uma vez que vai além do aspecto material, por fomentar a participação pública:

o *Estado Democrático de Direito* tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e, passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o *democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica*. E mais, a ideia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência⁹.

A participação do Estado na sociedade assume diferentes formas, conforme o momento histórico vivido:

se nos totalitarismos o Estado é tudo, no Liberalismo representa quase nada, enquanto na democracia o Estado e a sociedade se integram em uma mesma realidade, e existem em função da pessoa humana e da busca do bem comum¹⁰.

Lenio Luiz Streck, leciona que, além da democracia, dos direitos fundamentais, o Estado Democrático de Direito estaria assentado sobre dois pilares: 'não há democracia sem respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais-sociais – no sentido que lhe é dado pela tradição – sem democracia'¹¹.

O Estado Democrático de Direito agregaria à lei um conteúdo de transformação do *status quo*, conferindo a ela a expectativa de efetiva implementação dos direitos sociais, já previstos abstratamente nas

⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 74-75.

¹⁰ SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito penal no Estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 41.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. Constitucionalismo, jurisdição constitucional e Estado democrático de direito: ainda é possível falar em Constituição dirigente e compromissária? **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** (Mestrado e Doutorado) da Unidade Ciências Jurídicas da Unisinos, São Leopoldo, p. 77-116, 2001.

Constituições dos Estados Sociais, mas nunca realmente concretizados, além da efetivação de novos direitos de cunho transindividual¹².

Assim, nessa forma de Estado devem ser garantidas não só as liberdades individuais e os direitos coletivos (sociais), mas também os direitos denominados transindividuais, como por exemplo, o meio ambiente, o patrimônio cultural da humanidade. O Estado Democrático de Direito assume o compromisso de harmonizar interesses oriundos de três âmbitos, da esfera pública, privada e coletiva, atinente aos interesses dos indivíduos enquanto grupo¹³.

Essa evolução do Estado moderno percebida a partir da evolução dos direitos humanos mostra o que cada uma das funções estatais clássicas teve nas diferentes fases. Com relação aos direitos humanos de primeira geração, havia maior enfoque para a função legislativa; quanto aos de segunda geração, uma atuação maior da função executiva; e agora, no âmbito do Estado Democrático de Direito, exige-se uma participação maior do Poder Judiciário (e do Ministério Público)¹⁴.

O constitucionalismo moderno, quer dizer, de um período bem definido (Século XVI ao XVIII), e devemos inserir os distintos constitucionalistas em um processo histórico que apresenta tendencialmente alguns caracteres unitários, ainda que com soluções jurídicas ou modelos constitucionais distintos. É necessário proceder uma segunda definição tipológica para eles. Para formulá-la, partimos da conclusão do movimento constitucionalista, do momento em que mostra sua máxima criatividade no plano das ideias e das soluções práticas com a Revolução americana e com a francesa; depois nos séculos XIX e XX tendemos somente a uma imitação dos grandes modelos (inglês, francês, americano) ou simples variações em temas que tem neles sua gramática bem consolidada¹⁵.

¹² MORAIS, Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 127-128 e p. 137-138.

¹³ SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direito penal e Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 56-58.

¹⁴ *Ibid.*, p. 56.

¹⁵ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 24.

A origem do constitucionalismo moderno consiste em sua aspiração a uma constituição escrita, que contenha uma série de normas jurídicas organicamente relacionadas entre si, em oposição a tradição medieval, que se expressava em leis fundamentais consuetudinárias. Neste sentido o constitucionalismo não remove a lei fundamental que caracteriza o Estado moderno, que é um processo de racionalização de todos os aspectos da vida política e social: a codificação do direito privado se une ao direito público, que obedece a mesma exigência e certeza (e de eficácia) e de publicidade, de maneira que todos estão em condições de igualdade¹⁶.

Ao princípio da constituição escrita se une intrinsecamente outras características: de sua legitimidade e de sua função. A constituição escrita baseia sua legitimidade em dois elementos: no conteúdo mesmo da norma, que se impõem por sua racionalidade intrínseca e por sua justiça; em sua fonte formal, por emanar da vontade soberana do povo através de uma assembléia constituinte e, as vezes, de um referendo; pelo contrário, na Idade Média era o passado, a tradição, a fonte de legitimidade unida a razão e a vontade de Deus. Assim, o moderno constitucionalismo está ligado, por um lado, aos princípios jusnaturalistas com sua obra de racionalização do direito vigente e, por outro lado, a revolução democrática da segunda metade dos anos setecentos que, culminando o processo de secularização, não fundamenta a legitimidade do poder no direito divino do rei, nem a tradição senão no consenso racional dos cidadãos¹⁷.

O segundo caráter se refere a função: se quer-se uma constituição escrita não só para impedir um governo arbitrário e instaurar um governo limitado, senão para garantir os direitos dos cidadãos e para impedir que o Estado os viole. Com efeito, a Constituição não só regula o funcionamento dos organismos do Estado, senão que consagra os direitos dos cidadãos, postos como limites aos poder do Estado¹⁸.

¹⁶ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 25.

¹⁷ Ibid., p. 25.

¹⁸ Ibid., p. 25-26.

Para essa finalidade, para garantir realmente os direitos, a Constituição deve ser rígida e inflexível, no sentido de que suas normas não podem ser modificadas nem interpretadas pelo poder legislativo ordinário, já que são superiores hierarquicamente. Para fazer eficaz esta supremacia da constituição, corresponde ao poder judiciário controlar a justiça das leis, quer dizer, sua conformidade com a constituição, já que de outra maneira não existiria nenhum remédio legal contra sua possível violação¹⁹.

O moderno constitucionalismo se liga desta maneira a algumas correntes contratualistas, por um lado, e por outro, a revolução liberal, cujo objetivo não foi tanto dar uma legitimação distinta ao poder, senão mudar seu modo de exercício para garantir aos cidadãos concretas liberdades políticas, sociais e civis, para permitir aos indivíduos o livre arbítrio de sua personalidade²⁰.

O sentido, o conteúdo e a normatividade da Constituição são temas que sempre estiveram associados ao panorama sócio-político das diversas ordens de domínio. Apenas podem ser compreendidos dentro dessa historicidade. As forças políticas, os avanços e retrocessos culturais e mesmo as próprias transformações da sociedade produzem diferentes conceitos de Constituição.

No final do século XVIII, quando surge como uma espécie de norma no Ocidente (notadamente em 1787, com a Constituição norte-americana, e logo depois, com as que sucedem a Revolução Francesa), a Constituição não se projeta, ainda, como uma norma que define um instrumento único e codificado da estrutura política do Estado. Neste primeiro momento idealizam-se, precisamente, os pressupostos sob os quais essa estrutura haveria de ser legitimamente erguida. Seus elementos conceituais nucleares dizem com a divisão do poder e com o reconhecimento de direitos (fundamentais) do cidadão. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, assumida aos 26 de agosto de 1789, já preconizava, em seu art. 16, que a sociedade na qual a

¹⁹ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 25-26.

²⁰ Ibid., p. 25-26.

garantia dos direitos não esteja assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.

Como anota García de Enterría, esse conceito (revolucionário) será rebatido na Europa continental, tanto pela direita, quanto pela esquerda. Pela direita, como obra das Monarquias restauradas que sucedem a ruptura imposta pelos exércitos de Napoleão. Essas Monarquias concebem a ideia constitucional apenas naquilo que contém de codificação formal do sistema político superior. Daí que as cartas constitucionais outorgadas pelos monarcas pouco têm a ver com a primogênita noção de Constituição²¹.

A busca por uma espécie de restabelecimento do conceito medieval de pacto entre Coroa e povo segue deixando o monarca em uma situação pré e supraconstitucional, uma vez que o consagra como co-poder constituinte. Pela esquerda, as objeções partem da esquerda hegeliana e do marxismo no qual ela desemboca. Promove-se um reducionismo da norma constitucional formal à estrutura de poder real que a suporta.

Por esta via, que se inicia com Lassale, a Constituição não seria mais que uma folha de papel; o que conta é a Constituição real e efetiva²², expressão das relações fáticas de poder normalmente silenciadas no texto legal. É dessa forma que o sentimento genuíno de Constituição perde-se na Europa continental durante o século XIX. A Constituição deixa de ser uma norma com origens e conteúdo determinados, deixando em consequência, de ser uma norma invocável perante os Tribunais²³.

Com Kelsen se buscaria a reabilitação de um sentido material de Constituição, que se expressaria como um condensado de regras superiores da organização do qual esta derivaria e que, ao mesmo tempo, explicitaria a unidade do ordenamento jurídico. A Constituição se concretizaria, pois, em uma simples peça lógico-sistemática presente em qualquer Estado, de qualquer época e de qualquer signo ou conteúdo, de modo que a Constituição

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1985. p. 41-42.

²² Sobre o tema: LASSALE, Ferdinand. **Qué és una Constitución?**. Barcelona: Ariel, 1984.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 41-42.

passa a ser um conceito formal e abstrato ao extremo (positivista, conseqüentemente), porquanto pura realidade estrutural de fato. Essa concepção encontraria sua melhor expressão no conceito de Carl Schmitt: *o Estado não tem Constituição, é Constituição; todo e qualquer Estado*. Hoje em dia, essa noção de Constituição é inadmissível. Centralizar toda a construção jurídico-política em um conceito de Estado tão abstrato implica *volatilizar los temas capitales de la organización política, y por de pronto los de la legitimidad del poder, su titularidad y sus límites*²⁴.

Atualmente, tem-se por indubitável que a Constituição cria e conforma as principais instituições do Estado, estabelecendo sua estrutura e composição e fixando suas competências e os procedimentos para a adoção de suas decisões.

Importa destacar, aqui, duas relevantes modificações decorrentes dessa evolução acerca do conceito de (e das próprias funções da) Constituição. Primeiramente, a constatação de que a necessidade de proteção dos cidadãos não se verifica apenas frente ao Estado, que não é mais seu único agressor, senão que frente a todas as instituições – públicas ou mesmo privadas – cujas ações e decisões possam ameaçar os direitos do cidadão (inclusive pode fazê-lo o próprio parlamento); sempre importa lembrar, aqui, que ao agredido, titular de direitos fundamentais, pouco importa a natureza jurídica de seu agressor. Em segundo lugar, releva concluir que a abstenção dos poderes públicos já não constitui garantia de liberdade, como se acreditava no liberalismo, senão que a proteção dos direitos exige uma intervenção crescente do Estado para frear o abuso dos grandes grupos econômicos e sociais²⁵.

Essa nova perspectiva constitucional pode ser sintetizada nas características do constitucionalismo atual: 1) modificação nas relações entre Estado e Sociedade; 2) democratização das Constituições, que passam a fundamentar-se no princípio da soberania popular e a reconhecer o pluralismo

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1985. p. 43-44.

político e social; 3) elevação do grau de normatividade da Constituição; e 4) ampliação do âmbito constitucional²⁶.

É em tal contexto que, paulatinamente, princípios e regras sócio-econômicos foram sendo progressivamente constitucionalizados. Já no primeiro terço do século XX verifica-se uma significativa preocupação com as forças econômicas, com técnicas intervencionistas do Estado e com a incorporação constitucional de direitos sociais, fenômeno esse que não passaria despercebido no Brasil.

Na esteira da Constituição de Weimer, por exemplo, as Constituições brasileiras de 1934²⁷, 1937²⁸, 1946²⁹ e 1967³⁰ reservaram espaços próprios à estruturação das diretrizes econômicas, lançando as bases daquilo que então se passava a conceber como a *Ordem Econômica e Social*.

²⁵ AJA, Eliseo. Introducción al Concepto Actual de Constitución. In: LASSALE, Ferdinand. **Qué és una Constitución?**. Barcelona: Ariel, 1984. p. 42-43.

²⁶ Ibid., p.26-42

²⁷ Título IV – *Da Ordem Econômica e Social*. Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>.

²⁸ *Da Ordem Econômica*. Art. 135 – Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta. BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>.

²⁹ Título V – *Da Ordem Econômica e Social*. Art. 145. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único. A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social. BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>.

³⁰ Título III – *Da Ordem Econômica e Social*. Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I – liberdade de iniciativa; II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III – função social da propriedade; IV – harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V – desenvolvimento econômico; VI – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>.

A Constituição de 1988 nasceu a partir de um contexto social diverso daqueles que envolveram a elaboração das Constituições anteriores, sendo vários os fatores que justificavam sua promulgação. O destaque fica para as circunstâncias de ordem política de um país que retornava à democracia. Paralelamente, estabelecia-se um debate que não findaria em 1988, senão que seguiria pelos anos seguintes – até os momentos atuais, inclusive, mediante a sucessiva promulgação de Emendas Constitucionais -, por meio do qual busca(va)-se engendrar o Brasil nos rumos da economia mundial.

A incorporação constitucional dessas normas bem dá conta da importância que o jogo econômico passou a assumir sobre as relações sociais, devendo-se observar que a progressiva liberdade econômica jamais esteve desacompanhada de uma regulação em seu entorno. O abismo verificado entre o tempo das relações econômicas-financeiras, operando com estruturas tecnológicas virtuais aptas a lhe propiciarem resultados em tempo real, e o tempo das relações jurídicas, diferidos por natureza, não permitiria fosse a Constituição o berço normativo de todas as regras que formataram a regulação da atividade econômica. Em realidade, no que diz respeito à *Ordem Econômica e Financeira*, a Constituição estabeleceu as diretrizes básicas sob as quais tal atividade haveria de desenvolver-se. E o fez em relação de nítida congruência aos princípios fundamentais (fundamentos e objetivos) da República Federativa do Brasil, enquanto instituída sob a fórmula política do Estado Democrático de Direito (Título I).

Essa congruência de fins – de cunho normativo-principiológico – torna-se bastante nítida quando colocados em parâmetro de comparação, por exemplo, os artigos 1º (Fundamentos da República) e 3º (Objetivos Fundamentais da República) da Constituição em face de seus artigos 170 (Princípios da Ordem Econômica e 192 (Sistema Financeiro Nacional).

Conforme prescreve o art. 1º da Constituição³¹, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como

³¹ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os

fundamentos a soberania (inciso I), a cidadania (inciso II), a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV). E como objetivos fundamentais da República (art. 3º)³², despontam: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), a erradicação da pobreza e da marginalização a redução das desigualdades sociais (inciso III) e a promoção do bem de todos (inciso IV).

A teor do art. 170³³, a ordem econômica encontra-se ‘fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’, observados, dentre outros, os princípios de redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII) e busca do pleno emprego (inciso VIII). A seu turno, o Sistema Financeiro Nacional, di-lo o art. 192³⁴, está ‘estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade’³⁵.

valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa [...]. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

³² Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais; IV – promover o bem de todos [...]. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

³³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

³⁴ Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

³⁵ Analisando o panorama constitucional brasileiro, Eros Roberto Grau, com apoio na doutrina de DWORKIN, revela como princípios o art. 1º, *caput* e incisos, e o art. 170, *caput* (parcialmente) e incisos, anotando como diretrizes (políticas) o art. 3º e o art. 170

O cotejo destes dispositivos, para além de indicarem uma congruência material entre os fundamentos da ordem econômica-financeira e os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, demonstram uma importante modificação na estrutura de compreensão do Direito. Superando uma fase meramente ordenadora (de regulação de conflitos), o Direito passa a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas³⁶. Outrossim, por meio dessa análise desvela-se a racionalidade instrumental vertente da atividade econômica, a qual há de estar voltada à satisfação dos interesses (bem-estar) da coletividade.

Sinteticamente, os princípios (fundamentos) constitucionais que informam a Ordem Econômica e Financeira, bem como as finalidades a que a mesma se destina, compreendem um núcleo valorativo (bem ou interesse) a ser juridicamente preservado; tornam-se, por meio de sua previsão constitucional, interesses jurídicos-constitucionais.

A conquista desses desideratos de índole político-constitucionais é aspiração social dependente de ações de governo no campo econômico-financeiro, por meio de regular execução das respectivas políticas (cambial, fiscal, monetária etc.), sendo precisamente este o bem jurídico imediato³⁷. Nesse tom, tornam-se passíveis de sanção condutas atentatórias à regularidade na execução das políticas econômicas (especificamente, no caso da evasão de divisas, da política cambial), cuja finalidade última coincide com

(parcialmente). DWORKIN chama de diretrizes as pautas que estabelecem objetivos a serem alcançados, geralmente referidos a um aspecto político, econômico ou social. Demonina princípios, por outro lado, as pautas que devem ser observadas não porque viabilizam ou asseguram a busca de determinadas situações econômicas, políticas ou sociais que sejam tidas como convenientes, mas sim porque a sua observância corresponde a um imperativo de justiça, de honestidade ou de outra dimensão moral. Assim, por exemplo, a dignidade da pessoa humana comparece, no art. 1º, III, como princípio e, no art. 170, *caput*, como diretriz ('assegurar a todos existência digna'). GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 78-88. Para uma análise mais detida do critério dworkiano – a qual não é o propósito deste ensaio – remete-se a DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Barcelona: Ariel, 1984.

³⁶ Nesse sentido: GRAU, op. cit., p. 13. Sobre a nova função do Direito no modelo de Estado Democrático de Direito: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

³⁷ GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 16.

os princípios e objetivos do Estado Democrático de Direito (arts. 1º e 3º da Constituição).

A Constituição da República, a exemplo do que sucede com as Constituições hauridas no século XX, estabelece, de forma programática, as diretrizes básicas, bem como os objetivos a serem perseguidos, ao atendimento das necessidades de bens e serviços da sociedade brasileira. Os dispositivos constitucionais anteriormente apresentados dão conta disso, apontando a direção (finalística) que deve assumir a condução do programa econômico nacional³⁸.

Ao papel interventivo que possa assumir o Direito (a regulação jurídica) sobre a atividade econômica objeta-se, não raramente, com o argumento de que uma tal atividade haveria, por sua natureza mesma, de soar aos ventos do mercado³⁹.

É sabido, entretanto, que no âmbito econômico-financeiro se entrecruzam interesses diversos: os estatais (governamentais), os privados nacionais e os privados internacionais⁴⁰. Essa, por si só, uma razão bastante para justificar a penetração do Direito no específico setor: a necessidade de composição de conflitos que naturalmente decorreriam do desenrolar dessas relações econômicas.

³⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 5-6.

³⁹ No que respeita ao sistema do Direito, presenciamos um choque de legitimidade marcado pelo nascimento de instâncias paraestatais (paralelas ao Estado) de resolução de conflitos, as quais passam, na melhor das perspectivas, a compartilhar com o Estado os centros difusores da regulação social. O exemplo mais presente dessa reação, ao contrário do que se imagina, não desponta da base, mas do topo do estamento social. O abismo verificado entre o tempo das relações econômico-financeiras, operando com estruturas tecnológicas virtuais aptas a lhe propiciarem resultados em tempo real, e o tempo das relações jurídicas, diferido por natureza, tem proporcionado um silencioso processo de migração dos centros decisórios (J. E. Faria), reduzindo o espaço de discussão e abandonando as arenas político-estatais de controle para se alojarem junto a organismos eminentemente técnicos, orientados por uma diretriz situada além-fronteira, adotantes de processos informais de negociação que acompanham a exigência de fluidez temporal requerida (v. g., a Organização Mundial de Comércio, o Banco Mundial, o Grupo de Investidores Estrangeiros no Brasil, o Fundo Monetário Internacional, etc.). conceitos jurídicos-políticos tradicionais como nação, Estado e soberania foram colocados em xeque. De certa forma, o Direito, parece, perdeu a vitalidade que lhe devia ser característica (Monreal). Sobre o tema: FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Nada obstante, ainda podemos ir além. Conforme aponta Eros Grau, o direito não é uma simples representação da realidade social, externa a ela, mas, sim, um nível funcional do todo social. Enquanto nível da própria realidade, é elemento constitutivo do modo de produção social. Logo – prossegue Grau -, no modo de produção capitalista, tal qual em qualquer outro modo de produção, o Direito atua também como instrumento de mudança social, interagindo em relação a todos os demais níveis da estrutura social global⁴¹.

Desde uma perspectiva eminentemente política, entretanto, é certo que sob uma mesma ordem constitucional podem vicejar distintas políticas econômicas. Isso porque o programa econômico-financeiro vertente da Constituição, a par de traçar os fundamentos e os princípios da ordem econômica e financeira – os quais, aliás, não raramente apresentam baixa densidade normativa -, não engessa o governante (Poderes Executivo e Legislativo) em uma atividade que segue sendo irrenunciavelmente sua, haja vista a legitimidade democrática que o acompanha. É dizer, a liberdade de escolha e decisão, dentro das diretrizes constitucionalmente conformadoras da ação política, e nos limites da lei, forma parte da regra do jogo democrático.

Assim, e em caráter exemplificativo, o alcance do pleno emprego, com a redução das desigualdades sociais (enquanto objetivo do Estado Democrático de Direito e princípio da atividade econômica), pode ser buscado por meio da implementação de políticas mais ou menos progressistas, mais ou menos conservadoras, tema esse que segue estando na pauta diária da discussão política nacional, exteriorizando um debate que, em tempos modernos, costuma contrapor – como se tem designado, no ambiente econômico-financeiro – desenvolvimentistas e monetaristas. Daí por que ações governamentais de natureza econômico-financeira, resultantes da adoção de uma tal ou qual opção política, dificilmente tornam-se jurisdicionalmente sindicáveis, porquanto exteriorizam um panorama de conveniência e

⁴⁰ Com similar construção: BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004. p. 3.

oportunidade políticas que, salvante a hipótese de se revelarem desbordantes do panorama normativo (analisado em todos os seus graus), estão, em princípio, franqueadas ao governante. Nesse sentido, seria impensável, por exemplo, a propositura legítima de uma ação civil pública objetivando reduzir as taxas de juros fixadas pelo Comitê de Política Monetária (COPOM).

A política-econômica é manejada pela operacionalização das políticas monetária, fiscal, cambial e de rendas. Embora distanciáveis entre si em face dos objetivos específicos a que estão predispostas, essas políticas repercutem relativamente uma sobre a outra, na medida em que são instrumentos da política econômica geral.

Com essas considerações estruturais sobre a constitucionalização da ordem econômica e financeira, passa-se a análise das competências do legislador no Direito Penal contemporâneo.

2.2 As competências do legislador no Direito Penal contemporâneo

A doutrina do ilícito penal assume estreita conexão com a Constituição e com a própria teoria do Estado, estando o legislador a elas adstrito. Assim no presente tópico visa-se analisar como se dá a geração das normas penais na contemporaneidade.

É lícito afirmar que da Constituição resultam proibições (materiais) de criminalização. Das restrições tradicionais, expressa ou implicitamente enfeixadas na Constituição como retrato da incorporação de princípios fundadores do Direito Penal liberal – as quais, por essa razão mesma, estão compreendidas naquilo que entende-se por Constituição Penal, *v. g.*, princípios da legalidade, da culpabilidade, da responsabilidade pessoal, da irretroatividade da lei mais gravosa, da proporcionalidade, etc. -, um pensamento jurídico sistemático estruturado em face do modelo de Estado e Constituição de que dispomos permite considerar que: a) para que receba contornos jurídicos-penais, a conduta há de apresentar-se como ofensiva (real

⁴¹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17-18.

ou potencialmente; ou seja, deve revelar dano ou perigo de dano) a um bem jurídico, sendo esse um critério necessário, ainda que insuficiente, à caracterização do ilícito típico; b) não se terá por ofensiva – e, portanto, não haverá de incidir o Direito Penal quando – a atuação do agente venha a apresentar-se como uso legítimo de um direito constitucionalmente reconhecido; c) encontrando-se a responsabilidade penal limitada à prática de um fato exterior, não há de se admitir a inserção do Direito Penal incriminador como forma de regulação da vontade ou da atitude moral do autor, ou mesmo de sua personalidade.

A doutrina do ilícito penal assume uma estreita conexão com a Constituição e com a própria teoria do Estado. Essa conexão é reforçada tanto pela circunstância de que os instrumentos sancionadores específicos do Direito Penal exteriorizam limitações de direitos fundamentais, quanto pela necessidade de se verificar uma relação de *mútua referência* entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos que ao Direito Penal compete tutelar⁴². Daí acentuar-se que o discurso sobre a legitimação do Direito Penal é, antes de qualquer coisa, o discurso sobre sua adaptação material à Constituição. Como ordem normativa superior, compreensiva dos valores elevados em torno dos quais engendram-se as relações sociais, a Constituição projeta um impacto sobre a validade do Direito Penal, quer seja sobre sua produção legislativa, quer seja sobre a interpretação de suas normas.

Constituição e Direito Penal compartilham entre si, pois, uma relação axiológica-normativa por meio da qual a Constituição, ao tempo em que garante o desenvolvimento dogmático do Direito Penal (sendo a dogmática jurídico-penal um primeiro limite, um limite intrínseco ou, caso se prefira, uma autolimitação do Direito Penal) a partir de categorias que lhe sejam próprias, estabelece, em contrapartida, limites materiais inultrapassáveis pelo legislador

⁴² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal** – parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 13.

penal⁴³. E o faz com exclusividade, porquanto em ordenamentos jurídicos, a exemplo do brasileiro, onde se adota, a partir de uma Constituição normativa, um conceito formal de lei, apenas da Constituição haveriam de provir restrições previamente dadas ao legislador, uma vez certo que apenas o poder constituinte está habilitado a condicionar a atividade de um poder constituído como o Poder Legislativo⁴⁴.

Essa relação é sintetizada na expressão de Caamaño como *un viaje de ida e vuelta*, onde os princípios e as garantias penais foram trasladados à Constituição; mas, uma vez nela instalados, o constitucionalismo democrático ampliou sensivelmente seus campos de projeção, dotando-lhes de conteúdos e significados próprios, como cânones autônomos de ajuizamento constitucional que, em seu retorno ao Direito Penal, operam como ‘determinantes constitucionales a la acción del legislador, en un contexto previo al tipo de injusto’⁴⁵.

Essas determinantes constitucionais trazem como característica fundamental o fato de se projetarem de forma vinculante sobre o direito ordinário, fazendo-o de uma dupla forma: negativa e positivamente. Decorrem daquilo que Canotilho denomina *a força heterodeterminante da Constituição*, contexto no qual as normas constitucionais promovem a conversão do direito ordinário em direito constitucional concretizado⁴⁶.

Na condição de *determinantes negativas*, as normas constitucionais desempenham uma *função de limite* às normas de hierarquia inferior; como *determinantes positivas*, as normas constitucionais *regulam* – pelo menos parcialmente – *o próprio conteúdo inferiores*, de forma a poder obter-se não apenas uma compatibilidade formal entre o direito supra-ordenado (normas

⁴³ FELDENS, Luciano. **A constituição penal** – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁴⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal** – parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid. Civitas, 1997. p. 55.

⁴⁵ CAAMAÑO, Francisco. **La garantía constitucional de la inocencia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 44.

⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1114.

constitucionais) e infra-ordenado (normas infraconstitucionais), mas também uma autêntica *conformidade material*⁴⁷.

À luz dessa perspectiva, conclui Canotilho, 'não se pode falar, por exemplo, do direito civil como direito autônomo em relação ao direito constitucional [...]; o direito processual (penal e civil) concebe-se hoje como direito materialmente vinculado às normas e princípios constitucionais e, nesse sentido, se fala da crescente 'constitucionalização' da ordem processual civil e, sobretudo, penal'⁴⁸.

As relações existentes entre Constituição e Direito Penal não se reduzem ao estabelecimento, por aquela, de limitações (formais e materiais) ao direito de punir.

De igual forma, a Constituição figura como fonte valorativa e mesmo como fundamento normativo do Direito Penal incriminador; é dizer, opera não apenas para proibir, senão que também para legitimar, e eventualmente impor, em situações determinadas ou determináveis, a proteção jurídico-penal de bens jurídicos conectados à categorias dos bens ou interesses investidos de fundamentalidade.

Significa dizer: em ambos os sentidos – seja na penalização de condutas, seja na sua despenalização – o legislador encontrará, em determinada medida, vinculações normativas que lhe são externamente conformadoras. É precisamente dentro desses dois limites exteriores – e normativamente superiores – onde se situa a margem de discricionariedade legislativa; ou seja, a zona de liberdade de configuração que o legislador encontra se limitada negativa (limites materiais à penalização) e positivamente (obrigações constitucionais de penalização ou limites materiais à despenalização).

Aqui há um confronto entre dois termos que parecem antitéticos: a plena liberdade do legislador e as pautas que lhe são subministradas pela

⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1114.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 1114.

Constituição. Com efeito, não pode ser plena a liberdade de quem tem pautas a observar⁴⁹.

Logo, pode-se afirmar, que a liberdade de configuração do legislador penal não é absoluta, senão que é relativa. Embora inegavelmente detentor de uma ampla liberdade de configuração, não lhe é lícito editar uma lei qualquer em nome de sua legitimidade democrática.

Cabe registrar, que a democracia não se reduz a uma regra formal da maioria. Em uma democracia constitucional, a regra da maioria não há de prevalecer sempre e para tudo: 'há coisas que não pode decidir e algumas outras que não pode deixar de decidir'⁵⁰. Acaso assim não fosse, a Constituição, enquanto norma superior, estaria franqueando o seu próprio suicídio.

Uma primeira aproximação entre as funções da Constituição e as finalidades do Direito Penal permite afirmar que o legislador penal se encontra materialmente vinculado à Constituição precisamente naquilo que diz respeito ao epicentro dessa anunciada relação entre a ordem constitucional e o Direito Penal: a tutela de direitos ou interesses constitucionalmente assegurados.

Dessa constatação preliminar resulta uma segunda, mas não menos importante: a possibilidade de que a lei penal porventura desbordante das diretrizes constitucionalmente estabelecidas para a tutela de direitos fundamentais seja jurisdicionalmente sindicada por meio do controle de constitucionalidade das normas penais. A este controle não está imune o legislador penal. Como sintetizado por Figueiredo Dias, 'a correta determinação da função do Direito Penal só é possível no horizonte da concepção do Estado e do modelo valorativo jurídico-constitucional em que ela se traduz'⁵¹. Este é o horizonte de sentido do Direito Penal; este, é o enfoque constitucionalista do Direito Penal.

⁴⁹ SANTANA VEGA, Dulce María. **La protección penal de los bienes jurídicos colectivos**. Madrid: Dykinson, 2000. p. 77.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001. p. 37.

⁵¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal e Estado-de-Direito-Material**. Revista de Direito Penal e Criminologia. Rio de Janeiro: Forense, v. 31, 1981. p. 43.

Portanto, o legislador ordinário encontra vinculações normativas, como por exemplo, as cláusulas pétras do art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal, ao mesmo tempo em que decide sobre o que deva – ou não – ser considerado infração penal, o que será tratado a seguir.

2.2.1 Limite material da competência do legislador no Direito Penal contemporâneo

Ao incorporar formalmente o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX)⁵², a Constituição brasileira transferiu ao legislador ordinário tanto a decisão sobre o que deva – ou não – ser considerado infração penal quanto a definição sobre a medida da consequência jurídica (sanção) atribuível à espécie, tornando-se um limite material ao Direito Penal, o que será tratado neste item.

O princípio da legalidade surgiu como uma conquista do Estado Democrático de Direito, a fim de que os cidadãos não sejam obrigados a se submeter ao abuso de poder. Por isso, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

A origem e o predominate sentido do princípio da legalidade foram fundamentalmente políticos, na medida em que, através da certeza jurídica própria do Estado Democrático de Direito cuidou-se de garantir a segurança político-jurídica do cidadão. O princípio da legalidade é a expressão da garantia vital de que a sociedade não está presa às vontades particulares e exclusivamente favoráveis daqueles que a governam.

Assim, a legalidade ‘aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência’⁵³.

Parece claro que o princípio constitucional da legalidade nada significaria se o legislador penal ordinário pudesse fixar, com ilimitada

⁵² Art. 5º, inciso XXXIX, da CF/88: Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

liberdade, o alcance dos conceitos de crime e de sanção penal. Como anota Vives Antón, o legislador, restringindo ou ampliando tais conceitos, poderia facilmente burlar o imperativo constitucional e destruir toda a ideia de segurança jurídica dele decorrente.

Nesse sentido, que o legislador determinasse que é crime toda a conduta anti-social, ou que a privação da vida por disposição governamental não é pena⁵⁴. Uma vez pressuposta a capacidade plenipotenciária do legislador para dizer o que é e o que não é crime, nada fica a saber-se sobre quais as qualidades que o comportamento deve assumir para que o legislador se encontre legitimado a submeter a sua realização a sanções criminais⁵⁵. Em situações tais restaria completamente aniquilada a garantia constitucional, já tendo a História demonstrado as gravíssimas consequências daí resultantes.

Ao focar a Constituição como um limite material (em sentido estrito) ao Direito Penal, não deseja-se revisar conceitualmente os postulados iluministas – de resto incontestáveis – que fundamentam sua operacionalização dogmática, senão que pretende-se reavivar, a partir do modelo de Estado Social e Democrático de Direito, as fronteiras dentro das quais tal atividade haverá de legitimamente desenvolver-se.

Até final do século XIX – historia Figueiredo Dias – convivia-se de forma relativamente tranquila com a concepção de que a dogmática jurídico-penal era a única ciência que serve à aplicação do Direito Penal e, por conseguinte, a única que o jurista-penalista podia e devia legitimamente cultivar. Já a partir de um primeiro passo evolutivo reconhece-se que a tarefa social de controle do crime não mais se contentaria com uma ciência puramente jurídica. A dogmática jurídica já não se sustentava em si; exigia-se uma definição das estratégias de controle social do fenômeno da criminalidade: era o momento da política criminal. Paralelamente, não se era de prescindir do

⁵³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 90.

⁵⁴ VIVES ANTÓN, Tomás S. **La libertad como pretexto**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. p. 92.

⁵⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal** – parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 102.

conhecimento empírico da criminalidade, dos seus níveis e das suas causas: era o tempo da criminologia⁵⁶.

Com Franz von Liszt passa-se a conceber a noção de um modelo tripartido, por ele designado de ciência conjunta (total ou global) do Direito Penal. Uma ciência tal que compreenderia: a) a dogmática jurídico-penal (ou ciência estrita do Direito Penal), entendida como o conjunto de princípios subjacentes ao ordenamento jurídico penal, merecedores de explicitação dogmática e sistemática; b) a criminologia, como ciência das causas da criminalidade; c) e a política criminal, esta compreendida como o 'conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com esta relacionadas'⁵⁷.

Essa ideia-mestra da ciência conjunta do Direito Penal, apesar de duramente criticada⁵⁸, irrompeu o século XX como ponto de referência obrigatório, tendo servido à compreensão das mútuas relações existentes entre essas categorias que passariam a conferir operacionalidade ao Direito Penal. Nesse ambiente, Liszt ofereceria a célebre proposição: 'o Direito Penal – e, portanto, a dogmática jurídico-penal – constitui a barreira intransponível da política criminal'⁵⁹. Ou seja, sob a égide de um Estado de Direito, seria o princípio da legalidade a constituir a fronteira inultrapassável da punibilidade, concebida a política criminal como uma ciência auxiliar do Direito Penal.

Tais considerações, conquanto inequivocamente válidas, merecem ser reproblematicadas em face da concepção de Estado (Constitucional) Social e

⁵⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 6.

⁵⁷ FRANZ VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, 1905 apud FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 6-7.

⁵⁸ Destaca-se, no particular, a crítica formulada por KARL BINDING, que houve por acusá-la de abandonar o solo firme da lei, de ceder a 'impulsos diletantes', penetrando no terreno das investigações de caráter político e científico-natural. K. BINDING, *Grundriß des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1907, p. V, apud FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 7.

⁵⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 10.

Democrático de Direito de que dispõe-se, muito especialmente a partir das funções em que esse (novo) modelo de Estado desperta.

Como rememora Figueiredo Dias, o tempo de Liszt era o tempo daquilo que se poderia designar Estado de Direito formal, de cariz liberal e individualista; um Estado subordinado a esquemas rígidos de legalidade formal e processual, mas alheio à valoração das conexões de sentido, dos fundamentos axiológicos e das intenções de justiça material ínsitos nos conteúdos definidos através daqueles esquemas. Naquele contexto político-normativo, a competência para definir o sentido e os limites da punibilidade não poderia pertencer a outras instâncias que não as próprias 'normas legais do direito penal e a vontade do legislador histórico, onde se pensava deparar com as únicas vias para afastar a aplicação do direito penal do acaso e do arbítrio'⁶⁰.

Esse modelo de Estado de Direito formal seria, em um primeiro momento, substituído pelo paradigma do Estado social, um Estado intermediário que, sem abandonar as exigências de legalidade formal, as atenua em favor da promoção e da realização das condições de desenvolvimento harmônico e equilibrado do sistema social⁶¹.

Em comparação com o modelo liberal – que conferia primazia à legalidade, ainda que em detrimento das funções preventivas do Direito Penal estabelecidas pela política criminal -, o modelo de Estado social puro erigia a categoria da prevenção como diretriz máxima do poder punitivo, relegando a um segundo plano o controle formal dessa intervenção. Basta lembrar, por exemplo, que muitos adeptos da Escola Positiva apregoavam a necessidade de defesa social contra o delinquente nato mesmo antes da prática de um ato lesivo a ainda na hipótese de este não estar legalmente definido como crime.

Em superação aos modelos de Estados de Direito formal e Estado social adviria o modelo de Estado Social e Democrático de Direito. Sob tal conceitualidade quer-se compreender todo o Estado Democrático e Social que,

⁶⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 10.

⁶¹ *Ibid.*, p. 11.

mantendo intangível sua ligação com o Direito, preocupa-se, demais disso, com a consistência efetiva dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa, deixando-se mover, por essa razão mesma, por considerações de justiça na promoção e na realização de todas as condições – políticas, sociais, culturais e econômicas – do livre desenvolvimento da personalidade ética de cada indivíduo⁶². O caráter social do Estado não apenas o legitima para intervir, senão o obriga a intervir nos processos sociais em geral e na solução dos conflitos em particular.

Tamanha reformulação paradigmática no ambiente sociopolítico haveria de trazer fortes implicações à operacionalização do Direito Penal, que passaria a subordinar-se a novos fundamentos de validade, externos àqueles que até então habitavam a denominada ciência conjunta do Direito Penal, dominando-a soberanamente.

Se até final do século XIX, quando ainda triunfava livremente o apotegma do império da lei, a chamada dogmática jurídico-penal era a única ciência que, formatando principiologicamente a política criminal do Estado, servia à aplicação do Direito Penal, hoje não é mais assim. A dogmática jurídica e a política criminal não podem estruturar-se de forma divorciada da Constituição, a qual predispõe-se a definir os marcos no interior dos quais haverão de desenvolver-se tais atividades político-intelectivas.

Como observa Figueiredo Dias, quando se enfrenta a questão do critério de valoração, não é suficiente dizer que o legislador escolhe em inteira liberdade, e que o intérprete se restringe a buscá-lo (o critério de valoração) na lei. Nesse tom, a legitimação da intervenção penal não pode hoje ser vista como unicamente advinda de qualquer ordem transcendente e absoluta de valores. Tal constatação conduz a uma ligação direta desta via de legitimação à questão da função do Direito Penal, a qual não pode ser vista na defesa de uma qualquer ordem moral, mas na tutela da ordem legal dos bens jurídicos, necessariamente referida à ordem axiológica constitucional⁶³.

⁶² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 15.

⁶³ *Ibid.*, p. 17-20.

2.2.2 Do bem jurídico

No âmbito do Direito Penal contemporâneo, a noção de bem jurídico desempenha um papel preponderante, operando como um fator decisivo na diagramação – definição das fontes e dos limites – do *jus puniendi*⁶⁴. Ou seja, a questão sobre qual a qualidade que deve ter um comportamento para que seja objeto da punição estatal passa a ser um problema central para a Ciência do Direito Penal.

Como consequência desse processo evolutivo sedimentado na base do pensamento jurídico-penal, o bem jurídico passa de elemento estruturado pela dogmática jurídico-penal a elemento estruturante e informador da política criminal do Estado, cuja legitimidade resulta condicionada a um modelo de crime como ofensa a bens jurídicos.

É a partir desse momento – ou seja, quando se passa a exigir do legislador, como condição de legitimidade de sua tarefa em relação ao Direito Penal, que a tutela penal seja exclusivamente orientada à proteção de bens jurídicos – que o conceito do bem jurídico desponta como um conceito material e, portanto, com um conteúdo, senão previamente definido, definível.

Essa ideia da proteção de bens jurídicos como um instrumento para restringir a intervenção jurídico-penal é conceituada por Claus Roxin a partir de que a autorização de intervenção jurídico-penal deve resultar de uma função social do Direito Penal. ‘A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos’⁶⁵.

Como conceituação, para Roxin, bens jurídicos podem ser definidos como ‘circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na

⁶⁴ DOLCINI, Emilio; MARINICCI, Giorgio. **Constituição e escolha de bens jurídicos**. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, nº 4, 1994. p. 155.

⁶⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16-17.

sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos⁶⁶.

Em um Estado Democrático de Direito, 'as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos'⁶⁷. O Estado deve garantir, com os instrumentos jurídicos-penais:

não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor⁶⁸.

Roxin traz essa distinção entre realidades e finalidades, pois, ao contrário do que entendido classicamente, ele defende a ideia de que os bens jurídicos podem ser criados pelo legislador (no âmbito do Direito Tributário, por exemplo), não necessitando existirem previamente à criação da lei (que seria o caso da vida humana). Em suma, ele os define nos seguintes termos: *objetos legítimos de proteção das normas*⁶⁹.

O que importa essencialmente: um tal modelo de crime (de exclusiva ofensa a bens jurídicos), retratável na fórmula do princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*), parece encontrar respaldo na Constituição⁷⁰.

Sobre o surgimento do que sejam bens jurídicos, aponta Hassemer:

El concepto del bien jurídico es obra del pensamiento de la ilustración. Lo fundamentó y formuló Paul Johann Anselm Feuerbach como arma contra una concepción moralizante del Derecho penal. Para declarar una conducta como delito no debería bastar que suponga una infracción de una norma ética

⁶⁶ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 18-19.

⁶⁷ ROXIN, op. cit., p. 17.

⁶⁸ Ibid., p. 18.

⁶⁹ Ibid., p. 18.

⁷⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 233-270.

o divina, es necesario ante todo la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, de que lesiona bienes jurídicos. De este modo se sentaron las bases para un sistema penal orientado empíricamente, si bien han sido necesarias muchas batallas para lograr dirigir la atención del legislador y de los penalistas hacia las consecuencias del comportamiento. 'La conducta humana somente puede ser injusto punible si lesiona un bien jurídico'. Com esta máxima (re)aparece la víctima, tras siglos de haber permanecido oculta por los principios de reprochabilidad, de antijuricidad y de referencia exclusiva a la conducta del delincuente. Como fundamento del merecimiento de castigo penal de una conducta, al legislador no puede bastarle la referencia a la vulneración de una norma ética o divina, antes bien, tiene que demostrar una víctima y mostrar que a la misma le han sido lesionados bienes o intereses'⁷¹.

Se a essência da infração ao Direito aparece, desde um ponto de vista constitucional, caracterizado como um ataque à liberdade alheia (à coexistência das liberdades) – e, por essa razão mesma como lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico -, a noção de bem jurídico cobra, desta forma, a importância que lhe corresponde, aparecendo como um limite frente ao legislador; mas como um limite derivado não de simples exigências doutrinárias, senão que precisamente da Constituição⁷².

Essa recepção constitucional do princípio da ofensividade, para além de traduzir o resultado do processo compreensivo-interpretativo que se formou, ao longo do tempo, em torno à teoria do bem jurídico, revela-se vinculante para o legislador, fazendo-lhe limitar a responsabilidade penal à prática de um fato exterior e ofensivo, em nítido distanciamento das fases anteriores que correlacionavam tal responsabilidade a uma simples vontade ou mera atitude interior do autor, ou mesmo à sua personalidade.

A afirmação segundo a qual o princípio da ofensividade (lesividade) do delito, pelo qual o fato não pode constituir ilícito se não for ofensivo (lesivo ou simplesmente perigoso) ao bem jurídico tutelado, responde a uma clara exigência de delimitação do Direito Penal.

⁷¹ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984. p. 37-38.

⁷² VIVES ANTÓN, Tomás S. **La libertad como pretexto**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. p. 97.

E isso se verifica em dois patamares: no plano legislativo, o princípio da lesividade (ofensividade), enquanto dotado de natureza constitucional, impede o legislador de configurar tipos penais que já tenham sido, do ponto de vista do valor e dos interesses sociais, consagrados como indiferentes, inofensivos; em nível jurisdicional-aplicativo, a integrar aplicação do princípio deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico tutelado pela norma⁷³.

Encontrando-se, pois, a responsabilidade penal limitada à prática de um fato exterior, não há de se admitir a inserção do Direito Penal incriminador como forma de regulação da vontade ou da atitude moral (interior) do autor, ou mesmo de sua personalidade. Apenas para exemplificar, sob tal perspectiva revela-se interdito ao legislador penal, invocando uma moral qualquer, voltar-se contra um determinado comportamento sexual⁷⁴.

Em um Estado laico (secularizado), fundado na soberania popular, o Direito Penal não tem como missão “aperfeiçoar” moralmente os cidadãos. Sob o auspício do Estado Social e Democrático de Direito, comportamento criminoso não se confunde com comportamento pecaminoso⁷⁵.

Endossando Figueiredo Dias, a despeito de toda a predominância que se atribua à política criminal no contexto da ciência conjunta do Direito Penal, ela haverá, em todo o caso, de se condicionar pelos fundamentos jurídico-políticos oriundos da concepção de Constituição e Estado de que se dispõe. Daí revelar-se verídica a proposição segundo a qual se a política criminal é extra-sistemática relativamente ao Direito Penal, ela é, todavia, intra-sistemática relativamente aos modelos de Estado e Constituição. Quer-se

⁷³ PALLAZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 79-80.

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁷⁵ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 174.

dizer, em síntese final: a política criminal é imanente ao sistema jurídico-constitucional, marco legitimador de seu desenvolvimento⁷⁶.

Há se considerar que ofensa ao bem jurídico-penal não haverá quando o agente esteja no exercício legítimo de um direito, muito embora esse direito, ainda que exercido legitimamente, possa entrar em rota de colisão com outro bem ou interesse constitucional a ser preservado. Significa dizer: não haverá de incidir o Direito Penal quando a Constituição expressamente reconheça determinados fatos como exteriorização de “direitos de liberdade”, isso nos mais variados campos de desenvolvimento da personalidade humana (civil, ético-social, econômico e político).

Na síntese de Marinucci e Dolcini, do reconhecimento, pela Constituição, deste ou daquele direito de liberdades, resultam, para o legislador ordinário, proibições de incriminação mais ou menos extensas. Exemplos genéricos dessas situações seriam: a liberdade de domicílio, a liberdade de pensamento, a liberdade de organização sindical, o direito à greve, o direito de reunião e associação, etc. como exemplifica Prieto Sanchís, se a Constituição proclama a liberdade de religião ou a garantia do acusado de não declarar contra si mesmo, isso significa que nenhuma lei pode impedir o exercício daquela liberdade ou a efetividade dessa garantia, ainda que existam boas razões políticas para tanto. E simplesmente não poderá fazê-lo porque a força normativa da Constituição impede que o legislador ordinário, ou qualquer outro poder público submeta a debate aquilo que conferem os direitos fundamentais⁷⁷.

Sempre vale lembrar que a ideia de contrato social – como metáfora da democracia, para secundar Ferrajoli – não é um acordo vazio, senão que tem como causa precisamente a tutela dos direitos fundamentais, cuja violação por

⁷⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 25.

⁷⁷ PRIETO SANCHÍS. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid. Trotta, 2003. p. 489.

parte do soberano provoca a ruptura do pacto, legitimando, com isso, o exercício do direito de resistência⁷⁸.

Com essas considerações a cerca da noção de bem jurídico e seu papel na definição das fontes e dos limites da tutela penal, passa-se a analisar a expressa incorporação constitucional de matérias atinentes ao Direito Penal.

2.2.3 A vinculação do legislador penal contemporâneo

À expressa incorporação constitucional de matérias atinentes ao Direito Penal, a Constituição de 1988 apresenta-se como um dos exemplos mais eloquentes. Por quase um centena de vezes utiliza-se de expressões que dizem respeito diretamente com o Direito Penal, a saber: (a) utiliza a expressão *crime(s)*; (b) dos termos *infrações* ou *infrações penais*; (c) da terminologia *punir* ou *punição*; (d) da palavra *prisão*; (e) da expressão *preso*; (f) das expressões *penal* ou *penalmente*; e (g) do termo *criminal*. Expressões como *acusado*, *processado* e *sentenciado*, alguma ou outra vez aplicável também ao processo administrativo, igualmente permeiam o texto constitucional.

A variada diversidade terminológica, aliada a uma notória ausência de precisão técnica do constituinte, dificulta a elaboração de um agrupamento sistemático dessas normas informado por um apurado rigor científico. No que diz respeito aos deveres (mandados) expressos de tutela penal – os quais são a expressão, no campo jurídico-penal, da teoria dos deveres estatais de proteção – anotam-se, dentre outros, os seguintes dispositivos: art. 5º, incisos XLII (punição do racismo) e XLIII (penalização da tortura, do tráfico de entorpecentes e dos crimes considerados hediondos), art. 7º, inciso X (retenção dolosa do salário do trabalhador), art. 225, § 3º (proteção do meio ambiente) e art. 227, § 4º (abuso contra a criança e o adolescente)⁷⁹.

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001. p. 38.

⁷⁹ As normas constitucionais ora veiculadas exigem, para uma compreensão adequada em torno de seus limites e potencialidades, um desenvolvimento dogmático apurado. Os limites deste estudo não permitem esse detalhamento. Sobre o tema: FELDENS, Luciano. **A constituição penal** – a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Ainda que sob o mesmo objetivo geral de proteção jurídico-penal, essas normas ingressam na Constituição por motivações diversas. Uma parte delas, como reflexo da incorporação constitucional de uma concepção política de cidadania e de um novo modelo de Estado (Democrático de Direito). Ainda que pela forma de um dever de criminalização, uma espécie de ponto de não-retorno (*v. g.*, as que impõem constitucionalmente a criminalização do racismo e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático)⁸⁰.

Outras denotam mais precisamente o que se poderia designar de política criminal constitucional, revelando-se como o retrato de um desiderato do constituinte (genuína opção político-constitucional) no sentido de que sejam criminalizadas (ou que não se submetam a um processo de descriminalização, quando preexistente a figura delituosa) determinadas condutas cujo desvalor passa a brotar, explicitamente, do texto constitucional (*v. g.*, a imposição constitucional de penalização da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e do terrorismo)⁸¹.

Registre-se o efeito político-normativo concreto decorrente da assunção constitucional dessas normas. Em todas essas hipóteses, o constituinte houve por afastar do âmbito de liberdade de configuração do legislador a decisão sobre merecerem, ou não, os bens ou interesses violados por essas condutas, a tutela jurídico-penal. Essa decisão já está previamente tomada pela Constituição. Ainda assim, os termos e os limites dessa proteção jurídico-penal permanecem acometidos ao legislador democrático, a quem compete descrever as condutas, cominando – observadas diretrizes relativamente elásticas de proporcionalidade -, as respectivas penas, qualitativa e quantitativamente.

⁸⁰ Como anotam DOLCINI e MARINUCCI, tais valorações político-criminais prévias à ação legislativa decorrem tanto da experiência histórica de cada nação, bem como dos projetos e objetivos a que se propunham no momento em que promulgavam uma nova Constituição. DOLCINI, Emilio; MARINICCI, Giorgio. **Constituição e escolha de bens jurídicos**. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, nº 4, 1994. p. 172-173.

⁸¹ Como anotam DOLCINI e MARINUCCI, *op. cit.*, p. 172-173.

Assim, as disposições constitucionais veiculadas de mandados de penalização trazem como efeito normativo direto o fato de se mostrarem vinculantes ao Poder Legislativo. Operando como um Direito pré-datado ao legislador penal, formatam determinados limites – precisamente, limites constitucionalmente explícitos – da política criminal do Estado, a ser materializada no plano da legislação ordinária.

Por outro lado, ao prescrever determinadas matérias sujeitas à necessidade de tutela penal, a Constituição teve em mente a magnitude desses bens. Isso não significa, porém, que esses bens ocupem, necessariamente, uma posição de primazia valorativa, nem mesmo na consciência do constituinte (veja-se, por exemplo, que a Constituição impõe a criminalização da retenção dolosa do salário do trabalhador sem nada dizer, explicitamente, sobre a proteção jurídico-penal da vida do trabalhador).

Por desconfiar do juízo de conveniência inerente ao legislador penal, a Constituição impôs a criminalização de condutas atentatórias a determinados bens jurídicos, os quais não se pode afirmar – pelo menos em tom de generalidade – sejam os mais valiosos previstos na própria Constituição, sendo que não necessitava fazer o mesmo em relação à proteção da vida, por exemplo, certamente porque a necessidade de sua proteção se lhe afigurava, desde já, como uma evidência.

Não se requer seja o Código Penal um espelho, um retrato fiel da Constituição, pois que se assim fosse estaria-se dirigindo, sem fronteiras, a atividade do legislador democrático, cuja liberdade de configuração seria, ao invés de regra, exceção. A relação entre bens jurídicos constitucionais e penais não haverá de ser necessariamente de coincidência, senão de coerência⁸².

⁸² LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. **La proporcionalidad de la norma penal, cuadernos de derecho público**, 5 (el principio de proporcionalidad). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, sep-dic, 1998. p. 221. No plano das normas penais despenalizadoras essa questão pode revelar-se mais problemática, porquanto via de regra estará em jogo, de forma mais ou menos remota, um bem jurídico dotado da nota da fundamentalidade: a liberdade do cidadão, passível de ser restringida pelo instrumento da lei penal. Nesse contexto, avulta aquilo que se afigura seja(m) o(s) verdadeiro(s) problema(s) teórico(s): de um lado, a identificação das normas paramétricas que oportunistam um controle dessa natureza; de outro, o estabelecimento de zonas limítrofes que demarquem até onde vai a liberdade de atuação do legislador penal, a ponto de se dizê-la excedente se exercida para além desse referencial. Parece que sejam estes, respectivamente, um segundo e um terceiro

Importa é que tenha-se em conta que ao definir determinada conduta como delituosa está o legislador penal a conferir proteção normativa a determinado bem jurídico (direito ou interesse), o qual, a exemplo da liberdade, pode igualmente revelar-se investido de densidade constitucional e, também, do caráter de fundamentalidade (v. g., na penalização do homicídio o legislador está promovendo um fim: a proteção normativa da vida humana). Interesses constitucionais de elevada magnitude igualmente podem exigir circunstancialmente proteção jurídico-penal, notadamente se mecanismos extrapenais de controle não conferem adequada proteção jurídica ao interesse em causa, submetendo-o a uma proteção deficiente constitucionalmente indesejável.

Considerada, a ponderação de direitos que inequivocamente decorre da instrumentalização do Direito Penal, o recurso ao princípio da proporcionalidade, e aos recursos que ele oferece, parece irrecusável.

A teoria dos mandados implícitos de penalização encontra um aporte teórico concreto a partir da decisão assumida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 25/02/1975, quando declarou inconstitucional a Lei de Reforma do Código Penal (5. Gesetz zur Reform des Strafrechts, 18/06/1974), especificamente em relação ao aborto, no que estabelecia, a novel legislação, a possibilidade de interromper-se a gravidez dentro dos três primeiros meses de gestação (*BverfGE 39, 1*)⁸³.

À ocasião, operando uma indisfarçável relação entre a proporcionalidade e o tema dos direitos fundamentais, decidiu aquela Corte sobre a eventual obrigatoriedade, sob determinados pressupostos, de conferir-se proteção jurídico-penal à vida intra-uterina, cabendo destaque para a seguinte passagem da sentença: nos casos extremos, quando a proteção determinada pela Constituição não se consiga de nenhuma outra maneira, o

problema, os quais têm o mérito de afirmar positivamente acerca da proposição inicial, voltada à possibilidade de exercer-se um controle jurisdicional de constitucionalidade sobre normas penais, ainda que tendentes à despenalização.

⁸³ (BverfG, Urteil v. 25/2/1975 – 1 BVerf 1-6-74).

legislador pode estar obrigado a recorrer ao Direito Penal para proteger a vida em desenvolvimento⁸⁴.

Dessa decisão, aliada a outras assumidas por congêneres Tribunais Europeus, pode-se extrair, como denominador comum, que o legislador, havendo de transitar entre um limite máximo (*Übermassverbot*) e um limite mínimo (*Untermassverbot*) na conferência de proteção normativa a um direito (ou valor) fundamental, encontra-se vinculado não apenas a disposições constitucionais expressas nesse sentido, senão também haveria de submeter-se a limitações implícitas, as quais, no limite, requereriam o recurso a normas penais.

Tais limitações implícitas decorreriam de uma análise sistemático-axiológica da Constituição, isso a partir das próprias funções do Estado Social (e Democrático de Direito) e face de direitos dotados de inequívoca primazia constitucional (no caso das Cortes alemã e espanhola, visou-se à proteção da vida *in fieri*). A *ratio* que fundamenta aludidas decisões reside, em grande parte, em dois aportes dogmáticos relacionados à teoria dos direitos fundamentais, quais sejam: (a) na dupla dimensão (subjéctiva e objectiva) dos direitos fundamentais, os quais estariam a exigir não apenas uma atuação negativa do Estado (no sentido de não invadi-los de forma desproporcionada), mas, também, uma ação positiva, no sentido de sua proteção efetiva, como imperativo de tutela (dever de proteção)⁸⁵, concepção essa que encontra gestação no desenvolvimento principiológico de um modelo de Estado Social e Democrático de Direito⁸⁶; (b) bem assim, na proibição de proteção deficiente

⁸⁴ (BverfGE 39, 1) Livre tradução do alemão recolhida do texto de KAYBER, Marijon. Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del derecho penal. Competencias penales en la cuestión del aborto. In: **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 1999. p. 151.

⁸⁵ O objetivo principal da função de imperativo de tutela no âmbito das relações entre particulares é, por conseguinte, o de proteger os bens jurídico-fundamentais perante intervenções fácticas por parte de outros sujeitos de direito privado, e de assegurar a sua efectiva capacidade funcional. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2003. p. 107.

⁸⁶ O Tribunal Constitucional espanhol já teve oportunidade de se manifestar sobre esse duplo efeito dos direitos fundamentais, quando então assentou que: Los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (STC 53/1985, de 11 de abril de 1985, F.J. 4).

(*Untermassverbot*), nomenclatura cunhada por Canaris, e posteriormente incorporada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, a qual, engendrando matizes identificados ao mandado de proporcionalidade, se antagonizaria, com algumas adaptações, à tradicional proibição de excesso. Na síntese do *Bundesverfassungsgericht*, em uma segunda decisão sobre o tema do aborto, 'caso não pretenda violar a proibição da proteção deficiente, a configuração da tutela por parte do ordenamento jurídico deve corresponder a exigências mínimas' (*BverfGE 88, 28/05/1993*)⁸⁷.

Assim, da formulação teórica dos deveres de tutela penal não há de resultar qualquer hipótese de preponderância ou sobreposição desta categoria que a estrutura – a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) – sobre aquelas que tradicionalmente fundamentam a operacionalização dogmática de um Direito Penal enraizado na *extrema ratio*. Isso porque: (a) limites mínimos de intervenção podem conviver com limites máximos nesse sentido; (b) da ideia de Constituição Penal resulta a afirmação de ambas as categorias; (c) um Direito Penal de intervenção mínima não se contrapõe conceitualmente a um Direito Penal de intervenção minimamente (constitucionalmente) necessária.

Por outro lado, ao legislador penal é concedido espaço discricionário de atuação, onde poderá exercer seu critério de seleção, o que se verá a seguir.

2.2.4 A discricionariedade do legislador penal contemporâneo

A história do Direito Penal confunde-se com a própria história da Teoria de Estado. O Direito Penal liberal (clássico), por exemplo, foi uma réplica do conceito liberal de propriedade. A incisão jurídico-penal realizava-se precisamente em torno de um núcleo de bens jurídicos de primeira dimensão,

⁸⁷ Na lição de Baptista Machado, o princípio do Estado de Direito, na atualidade, não exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado; exige, também, a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato. Nessa linha, poderá afirmar-se que a ideia de Estado de Direito se demite de sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrarem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos. MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 59.

cujo âmbito de proteção radica em torno de bens jurídicos de natureza exclusivamente individual (teoria pessoal do bem jurídico). Essa concepção clássica de um Direito Penal nuclear, conforme aos ideais do século XIX, vicejou secularmente, traduzindo-se naquilo que se designou o individualismo monista da Escola de Frankfurt⁸⁸.

A estas concepções se objeta com o fato de que a indiscutível modernização da sociedade também abarcaria naturalmente a conduta desviada e haveria levado a uma modernização da criminalidade, o que faria irrecusável a correspondente modernização do Direito e, por conseguinte, do próprio Direito Penal. Como preconiza Schünemann:

del mismo modo que una sociedad moderna lleva a cabo una ruptura con el pasado, también tiene que desarrollar un Derecho Penal moderno que no puede ser el Derecho Penal de la Ilustración, concebido en una época histórica determinada, ni tampoco puede reemplazarse por un Derecho penal 'clásico', esto es, válido para todas las épocas, pues una tesis de esta índole daría lugar a la imposibilidad de extraer de la misma evolución social un producto de la evolución social: el Derecho Penal⁸⁹.

Segue com razão Schünemann ao advertir que a necessidade de uma contínua evolução do Direito Penal liberal da época da Ilustração:

ya se infiere sólo de que hoy surgen campos sociales de conflicto con elevados daños sociales de dimensiones colosales que aún no conocía la época de la Ilustración y para cuyos dominio están listos los modernos ámbitos jurídico penales del Derecho penal del riesgo, del Derecho penal económico y del medio ambiente, del Derecho penal de la empresa, de la globalización, etc⁹⁰.

⁸⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana**. Bogotá: Depto. De Publicaciones – Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 15; SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 54-55.

⁸⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. "Prólogo" al libro de GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 17.

⁹⁰ SCHÜNEMANN, "Prólogo", op. cit., p. 18.

Se o Direito Penal ainda se pretende como uma ciência aberta ao seu tempo – o tempo da sociedade do risco -, não pode dar as costas a tão importantes câmbios sociais, os quais poderiam ser sintetizados na verdadeira constatação de Ulrich Beck, segundo a qual:

la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social del riesgo, daí decorriendo que los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carência son sustituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica⁹¹.

Para o enfrentamento dessas novas questões, aponta-se, neste tópico, novos campos de intervenção jurídico-penal, relacionados aos direitos coletivos e difusos (transindividuais). Se por um lado esses novos campos de atuação afastam-se das concepções ortodoxas próprias de um Direito Penal clássico (cujo núcleo de proteção girava exclusivamente em torno de direitos individuais), por outro, revelam a capacidade de adaptação do Direito Penal às novas realidades (necessidades) sociais fruto dos novos tempos.

A atividade de identificação (reconhecimento) social dos bens (valores ou interesses) a serem juridicamente protegidos é lógica e temporalmente anterior à sua recepção normativa. Antes de serem bens ou valores recolhidos pelo Direito (bens jurídicos), eles se fazem constituídos como tais na consciência social, extraídos que são dos costumes vigentes em uma determinada sociedade e, por consequência, de suas necessidades. Isso é assim pelo menos em linha de princípio⁹².

Logo, a norma (penal), pelo menos em regra muito dificilmente excepcionável, não cria valores, senão que, alinhada à metodologia de controle

⁹¹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez, María Rosa Borrás, Barcelona: Paidós, 1998. p. 27.

⁹² A ressalva fica por conta da advertência de Silva Sánchez, quando enfatiza que existem âmbitos em que o Direito Penal incide antes de qualquer norma social. De outro lado, nos casos em que se conforma à pré-existência de uma norma social de conteúdo dado, o Direito Penal pode acolher essa norma, mas também pode regular essa matéria de modo parcialmente distinto ou inclusive optar por uma regulação contrária a ela. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992 (2ª reimp., 2002). p. 319.

social – por intermédio da qual o Direito Penal está conectado a outros mecanismos -, os absorve, por meio de sua positivação, como forma de protegê-los⁹³.

É em tal contexto que a Constituição assume uma especial relevância. Uma vez evidenciado que a ordem constitucional funciona como parâmetro de referência dos fatos legitimamente sujeitáveis à pena⁹⁴, a questão que resta a elucidar é se ela opera como um critério exclusivo nesse sentido.

Se percebe tratar-se de uma discussão sobre a(s) fonte(s) de irrigação da atividade do legislador penal, a partir da(s) qual(is) ele poderá exercer seu critério de seleção. Em suma, o debate pode ser sintetizado nas seguintes proposições alternativas: (a) ao desejar proteger normativamente determinado bem ou interesse, pode o legislador penal recolhê-lo exclusivamente da faticidade (ou seja, de seu reconhecimento social como tal)? Indagando-se sob outra forma: a incorporação normativa de um bem ou de um interesse pelo Direito Penal basta-se com um critério procedimental do tipo *output-input*, de fora para dentro do ordenamento jurídico?; (b) ou, diferentemente disso, o processo de seleção do legislador haveria de atender a um movimento de cima para baixo, a indicar que seu universo de escolha está circunscrito aos bens previamente recepcionados como tais pela Constituição?

É indiscutível a tendência, tanto quanto sedutora a ideia, de visualizar a Constituição como fonte exclusiva de validade das normas penais incriminadoras. Importante parcela da doutrina internacional vem aderindo a essa concepção para sustentar que a incidência do Direito Penal haveria de verificar-se ali, e tão-somente ali, onde se pudesse vislumbrar a ofensa a um bem jurídico de referência constitucional.

Tendo em vista a relevância da liberdade pessoal – valor sempre assentado com proeminência nas Constituições democráticas -, Bricola afirma que se pode hoje dizer, com maior consciência constitucional, que a sanção

⁹³ Na clássica expressão de LISZT, *el orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida*. VON LISZT, Franz. **Tratado de derecho penal** – tomo II. 4. ed., Madrid: Reus S.A., 1999. p. 6.

⁹⁴ FIANDACA, Giovanni. **O bem jurídico como problema teórico e como critério de política criminal**. Trad. Heloísa Estelitta. Revista dos Tribunais, São Paulo: a. 89, v. 776, jun. 2000. p. 413.b.

penal somente poderia ser adotada na presença da violação de um bem que, ainda que não ostentando igual estatura ao bem sacrificado (liberdade pessoal), pelo menos esteja dotado de previsão constitucional⁹⁵.

Nessa linha, apenas que fundamentando-a no fato de que o poder punitivo nasce precisamente do pacto constituinte, afirma Carbonell Mateu *'no ser aventurado afirmar que los derechos fundamentales sólo pueden verse limitados para salvaguardar otros que, al menos, tengan relevancia constitucional'*⁹⁶.

Essa concepção da Constituição como único ponto de partida na seleção dos bens jurídicos (concepção constitucional do bem jurídico) recebeu várias objeções. Primeiro, foi tachada de ambígua, característica que, sendo própria, em determinada medida, dos textos constitucionais, externaria uma dificuldade na concreção dos bens jurídicos que se pretendem dela extrair.

Ao mesmo tempo, entretanto, sustenta-se que a necessária referência à Constituição para a configuração de bens jurídicos suporia remeter o legislador a um catálogo fechado, com o que se desprezaria o princípio do pluralismo político e a separação de poderes, de modo a conferir ao bem jurídico, em consequência, um caráter estático. Tais críticas são pronta e definitivamente respondidas por Santana Vega. Dizendo-as arrastarem em seu seio notórias contradições, finaliza:

de un lado, se le reprocha su flexibilidad, la base por definición de todo pluralismo político, y de outro se le atribuye la falta de respecto al mismo. [...] La más arriba criticada flexibilidad y ambigüedad, lejos de ser un defecto del texto constitucional, es una virtud derivada, precisamente, del pluralismo político [...] (lo cual es) una vía de incorporación de los nuevos valores que surjan de la evolución de la sociedad la cual transformará, de forma pacífica, el respectivo marco de convivencia de cada momento histórico preexistente⁹⁷.

⁹⁵ BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. In: **Novissimo digesto italiano**. XIX. Torinese, 1977. p. 15.

⁹⁶ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. **Derecho penal: concepto y principios constitucionales**. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1999. p. 36.

⁹⁷ SANTANA VEGA, Dulce María. **La protección penal de los bienes jurídicos colectivos**. Madrid: Dykinson, 2000. p. 43-46.

Em termos de construção teórica, essa filtragem constitucional dos bens jurídicos merecedores de tutela penal afigura-se, em linha de princípio, irretocável. Sem embargo, hipóteses existem, e não pode-se simplesmente ignorá-las, em que a tutela penal, conquanto voltada à proteção de um bem jurídico de inequívoca relevância social, não oferece, pelo menos de imediato, uma correlação constitucional.

Nesse contexto, caberia enfatizar, com Dolcini e Marinucci, que a não-menção de alguns bens na Carta Constitucional não reflete necessariamente uma sua desclassificação na escala de valores. Toda a Constituição está, de fato, historicamente condicionada:

olhando para o passado, dá expresso relevo e mune de sólidas garantias bens, individuais ou colectivos, que foram limitados ou violados pela legislação precedente; projetando-se para o futuro, menciona expressamente os bens ou princípios que deverão estar, mais do que no passado, no centro da acção futura dos poderes do Estado, como objecto a tutelar ou como objetivos a realizar. Aquilo que, portanto, no passado, não foi, nem violado, nem privado de adequada tutela, não necessita de ser expressamente munido de garantia constitucional: assim se explica como, não só a fé pública, mas até a vida – bens incontestavelmente primordiais e merecedores da mais ampla protecção – não tenham sido expressamente mencionados na Constituição italiana⁹⁸.

Prosseguem Dolcini e Marinucci, oferecendo um argumento irrefutável:

Com maior razão, o carácter historicamente condicionado da Constituição manifesta-se no silenciar de bens cuja importância tem sido, de forma cabal, posta em realce pela colectividade tão-só de forma sucessiva, isto é, como reflexo das transformações económico-sociais que multiplicaram as agressões ao bem e estimularam um aumento do conhecimento das repercussões danosas dessas agressões. Exemplar, neste sentido, é o destino dos bens ambientais: não vêm mencionados na Constituição italiana de 1948, enquanto encontram expresso relevo nas Constituições aprovadas após a explosão da 'questão ecológica' (por exemplo, na Constituição portuguesa de 1976, na Constituição espanhola de 1978 e na Constituição brasileira de 1988). Cabe apenas

⁹⁸ DOLCINI, Emilio; MARINICCI, Giorgio. **Constituição e escolha de bens jurídicos**. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, nº 4, 1994. p. 168-169.

sublinhar que nenhuma dúvida pode hoje avançar-se a respeito da legitimidade da tutela penal, em Itália, dos bens ambientais, assim como dos bens da vida e da fé pública. A nossa conclusão vai, portanto, no sentido de que a Constituição não impõe um limite geral ao legislador ordinário na escolha discricionária dos bens a tutela penalmente: o legislador não está vinculado nesta escolha ao âmbito dos bens constitucionalmente relevantes⁹⁹.

Figueiredo Dias manifestaria que 'os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais, hipótese a lhes garantir dignidade jurídico-penal'¹⁰⁰.

Não há o que objetar a essa constatação, senão a considerar que em face da amplitude ou abertura axiológica e cultural da Constituição, sempre haverá meios (*links* constitucionais) que permitam, de uma forma mais ou menos remota, conectar o bem jurídico penalmente protegido a algum valor constitucional. Dessa forma, a tarefa do legislador em primeiro plano, e do intérprete em segunda análise, consistiria em localizar pontos de apoio seguros que permitam a recondução do objeto de tutela a um referente constitucional. Essa busca pela referência constitucional há de exercer-se com razoável fundamentação, sob pena de violar-se, por completo, a noção de Constituição como fonte exclusiva dos bens jurídicos suscetíveis de proteção jurídico-penal, uma vez que poucos seriam os bens dos quais não se possa afirmar que não estejam, pelo menos implicitamente, recepcionados pela Constituição.

Na senda evolutiva dos fatos sociais, o sistema jurídico vem paulatinamente acolhendo novas ordens de direitos, afastando-se de uma concepção obsoleta que reconhecia como tais apenas aqueles bens ou interesses suscetíveis de apropriação ou invocação individual. Nesse diapasão, *pari passu* aos direitos cognominados de primeira geração, designativos dos direitos individuais, se passa a conceber direitos então de segunda e terceira gerações.

⁹⁹ DOLCINI, Emilio; MARINICCI, Giorgio. **Constituição e escolha de bens jurídicos**. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, nº 4, 1994. p. 168-169.

¹⁰⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 47-48.

A depender do critério de *discrimen* utilizado – e estes são realmente variados -, haverá quem sustente a existência de uma quarta ou mesmo quinta dimensão de direitos (respectivamente, direito à democracia e à paz social)¹⁰¹. Sem embargo, de toda gama doutrinária disputante da mais precisa definição conceitual em torno do que sejam interesses coletivos e difusos, o que se configura realmente essencial dentro do objetivo proposto é a simples consideração acerca da existência de direitos e interesses supraindividuais de que são portadores, a um só tempo, uma pluralidade de indivíduos, circunstância em nada impeditiva à sua valorização como bens jurídico-penais.

A concretização desses novos direitos ou interesses de índole marcadamente transindividual¹⁰², coletivos e difusos, não se logra conquistar tão-somente em face de seu simples reconhecimento político-normativo, afinal, conforme assinala Bobbio:

uma coisa é falar dos direitos do homem, sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva¹⁰³. Torna-se imperioso efetivá-los, exigindo a sua concreção, muitas das vezes, uma 'intervenção ativa do Estado'¹⁰⁴.

Mesmo que por um lado se repila veementemente a ideia de um Direito Penal a funcionar como instrumento, mesmo que auxiliar, na realização de políticas públicas e sociais, ao veraz argumento de que outros instrumentos mais apropriados, e menos invasivos, se projetam a tal finalidade, por outro, deposita-se nessa disciplina jurídica a missão de coibir aquelas condutas que revelem hipótese de dano – ou mesmo ameaça de sua ocorrência – a bens ou

¹⁰¹ No desiderato de operar sob uma unidade semântica ao longo do texto, espancando-lhe qualquer ambiguidade primária, perfilha-se a uma classificação que radica os direitos individuais como direitos de primeira dimensão, identificando o surgimento do bidimensionalismo ao reconhecimento dos direitos sociais, isso para, em perspectiva ulterior, posicionar os direitos coletivos e difusos (transindividuais) como direitos de terceira dimensão.

¹⁰² Na hipótese, enfatiza-se conceber a transindividualidade como categoria genérica para a qual figurariam como espécies os interesses “coletivos” e “difusos”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 63.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 72.

interesses que, mostrando-se vitais à sociedade como tal, receberam, muitos deles, incorporação constitucional.

Estruturas político-normativas como ordem econômica, ordem tributária, regularidade do sistema financeiro, por exemplo, enfeixam uma relação de significados na qual se contém, para além do interesse público *stricto sensu*, o interesse de todos os sujeitos sociais hoje dependentes de seu hígido funcionamento.

Uma perspectiva (re)legitimadora do Direito Penal não encontra vínculos eminentemente jurídicos-formais, decorrentes da força normativa da Constituição, senão que pode ser concebida também a partir da faticidade, justamente considerando-se essas novas formas de ataque que, tendo como alvo imediato bens jurídicos transindividuais (os exemplos acima são eloquentes nesse sentido), não deixam, por essa simples razão, de repercutir no patrimônio jurídico de cada cidadão individualmente considerado. Não obstante assim seja, é forte a resistência – que aqui denomina-se resistência classista – à intervenção penal nessas áreas.

Como rememora Schünemann, o Direito Penal estatal se originou como instrumento específico contra a criminalidade dos pobres, mantendo-se assim durante toda a Ilustração, ainda que com a paulatina eliminação das sanções mais drásticas (tortura e queima de hereges). A proteção da propriedade privada figurava como o ponto central do Direito Penal, fazendo com que a clientela da justiça criminal se fizesse tradicionalmente representada pela classe baixa¹⁰⁵, circunstância essa, aliás, que perdura até os dias atuais.

A questão a ser analisada, portanto, é se deve continuar a operar, no limiar do século XXI, com estruturas valorativas típicas do início do século XVIII ou se deve, a partir da identificação do novos valores gerados em face das novas necessidades (individuais e sociais), estender a proteção a outras

¹⁰⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 53-54.

categorias hoje constitucionalmente reconhecidas, depositando na Constituição um papel decisivo nesse sentido¹⁰⁶.

Criticamente, tem-se objetado uma tal inserção do Direito Penal em áreas associáveis a interesses coletivos e difusos ao argumento de que tal ação legislativa representaria uma hipertrofia do Direito Penal, em manifesta oposição à fragmentariedade e à subsidiariedade que o informam. Tal afirmação, quanto mais hoje em dia, não é difícil de rechaçar, pelo menos nos termos em que colocada.

Desde logo, porque a hipertrofia do Direito Penal não se fez inaugurada a partir da conferência de proteção jurídico-penal a bens jurídicos transindividuais. Basta que faça-se uma análise retrospectiva da legislação ou mesmo um juízo hipotético de exclusão dos tipos penais edificados à tutela penal de bens jurídicos coletivos e se concluíra que nem por isso obteria-se uma purificação material do Direito Penal. Em segundo lugar, não se pode desconhecer que 'la creciente dependencia del ser humano de realidades externas al mismo'¹⁰⁷, fruto de nosso tempo, trouxe para o homem moderno novos anseios e necessidades (interesses) que igualmente se mostram, em alguma medida, merecedores de proteção jurídico-penal.

Deve-se considerar, que no ambiente social moderno os delitos não se reduzem a ataques interindividuais (dos quais formariam exemplos o homicídio, a tortura e o sequestro), senão que se fazem coletivos e difusos (delitos ambientais, crimes de lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, contra o sistema financeiro, terrorismo, etc). Muitas vezes, as ações delituosas acabam atingindo, ainda que por distinta forma de realização, as mesmas objetividades jurídicas primárias (vida, dignidade e liberdade), trazendo como resultado um grau de lesividade social inclusive maior.

¹⁰⁶ Nesse contexto insere-se a doutrina de Vives Antón, para quem o poder punitivo do Estado é exercido para lograr certos objetivos que dependem da estrutura e dos fins que a comunidade política se atribua, sempre com sujeição a certas limitações de forma e conteúdo. Daí resulta que a Constituição, direta ou indiretamente, fixa tais objetivos e limitações, de sorte que uma alteração constitucional profunda não pode deixar de repercutir no Direito Penal. VIVES ANTÓN, Tomás S. **La libertad como pretexto**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. p. 91.

¹⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 26.

Daí por que, o grande desafio do Direito Penal consiste em realizar, como observam Marinucci e Dolcini, em primoroso ensaio, uma tutela equilibrada de todos os bens jurídicos fundamentais, individuais e coletivos:

El Derecho penal moderno debe sí corregir su natural tendencia a la hipertrofia, debe realizar una tutela equilibrada de todos los bienes fundamentales, individuales y colectivos; y la doctrina penal, precisamente en el momento en que la justicia penal comienza a prestar atención también a los grandes de la economía y la política, no puede patrocinar, ni siquiera inconscientemente, un retorno al pasado, como otra cosa no puede significar la restauración de un estereotipo del delincuente sobre la base de 'classes peligrosas'¹⁰⁸.

Ainda vale referência à asserção que fazem Marinucci e Dolcini, segundo a qual o argumento decorrente das versões minimalistas do Direito Penal que tendem a afastá-lo da proteção a bens jurídicos coletivos, porquanto não se tratariam de bens jurídicos como tais – isso porque, em termos criminológicos, sua ofensa não teria vítimas de carne e osso -, é uma tese totalmente infundada. Pela primazia da argumentação, é íntima relação com o que aqui vem-se sustentando, permitindo a larga citação em continuação:

En cuanto al argumento dogmático de quienes niegan dignidad de bien jurídico a los bienes supraindividuales, bastará recordar la clásica definición – liberal – de bien jurídico, como una situación de hecho impregnada de valoración que puede ser modificada, y que por tal razón, debiera ser protegida contra tales modificaciones. Conforme a este criterio, entidades ofendibles, y por tanto, protegibles con el instrumento de la pena, no son sólo clásicos bienes individuales, sino también colectivos, como la integridad del territorio del Estado, el ejercicio de las funciones propias de los órganos constitucionales, el ejercicio de las funciones de control de los órganos de gobierno de la economía, la confianza de los ahorradores en la veracidad de los balances societarios, la pureza del agua, del aire, etc. No debe olvidarse que el Derecho penal liberal – evocado por quienes añoran un pasado que nunca existió – no se há circunscrito a la tutela de los bienes individuales, sino que siempre há protegido una gama más o menos amplia de bienes colectivos. Aquello que

¹⁰⁸ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Derecho penal 'mínimo' y nuevas formas de criminalidad**. Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª época, nº 9, ano 2000. p. 167.

caracteriza al Derecho penal contemporáneo es sólo una creciente atención a los bienes colectivos, fruto no de una visión panpenalista de control social por parte de la doctrina y del legislador, sino que de las transformaciones económico-institucionales, que han hecho emerger nuevas entidades merecedoras y necesitadas de pena, o que han acrecentado la importancia de los bienes colectivos clásicos.

Aun más débil es, por otra parte, la intención de deslegitimar la protección penal de los bienes colectivos haciendo hincapié en el argumento criminológico que ve a los delitos que atentan a aquellos bienes como 'delictos sin víctimas'. Según Hassemer, así sucedería en los delitos contra la economía y contra el medio ambiente. Se trata, por el contrario, de delitos caracterizados por una victimización de masa: directa o indirectamente ofenden círculos amplios, y a menudo vastísimos, de personas. En la esfera de la criminalidad económica, bancarrotas fraudulentas, falsas comunicaciones sociales que comprenden empresas de grandes dimensiones afectan el patrimonio de millares de ahorradores. En cuanto a la criminalidad ambiental, las agresiones grandes o pequeñas a la integridad del aire, del agua, del suelo, etc., minan las condiciones mismas de la supervivencia, física y económica, de grupos más o menos amplios de personas de todo el género humano¹⁰⁹.

Nesse sentido é a percuciente colocação de Carbonell Mateu, para quem, se por um lado o Direito Penal vê-se contingenciado pelo princípio da intervenção mínima, por outro, não há renunciar-se ao Direito Penal nas zonas onde sua atuação é necessária. É dizer, se o princípio da intervenção mínima se contrapõe à denominada fuga ao Direito Penal, tampouco a fuga do Direito Penal revela-se como solução, não se mostrando aceitável a afirmação de que o Direito Penal não pode ou não deve intervir onde não exista um bem jurídico individual e clássico. Nessa linha, não se deve olvidar a obrigação do Estado em remover os obstáculos para que 'la libertad y la igualdad sean efectivas, ni que, en ocasiones, la restricción de ciertas libertades redunde en beneficio de las libertades de los demás'¹¹⁰.

Não se vislumbra, pois, qualquer contradição primária entre as bases dogmáticas que fundamentam o Direito Penal e a proteção de novos bens

¹⁰⁹ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Derecho penal 'mínimo' y nuevas formas de criminalidad**. Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª época, nº 9, ano 2000. p. 167.

¹¹⁰ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. **Derecho penal: concepto y principios constitucionales**. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1999. p. 203.

jurídicos de feição transindividual, muitos dos quais já elevados à categoria de bens jurídicos constitucionais. O minimalismo penal, enquanto projeção dos postulados de tutela subsidiária e fragmentária que norteiam a dogmática jurídico-penal, não pode ser brandido como uma categoria metafísica, predisposta a rejeitar o avanço do Direito Penal em áreas em que sua inserção se faz necessária como decorrência da evolução das relações sociais. Como alertam, enfim, Marinucci e Dolcini, deve-se evitar ‘o rosto incômodo do Direito Penal mínimo’, notadamente quando opera, em hipótese tais, sob o epíteto ‘menos intervenção do Estado’, o qual:

parece dirigir se a la impunidad de la ‘gente honorable’, de los ‘delincuentes de guantes amarillos’ o, como se dice a partir de los años sesenta, de la ‘criminalidad de cuello blanco’¹¹¹, sendo que los trazos de este rostro se precisam cuando se pasa a considerar los instrumentos de control de la criminalidad económica propuestos por los teóricos del Derecho Penal ‘mínimo’¹¹².

Em tom de esclarecimento, como já anotara Santos, não se está a sustentar que as tensões e antinomias que subjazem à contratualização social sejam resolúveis exclusivamente pela via contratual¹¹³ (legislativa, *in casu*), mas de aplicar, em toda a sua dimensão, o *corpus* normativo desse contrato social a partir de sua expressão política mais legítima, a Constituição, porquanto nela residem os valores sociais, culturais e econômicos que constituem a própria sociedade; valores, enfim, que constituem a ação dessa sociedade.

Reserva-se ao Direito Penal, nessa perspectiva, uma missão de inquestionável relevância, voltada à conferência de proteção normativa a essas objetividades que, alçadas ao plano constitucional – circunstância a já denotar

¹¹¹ O termo *white collar crimes* – expressão inglesa a designar os cognominados ‘crimes do colarinho branco’ – foi cunhado pelo sociólogo americano Edwin H. Sutherland, a 27 de dezembro de 1939. SUTHERLAND, Edwin E. **White collar crime**. New York: The Dryden, 1949.

¹¹² MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Derecho penal ‘mínimo’ y nuevas formas de criminalidad**. Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª época, nº 9, ano 2000. p. 161.

a sua essencialidade -, carregam consigo a nota da transindividualidade: os direitos e interesses coletivos e difusos – os quais, a partir de sua incorporação pelo sistema jurídico-penal, se habilitariam a ser categorizados, também, como bens jurídicos coletivos e difusos -, notadamente quando sua violação possa representar, ainda que por via indireta, uma lesão similar, ou mesmo superior, àquela verificada contra bens jurídicos individuais, cuja legitimidade da proteção penal a eles conferida jamais fora questionada.

O que se busca com essa contextualização do Direito Penal no ambiente socioevolutivo contemporâneo é advertir para o fato de que lesões indesejadas a bens jurídicos tradicionais – como a vida, a saúde, a dignidade humana, etc. – podem decorrer de ataques que não necessariamente lhe sejam diretos, mas que nem por isso deixam de atingi-los severamente.

Tome-se, apenas a título de exemplo, as variadas hipóteses de crimes ambientais, como a contaminação indiscriminada do ar e da água, isso sem cogitar-se das repercussões econômico-financeiras no plano das políticas públicas decorrentes da delinquência macroeconômica – com efeitos, portanto, sobre a vida particular de cada cidadão, notadamente aquele menos favorecido – decorrentes de ações delituosas dessa natureza.

Tudo a significar que o legislador, ao erigir determinados bens jurídicos coletivos à categoria de objetividades jurídico-penais não está procedendo a uma artificiosa criação de bens jurídicos sem conteúdo, porquanto são tão reais e referíveis à pessoa como os tradicionais bens jurídicos individuais¹¹⁴.

Cabe ainda rechaçar uma última crítica direcionada à legitimidade da intervenção jurídico-penal nessas novas áreas de risco: o argumento de que são delitos de acumulação, no sentido de que não representam um perigo relevante, uma vez que inidôneos a lesionar o bem jurídico por meio de uma ação isolada. Ora, à exceção da hipótese de homicídio, para a destruição do bem jurídico tutelado também é necessária a repetição de condutas. Como

¹¹³ SANTOS, Boaventura de Souza. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In **A crise de paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999. p. 35.

¹¹⁴ TERRADILLOS BASOCO, Juan M. La constitución penal. Los derechos de la libertad. In: **Las sombras del sistema constitucional español**. Madrid: Trotta, 2003. p. 359.

aponta Corcoy Bidasolo, o que sucede é que 'la lesion del bien jurídico penal, tanto en los delitos en los que se protegen bienes jurídicos-penales individuales como en aquellos en los que se protegen otros supraindividuales, no implica su destrucción sino su afectación'¹¹⁵.

Essa discricionariedade do legislador penal contemporâneo, que passa pela discussão em torno de bens jurídicos, indiscutivelmente leva a modernização do Direito como um todo e, por conseguinte, do próprio Direito Penal, que está passando por um processo de intensas mudanças, que será objeto do quinto capítulo do presente estudo. Antes será abordada a discussão sobre o prévio exaurimento do procedimento administrativo como condição ou não para o início da persecução criminal, tema intimamente relacionado à independência e autonomia das instâncias administrativa e criminal.

¹¹⁵ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Limites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. In: **La política criminal en europa**. MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Diretores); GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.). Barcelona: Atelier, 2004. p. 31.

3 A (DES)VINCULAÇÃO DAS INSTÂNCIAS CRIMINAL E ADMINISTRATIVA NOS DELITOS TRIBUTÁRIOS

Antes de adentrar a discussão principal do presente capítulo, da relação entre as instâncias criminal e administrativa quando da ocorrência de crimes tributários, necessário se faz considerações a cerca do sistema administrativo brasileiro e do princípio da separação dos poderes.

3.1 O sistema administrativo brasileiro

O Brasil adotou, desde a instauração de sua primeira República (1891), o sistema da jurisdição única, ou seja, o do controle administrativo pela Justiça Comum. Daí a afirmativa peremptória de Ruy Barbosa, sempre invocada como interpretação autêntica da primeira Constituição Republicana: ‘Ante os arts. 59 e 60 da nova Carta Política, é impossível achar-se acomodação no Direito brasileiro para o *contencioso administrativo*¹¹⁶.

As Constituições posteriores (1934, 1937, 1946 e 1969) afastaram a ideia de uma Justiça administrativa coexistente com a Justiça ordinária, o que representa uma tendência do Império, que se insurgiram contra o incipiente contencioso administrativo da época. A Emenda Constitucional 7/77 estabeleceu a possibilidade da criação de dois contenciosos administrativos (arts. 11 e 203), que não chegaram a ser instalados e que, com a Constituição de 1988, ficaram definitivamente afastados¹¹⁷.

A orientação brasileira foi baseada no Direito Público Norte-Americano, que forneceu o modelo para a primeira Constituição Republicana. Essa filiação histórica é importante para se compreender o Direito Público brasileiro, especialmente o Direito Administrativo, e não invocar inadequadamente princípios do sistema francês como informadores do regime político-

¹¹⁶ RUY BARBOSA apud MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 57.

¹¹⁷ MEIRELLES, op. cit., p. 57-58.

administrativo e da organização judiciária quando, nesses campos, só mantém vinculação com o sistema anglo-saxônico.

Tal sistema é o da separação entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, ou seja, entre o administrador e o juiz. Com essa diversificação entre a Justiça e a Administração é inconciliável o contencioso administrativo, visto que todos os interesses, quer do particular, quer do Poder Público, sujeitam-se a uma única jurisdição, a do Poder Judiciário. Isto não significa que se negue à Administração o direito de decidir. O que se lhe nega é a possibilidade de exercer funções judiciais, e de emprestar às suas decisões força e definitividade próprias dos julgamentos judiciários.

Reconhecer que:

o sistema de separação entre a Justiça e a Administração torna incompatível o exercício de funções *judiciais* (não confundir com *jurisdicionais*, que tanto podem ser da Administração como da Justiça) por órgãos administrativos, porque isto não seria separação, mas reunião de funções¹¹⁸.

Assim, no Brasil, como nos Estados Unidos da América, existem órgãos e comissões com jurisdição administrativa, mas suas decisões não têm caráter conclusivo para o Poder Judiciário, ficando sempre sujeitas a revisão judicial. Portanto, para a correção judicial dos atos administrativos ou para remover a resistência dos particulares às atividades públicas, a Administração e os administrados dispõem dos mesmos meios processuais admitidos pelo direito comum, e recorrerão ao mesmo Poder Judiciário uno e único – que decide os litígios de Direito Público e de Direito Privado (art. 5º, XXXV, CF/88) - sendo este o sentido da jurisdição única adotada no Brasil¹¹⁹.

O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser

¹¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 58.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 58.

controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados¹²⁰.

Portanto, o direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição una, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Afastou, portanto, o sistema da dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos do contencioso administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada.

3.2 O princípio da separação dos poderes

Desde Aristóteles, se reconhece que a atividade estatal é suscetível, em razão das diferenças que apresenta, de ser dividida em categorias, agrupando, cada qual, aqueles atos do Estado que apresentam, entre si, traços de uniformidade. Aristóteles já fixava em três essas categorias, no funcionamento do complexo estatal: deliberações sobre os assuntos de interesse comum, a organização de cargos e magistratura e atos judiciais. O valor da descoberta aristotélica é relativo, pois não influenciou a vida política durante o milênio que se seguiu à sua vida. Durante esse lapso histórico, dominou a vontade do monarca, que reunia em si mesmo as três funções estatais¹²¹.

A teoria apenas voltou a aflorar nos séculos XVII e XVIII, cabendo a Montesquieu a sua formulação mais acabada e perfeita juridicamente¹²². Portanto, o princípio da separação dos poderes foi sistematizado por Montesquieu, como forma de se limitar o próprio poder soberano:

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Isso é possível

¹²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 58.

¹²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 297-299.

¹²² *Ibid.*, p. 299.

mediante a separação do Estado em três poderes distintos: o legislativo, o executivo e o judiciário, com atribuições para, respectivamente, fazer as leis, executar as resoluções públicas e julgar os crimes ou as querelas entre os particulares¹²³.

Desde então, a maioria dos Estados passou a contemplar a divisão dos poderes entre órgãos de um mesmo ente, com variantes relacionadas à harmonia e ao equilíbrio entre eles. Desde os séculos XVIII e XIX, o princípio da separação dos poderes foi consagrado em três documentos constitucionais: a Constituição dos Estados Unidos, de 1787 (arts. I, II e III), a da França, de 1791 (arts. 3º a 5º), e a da Bélgica, de 1831 (arts. 26 a 30). No Brasil, todas as Constituições, exceto a de 1937, expressamente contemplavam o princípio da separação dos poderes¹²⁴.

O Estado de Direito que prima pela manutenção da liberdade dos cidadãos deverá, conforme leciona Andrei Zenkner Schmidt:

ater-se, em primeiro lugar, para a necessidade de as leis serem editadas por um poder que não seja o responsável pela administração do Estado (e vice-versa), já que poderia este editar leis abusivas com a finalidade de, abusivamente, administrar o ente público, e, ademais, de isentar-se à sua própria obediência. Segundo Rousseau, 'O legislador, sob todos os aspectos, é um homem extraordinário no Estado. Se o deve ser pelo gênio, não o será menos pelo ofício. Este não é a magistratura, nem é soberania. Tal ofício, que constitui a república, não pertence à sua constituição, por ser uma função particular e superior que nada tem de comum com o império humano, pois, se aquele que governa os homens não deve governar as leis, o que governa as leis não deve também governar os homens: de outra forma, suas leis, instrumentos de suas paixões, frequentemente não fariam mais do que perpetuar suas injustiças e jamais ele poderia evitar que pontos de vista particulares alternassem a integridade de sua obra'. Por outro lado, inexistiria segurança jurídica, também, caso o poder legislativo pudesse ser transferido a qualquer outro órgão estatal, visto que o povo estaria impossibilitado de tomar conhecimento, *a priori*, de qual lei deveria seguir. 'O legislativo não deve nem pode transferir para outros o poder de legislar, e

¹²³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 117.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 118.

nem também depositá-lo em outras mãos que não aquelas a que o povo o confiou', ressaltou Locke. A separação do poder judiciário frente aos demais é um imperativo assegurador da liberdade, visto que o poder de dizer o direito não pode ter a capacidade de, ao mesmo tempo, criá-lo, sob pena de os indivíduos, além de ficarem adstritos à vontade de um só homem, desconheceriam com antecedência a verdadeira regulação dos contratos sociais¹²⁵.

As leis, uma vez em vigor, vincularão a atividade social e estatal da nação, fazendo com que ao Poder Executivo seja dada a atribuição de administrar segundo esta, e, ao Poder Judiciário, a incumbência de julgar somente em conformidade com as leis editadas sob crivo de procedimento formal. Segundo Ferrajoli:

O fundamento da divisão dos poderes e da independência da função judicial frente aos poderes legitimados majoritariamente repousa, em suma, não só na intrínseca ilegitimidade de funções jurisdicionais informadas pelo princípio da autoridade, seja qual for a autoridade que as exerça, senão também no princípio da verdade. Este se funda, por sua vez, na necessidade de preservar da opressão da maioria não desviada precisamente aquele a que se supõe desviado, de tal forma que um juiz possa absolvê-lo inclusive contra a vontade de todos. Por razões diversas, mas convergentes, a verdade do juízo e a liberdade do inocente, que constituem as duas fontes de legitimidade da jurisdição penal, requerem órgãos terceiros e independentes de qualquer interesse ou poder: a verdade, pelo caráter necessariamente livre e desinteressado da investigação do verdadeiro; as liberdades – da liberdade pessoal à do pensamento, dos direitos de defesa às liberdades políticas –, porque equivalem a outros tantos direitos dos particulares frente ao poder e aos interesses da maioria. Por isso, a aplicação de penas não pode ser nunca matéria de administração ou de governo; nem pode estar informada por critérios de discricionariedade ou de oportunidade, como ocorre com a atividade administrativa e política. Ao contrário destas, a função jurisdicional não intervém em casos gerais em função de interesses gerais, senão em casos particulares e, mais concretamente, individuais. O interesse penal geral encontra-se satisfeito preventivamente pela função legislativa, a qual está confiada a definição em abstrato de figuras de delito. Se à maioria [...] também fosse confiado o poder judicial, de ajuizamento e/ou de acusação, colocar-se-ia em perigo as

¹²⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 118-119.

liberdades dos dissidentes e seus espaços legítimos de desviação¹²⁶.

Com estas noções introdutórias acerca do sistema administrativo brasileiro, bem como quanto ao princípio da separação dos poderes, passa-se a tratar da temática principal do presente capítulo, qual seja, a relação entre as instâncias criminal e administrativa quando da ocorrência de delitos tributários.

3.3 A (des)vinculação das instâncias criminal e administrativa

Um mesmo fato ilícito pode, em face de sua gravidade ou especificidade, sofrer a incidência de mais de uma esfera da ciência jurídica. Nessa hipótese estão os crimes contra a ordem tributária e contra o sistema financeiro nacional; de igual forma, no caso de um servidor público perpetrar conduta de subtrair bem ou valor da repartição em que exercia suas funções, valendo-se da facilidade da função exercida, três sanções de diferentes naturezas poderão ser aplicadas ao infrator, o que será tratado no presente tópico.

Para cada instância, a princípio, será instaurado procedimento distinto sem qualquer prevalência de uma sobre as outras. De acordo com os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:

Essas três responsabilidades são independentes e podem ser apuradas conjunta ou separadamente. A condenação criminal implica, entretanto, reconhecimento automático das duas outras, porque o ilícito penal é mais que o ilícito administrativo e o ilícito civil. Assim sendo, a condenação criminal por um delito funcional importa o reconhecimento, também, de culpa administrativa e civil, mas a absolvição no crime nem sempre isenta o funcionário destas responsabilidades, porque pode não haver ilícito penal e existirem ilícitos administrativo e civil¹²⁷.

¹²⁶ FERRAJOLI apud SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 120.

¹²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 414.

Ainda, Hely Lopes Meirelles, quanto a relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, tece o seguinte esclarecimento:

*Com o Direito Penal a intimidade do Direito Administrativo persiste sob muitos aspectos, a despeito de atuarem em campos bem diferentes. Certo é que o ilícito administrativo não se confunde com o ilícito penal, assentando cada qual em fundamentos e normas diversas. Mas não é menos verdade que a própria Lei Penal, em muitos casos, tais como nos crimes contra a Administração Pública (CP, arts. 312 a 327), subordina a definição do delito à conceituação de atos e fatos administrativos. Noutros casos, chega, mesmo, a relegar à Administração prerrogativas do Direito Penal, como ocorre na caracterização de infrações dependentes das chamadas *normas penais em branco*¹²⁸.*

Como exemplo, pode-se citar o que leciona Luciano Feldens:

Assim, a título de exemplo, se uma determinada pessoa física reduz o pagamento de imposto de renda mediante a omissão de informações ao fisco, sua ação representa-se como um ilícito fiscal e, também, como um ilícito penal (art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90)¹²⁹.

O preceito legal que norteia todo o Ordenamento Jurídico Pátrio acerca do tema, e também aplicável às infrações administrativas, é o insculpido no art. 935¹³⁰, do Código Civil, que, desse modo, preserva a independência de instâncias, de forma atenuada, quando a causa tiver sido definitivamente solucionada na jurisdição penal, condenando ou absolvendo o agente em conformidade com o inciso I, do art. 386, do Código de Processo Penal.

Não há propriamente uma prevalência da instância criminal sobre as outras, mas sim o reconhecimento de que, como no Processo Penal vigoram princípios mais extremados na proteção do *status libertatis* do cidadão, entre

¹²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 42.

¹²⁹ FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 203.

¹³⁰ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.

eles o da verdade real, a sentença criminal é aquela que detém presunção absoluta de haver solucionado o conflito com base no que realmente ocorreu, e não por ilações ou ficções jurídico-processuais. Daí, outrossim, a justificativa para as normas dos arts. 63¹³¹ e 65¹³², ambos do Código de Processo Penal¹³³.

Colocadas tais premissas, perfeitamente aplicáveis às instâncias criminal, cível e administrativa, deve ser destacada a questão inserida nos casos de delitos fiscais e contra o sistema financeiro nacional, quando será possível observar que inexistente conclusão diversa da acima alcançada, ou seja, da ausência de influência do procedimento administrativo (tampouco do seu encerramento) na ação penal em que se debate a prática de ilícito penal¹³⁴.

Jorge Medeiros da Silva, quanto as decisões nas instâncias administrativa e criminal, sustenta que:

Assim, em tese, uma decisão não afeta a outra. Dizemos em tese pois pode haver caso em que se dê influência como absolvição por negativa de autoria, em qualquer dos processos.

A decisão porém, não gera o trancamento do outro feito e sim vale como prova.

[...]

Temos observado uma praxe bastante prejudicial da Administração – só comunicam o fato com cópia do inquérito administrativo quando este termina. Ora, frequentemente, este processo se arrasta por anos correndo assim prescrição penal (da data do fato), esvaindo-se provas, perecendo indícios e até mesmo sumindo testemunhas que mudam de endereço, se aposentam, mudam de emprego.

A comunicação deve ser contemporânea ao fato, exista ou não já aberto o procedimento administrativo cuja cópia pode ao final

Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

¹³¹ Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>.

¹³² Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>.

¹³³ FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 203.

¹³⁴ Ibid., p. 203.

ser enviada ao juiz ou à polícia para robustecer o conjunto de provas penais¹³⁵.

A partir da conduta delituosa, haverá um adequado tratamento em cada uma dessas esferas distintas: a administrativa e a judicial, regidas por principiologia e finalidades diversas, o que resultará repercussões igualmente distintas. Especificamente à questão tributária, busca-se a formação – e posterior cobrança – do crédito tributário, e, na segunda esfera, investiga-se a prática de uma infração penal.

O art. 83, da Lei nº 9.430/96¹³⁶, tem suscitado duas questões básicas: a) o crime de sonegação fiscal passou a ser de ação pública condicionada à representação? b) a lei instituiu o exaurimento da esfera administrativa como condição de procedibilidade para a ação do crime por sonegação fiscal?

Hugo Nigro Mazzilli, bem responde as duas questões suscitadas:

¹³⁵ SILVA, Jorge Medeiros da. **Direito penal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 39.

¹³⁶ Art. 83. Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

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

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

§ 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

§ 5º O disposto nos §§ 1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento.

§ 6º As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz. BRASIL. **Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996**. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm>.

A nosso ver, ambas as indagações devem ser respondidas negativamente.

De um lado, nesse dispositivo legal está claro a nosso ver que a expressão representação foi usada no sentido de fazer-se presente, não como a representação da vítima, até porque não teria sentido que o Estado-Administração (autoridade fazendária) ‘representasse’ ao Estado-Administração (Ministério Público) para instaurar a ação penal por crime que lesou o patrimônio público, sobre o qual o administrador não tem disponibilidade.

De outro lado, tal dispositivo não está criando uma condição de procedibilidade, subordinada à exaustão da esfera administrativa; está apenas determinando à autoridade administrativa que, depois de concluída a apuração fiscal, e havendo base para tanto, encaminhe os elementos de convicção necessários ao titular da ação penal pública. Nesse sentido, bem observou LUIZ FERNANDO RODRIGUES PINTO JÚNIOR: ‘quisesse o legislador efetivamente disciplinar o início da ação penal em crimes contra a ordem tributária (fazendo com que a esfera administrativa fosse esgotada para permitir a denúncia), teria criado texto legal próprio, inserindo objetivamente a condição desejada, e ainda abordando, dentre outros assuntos, a suspensão da fluência do prazo prescricional’ (Boletim IBCCrim, 53:3).

Por esse motivo, já sob a vigência da atual lei, o Supremo Tribunal Federal entendeu que ‘consoante reiterada orientação pretoriana, não constitui condição de procedibilidade da ação penal por infração de sonegação fiscal, a apuração do débito tributário na instância administrativa’ (DJU, 2-12-96, p. 47.725). No mesmo sentido, o despacho do Min. relator Néri da Silveira, na ADIN nº 1.571-DF (Informativo STF, nº 64, de 17 a 28 de março de 1997). E, na mesma esteira, assim também entendeu o Superior Tribunal de Justiça (RHC nº 5.805-SP, rel. Min. Anselmo Santiago)¹³⁷.

Portanto, são crimes, de ação penal pública incondicionada os fatos relacionados a crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90) e contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) previamente investigados pela Receita Federal e pelo Banco Central, respectivamente, de onde emanam. Conforme Luciano Feldens, ressalta-se:

De atentar-se, no particular, que a ação do Ministério Público não se faz lastreada, propriamente, no procedimento administrativo – menos ainda em suas conclusões – oriundo

¹³⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Questões criminais controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 764-766.

desses órgãos da administração, mas, sim, no conteúdo probatório deles emergente.

Nesse diapasão, considerando-se que os pressupostos de análise que a matéria sofre nas diversas esferas, bem assim o seu aprofundamento probatório, são distintos, não se torna difícil imaginar que, não raramente, podemos nos defrontar com decisões aparentemente conflitantes, emanadas das instâncias administrativa (procedimento administrativo) e judicial (ação penal), circunstância que, se não é desejada, também não deveria impressionar¹³⁸.

Na atualidade, a polêmica reside quanto aos eventuais efeitos, sobre a ação penal (esfera judicial), de uma decisão administrativa, no sentido da inocorrência do ilícito (fiscal ou cambial) potencialmente revelador de indícios da prática de uma infração penal (crime contra a ordem tributária ou crime contra o sistema financeiro nacional). Daí resulta a seguinte indagação: em tais situações, haveria o Ministério Público e o Poder Judiciário de se submeter ao entendimento da esfera administrativa (Receita Federal ou Banco Central)?

Contribuindo para elucidar tal polêmica vale citar Kiyoshi Harada:

Outra questão que decorre da natureza do crime está ligada à situação de prejudicialidade da ação penal. Se na esfera administrativa fiscal ficar comprovado que o tributo é inexigível ou inexistente, a ação penal ficará comprometida.

A jurisprudência firmada em torno da Lei nº 4.729/65 quanto à independência das esferas fiscal e penal deve ser repensada, pelo menos em relação às hipóteses tipificadas no art. 1º da Lei nº 8.137/90, que cuidam de crimes de dano. Tanto a imprecisão técnica na formulação de hipóteses criminais, recheadas de noções extrapenais que remetem o intérprete ao exame da complicada e complexa 'legislação tributária', oriunda de três esferas impositivas, que se caracteriza a notabiliza-se por seu dinamismo caótico, quanto o exagero da pena única exacerbada para todas as hipóteses elencadas, estão a merecer maior cautela na aplicação da lei penal. Não teria sentido condenar um contribuinte e, ao depois, a Administração Tributária chegar à conclusão de que, no caso, não havia supressão ou redução de tributo. A demora na conclusão do processo administrativo fiscal, de todos nós conhecida, não pode servir de argumento para adotar como regra a fluência do procedimento penal de forma autônoma. Em primeiro lugar, porque a eventual prescrição pela não-instauração da ação

¹³⁸ FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 203-204.

penal seria de inteira responsabilidade do Estado, que no processo administrativo fiscal é juiz e parte ao mesmo tempo. Em segundo lugar, porque não pode contribuir para que o Estado, por via de intimidação, force a confissão de dívida seguida de parcelamento dessa mesma dívida, normalmente acrescida de verbas estranhas ao Direito Tributário.

Interessante notar que nosso sistema jurídico parece ter predileção pela matéria criminal, a começar pela elaboração da primeira legislação codificada, o Código Penal de 1830. O art. 63 do CPP privilegia a jurisdição penal ao permitir a execução no juízo cível, da sentença penal condenatória, para o efeito de reparação do dano. O parágrafo único do art. 64 do mesmo estatuto adjetivo faculta ao juiz cível suspender o processo, se intentada ação penal, até o julgamento definitivo desta. O art. 110 do CPC, por sua vez, faculta ao juiz do cível o sobrestamento do feito até o pronunciamento da justiça criminal acerca da existência de fato delituoso. Tudo isso, contudo, não pode nem deve ser interpretado no sentido da primazia da jurisdição penal, mesmo porque, no caso, trata-se de apuração (p. 451) e constituição de crédito tributário, atividade privativa do agente administrativo competente (art. 142 do CTN). É claro que pode o juiz, eventualmente, invalidar o lançamento tributário efetuado em desacordo com a lei. Mas, se o órgão administrativo competente, representando a entidade política titular do tributo, entender inexistente o crédito tributário em determinado caso, não cabe ao juiz decidir o contrário promovendo a constituição do crédito tributário. Por isso é possível sustentar, com razoabilidade, a tese de que a ação penal para apuração de crime, que tenha como elemento constitutivo a supressão total ou parcial de tributo, deveria ficar sobrestada até final pronunciamento na esfera administrativa fiscal. De qualquer forma, impõe-se o exame caso a caso, deixando ao prudente arbítrio do magistrado o prosseguimento ou não da ação penal, ajustando-se a propalada autonomia da esfera penal à realidade atual. O enunciado da Súmula nº 609 do STF deve ser entendido apenas no sentido da procedibilidade da ação penal, nunca na acepção de que o juiz pode condenar, por sonegação fiscal, aquele a quem a decisão administrativa reconheceu não ser devedor de tributo¹³⁹.

Hugo de Brito Machado também contribui no tocante, como citado a seguir:

Entendeu a jurisprudência que a propositura da ação penal independe da conclusão do processo administrativo de

¹³⁹ HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 449-450.

apuração e exigibilidade do crédito tributário, ou do processo de lançamento do tributo.

Assim, sustentam as autoridades do governo, inclusive o Presidente da República, que a ação penal deve ser proposta concomitantemente com a ação fiscal, isto é, com base apenas no auto de infração.

Em face disso, é possível que em certos casos alguém seja condenado pelo cometimento do crime de sonegação fiscal, embora a própria administração chegue depois à conclusão de que não há tributo devido.

Isto chega a ser ridículo.

A solução coerente é, sem dúvida, a de se considerar que a propositura da ação penal deve ficar condicionada ao julgamento definitivo da ação fiscal, na esfera administrativa. Somente depois que a Administração tiver certeza da ocorrência da sonegação do tributo, vale dizer, tiver certeza de que a ação do contribuinte teve por escopo evitar o pagamento de tributo devido, é que se justifica a propositura da ação penal.

Pode-se, é certo, argumentar que a lei não coloca o julgamento administrativo da ação fiscal como condição de procedibilidade da ação penal, e que as instâncias administrativas e penal são independentes. Tal argumento, todavia, não obstante acolhido no passado pela jurisprudência, tem hoje validade apenas aparente. Já não resiste ao exame feito em face da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, a vigente Constituição Federal, além de garantir que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), determina que 'aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes' (art. 5º, LV, CF).

No devido processo legal compreende-se o direito à elaboração regular e correta da lei e de sua razoabilidade, de sua aplicação através do instrumento hábil, que é o processo, no qual deve ser garantida a igualdade entre as partes.

Não se pode considerar razoável a lei que admita a propositura da ação penal, por crime de sonegação fiscal, se ainda nem a própria Administração pode afirmar a existência de sonegação, porque ainda não foi encerrado o processo administrativo a este fim destinado. Muito menos que esteja sendo a lei corretamente interpretada. E menos ainda que exista igualdade entre as partes, no processo administrativo fiscal, se o Estado-fisco dispõe, antes de apurados os fatos, do instrumento de atemorização que é a ação penal, posto que a ameaça de seu uso constitui, indubitavelmente, forma evidente de coação.

A ampla defesa, a seu turno, resta sacrificada com a ameaça do uso da ação penal contra o contribuinte, que se verá na iminência de ser condenado, de perder a própria liberdade, antes mesmo de serem examinadas, na esfera administrativa, as razões que tenha oferecido para demonstrar a improcedência a ele feita pelos agentes do fisco.

Não pode haver dúvida, portanto, de que a propositura da ação penal só é possível depois de feito, definitivamente, o lançamento tributário¹⁴⁰.

Na legislação tributária brasileira, a preocupação predominante e fundamental é a de receber a prestação pecuniária determinada em lei, sendo as penalidades aplicáveis (qualquer que seja a sua natureza) somente meio de pressão para a preservação e o recebimento rápido do crédito tributário (simples ou acrescido do montante coator).

Como as ações fiscais administrativas permitem ao contribuinte a opção de recolher o tributo com multa reduzida em 50% do valor, nos primeiros 30 dias, e como, desde a sua entrada em vigor, os contribuintes que assim agiram não sofreram qualquer tipo de procedimento criminal, deve-se entender que o Fisco não pode comunicar ao Ministério Público antes da constituição definitiva do crédito tributário a notícia do crime¹⁴¹.

¹⁴⁰ MACHADO, Hugo de Brito. A independência das instâncias cível e penal na sonegação fiscal e no excesso de exação. p. 55-62. In CAMPOS, Dejalma de; OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de (Coord). **Direito penal tributário contemporâneo**: estudos de especialistas. São Paulo: Atlas, 1996. p. 58-59.

¹⁴¹ Leia-se nesse sentido o parecer do então procurador da Justiça de São Paulo, Dr. Joachin Wolfgang Stein, no HC 117.180, de Araras, em que diz:

‘De conseguinte, sem que antes se fixe em definitivo, na esfera fiscal, o montante do imposto sonegado e sem que antes se faculte ao devedor pagá-lo e, assim, extinguir a punibilidade, não há como pretender a imediata responsabilização criminal, mormente provindo os dados relativos à infração de fonte estranha à administração fiscal.

Em suma, a liquidez da dívida ativa, presumida *juris tantum* pela lei, o que tem por lastro a inscrição, procedida após regular procedimento administrativo-fiscal, com ampla defesa do contribuinte, é condição de procedibilidade para o processo criminal, sempre que o débito provenha de sonegação praticada nos moldes do art. 1º da Lei nº 4.279, única a definir a culpabilidade do tema (art. 3º e v. aresto, *in RT*, 412:273)’ (*O Estado de S. Paulo*, 24 set. 1972, p. 236).

Da mesma forma o Egrégio Tribunal Federal de Recursos no HC 2.652 – Ceará (*DJU*, 2 maio 1972), por sua 2ª Turma decidiu:

‘Crime de sonegação fiscal.

Para início da ação penal, mister se faz que o crédito tributário que se quer sonegado esteja perfeitamente caracterizado, através de lançamento completo. Procedimento fiscal em andamento não justifica a instauração do processo-crime.

Não constituem elementos suficientemente comprobatórios do delito meras peças da autuação fiscal, ainda em fase de contraditório.

O lançamento *ex officio* instaurado sob o pressuposto de sinais exteriores de riqueza, por si só, não justifica o início da ação penal, visto como não caracteriza ele falsa declaração, nem omissão dolosa de rendimento. Denúncia que não aponta o fato delituoso com todas as circunstâncias (CPP, art. 41) não merece ser aceita.

Habeas corpus que se defere’, devendo-se ressaltar no voto do eminente ministro relator, Dr. Jarbas Nobre, a seguinte interpretação:

Essa interpretação, segundo Ives Gandra da Silva Martins:

É a única viável na realidade do direito brasileiro, as sanções consideradas de natureza criminal só seriam possíveis após esgotadas todas as instâncias administrativas para coagir-se o contribuinte a recolher tributário, o que vale dizer, após o fracasso das sanções menos violentas. O Supremo Tribunal Federal, todavia, ao denegar ação direta de inconstitucionalidade do Ministério Público Federal que pretendia derrubar o art. 83 da Lei nº 9.430/96, admitiu que, por força própria, pode o Ministério Público investigar outros delitos tributários¹⁴².

Ainda, Ives Gandra da Silva Martins, formula a seguinte indagação: 'Pode um sujeito passivo da relação tributária ser condenado por crime fiscal relacionado a processo em que a própria Administração ou o Poder Judiciário venham a declarar inexistir qualquer responsabilidade de natureza tributária?'¹⁴³, e a responde:

Entendo que não. Seria admitir que alguém fosse condenado por homicídio, estando a vítima assassinada assistindo ao julgamento. Sendo a hipótese criminalizante forma de impor o cumprimento da obrigação tributária, inexistindo responsabilidade tributária, inexistirá a responsabilidade penal. A procedibilidade autônoma não pode nunca implicar condenação autônoma¹⁴⁴.

E prossegue seu raciocínio da seguinte forma:

Nestes casos em que o tributo se encontra, assim como a penalidade pertinente, administrativa ou criminal, compreende-se que a sanção vise muito mais garantir ao Erário a receita pela lei estipulada, com sua 'carga desmedida' e não 'indevida',

'O processo administrativo, vale dizer, o processo de lançamento, não está concluído. Pende de recurso. Isto importa em afirmar que o crédito tributário ainda não está constituído, ainda não foi declarado, ainda não existe e, assim, não é exigível.

Enquanto não aperfeiçoado o lançamento, sequer se poderá pretender ocorrido o fato gerador e nascida a obrigação tributária.

Aqui poderia ser repetido o que já afirmaram Gaston Jèze e Berliri: a ocorrência do fato gerador faz nascer para o Fisco o direito de proceder ao lançamento'. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Da sanção tributária**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 22-23.

¹⁴² MARTINS, op. cit., p. 22-23.

¹⁴³ Ibid., p. 125.

¹⁴⁴ Ibid., p. 125.

do que preservar valores maiores da ordem social, como o direito à vida, ao patrimônio, à liberdade, ao trabalho etc. Esta a razão pela qual o pagamento do tributo antes da decisão administrativa de 1ª instância extinguiu a punibilidade no direito pretérito - e a jurisprudência dilatara esse aspecto temporal -, visto que a vinculação entre a sanção e a obrigação tributária é indecomponível e indelígível (por força do art. 34 da Lei nº 9.249/95, voltou-se a extinguir a punibilidade nessa hipótese)¹⁴⁵.

De início, mister se faz examinar a procedibilidade da ação penal em matéria tributária, que diz respeito a seu curso, mas não a seu término. Refere-se ao processo de apuração judicial de eventual figura delituosa, mas não se refere à condenação, esta decorrencial, não da independência procedimental, mas no conteúdo do processo. A procedibilidade, portanto, diz respeito ao direito à ação que permite ao sujeito ativo da relação tributária e que o STF, pela Súmula 609, declarou incondicionada, independente da ação fiscal.

A procedibilidade autônoma, direito formal a ver apurada a pretensão condenatória do autor, não elimina o direito estrutural que as partes (sujeito ativo e passivo da relação tributária), na conformação sancionatória de norma assecuratória do cumprimento da obrigação tributária, têm de ver a relação jurídico-tributária examinada à luz de sua matéria fática e da configuração dos elementos contidos no processo. A procedibilidade penal autônoma implica, necessariamente, uma decisão final vinculada à própria relação material¹⁴⁶.

E conclui que:

Desta forma, a Súmula 609 garante apenas a autonomia processual, mas não declara que a ação penal possa concluir tenha havido sonegação fiscal sem que sonegação fiscal tenha havido. Em outras palavras, que haja crime de sonegação, isto é, não-recolhimento de tributos por meios fraudulentos, sem que tributo nenhum seja devido¹⁴⁷.

¹⁴⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Da sanção tributária**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 129.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 129.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 129-130.

Os prazos prescricionais a que se refere o crime de sonegação não são os mesmos pertinentes à ação fiscal, visto que, tal delito punido pela Lei 4.729/65, que vigorava à época da Súmula 609, com pena de detenção de 6 meses a 2 anos, a prescrição dessa ação ocorria em 4 anos, enquanto a prescrição da ação fiscal, depois da constituição definitiva do crédito tributário, dava-se em 5 anos¹⁴⁸.

As formas extintivas da obrigação tributária, de seu crédito e do delito pertinente, por força de inércia, ocorriam em prazos diversos, há de se compreender que a autonomia fosse necessária para efeitos de compreender-se o espírito da Súmula 609, a fim de não acontecer, por dependência, a extinção do direito à ação penal, em face do não-julgamento da ação fiscal nos prazos pretendidos¹⁴⁹.

Somente assim justifica-se a procedibilidade autônoma, que, todavia, no mérito, isto é, estruturalmente, não pode comportar condenação por sonegação fiscal de obrigação tributária, intrinsecamente inexistente.

Contrariamente, a absolvição por falhas formais no procedimento administrativo não implica afastamento da prática de atos considerados de sonegação, razão pela qual o sonegador continua como sonegador, muito embora a materialidade do ato não possa mais ser agredida pelas vias processuais administrativas ou judiciais¹⁵⁰.

Ora, à evidência, se distintas são as situações, distintas também as consequências. Não é, pois, possível a condenação em ação penal havendo absolvição pretérita que tenha recaído sobre um não sonegador, por nunca ter nascido a obrigação tributária ou por excluído o crédito correspondente (casos de isenção). É, entretanto, possível a procedibilidade de ação e condenação do acusado, sempre que o sonegador, que praticou atos de sonegação, tenha sido absolvido, na esfera administrativa, por erros formais e extrínsecos à materialidade da imposição¹⁵¹.

¹⁴⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Da sanção tributária**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 130.

¹⁴⁹ Ibid., p. 130.

¹⁵⁰ Ibid., p. 131.

¹⁵¹ Ibid., p. 131.

Verifica-se, pois, que, em nenhum momento, quaisquer das decisões conhecidas até hoje examinou, em concreto, o aspecto da inexistência material de obrigação tributária com o condão de gerar imposição penal aplicável a crime de sonegação. Todas as decisões conhecidas referem-se à procedibilidade autônoma, decorrente das características próprias de cada uma das ações, mas nunca a condenações autônomas, em que a obrigação tributária, materialmente inexistente, pudesse gerar condenação ao desobrigado fiscal, por crime de sonegação fiscal¹⁵².

O Min. Francisco Rezek (HC 61.120-MT), ao dizer: ‘... Quanto à declaração de autoridade fazendária, de que o acontecimento não configurou infração fiscal, disto resultando a devolução da carga apreendida, tenho que o fato é insubsistente para frustrar a ação penal. A instância judiciária independe da administrativa. A conclusão desta última, inocentando os pacientes da prática de infrações fiscais, não tem a virtude de excluir a apreciação, pelo Judiciário, do fato em tese criminoso, à luz das provas de que disponha...’, não advoga tese contrária, visto que subordina a condenação às provas de que disponha, provas essas que, de rigor, são examinadas simultaneamente pela administração pública ou pela justiça especializada em Direito Tributário e pela Justiça Penal, ‘e que, em sua materialidade, não poderão ensejar tratamentos diferenciais em sua solução’¹⁵³.

Sinteticamente, Ives Gandra da Silva Martins conclui:

Não se conhece, na jurisprudência pátria, caso semelhante, razão pela qual entendo que: a) a procedibilidade autônoma da ação penal em relação à ação fiscal decorre, fundamentalmente, dos prazos extintivos por inércia serem diversos em relação a uma e outra, muito embora outros fatores de menor relevância também direcionem-se ao mesmo sentido; b) a procedibilidade autônoma, que diz, portanto, respeito ao curso procedimental, não implica condenação autônoma, visto que, se inexistir a conformação legal e material do tributo, não poderá haver crime de sonegação fiscal de obrigação tributária não-nascida ou crédito pertinente excluído; c) o afastamento exigencial do tributo e/ou penalidade, por falhas formais, não implica a inexistência do crime de sonegação fiscal, vinculado ao nascimento da obrigação

¹⁵² MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Da sanção tributária**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 131.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 134.

tributária e de seu crédito, e não ao afastamento exigencial; d) a interpretação sistemática da jurisprudência concernente ao Direito Tributário Penal só permite a conclusão exposta nos itens a a c; e) não há caso jurisprudencial de condenação penal com absolvição material do executado, na ação administrativa ou na ação fiscal própria; f) a jurisprudência penal concernente às normas de aceitação social, pela conformação ontológica distinta, é imprestável para servir de elemento de aferição das ações penais vinculadas às normas de rejeição social.

Em face do exposto, a Súmula 609 do STF cuida apenas da procedibilidade autônoma, não se tendo conhecimento, por outro lado, de decisões judiciais com condenação penal por crime de sonegação correspondente à obrigação tributária não-nascida ou a crédito tributário excluído, materialmente¹⁵⁴.

Substancialmente distinta, é a posição de David Teixeira de Azevedo, considerando que o art. 83, da Lei nº 9.430/96, veio 'condicionar a ação penal à representação por crime fiscal, ao término do processo administrativo em que se discute a legitimidade do Auto de Infração'¹⁵⁵.

A recente Lei 9.430/96, contudo, em seu art. 83, dispôs que [...], a trazer expressa condição de procedibilidade. Se não pode haver representação é porque, a partir de agora, para os crimes definidos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 a ação penal fica condicionada à providência da parte ofendida na manifestação do desejo de processar o autor da suposta infração penal.

[...]

Considerar que a representação aludida no dispositivo significa tão-só mera comunicação ao Ministério Público da existência do ilícito tributário, mas não o exercício de uma potestade jurídica, condição do exercício da ação penal, e que este último poderá *sponte propria* iniciar o procedimento investigatório preliminar e apresentar subseqüente denúncia, é votar o dispositivo à ociosidade, tornando absolutamente supérflua a norma. É também instituir a lei um jogo de esconde-esconde: a autoridade tributária omitiria do titular da ação penal a existência de um ilícito tributário até julgamento final do processo administrativo. Se o titular da ação penal, por esperteza, porventura vier a descobrir o ilícito tributário, nada estaria a lhe impedir a persecução penal!

¹⁵⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Da sanção tributária**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 132.

¹⁵⁵ AZEVEDO, David Teixeira de. **A representação penal e os crimes tributários**: reflexão sobre o art. 83 da Lei 9.430/96. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 19, 1997. p. 111.

Não seria razoável, sob outro ângulo, pensar haver o legislador ele mesmo permitido a burla da norma: condiciona-se a ação penal à representação; todavia nada impediria a mera comunicação, esta sim suficientemente para início da *persecutio criminis* !!! Seria, assim, absolutamente inócuo o dispositivo, porque com a comunicação ou sem ela, o titular da *persecutio criminis* poderá desencadear o procedimento penal. Mais que ociosa, ainda, tal norma, por não haver razão jurídica para disciplinar em lei ordinária a mera comunicação da infração tributária ao Ministério Público. Com ou sem comunicação, o Ministério Público poderá avaliar, sempre e sempre, a conveniência e a correção de apresentar-se a acusação penal.

[...]

Se a lei institui a representação, é por não desejar a instauração da ação penal senão depois de verificada, em definitivo, no processo administrativo, a exigência fiscal do crédito tributário. E se assim é, evidentemente que a finalidade foi criar uma condição de procedibilidade para a ação penal, cujo início não poderá ocorrer senão após a decisão administrativa.

[...]

Trata-se, a representação, de condição de procedibilidade, *lato sensu*, mais particularmente uma condição da ação referida à possibilidade jurídica do pedido.

[...]

Agora, a lei é clara ao reservar a providência criminal somente após o término do processo fiscal na esfera administrativa.

[...]

Outra relevante razão ainda de ordem jurídico-política, para se concluir depender a persecução penal da representação da autoridade competente, após o encerramento de eventual processo administrativo, está na possibilidade de se instaurar uma verdadeira extorsão pelo Estado: ou paga o tributo cobrado (exigência ilegal) ou então será processado criminalmente (grave ameaça)¹⁵⁶.

Com estas considerações acerca da relação entre as instâncias criminal e administrativa quando da ocorrência de delitos tributários, nos quais um mesmo fato ilícito pode, em face de sua gravidade ou especificidade, sofrer a incidência de mais de uma esfera da ciência jurídica, passa-se a discussão quanto ao prévio exaurimento da via administrativa como requisito para o início da ação penal.

¹⁵⁶ AZEVEDO, David Teixeira de. **A representação penal e os crimes tributários**: reflexão sobre o art. 83 da Lei 9.430/96. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 19, 1997. p. 113-122.

3.4 Prévio exaurimento da via administrativa e ação penal nos crimes contra a ordem tributária

A questão de saber se, nos crimes contra a ordem tributária, o exaurimento da via administrativa é necessário para a propositura da ação penal, tem sido objeto de controvérsias e será tratado no presente tópico.

Nesta tarefa, é de grande importância: a) o esclarecimento da distinção entre condição de procedibilidade e questão prejudicial; b) o exame da relação entre os tipos penais, o lançamento tributário e a garantia constitucional do devido processo legal; c) o exame da jurisprudência concernente ao uso das denominadas sanções políticas como meio coercitivo para compelir o contribuinte ao pagamento do tributo.

3.4.1 Condição de procedibilidade e questão prejudicial

A questão de saber se, nos crimes contra a ordem tributária, o exaurimento da via administrativa é indispensável à propositura da ação penal, demonstra que na maioria dos casos a questão não tem sido adequadamente colocada, sendo visível a confusão feita entre condição de procedibilidade e questão prejudicial.

Diz a Súmula 609, do Supremo Tribunal Federal, que 'é pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal'. A partir desse enunciado, formou-se uma jurisprudência no sentido da desnecessidade de prévia decisão administrativa, confundindo condição de procedibilidade com questão prejudicial.

Contribuindo para tal, vale citar Hugo de Brito Machado:

O exame dos acórdãos dos quais resultou aquele enunciado demonstra que nos mesmos cuidava-se apenas da questão processual de saber se a ação, nos crimes fiscais, dependia de representação da Fazenda. Tanto que, no terceiro daqueles julgados, um Recurso Extraordinário contra acórdão do Tribunal de São Paulo, que considerou indispensável a prévia constituição do crédito tributário, o Ministro Relator, depois de registrar a divergência jurisprudencial em torno da questão,

concluiu no sentido de que a ação penal não está, de modo algum, condicionada à instauração e ao julgamento do processo fiscal. Ressaltou, todavia: *'Se a questão penal nela versada estiver, porventura, condicionada ao desate da questão fiscal, resolver-se-á o problema pela disciplina legal da prejudicialidade heterogênea (CPP, arts. 92 e ss)'*¹⁵⁷.

A condição de procedibilidade concerne exclusivamente ao processo, enquanto a questão prejudicial diz respeito ao direito material. Questão prejudicial, para Vicente Greco Filho, 'é uma infração penal, ou uma relação jurídica civil cuja existência ou inexistência condiciona a existência da infração penal que está sob o julgamento do juiz'¹⁵⁸.

Assim, para Hugo de Brito Machado:

Constitui grave equívoco, portanto, a invocação da Súmula nº 609, do Supremo Tribunal Federal, para fundamentar decisão que diz inexistente a questão prejudicial tributária; vale dizer, a questão de saber se existe, ou não, tributo devido, relativamente ao qual se deu a ação dita criminosa. Ou para fundamentar decisão que afirma irrelevante, no Juízo penal, a decisão da autoridade da Administração Tributária que julga improcedente a ação fiscal, afirmando indevido o tributo exigido.

[...]

A questão prejudicial diz respeito ao direito material, e o seu adequado deslinde é essencial à unidade do Direito.

Em admirável voto vencido, asseverou o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, com inteira propriedade, que proclamada a inexistência do ilícito, ainda que administrativamente, não pode o Ministério Público, com esteiro no mesmo fato, promover a imputação criminal. Seria contraditório, afrontando a unidade do Direito, o Estado (na espécie o Estado de Santa Catarina), num momento enuncia licitude e a seguir proclama a criminalidade¹⁵⁹.

Como questão de direito material, a questão prejudicial decorre da formulação do tipo penal. E como essa formulação, no Direito brasileiro, sofreu significativa alteração, já não é válida a invocação da jurisprudência formulada

¹⁵⁷ MACHADO, Hugo de Brito. **Prévio esgotamento da via administrativa e ação penal nos crimes contra a ordem tributária**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 15, 1996. p. 232.

¹⁵⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 151.

¹⁵⁹ MACHADO, op. cit., p. 232-233.

à luz da lei anterior. A desatenção para a evolução legislativa, no concernente à tipificação do crime fiscal, parece ter contribuído para o cometimento de equívocos, sobretudo porque reforça com a invocação da doutrina italiana, sendo que as leis, na Itália e no Brasil, evoluíram em sentidos opostos¹⁶⁰.

Nas palavras de Hugo de Brito Machado, quanto ao direito italiano, vale transcrever:

A tese predominante na jurisprudência parece ter origem na lição de Manzini. Ao apreciar o Recurso de *Habeas Corpus* nº 50.523-SP, o Supremo Tribunal Federal, de certa forma, acolheu a doutrina italiana, citada no acórdão do que invocou lição de Manzini, para concluir que: a) o juiz penal não está obrigado a aguardar a solução da instância administrativa, para permitir a movimentação da ação penal, e b) no julgamento do fato denunciado como sonegação fiscal não está vinculado à solução eventualmente dada pela instância administrativa. Isto é, pode o juiz penal condenar quando o contribuinte tenha sido liberado pela administração fiscal como absolvê-lo, na hipótese contrária (RTJ nº 65, p. 62). É interessante, portanto, o exame do Direito Penal Tributário italiano, a ver-se como foi ali tratada a questão.

[...]

De todo modo, a análise da doutrina italiana demonstra que, ali, a lei anterior definia como crime a evasão, por isto mesmo se considerava indispensável o prévio lançamento do tributo, ou, em outras palavras, a determinação da ocorrência da efetiva supressão, ou redução, de um tributo legalmente devido, constituía uma circunstância prejudicial. Tinha-se a prejudicial tributária. E para afastá-la, a reforma penal alterou a definição do crime, que deixou de ser um crime material, de resultado, para tornar-se um crime de mera conduta, ou crime formal¹⁶¹.

Portanto, na Itália, o crime fiscal em questão, passou de um crime material, de resultado, para um crime formal, de mera conduta, em que o juiz penal não está obrigado a aguardar a solução da instância administrativa, não havendo qualquer vinculação entre as instâncias judicial e administrativa.

¹⁶⁰ MACHADO, Hugo de Brito. **Prévio esgotamento da via administrativa e ação penal nos crimes contra a ordem tributária**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 15, 1996. p. 233.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 233-234.

No Brasil deu-se o contrário. Com a Lei nº 8.137/90, operou-se a substituição de tipo penal de mera conduta, crime formal, por tipo penal em que o elemento essencial é precisamente a supressão ou redução do tributo, crime de resultado¹⁶².

Pode-se afirmar, assim, que a lei atual define a supressão ou redução de tributo (art. 1º¹⁶³) como crime material, ou de resultado. Sua configuração exige que se defina a existência de um tributo devido, para que se possa afirmar sua supressão, ou redução, mediante uma ou mais das condutas descritas na lei. É indubitável, portanto:

que a invocação do direito italiano não ampara a tese que vem sendo adotada em alguns julgados, no Brasil. Pelo contrário, a análise do Direito italiano demonstra que, em nosso caso, sendo o crime de supressão ou redução de tributo um crime de resultado, não se pode afastar a questão prejudicial tributária¹⁶⁴.

Contribuindo com o acima exposto, Agostinho Toffoli Tavoraro sustenta:

Tributo e contribuição social não de ser entendidos, na definição legal, como aqueles que hajam sido criados e estejam sendo arrecadados de acordo com a Constituição e leis vigentes.

Em outras palavras, não se cogita, no tipo penal somente de tributo ou contribuição, mas sim de tributo ou contribuição exigível, aquele que se reveste dos atributos de constitucionalidade e legalidade indispensáveis.

Não basta apenas que sejam tributos ou contribuições, por nomeação de norma; necessário, sim, que sejam devidos.

A falta dessa qualidade, indevido o tributo, seja por desconformidade à Constituição ou à lei complementar, faltarão o elemento material do tipo, tornando, assim, inexistente o delito.

¹⁶² MACHADO, Hugo de Brito. **Prévio esgotamento da via administrativa e ação penal nos crimes contra a ordem tributária**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 15, 1996. p. 234.

¹⁶³ Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas. BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>.

¹⁶⁴ MACHADO, op. cit., p. 235.

Sem dúvida, estaríamos aqui frente ao crime impossível, por impropriedade do objeto material do crime.

[...]

Na realidade, a criminalização do inadimplemento da obrigação tributária somente pode ter lugar quando a certeza e segurança do direito sejam cultuadas e se renda preito aos princípios constitucionais que regem a tributação.

Exações de constitucionalidade duvidosa, aptas a dividir os estudiosos em correntes opostas, não se prestam a ter transformado seu não pagamento em crime contra a ordem tributária¹⁶⁵.

Igualmente, Juary C. Silva explica:

A apuração da prática de infração tributária, tenha ou não conotação penal, é feita ordinariamente pelas autoridades fazendárias, não pela Polícia. Essa apuração submete-se a procedimento administrativo, regulado, no âmbito federal, pelo Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que prevê a defesa do contribuinte em duas instâncias, e mais eventualmente em uma instância especial, da competência do Ministro da Fazenda. Obviamente, enquanto não se esgotar de toda a instância administrativa, a decisão contrária ao contribuinte não se torna exequível, porquanto ainda passível de alteração. Por conseguinte, se estiver sendo questionada perante o Fisco a própria obrigação tributária em si, inadmissível afigura-se a remessa de peças ao Ministério Público para fins de oferecimento da denúncia, sendo por outro lado desaconselhável a requisição de abertura de inquérito policial, pois tanto numa como noutra hipótese inexistente ainda a tipicidade básica do ilícito penal tributário, que é o inadimplemento da obrigação tributária, embora possam existir os contornos da fatispécie secundária, que é a penal, *stricto sensu*.

Essa afirmação não provém de texto expresso de lei, derivando antes da própria natureza das coisas. Se compete ao Fisco, com exclusividade, dizer se foi cumprida ou não a obrigação tributária, antes que ele se pronuncie não parece viável intentar a ação penal por crime que pressupõe necessariamente essa definição.

[...]

Na verdade, o problema de haver ou não obrigação tributária inadimplida constitui algo como questão prejudicial, tal como a conceitua o Código de Processo Penal, nos arts. 92 e 93. Se questão dessa natureza justifica a suspensão do processo

¹⁶⁵ TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Sonegação fiscal: o tributo devido como elemento do tipo: especialização da jurisdição penal e as questões cíveis. In CAMPOS, Dejalma de; OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. (Coord.). **Direito penal tributário contemporâneo: estudos de especialistas**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 29-32.

iniciado, *a fortiori* servirá de motivo para a não-propositura da ação penal ou para a abstenção de investigações policiais. Isso ocorre porque a infração penal tributária não existe de per si, porém apenas como ancilar da obrigação tributária insatisfeita¹⁶⁶.

Paulo José da Costa Júnior e Zelmo Denari, também contribuem para elucidar a questão:

A nova disposição normativa causou um verdadeiro *frisson* nos meios jurídicos, principalmente junto ao Ministério Público, muito cioso de suas prerrogativas institucionais, quanto à *procedibilidade autônoma da ação penal*, reconhecida pela Suprema Corte na Súmula 609, [...]

Diversos julgados de nossos Tribunais afrontaram o dispositivo enfocado, adotando o entendimento de que a ação penal não depende do exaurimento do procedimento fiscal, tendo em vista que a definitividade do crédito tributário não é condição de procedibilidade da ação.

Outros, no entanto, acolheram-no sob o fundamento de que o dispositivo da Lei nº 9.430/90 não criou condição de procedibilidade: apenas derogou normas que previam a representação da autoridade fiscal ao Ministério Público após a notificação do débito fiscal. Ou, ainda, sob o fundamento de que 'o tipo penal descrito na Lei nº 8.137/90 só se aperfeiçoa após o término do procedimento administrativo-fiscal, pois para início da ação penal impõe-se a apuração da ocorrência do ilícito tributário'.

Reiterando opinião já expendida em anterior trabalho, considero que a ação penal para apuração do crime contra a ordem tributária só pode ser deflagrada após a decisão final prolatada na esfera administrativa.

O dispositivo consagra uma das condições essenciais da *ação penal*, qual seja, o da *prejudicialidade do processo administrativo*. Doravante, sem embargo de sua *procedibilidade autônoma*, a ação penal não poderá ser deflagrada sem que esteja *definitivamente constituído o crédito tributário*, pois esta é uma *questão prejudicial*. Na verdade – como já se observou – o que está ocorrendo nesta sede é uma grande confusão entre o instituto essencialmente processual da 'condição de procedibilidade' e o instituto de direito eminentemente material da 'prejudicialidade'¹⁶⁷.

¹⁶⁶ SILVA, Juary C. **Elementos de direito penal tributário**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 139-141.

¹⁶⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José da; DENARI, Zelmo. **Infrações tributárias e delitos fiscais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 89-90.

3.4.2 Relação entre os tipos penais, lançamento tributário e garantia constitucional do devido processo legal

Reportando-se a *tributo*, e a *contribuição social*, na definição do tipo penal, o dispositivo penal restou-se completável pelos dispositivos da legislação tributária dos quais resultam aqueles conceitos¹⁶⁸.

Crime de resultado, para cuja configuração é indispensável a *supressão* ou *redução de tributo*, pressupõe a existência de uma relação jurídica tributária, ou seja, pressupõe a existência de um *tributo*. Sem tributo que possa ser suprimido ou reduzido, não se pode consumir o crime contra a ordem tributária¹⁶⁹.

No sistema jurídico brasileiro, compete privativamente à autoridade administrativa dizer da existência e dimensionar economicamente a relação tributária, ou seja, compete privativamente à autoridade administrativa lançar o tributo¹⁷⁰.

Assim, 'a manifestação definitiva da autoridade da Administração Tributária é indispensável para que se possa ter como configurado o crime de supressão ou redução de tributo, ou fraude com esse fim praticada'¹⁷¹.

Garante a Constituição Federal, art. 5º, inciso LV, que 'aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes'. Logo, é indubitoso o direito do contribuinte ao processo administrativo fiscal, com o contraditório e a ampla defesa.

Nas palavras de Hugo de Brito Machado:

Admitir-se a ação penal por crime de supressão ou redução de tributo, sem que a autoridade administrativa competente tenha dito existente o próprio objeto do cometimento ilícito, é excluir o direito do contribuinte de ter apurada na via própria a existência

¹⁶⁸ MACHADO, Hugo de Brito. **Prévio esgotamento da via administrativa e ação penal nos crimes contra a ordem tributária**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 15, 1996. p. 235.

¹⁶⁹ Ibid., p. 235.

¹⁷⁰ Ibid., p. 236.

¹⁷¹ Ibid., p. 236.

da relação tributária, e feita a sua correspondente quantificação econômica. Sobretudo agora, quando o pagamento do tributo, antes da denúncia, extingue a punibilidade, é evidente que o contribuinte tem o direito de ter regularmente apurada a existência, e determinado o valor do tributo, antes da denúncia, para que possa, se quiser, exercer o seu direito de extinguir a punibilidade, pelo pagamento.

Admitir-se, portanto, a ação penal, antes da decisão definitiva da autoridade administrativa, afirmando a existência, e determinando o montante, do tributo, é admitir a ação penal como verdadeiro instrumento de coação para compelir o contribuinte ao pagamento de tributo indevido. Todos sabem dos gravames, sobretudo no plano moral, que o envolvimento em uma ação penal representa. Não é difícil concluir-se, portanto, que o contribuinte, em face da ameaça de denúncia criminal contra ele, sentir-se-á coagido a pagar o tributo, ainda que flagrantemente indevido.

[...]

A ameaça de início da ação penal, sem o exaurimento da via administrativa, é forma oblíqua de obrigar o contribuinte ao pagamento de tributo que a própria Administração poderá considerar indevido¹⁷².

Nos crimes contra a ordem tributária, a exigência de prévio exaurimento da via administrativa, para que validamente possa ser proposta a ação penal, é uma forma de fazer efetivas as garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Admitir-se a denúncia criminal antes da decisão definitiva da autoridade da Administração:

é forma clara de negação da supremacia constitucional.

É suprimir o direito que tem o contribuinte de impugnar a existência do tributo, demonstrando que o fato apontado pelo Fisco não é adequado à hipótese de incidência do tributo. Esse direito, de cunho patrimonial, cuja defesa no âmbito do acerto tributário é garantido pela Constituição, resta amesquinhado pela ameaça da ação penal.

É suprimir o direito à ampla defesa, no concernente à própria sanção penal, porque neste se inclui, indubitavelmente, o direito de demonstrar a inexistência da relação de tributação, perante a Administração Tributária, sem ser coagido pela ameaça de ação penal.

¹⁷² MACHADO, Hugo de Brito. **Prévio esgotamento da via administrativa e ação penal nos crimes contra a ordem tributária**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 15, 1996. p. 236-237.

É violar a garantia de que ninguém será privado da liberdade, ou de seus bens, sem o devido processo legal, que é o mais valioso dos instrumentos que o Direito oferece para garantia da liberdade.

[...]

A exigência de prévio exaurimento da via administrativa é mais do que uma questão prejudicial. É meio de assegurar as garantias constitucionais do cidadão contribuinte, [...] ¹⁷³.

Na lição de Paulo José da Costa Júnior e Zelmo Denari:

Por constituição definitiva do crédito tributário entende-se a *eficácia que o torna indiscutível na esfera administrativa*,

[...]

No plano esquemático das condutas criminosas, o *tipo penal* relativo aos delitos fiscais encontra-se indissolavelmente ligado à tipificação do ilícito fiscal. Bem observado, trata-se de mera projeção da infração tributária que, por sua vez, resulta da decisão final proferida no processo administrativo fiscal.

A tipicidade da quase generalidade dos crimes é incondicionada, pois pode ser apurada imediatamente após a *ação delituosa*. Praticado o fato delituoso, cumpre à autoridade competente apurá-lo e tipificá-lo, tomando como ponto de partida o *evento naturalístico*.

Nem sempre contudo a tipicidade é incondicionada. Não raro, a tipificação de um delito depende da configuração e principalmente da *maturação* de certos pressupostos. Os crimes contra a *ordem tributária*, como o próprio nome indica, somente se tipificam se o seu sujeito ativo cometeu uma infração prevista na *legislação tributária*, vale dizer, uma *infração tributária*. E quem vai apurar essa infração, e propor a aplicação das respectivas penalidades, é a autoridade fiscal competente, mediante *instauração do devido processo legal*.

Inquestionavelmente, trata-se de uma *tipicidade condicionada* à constituição definitiva, vale dizer, à tipificação da respectiva infração tributária, e isso explica por que a ação penal somente pode ser deflagrada após ser prolatada a decisão final administrativa.

De resto, essa tipicidade condicionada, além de irrepreensível no plano dogmático, é altamente moralizadora, pois o Fisco vinha se utilizando da instauração de processos-crimes tributários como um expediente *ad terrorem* para obrigar os contribuintes a negociar com o Fisco, no momento da lavratura do auto de infração [...]

Por último, o princípio da independência das instâncias administrativa e penal, tantas vezes invocado em alguns

¹⁷³ MACHADO, Hugo de Brito. **Prévio esgotamento da via administrativa e ação penal nos crimes contra a ordem tributária**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 15, 1996. p. 237-238.

julgados, não autoriza que se impute ao contribuinte a prática do crime contra a ordem jurídica tributária, antes que a Administração decida sobre a definitividade do respectivo crédito ou sobre a tipicidade da respectiva infração. Pelo contrário, em obséquio ao referido princípio cumpre ao Poder Judiciário respeitar as lindes da jurisdição administrativa, aguardando que esta decida, em caráter definitivo, sobre a configuração do tributo ou, ainda, sobre a tipicidade da infração tributária.

Não se deve deslembrar que a propositura autônoma de ação penal trará dificuldades de monta quando no seu curso sobrevier decisão administrativa prejudicial, favorável ao contribuinte. Até a presente data, o Ministério Público, invocando o princípio da procedibilidade autônoma, tem oferecido denúncia antes do término do processo administrativo. A prevalecer essa tese, o cenário é surrealista: enquanto, na esfera administrativa, o tributo é declarado insubsistente e a respectiva penalidade inexigível, na esfera penal concomitante o contribuinte é condenado por um crime que não cometeu!

[...]

Trata-se, evidentemente, de um retrocesso, pois intimidar o contribuinte, sob ameaça de sanção penal, é uma prática que não se compadece com os preceitos do Estado Democrático de Direito – fundado na cidadania e na dignidade da pessoa humana – e com os foros de país civilizado.

[...]

Da mesma sorte, sem embargo da procedibilidade autônoma da ação penal enunciada na Súmula 609 do Supremo Tribunal Federal, o reconhecimento de exoneração fiscal na esfera administrativa, no curso do respectivo procedimento, afeta o conteúdo da decisão criminal, pois o *tipo penal*, nos termos do art. 1º da Lei nº 8.137/90, supõe a supressão ou a redução de tributo ou contribuição social *devidos*.

Por todo exposto, devemos concluir que causas de exoneração fiscal reconhecidas nas esferas administrativa ou judicial mutilam a conformação do tipo penal, afastando a aplicação da respectiva legislação¹⁷⁴.

Presente as noções do prévio exaurimento da via administrativa para o início da ação penal, trabalhados até aqui, passa-se a analisar no próximo capítulo a ligação entre este fenômeno jurídico e o da expansão do Direito Penal.

¹⁷⁴ COSTA JÚNIOR, Paulo José da; DENARI, Zelmo. **Infrações tributárias e delitos fiscais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 91-103.

4 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

Assim como a atual sociedade, também o Direito Penal está passando por um processo de intensas mudanças. A sociedade pós-industrial, com a crescente complexidade inerente a ela, assim como as demandas objetivas e subjetivas por mais segurança vem exigindo do Direito Penal um papel cada vez maior nos processos de regulação social¹⁷⁵, o que se abordará no presente tópico.

Sobre a expansão do Direito Penal, em virtude das mudanças sociais, é a posição de Silva Sánchez:

Pois bem, ante tais posturas doutrinárias, realmente não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição ou a 'reinterpretação' das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal. Criação de novos 'bens jurídicos penais', ampliação dos espaços de riscos jurídicos-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia, não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo 'expansão'¹⁷⁶.

O questionamento a ser respondido, sobre o qual vêm sendo travados diversos debates, é se o Direito Penal, com os instrumentos de que dispõe, está pronto para assumir tais demandas, se o Direito Penal, para fazer frente a estas novas exigências deve apropriar-se de novos instrumentos, ou ainda, se a atuação nestes novos campos não pode, ou não deve, ser realizada pelo mesmo, pois estaria a desvirtuá-lo enquanto instrumento de *ultima ratio*.

¹⁷⁵ São apontados por - GARCIA, Olga Lucía Gaitán. Derecho penal contemporáneo de la tutela penal a una lesión a la protección de riesgos. In: **Nuevo foro penal** – Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia. Bogotá. n. 60. Janeiro/abril 1999. p. 31. – questionamentos da temática em questão, com ênfase aos países da América Latina.

¹⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 21.

Desde a revolução copernicana do Direito Penal – que teve como expoente a obra de Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*¹⁷⁷ -, esta ciência vem sofrendo um processo de contínua descriminalização, pautado por inúmeros princípios, desde o princípio da Legalidade até o princípio da Intervenção Mínima, tudo fazendo crer que a evolução natural do Direito Penal seria a de cada vez mais restringir-se à efetiva tutela dos bens jurídicos vitais para a sociedade, deixando os bens jurídicos que não fossem vitais para a proteção de outras áreas do Direito¹⁷⁸. Contudo, esta expansão do Direito Penal ao encontro das novas demandas sociais estaria implicando, pelo menos em tese, uma involução histórica do mesmo, visto que, havia uma tendência de uma progressiva despenalização¹⁷⁹.

Antes de iniciar uma análise mais aprofundada das estruturas desta expansão do Direito Penal, convém expor a classificação de Hans-Joachim Hirsch, mencionada por Mendoza Buergo¹⁸⁰, que divide este grande bloco de “novos bens jurídicos” em três grupos distintos, a saber: a) bens jurídicos derivados dos riscos do progresso científico e tecnológico, como por exemplo, a técnica atômica, bens jurídicos derivados das explorações na área da genética e também do desenvolvimento da informática; b) bens jurídicos que de certa forma já eram protegidos por meio de sanções administrativas, mas que devido à mudança de paradigma social foram erigidos à categoria de bens

¹⁷⁷ Obra indispensável para uma melhor compreensão do processo de Laicização/Modernização/Racionalização pelo qual passou o Direito Penal, permitindo dizer que trouxe as Luzes da Razão ao Direito Penal, daí porque utilizar-se a expressão Revolução Copernicana do Direito Penal, para dimencionar tal fenômeno. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹⁷⁸ Uma breve síntese da evolução histórica do Direito Penal pode ser encontrada em: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** – parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 241-327.

¹⁷⁹ Gregor Straechelin, partindo da análise de um caso concreto (um caso de aborto julgado pelo Bundesverfassungsgericht, que é o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 28 de maio de 1993) traça importante análise sobre o conceito de infra proteção legal e sua compatibilidade com um Direito Penal Liberal, concluindo que este conceito, bem como toda a expansão jurídico-penal que advém da sua utilização não é compatível com o atual modelo penal adotado pela sociedade atual. STAECHELIN, Gregor. Es compatible la “Prohibición de Infraprotección” com una concepción liberal del derecho penal? Trad. David Felip i Saborit. In: **La insostenible situación del derecho penal**. n. 15. Granada: Editorial Comares, 2000. p. 289-304.

¹⁸⁰ BUERGO, Blanca Mendonza. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001. p. 41.

jurídicos penalmente relevantes, como é o caso do meio ambiente¹⁸¹; c) bens jurídicos que não são derivados do risco, mas que decorrem fundamentalmente da tendência globalizante, que ao globalizar os mercados e as relações mercantis, acabou por também globalizar a criminalidade, com a formação de organizações criminosas de caráter transnacional.

Posição diversa assume Bernd Müssig. Para o penalista alemão esta alteração dos bens jurídicos penalmente relevantes decorre menos da própria natureza dos bens jurídicos do que de uma significativa mudança da estrutura social mesma. Assim, esta mudança – profunda – das sociedades ocidentais requer uma completa revisão da própria teoria do bem jurídico, pois a atual teoria, por estar vinculada a uma sociedade que – ao menos em parte – não mais existe, não seria mais compatível com o modelo de sociedade adotado – sociedades complexas. Müssig faz uma série de críticas ao que denomina de ‘teoria pessoal do bem jurídico’¹⁸².

Dentre as quais a de que tal concepção não mais consegue apreender a função social dos complexos sistemas sociais em interação, e de que esta teoria seria “cega” à conexão entre a configuração das sociedades contemporâneas e a constituição do indivíduo como sujeito pessoal¹⁸³. Müssig limita-se a criticar a teoria pessoal do bem jurídico, sem explicar claramente qual seria a sua própria concepção, todavia parece deveras claro que sua posição é muito próxima – senão idêntica – à compreensão de bem jurídico de Günther Jakobs.

¹⁸¹ Sobre a elevação do meio ambiente à categoria de bem jurídico penalmente relevante, bem como da necessidade de delimitação de critérios de ofensividade mais precisos para uma proteção mais adequada: D’AVILA, Fabio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do Direito Penal ambiental. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 67. São Paulo. jul/ago de 2007. p. 29-58.

¹⁸² Para Müssig os autores que compreendem o bem jurídico como “pessoal” tendem a perceber nele somente a manifestação de valores e interesses de cunho individual, calcados, fundamentalmente, na concepção iluminista de sociedade. MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. In: **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. n. 4. Porto Alegre: CEIP. setembro/dezembro de 2001. p. 162-164.

¹⁸³ MÜSSIG, op. cit., p. 187-188.

Muito embora historicamente tem se dito que o Estado, em momentos de dificuldades, apelava primeiramente ao Direito Penal para resolver seus problemas, parece desta vez não ser esta a situação, ou pelo menos não em sua maior importância. Tudo indica que a compreensão deste fenômeno deva ser buscada na sociedade mesma e no modo como as suas estruturas vieram desenvolvendo-se nas últimas décadas, devido à crescente demanda por segurança, bem como com a estreita relação com o modo que a sociedade vislumbra o Direito Penal e dirige a este as suas expectativas de atuação¹⁸⁴.

Desse modo, tem-se em curso no corrente tempo duas tendências penais diametralmente opostas. Por um lado, tem-se a tendência de despenalização nos delitos “clássicos” decorrente da evolução natural do Direito Penal – acompanhada de uma substituição das penas privativas de liberdade por penas alternativas nos delitos de menor potencial ofensivo -, desde o iluminismo; e por outro lado tem-se cada vez mais presente um movimento de expansão do Direito Penal, visando à defesa do que se denomina “novos bens jurídicos”¹⁸⁵. Resta salientar que, sistematicamente o último fenômeno, vem predominando, com a expansão sobre a despenalização¹⁸⁶.

Figueiredo Dias reporta ao Código Penal Português de 1982 (reformado em 1995) como a mais perfeita e acabada demonstração do paradigma penal das sociedades democráticas industriais do final do século XX, apontando que as raízes deste paradigma devem ser buscadas no racionalismo cartesiano e no liberalismo inglês/francês. Para o referido autor, este aludido paradigma penal possui três características marcantes, a saber: a) tem por base o modelo da *Gesamte Strafrechtswissenschaft*¹⁸⁷ de Von Liszt,

¹⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 23.

¹⁸⁵ BUERGO, Blanca Mendonza. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001. p. 47.

¹⁸⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. In: **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. n. 4. Porto Alegre: CEIP. setembro/dezembro de 2001. p. 224-225.

¹⁸⁷ Detida análise deste modelo de Von Liszt, com a vanguarda da Política Criminal sobre as demais ciências da *Gesamte Strafrechtswissenschaft* pode ser encontrada em:

com o predomínio da Política Criminal, uma vez que a mesma define o “se” e o “como” da punibilidade e também porque os conceitos básicos da doutrina do fato punível devem, em última análise, ser determinados por critérios político-criminais; b) a função do Direito Penal é exclusivamente a proteção subsidiária de bens jurídicos, não de quaisquer bens jurídicos, mas somente daqueles que efetivamente mereçam ser considerados bens jurídicos-penais; c) a aplicação de penas e medidas de segurança é comandada exclusivamente por finalidade de prevenção, principalmente a prevenção geral positiva e a prevenção especial positiva, sendo a culpa o limite inultrapassável da pena¹⁸⁸.

Sendo este modelo de Direito Penal o modelo adotado para o paradigma da modernidade, o referido autor questiona alhures se estará este paradigma da modernidade – e por consequência o seu Direito Penal – destinado a acompanhar neste novo milênio, ou se haverá necessidade de que com a chegada do paradigma pós-moderno, seja também necessária uma readequação do modo de se produzir e aplicar Direito Penal¹⁸⁹.

Sobre as posturas a serem adotadas pelos penalistas frente a estas novas demandas sociais, não obstante a inúmera variedade de matizes teóricas que podem ser adotadas, pode-se, basicamente, apontar três correntes básicas: a) os defensores da tese de que o Direito Penal deve manter-se fiel a seus âmbitos clássicos de tutela, sob pena de além de não conseguir realizar o que dele se espera frente aos “novos riscos”, acabe por perder legitimidade para atuar nos delitos “clássicos” para os quais foi pensado na idade moderna; b) em um outro extremo, os que defendem uma postura extremamente agressiva do Direito Penal no combate a estas novas situações, concluindo que uma sociedade do risco, necessita de um Direito Penal ‘do

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 19-49.

¹⁸⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Algumas reflexões sobre o direito penal e a sociedade de risco. In: **Seminário Internacional de Direito Penal da Universidade Lusíada**. Lisboa, março de 2000. p. 3-6.

¹⁸⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 33. janeiro/março. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 43-44.

risco'¹⁹⁰, devendo para tanto, funcionalizar as suas estruturas e minimizar as garantias – materiais e processuais – a fim de buscar a máxima eficiência no combate aos crescentes riscos; c) em uma posição intermediária, os que defendem a postura de que deva ser criado um Direito Penal dual, de duas velocidades, para poder proteger os novos bens jurídicos, de modo que a velocidade “clássica” continuaria para os bens jurídicos individuais, com todas as garantias processuais penais e a velocidade “do risco” onde haveria uma minimização das garantias, visando o combate às lesões aos bens jurídicos coletivos¹⁹¹.

Conhecendo-se o fenômeno da expansão do Direito Penal, passa-se a analisar suas causas, tratadas no item a seguir.

4.1 Causas da expansão do Direito Penal

Pode-se dizer que o processo de transformação pelo qual está passando o Direito Penal decorre fundamentalmente de mudanças das estruturas sociais, bem como de suas demandas internas, do que de uma mudança endógena do próprio Direito Penal, visto que, este é feito e aplicado de acordo com critérios político-criminais, decorrentes do momento social atual¹⁹².

A mudança da realidade social é o primeiro fator a ser levado em consideração. Com a crescente complexidade social surgiram novos bens jurídicos oriundos das novas estruturas sociais criadas que adquiriram status

¹⁹⁰ Fundamental análise do surgimento de um Direito Penal do risco e sua relação com o Direito Penal do inimigo pode ser encontrada em: PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo. Trad. Helga Sabotta de Araújo. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 47. São Paulo. julho/setembro de 2004. p. 31-45. Sobre o conceito de risco e sua incorporação no Direito Penal, ver: FERNANDES, Paulo Silva. O direito no amanhecer do século XXI: breves questões à luz do paradigma da “sociedade do risco”. In: **Sub iudice: Justiça e Sociedade**. Coimbra: Número Especial. julho/dezembro de 2000.

¹⁹¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 33. janeiro/março. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 48-54.

¹⁹² BUERGO, Blanca Mendonza. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001. p. 31-33.

de bens jurídicos penalmente relevantes – como, por exemplo, o sistema financeiro mundial¹⁹³. Paralelamente, bens jurídicos já existentes passaram a ser valorados de uma forma distinta com a mudança de paradigma social e o melhor exemplo disto é o meio ambiente, que com os novos movimentos ecológicos, foi subitamente erigido à categoria de bem jurídico fundamental para a sobrevivência do ser humano no Planeta Terra.

Silva Sánchez, salienta outro fator, que chama de ‘Institucionalização da Insegurança’¹⁹⁴. Aqui, os indivíduos acabam por perder o que se poderia denominar de “domínio do fato” com relação aos riscos que vivenciam, pois para manter uma vida dentro dos padrões “normais” em uma sociedade como a atual, depende-se fundamentalmente de que outros indivíduos/empresas cumpram corretamente as suas funções. Ou seja, o fato da segurança depender cada vez mais da conduta do outro, faz com que se busque no Direito Penal um meio de certificar-se de que estes indivíduos dos quais a segurança depende estejam a cumprir suas funções adequadamente, o que Mendoza Buergo denomina de ‘*creciente sustitución de contextos de acción individuales por otros de carácter coletivo*’¹⁹⁵.

A sensação subjetiva de insegurança também aparece como fator dos mais preponderantes desta “inflação” do Direito Penal contemporâneo, pois indivíduos cada vez mais inseguros acabam por vislumbrar nas leis penais a única solução para o problema da segurança. Importante verificar que a desmedida utilização do Direito Penal como a “cura de todos os males” pode acarretar uma falsa sensação de segurança, levando a crer que apenas pelo fato de tal bem jurídico estar penalmente tutelado ele está por si só seguro, o que, neste caso longe de minimizar os riscos, os aumentam, pois podem diminuir eventuais proteções não penais que incidam sobre tal bem jurídico¹⁹⁶.

¹⁹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 29-30.

¹⁹⁴ Ibid., p. 30.

¹⁹⁵ BUERGO, Blanca Mendonza. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001. p. 28.

¹⁹⁶ STELLA, Federico. **Giustizia e modernità**: La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime. 2. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2002. p. 428.

Dadas as atuais circunstâncias pode-se inferir que a vivência subjetiva dos riscos supera a existência objetiva dos mesmos, ou seja, a demanda por segurança está em permanente descompasso com a real existência de perigos¹⁹⁷, e para isso contribuem sem dúvida alguma os meios de comunicação, maximizando os riscos já existentes¹⁹⁸. Assim sendo, pode-se concluir que a demanda por segurança chega mesmo a se impor nas sociedades pós-modernas como um dos principais princípios ordenadores de nossa realidade social, neste sentido, Mendoza Buergo:

La creciente demanda de seguridad y su elevado aprecio se explica por la situación de escasez o falta de seguridad, es decir, se ve como la seguridad se convierte en un motivo dominante de la ordenación de la vida social. Tal demanda, conectada para algunos con un denominado 'derecho humano' a la seguridad, para otros con la consecución de seguridad como idea directriz en todos los ámbitos de interacción, siendo razonable en cierta medida, puede parecer lógica hasta un cierto punto que no suponga crear una psicosis de inseguridad que no se corresponda con la entidad y magnitud de los riesgos reales. Sin embargo se convierte en algo problemático cuando el destinatario de todas las exigencias de seguridad por parte de la opinión pública, de los medios y de las propias autoridades es, sobre todo, el Derecho penal, incluyendo aquí también el Derecho procesal penal, que se ven así forzados, en un continuo proceso de expansión destinado al control de nuevos peligros¹⁹⁹.

Outra causa que indubitavelmente pode ser apontada para esta expansão do Direito Penal pode ser buscada, no que Silva Sánchez denomina de uma 'sociedade de sujeitos passivos'²⁰⁰. Para o referido autor o número de

¹⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 37-38.

¹⁹⁸ Sobre a substituição da realidade "real" pela realidade dos meios de comunicação e do papel que os mesmos assumem na vida moderna atuando como construtores e desconstrutores de identidades ver: BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentziel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p. 99-104. Para uma melhor compreensão dos efeitos deste fenômeno no direito penal: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 37-38.

¹⁹⁹ BUERGO, Blanca Mendonza. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001. p. 32.

²⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal...**, op. cit., p. 41.

peças que produz a riqueza gerada socialmente é, proporcionalmente, cada vez mais reduzido quando comparado ao número dos beneficiários desta riqueza – aposentados, desempregados. Isto acaba tendo uma grande influência, na medida em que se anteriormente tolerava-se mais riscos em detrimento de uma menor expansão econômica, tal situação não mais ocorre hoje, ou seja, na sociedade industrial buscava-se proteger juridicamente os indivíduos ligados a atividade industrial, os impulsionadores do desenvolvimento econômico da nação, de tais pessoas, aceitava-se socialmente que não trabalhassem com todas as normas de segurança disponíveis, pois a sua adoção implicaria uma perda de competitividade econômica das empresas²⁰¹.

Na sociedade pós-industrial, ao contrário, o foco de proteção jurídica volta-se ao indivíduo receptor desta riqueza, ou em última análise, às pessoas que sofrem as consequências dos riscos assumidos para a produção desta riqueza, de modo que as margens aceitáveis dos riscos diminuam consideravelmente. Cada vez mais a tendência – pelo menos nos países desenvolvidos – é exigir qualidade total das empresas, ainda que os custos de produção sejam aumentados²⁰². Posta esta situação social, o Direito Penal parece ser a via “natural” de contenção dos riscos²⁰³.

Em consequência do exposto, a sociedade pós-industrial tem uma crescente dificuldade de assimilação dos infortúnios enquanto tais. Há uma demanda cada vez maior por encontrar culpados para quaisquer situações lesivas que ocorram, principalmente se tais infortúnios acontecem ligados à produção de riqueza e, por conseguinte, ao lucro²⁰⁴. O sentimento generalizado

²⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 42.

²⁰² Federico Stella faz uma análise do binômio, competitividade econômica versus riscos tolerados, questionando se milhares de pessoas estão dispostas a renunciar a um posto de trabalho, ou a melhoras na suas condições profissionais em troca de um controle mais rígido dos riscos. STELLA, Federico. **Giustizia e modernità**: La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime. 2. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2002. p. 446.

²⁰³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal...**, op. cit., p. 43.

²⁰⁴ Silva Sánchez explicita que se está por viver cada vez mais uma sociedade de restrição progressiva das esferas de atuação arriscadas, característica esta que é acentuadamente de uma sociedade composta predominantemente de pacientes, ao invés de agentes. Em

em tais sociedades, é o de que o indivíduo/empresa que se vale de uma atividade para auferir lucro, deva assumir qualquer responsabilidade advinda dos acidentes que porventura ocorram, independentemente da culpa²⁰⁵ - enquanto conceito trabalhado no Direito Penal. Neste ponto a conclusão de Silva Sánchez é objetiva: *'Mas seja como for, o efeito é uma crescente tendência a transformação do Unglück (acidente fortuito, desgraça) em Unrecht (injusto), o que inevitavelmente conduz a uma ampliação do Direito Penal'*²⁰⁶.

Todas as causas acima elencadas não seriam suficientes para provocar de *per se* uma expansão do Direito Penal, se não estivessem acompanhadas de um grande e progressivo descrédito das instâncias não penais de controle social²⁰⁷. A sociedade desconfia cada vez mais da eficácia de esferas jurídicas de controle, por julgar que ou lhes falta coerção necessária para impedir a lesão aos bens jurídicos tutelados, ou porque não possuem coerção alguma, como a moral, por exemplo, de modo que se pode afirmar que não mais se acredita que instâncias de controle não dotadas de coerção possam ter uma mínima eficácia de proteção social²⁰⁸.

A ambiguidade de tal pensamento é insofismável, pois exigir do Direito Penal tal amplitude implicaria – pelo menos em tese – renegar o princípio de um instrumento de *ultima ratio* e estar-se-ia trabalhando com um Direito Penal

tais sociedades, ocorre o que ele denomina de restrição das liberdades perigosas (riskante Freiheiten), ou seja, o valor segurança tem preponderância sobre o valor liberdade, característica esta típica de uma sociedade pós-industrial, ou de risco. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 44.

²⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal...**, op. cit., p. 44-48. Também: BUERGO, Blanca Mendonza. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001. p. 43.

²⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal...**, op. cit., p. 45.

²⁰⁷ CALLEGARI, André Luis. MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e Política Criminal: a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social. In: CALLEGARI, André Luis. (Org.) **Política criminal, estado e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 3.

²⁰⁸ Silva Sánchez faz referência inclusive a teoria da anomia de Durkheim, demonstrando que uma moral cada vez mais relativizada contribui em larga medida para o descrédito das instâncias não penais de controle, conforme sustenta Zygmunt Bauman. BAUMAN, Zygmunt, op. cit., p. 14. A valoração das condutas passa cada vez mais de um a priori para um a posteriori. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal...**, op. cit., p. 57-62.

de *sola ratio* ou, na melhor das hipóteses de *prima ratio*²⁰⁹, além de correr-se o risco de um total e completo desvirtuamento, tanto do sistema em si, quanto de seus objetivos sociais.

Um outro fator que não pode ser olvidado é que o próprio advento do Estado Social foi também um fator de expansão do Direito Penal, uma vez que passa-se de um Estado Liberal de Direito, onde a ênfase era a negação de comportamentos estatais excessivamente reguladores dos indivíduos para um Estado Social de Direito, onde a principal função do Estado é prover seus cidadãos de um mínimo existencial que lhes garanta a cidadania, por meio de prestações positivas²¹⁰. Assim, resulta lógico que com uma ampliação da esfera de atuação do Estado, os bens jurídicos tutelados por este aumentem na mesma proporção, uma vez que, passa-se do “Estado passivo” ao “Estado ativo”, ampliando a proteção para além dos bens jurídicos meramente individuais e passando a proteger bens jurídicos transindividuais, cuja extensão é potencialmente universal²¹¹.

Por fim, talvez um dos fatores que mais esteja contribuindo para a exigibilidade de um Direito Penal cada vez mais onipresente seja a globalização. Ao reduzir drasticamente as fronteiras entre mercados e países, tornando tanto a distância quanto o tempo despendido nas comunicações muito menores, abriram-se possibilidades incomensuráveis de crescimento de oportunidades e geração de negócios tanto no campo lícito da economia, quanto no seu oposto, ou seja, pode-se falar atualmente em globalização dos riscos e globalização da criminalidade²¹².

²⁰⁹ BUERGO, Blanca Mendonza. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001. p. 36-37.

²¹⁰ CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado**. Trad. Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 196-227.

²¹¹ BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: BdeF, 2004. p. 10.

²¹² Interessante análise do grau – crescente – de sofisticação da moderna criminalidade organizada, de âmbito global, e das possibilidades de instrumentalização dos Estados nacionais visando o seu combate pode ser encontrada em: BOLZAN DE MORAIS, José Luis. (et. al.) Estado, criminalidade e tecnologia. Estudo comparativo sobre a utilização de novas tecnologias nas políticas públicas de combate à criminalidade no Rio Grande do Sul e na Puglia (Itália). In: ROCHA: Leonel Severo. STRECK, Lenio Luiz. (Orgs.) **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005.

A abertura das fronteiras nacionais propiciou também o crescimento – bem como o progressivo fortalecimento – das organizações criminosas internacionais, aumentando progressivamente o que Silva Sánchez denomina de ‘*crimes of the powerful*’, ou seja, a criminalidade dos poderosos. Tal situação não poderia deixar de inculcar na população “comum”, um sentimento de que esta criminalidade dos poderosos apenas pode ser contida com a diminuição das garantias jurídico-penais, bem como uma flexibilização das regras de imputação penal²¹³.

Sem dúvida um dos fatores mais significativos para esta expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais, e que é efetivamente recordado por Cancio Meliá, é a crescente utilização do Direito Penal para fins simbólicos, chegando mesmo em alguns casos à criação de um Direito Penal com finalidades *exclusivamente* simbólicas ou *meramente* simbólicas²¹⁴. Para o penalista espanhol, a ideia que perpassa a cabeça do cidadão “comum” é a de que o Direito Penal “serve” para algo, de modo para este cidadão, a sua mera existência já está a cumprir uma finalidade social, independentemente dos resultados que produza no que se refere à proteção de bens jurídicos.

Assim, a criação de um Direito Penal – exclusivamente – simbólico, adquire uma legitimidade positiva junto à população. Esta existência de um Direito Penal simbólico teria por objetivo, então, a transmissão para a população de que o legislador está atento e resoluto à solução dos principais problemas da sociedade²¹⁵.

Ainda com Cancio Meliá, não se pode esquecer a importância que o ressurgir do punitivismo nas sociedades ocidentais tem para esta expansão do Direito Penal. De acordo com o penalista espanhol, a utilização do Direito Penal para fins simbólicos apenas pode ser – completamente – eficaz se a sociedade estiver em um momento de clamor punitivista. Assim, ocorre o

²¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 77-80.

²¹⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. In: **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. n. 4. Porto Alegre: CEIP. setembro/dezembro de 2001. p. 229.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 226.

aumento de penas para delitos já criminalizados, a criação de novos tipos penais para condutas ainda não criminalizadas e o ressurgir de velhos tipos penais que já estavam revogados, expressa ou tacitamente, de modo que se cria um “consenso” social de que a luta contra a criminalidade passa necessariamente por um Direito Penal cada vez mais duro²¹⁶. Fundamental ressaltar, também, que tanto o Direito Penal simbólico quanto o punitivismo contemporâneo não devem ser analisados separadamente, pois são dois lados da mesma moeda. Sinala o referido autor:

Com lo expuesto hasta el momento ya queda claro que ambos fenómenos aquí seleccionados no son, en realidad, susceptibles de ser separados nítidamente. Así, por ejemplo, si se introduce una legislación radicalmente punitivista en materia de drogas, ello tiene una inmediata incidencia en las estadísticas de persecución criminal (es decir, no se trata de normas meramente simbólicas de acuerdo con en entendimiento habitual), y a pesar de ello es evidente que un elemento esencial de la motivación del legislador a la hora de aprobar esa legislación está en los efectos ‘simbólicos’ obtenidos mediante su mera promulgación. Y a la inversa, también parece que normas que en principio cabría catalogar de ‘meramente simbólicas’ pueden llegar a dar lugar a un proceso penal ‘real’. Lo que sucede es que en realidad, la denominación ‘Derecho Penal simbólico’ no hace referencia a un grupo bien definido de infracciones penales caracterizados por su inaplicación, por la falta de incidencia real en la ‘solución’ entérminos instrumentales. Tan sólo identifica la especial importancia otorgada por el legislador a los aspectos de comunicación política a corto plazo en la aprobación de las correspondientes normas. Y estos efectos incluso pueden llegar a estar integrados en estrategias mercado-técnicas de conservación del poder político, llegando hasta la génesis consciente en la población de determinadas actitudes en relación con los fenómenos penales que después son ‘satisfechas’ por las fuerzas políticas²¹⁷.

Aliado a tudo isto, não se pode deixar de lado a situação de que a atual configuração geopolítica do mundo atual, com a separação dos países em blocos geográficos cada vez mais unificados internamente – União Europeia,

²¹⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. In: **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. n. 4. Porto Alegre: CEIP. setembro/dezembro de 2001. p. 230-231.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 232.

NAFTA, Mercosul – também acabe por se tornar fonte de pressão sobre a política criminal dos respectivos países membros, bem como de uma tendência de “unificação” ou “uniformização” de seus sistemas processuais²¹⁸. Estes países acabam por demandar um progressivo aumento de repressão dos vizinhos, com o intuito de evitar que alguns Estados destas organizações acabem por tornar-se mais atrativos para o surgimento de organizações criminosas que outros²¹⁹.

Uma vez analisada as causas da expansão do Direito Penal, passa-se às suas consequências, o que será objeto do item seguinte.

4.2 Consequências da expansão do Direito Penal

O processo de transformação pelo qual está passando o Direito Penal, que decorre fundamentalmente de mudanças das estruturas sociais, apresenta consequências ao mesmo, o que acaba por desvirtuar o sistema penal como se verá no presente tópico.

Para Cornelius Prittwitz, esta expansão desenfreada pela qual está passando o Direito Penal acabará por desvirtuar o sistema penal como um todo²²⁰, retirando a sua coerência interna, bem como alterando sobremaneira as funções para as quais foi pensado. Outra das graves consequências

²¹⁸ Geraldo Prado traça um panorama entre o crescimento das tendências globalizatórias – notadamente na sua forma econômica – e a possibilidade de uma ‘unificação processual’ no âmbito internacional, e mesmo da expansão desta forma de punir por meios de tribunais ad hoc. Para o autor carioca, este processo penal ‘internacional’ está demasiado carregado de influências políticas e econômicas para buscar a justiça, tratando-se, na maioria das vezes, de uma forma de opressão política dos ‘vitoriosos sobre os vencidos’. PRADO, Geraldo. Processo Penal e Globalização. In: **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. n. 6. Porto Alegre: CEIP. maio/agosto de 2002. p. 25-41.

²¹⁹ Silva Sánchez menciona aqui a possibilidade que, dentro de um contexto de União Europeia, o direito anglo-saxão assumira a dianteira pelo modo como atua frente aos riscos. Desta feita, estaria-se diante de uma incursão dos institutos típicos da Common Law no direito continental, adotado pelos países de tradição jurídica romano-germânica, o que, se por um lado poderia ajudar em uma futura unificação jurídica destes países para esta problemática, por outro lado poderia ser nefasto, ao se pensar na possível descontextualização de institutos de um sistema jurídico sendo utilizados em outro sistema totalmente distinto de produção-aplicação legislativa. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 77-78.

²²⁰ No sentido da gesamte strafrechtswissenschaft de Von Liszt, englobando a Criminologia, a Política Criminal e o Direito Penal normativo.

apontadas por Prittwitz é a discordância dos princípios fundadores do Direito Penal iluminista – fragmentariedade, subsidiariedade e *ultima ratio* – e a sua atual prática, uma vez que estes princípios – dirigidos, em última análise, ao legislador – não vêm conseguindo cumprir a função limitadora que outrora cumpriam²²¹.

A primeira consequência que se sobressai desta expansão do Direito Penal é a sua tendência a tornar-se um direito fundamentalmente de prevenção, ou seja, cada vez mais a função do Direito Penal é a de evitar acidentes, ao invés de punir os culpados. Interessante ressaltar a opinião de Federico Stella, que conclui que enquanto este Direito Penal moderno é um Direito Penal voltado para o “hoje”, enquanto o Direito Penal de uma sociedade pós-industrial é voltado para o “amanhã”²²². Este sistema está voltado à proteção de um número cada vez maior de bens jurídicos e cada vez mais distintos entre si, e também o estágio da proteção é antecipado da lesão ao perigo²²³.

Outra característica que deve ser analisada é a administrativização do Direito Penal, característica esta que está umbilicalmente ligada à anterior. O Direito Penal vem sofrendo um processo de transformação, ao transformar-se de um direito que reagia *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado em um direito de gestão dos riscos públicos, assume características muito próximas às do Direito Administrativo²²⁴.

Alessandro Baratta²²⁵ resalta duas características desta administrativização do Direito Penal que embora sejam distintas, são

²²¹ PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: Fragmentario? Subsidiario? Ultima Ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal. In: **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000. p. 428-434.

²²² STELLA, Federico. **Giustizia e modernità**: La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime. 2. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2002. p. 420.

²²³ BUERGO, Blanca Mendonza. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001. p. 45.

²²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 114.

²²⁵ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamento de uma teoria do bem jurídico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 5. São Paulo. janeiro/março de 1994. p. 12.

complementares. A primeira é a que cada vez mais as leis penais editadas pelos Estados tendem a ser normas penais acessórias às normas e à atividade administrativa do Estado e das instituições públicas, ou seja, tem-se as normas como sustentáculo da eficácia do sistema estatal, o que vai claramente ao encontro de um direito de gestão dos riscos²²⁶. A segunda característica é que os novos tipos penais editados pelo Estado tendem a se parecer na forma, e também no conteúdo, com as normas do Direito Administrativo, o que às leva a distanciarem-se dos requisitos “clássicos” da lei – abstração e generalidade. Há uma aproximação da norma penal aos riscos – cada vez mais específica -, o que aproxima ainda mais o Direito Penal de um instrumento de resolução de “emergências concretas”²²⁷.

De outro lado do sistema jurídico – a aplicação da lei ao caso concreto – a tendência de administrativização também mostra sua face, pois cada vez mais vem sendo ampliada a discricionariedade do Poder Judiciário. Para Baratta²²⁸ esta expansão do poder discricionário dos juizes – desmesurada na opinião do autor – decorre fundamentalmente do fato de o legislador se subtrair quando é conveniente, da edição de leis, ou mais severas ou mais interventoras, enviando desta forma a “responsabilidade” política de determinadas questões ao Poder Judiciário. Também corrobora para esta expansão do poder discricionário do judiciário o fato da total incapacidade do sistema penal de, com a edição de leis, conseguir minimamente abarcar a total expansão dos bens jurídicos protegidos, bem como todas as lesões que porventura possam ocorrer aos mesmos²²⁹.

²²⁶ Esta gestão pública e centralizada dos riscos – por meio do Direito e também da política – já era prevista por Beck, e considerada de antemão ineficaz, por preterir a uma gestão pública e democrática dos mesmos, que para o referido autor seria a forma mais adequada – e justa – da sociedade lidar com os problemas decorrentes da produção de riquezas. BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás, Barcelona: Paidós, 1998. p. 54.

²²⁷ Expressão de Alessandro Baratta.

²²⁸ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamento de uma teoria do bem jurídico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 5. São Paulo. janeiro/março de 1994. p. 12-13.

²²⁹ Jurisprudência que vai ao encontro do exposto pode ser encontrada em Federico Stella, com decisões de tribunais americanos – inclusive da Suprema Corte – condenando réus a pagar indenizações baseados simplesmente na probabilidade de lesão dos bens jurídicos,

Silva Sánchez²³⁰ traça as diferenças entre um ilícito penal e um ilícito administrativo: o ilícito penal configura-se – pela tese clássica – como uma lesão eticamente reprovável de um bem jurídico, enquanto o ilícito administrativo é um ato de desobediência ético-valorativo neutro, ou seja, havia uma diferença de caráter ontológico entre estas duas categorias de ilícitos. Posteriormente, foi-se configurando a tese de que as diferenças entre estes dois tipos de ilícitos não eram ontológicas, mas meramente diferenças de grau, caracterizando-se por conter o ilícito penal, maior carga de injusto do que o ilícito administrativo²³¹.

Outra consequência desta expansão do Direito Penal é a funcionalização. O Direito Penal acaba por tornar-se cada vez mais instrumentalizado por finalidades políticas criminais. Desta feita, muda a sua função originária. O Direito Penal passa de um instrumento de pontual repressão de lesões concretas a bens jurídicos²³² - também concretos -, a um instrumento de prevenção de grande escala de situações-problemas.

Segundo Mendoza Buergo, este processo é acentuado por uma flexibilização dos instrumentos jurídico-penais visando uma crescente adaptação aos novos riscos e necessidades – sempre crescentes – de proteção a estes riscos. Assim, segundo Winfried Hassemer, o Direito Penal

em ações penais e cíveis. STELLA, Federico. **Giustizia e modernità**: La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime. 2. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2002. p. 457-467.

²³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 115.

²³¹ Silva Sánchez traz a posição de Welzel que consolidou a diferença do caráter meramente de grau entre os ilícitos penais e administrativos: 'A partir do âmbito nuclear do criminal deflui uma linha contínua do injusto material que certamente vai diminuindo, mas que nunca chega a desaparecer por completo, e que alcança até os mais distantes ilícitos de bagatela, e inclusive as infrações administrativas (Ordnungswidrigkeiten) estão a [...] ela vinculados'. WELZEL, Hans apud SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal...**, op. cit., p. 115.

²³² Sobre o tema, tanto na parte histórica quanto na parte dogmática, sobre a conexão entre a punibilidade penal e à efetiva lesão aos bens jurídicos penalmente tutelados, bem como uma síntese da noção de dano enquanto lesão do sistema jurídico como um todo, vide: KARGL, Walter. Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho: Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena. Trad. Ramón Ragués i Vallès). In: **La insostenible situación del derecho penal**. n. 15. Granada: Editorial Comares, 2000. p. 49-62.

que era a última barreira limitadora da política criminal, começa gradualmente a tornar-se o braço armado da mesma²³³.

O perigo de cercar-se do Direito Penal, é que com esta funcionalização sempre crescente, este ramo do direito, acabe por tornar-se uma meta estrutura social, que com base na sua legitimidade para atuar nos “novos” bens jurídicos, acabe por legitimar também uma desmesurada expansão por ramos que nada – ou pouco – tem a ver com estes novos bens jurídicos. Dessa forma, com a banalização do Direito Penal, ele acabe por ser convocado pelo legislador a intervir quando outras estruturas do sistema não estão a cumprir adequadamente as suas funções, por ser como aduz Mendoza Buergo *[...] una via relativamente cómoda, barata y aparentemente rentable política y socialmente para el Estado*²³⁴.

Tratado o fenómeno da expansão do Direito Penal, assim como suas causas e consequências, passa-se a análise especificamente quanto aos delitos económicos.

4.3 A expansão do Direito Penal nos delitos económicos

Para uma melhor compreensão do fenómeno da expansão do Direito Penal no campo económico, deve-se estudar o ponto nevrálgico desta relação tendo em vista a força garantidora da dogmática criminal e os valores liberais das Constituições democráticas. Em que pese a tradição liberal das Constituições, nas últimas três décadas ocorreu uma expansão do direito penal em áreas de tutela antes adstritas ao direito administrativo, fiscal e financeiro. É certo que esta expansão se deve às alterações das relações sociais motivadas pelos novos métodos de informação e comunicação, bem como ao ápice do desenvolvimento tecnológico que hodiernamente vem a acarretar novos riscos sociais, que a doutrina geral vem chamando de sociedade do risco.

²³³ BUERGO, Blanca Mendonza. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001. p. 51.

²³⁴ *Ibid.*, p. 159.

Contraditoriamente à promulgação das Constituições Republicanas Democráticas, os poderes legiferantes nacionais passam a produzir indiscriminadamente uma infinidade de normas incriminadoras ocasionando uma inflação de normas penais que criminalizam quase que a totalidade de ações mercantis e empresariais administratizando a esfera criminal.

Jorge de Figueiredo Dias sobre esta modificação de atuação do Direito Penal afirma que:

o legislador foi-se deixando seduzir pela ideia, perniciosa mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social. E é o aparecimento, ao lado do direito penal tradicional, de um abundante direito penal *extravagante, acessório* ou *secundário* – que porventura melhor ainda se qualificaria de direito penal *espacial*, não fosse a circunstância de tal designativo se encontrar já, na nossa língua, ‘dogmaticamente ocupado’ Direito este que é, em sentido próprio, *direito penal administrativo*: no preciso sentido de que sanciona, com *penas*, a violação de ordenações da *Administração* e se apresenta assim como direito administrativo, senão segundo a competência, por certo segundo a matéria²³⁵.

Nessa esteira, o processo de globalização pode ser entendido como o atual momento vivido pelo poder planetário, movido pela continuidade do processo de planetarização do poder que compreende três grandes momentos: a revolução mercantil e o colonialismo – séculos XV e XVI; a revolução industrial e o neocolonialismo – séculos XVIII e XIX; e a revolução tecnológica e a globalização – século XX²³⁶.

No final da década de 80, com a concentração maciça de capitais nas mãos de empresas transnacionais, aliado ao desaparecimento das sociedades marxistas, terminando com a bipolaridade mundial, e, de outro lado, a crise fiscal dos Estados-providências – *Welfare State* -, impossibilitados de garantir a expansão dos direitos sociais e de minimizar as desigualdades econômicas,

²³⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Para uma dogmática de direito penal secundário**. Direito penal económico e europeu: textos doutrinários. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 37.

²³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal**. Direito criminal. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 14.

propiciou-se outra face ao capitalismo. A nova ideia deste capitalismo se fundamenta na criação de um mercado mundial regido por regras próprias e dotado de enorme força de propagação territorial²³⁷. Assim, o sentido de globalização está totalmente desvinculado de controle estatal. Isso resultou nas relações simultâneas dos mercados de capitais de todo o mundo de tal forma que o movimento dos mercados se encontra completamente fora do controle de qualquer agência nacional.

Nos dias de hoje, como ressalta Alberto Silva Franco:

O que tem relevância não é mais o Estado-nação, mas, sim, o conglomerado de transnacionais que atuam como agentes de mercado global. O caráter transnacional do mercado não respeita, assim, os Estados-nações, condenados a um desmonte sistemático²³⁸.

Com a nova ordem mundial, não há mais espaços geográficos fechados. As decisões de políticas estatais, tais como aspectos financeiros, monetários e social, meio ambiente, militares etc., são tomadas fora dos poderes do Estado-nação. A transnacionalização dos mercados e a política expansionistas ditada pelos grandes conglomerados econômicos internacionais têm desestabilizado as estruturas político-institucionais e principalmente a ordem jurídica dos Estados-nações que têm como base os princípios da soberania e da territorialidade²³⁹.

Por meio da busca de integração dos mercados, com livre trânsito de pessoas, capitais, serviços e mercadorias com a consequente eliminação das barreiras alfandegárias internas e outros obstáculos ao livre comércio, o Estado nacional vai perdendo o seu poder de regulamentação, dependendo cada vez mais de determinações supranacionais sobre medidas adotadas às relações de mercado. Além disso, com o impulso da revolução tecnológica, na área comunicacional, as informações processam-se com tal rapidez que os fatores de espaço e tempo são mínimos e praticamente inexistentes. Não importa onde

²³⁷ MORAIS, José Luiz Bolzan. **As funções do Estado contemporâneo**. O problema da jurisdição. Caderno de pesquisa da Unisinos, 2001. p. 12.

²³⁸ FRANCO, Alberto Silva. **Globalização e criminalidade dos poderosos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 8, nº 31, jul.-set. 2000. p. 106.

²³⁹ Ibid., p. 107.

ou quando se realize um fato gerador de consequências de mercado, ele terá dimensões mundiais no exato momento em que realizado. Por isso, conforme Alberto Silva Franco: '[...] grande concentração de capitais, mobilidade acelerada desses capitais e generalização célebre da comunicação constituem o tripé do novo modelo capitalista gerador de um poder econômico global, sem possibilidade de controle do poder político nacional'²⁴⁰.

Segundo Silva Sánchez, o processo de globalização econômica causa, entre outros, dois efeitos básicos sobre a delinquência: condutas tradicionalmente tidas como delitivas deixam de ser puníveis, pois do contrário se converteriam em um obstáculo as próprias finalidades perseguidas pela integração supranacional (medidas como barreiras alfandegárias e controles estatais à livre circulação deixam de ser puníveis ou sancionadas pelo Estado); este novo modelo mundial dá formação a novas modalidades de delitos clássicos, bem como a aparição de novas formas de delinquências²⁴¹.

Dessa forma, a integração gera uma criminalidade contra os interesses financeiros, produto desta união, ao mesmo tempo em que contempla a corrupção de funcionários das instituições da integração. Além do mais, gerou uma nova concepção de delito, contrário à ideia de delinquência marginal, mas com elementos próprios, tais como, organização, transnacionalidade e poderes econômicos.

Diante de tais assertivas, tem-se que reconhecer que o processo de globalização produziu novas formas de ilicitudes, econômicas em sentido amplo e com características próprias como supranacional, sem fronteiras limitadoras; organizada, já que possui uma estrutura hierarquizada, quer na forma de empresas lícitas, quer como organização criminosa, bem como por permitir separação tempo-espaço entre a ação das pessoas que atuam no plano ilegal; e grande danosidade social²⁴².

²⁴⁰ FRANCO, Alberto Silva. **Globalização e criminalidade dos poderosos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 8, nº 31, jul.-set. 2000. p. 108.

²⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999. p. 69.

²⁴² FRANCO, op. cit., p. 120.

Percebe-se, destarte, que se está diante de um fenômeno criminal diverso do paradigma do direito penal clássico. Tratam-se de delitos classificados criminologicamente como aqueles que têm uma regulação legal insuficiente (ou inconsistente), e ilícitos cuja dogmática se faz parcialmente pendente de elaboração. Com isso, impossível será combater estas condutas com os instrumentos do direito penal clássico existente²⁴³.

Além disso, o Estado hoje está sistematizado por Constituições Democráticas que, para além da tutela dos direitos individuais, estão comprometidas com valores transindividuais, bem como com a realização da justiça social. Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 vem consagrar inúmeros bens jurídicos transindividuais que passam a ser alvo da tutela penal ante um processo de tipificação enquanto fragmentária. A partir de então, começam a surgir inúmeras tipificações criminais que dizem respeito a bens jurídicos não mais individualizáveis, tais como previdência pública, ordem tributária, consumidor, livre concorrência, sistema financeiro, ordem econômica, meio ambiente, saúde pública, entre outros.

Com a obrigação de dar respostas a esses crimes, o Estado-nação se vê diante de legislações insuficientes e incapazes de combater o caráter internacional dessa criminalidade econômica, por isso, conforme Zaffaroni:

Vemos la criminalidad de mercado a escala macroeconómica sin ninguna contención y sus réditos en refugios fiscales conocidos, consentidos e seguros. Las prohibiciones estatales sólo sirven para aumentar las rentas de los mil tráficos prohibidos. El mundo parece sin timón: cada personaje, por poderoso que se crea o manifiesta serlo, aparece como um microchip descartable en un enorme ingenio electrónico²⁴⁴.

A falta de um Estado mundial, ou instrumentos internacionais capazes de exercer o *ius puniendi*, emitindo normas penais de alcance supranacional, bem como a inexistência de um Tribunal Penal Internacional com competência

²⁴³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999. p. 65-66.

²⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal**. Direito criminal. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 17.

para processar crimes econômicos-financeiros, dificultam e agravam o enfrentamento desta nova criminalidade que se desenvolveu com a globalização²⁴⁵. Além disso, conforme entendimento de Alberto Silva Franco: '[...] o Estado-nação, derruído na sua soberania e tronado mínimo pelo poder econômico global, não tem condições de oferecer respostas concretas e rápidas aos crimes dos poderosos, em relação aos quais há, no momento, um clima que se avizinha à anomia'²⁴⁶.

Este processo anômico de poder, projetado sem contenção para o futuro, traduz-se:

(a) no crescente domínio do delito econômico que tende a assenhorar-se da economia mundial, ante a impotência dos Estados-nações e dos organismos internacionais (cada dia mais as atividades econômicas em nível planetário irão assumindo maior similitude com as práticas criminais mafiosas); (b) na condenável deterioração do meio ambiente, que anuncia a produção de graves alterações na biosfera; (c) na progressiva perda de poder dos Estados nacionais e de seus operadores políticos²⁴⁷.

Destarte, o processo de globalização, seguido do enfraquecimento dos Estados nacionais que se vêem impossibilitados de regular e controlar as operações econômico-financeiras, ocasionou o desenvolvimento de uma macrodelinquência transnacional e economicamente forte, desencadeando um desenfreado mercado de lavagem de capitais que assusta e amedronta as nações mundiais. Sobretudo, os Estados periféricos que, dependentes do capital supranacional e submetidos às políticas excludentes dos conglomerados econômicos internacionais, se encontram numa encruzilhada²⁴⁸.

²⁴⁵ FRANCO, Alberto Silva. **Globalização e criminalidade dos poderosos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 8, nº 31, jul.-set. 2000. p. 120.

²⁴⁶ Ibid., p. 120-121.

²⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal**. Direito criminal. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 23.

²⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 81-83.

Diante da inoperabilidade do Estado-nação perante a criminalidade da globalização surgem, e ganham corpo diante da sociedade, movimentos denominados lei e ordem²⁴⁹. A teoria maximalista caracteriza-se por uma política de inflação penal. Assim, por meio de uma ideologia de segurança nacional, conjugada com uma ideologia de defesa social, estabelece uma ação (in)eficaz e repressiva de combate à criminalidade²⁵⁰.

Os movimentos de lei e ordem se identificam com o direito penal da globalização, pois pregam um instrumento repressivo que dê respostas às exigências políticas, determinando um conflito com o sistema minimalista que se orienta pelo princípio da legalidade processual e na busca de uma verdade formal, enquanto os movimentos de lei e ordem se regem pelo princípio da oportunidade, da possibilidade de acordos e quebra de direitos e garantias em nome da “defesa social”²⁵¹.

Não obstante, enquanto a teoria minimalista encontra o seu limite na racionalidade da Constituição, a teoria maximalista não atua diante do liame axiológico legal, ampliando conceitos e valores em prol da defesa social, eficiência e da democracia, caracterizada por um Estado de Democracia puramente formal. Salo de Carvalho utilizou as tipologias para explicar os níveis de racionalidade e o funcionamento do sistema de controle social:

Caracterizam, pois, estruturas minimalistas ou maximalistas, quanto à elaboração normativa; acusatória e inquisitória, quanto ao juízo; e retributivistas ou pedagógicas, quanto à fundamentação e execução da pena; configuram modelos punitivos autoritários (irracionais) ou garantias (racionais)²⁵².

Dentro do prisma da globalização, e do temor social perante a “sociedade de riscos”, Hassemer entende que:

²⁴⁹ COSTA, José de Faria; COSTA ANDRADE, Manuel da. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. **Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 348-349.

²⁵⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal das drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997. p. 143.

²⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Madrid: Civitas, 1999. p. 85-88.

²⁵² CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 26.

há uma tendência do legislador em termos de política criminal moderna em utilizar uma reação simbólica, em adotar um direito penal simbólico. Quero dizer com isso que os peritos nessas questões sabem que os instrumentos utilizados não são aptos para lutar efetiva e eficientemente contra a criminalidade real. Isso quer dizer que os instrumentos utilizados pelo direito penal são ineptos para combater a realidade criminal. Por exemplo: aumentar as penas não tem nenhum sentido empiricamente. O legislador – que sabe que a política adotada é ineficaz – faz de conta que está inquieto, preocupado e que reage imediatamente ao grande problema da criminalidade. É isso que eu chamo de ‘reação simbólica’ que, em razão de sua ineficácia, com o tempo a população percebe que se trata de uma política desonesta de uma ‘reação puramente simbólica’, que acaba se refletindo no próprio direito penal como meio de controle social²⁵³.

Ao criar essa política criminal simbólica, o legislador acaba por lesionar uma infinidade de direitos e garantias individuais que foram estruturados no decorrer dos séculos no modelo penal clássico. Afirma Salo de Carvalho que: ‘além de destruir direitos fundamentais do cidadão em nome desta política criminal passional e ilusória, acaba por formular novo padrão político-criminal, inadequado para alcançar a realidade da criminalidade moderna’²⁵⁴.

Diante disso, se sobressai um grande problema, pois como bem ressaltou Aury Lopes Júnior:

*a velocidade da notícia e a própria dinâmica de uma sociedade espantosamente acelerada são completamente diferentes da velocidade do processo, ou seja, existe um tempo do direito que está completamente desvinculado do tempo da sociedade. E o Direito jamais será capaz de dar soluções à velocidade*²⁵⁵.

As relações sociais da atualidade (e aqui se incluem os ilícitos do Direito Penal econômico) em uma sociedade neoliberal e globalizada, acelerada por meio de expectativas geradas pela alta tecnologia

²⁵³ HASSEMER, Winfried. Perspectiva de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, ano 2, nº 8, 1994. p. 43.

²⁵⁴ CARVALHO, Salo de. **A política criminal das drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997. p. 129.

²⁵⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. (Des)velando o risco e o tempo no processo penal. In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). **A qualidade do tempo: para além das aparências históricas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 165.

comunicacional e sobretudo pela velocidade dos acontecimentos que se dão em tempo real, perdem todo o referencial do próprio acontecimento, fático e real, caminhando sempre para frente e para o futuro como se o passado e o presente não existissem.

Nesse prisma, as políticas de lei e ordem, que primam pelo expansionismo da penalização das condutas da neocriminalidade como forma de controle e/ou prevenção às lesões aos bens jurídicos transindividuais, são políticas ineficazes e impróprias para a tutela dos bens jurídicos ali defendidos. Este fato se dá porque existe uma incongruência primordial entre os fatos e acontecimentos da atualidade, e o sistema jurídico penal.

4.4 A expansão do Direito Penal sob o influxo da “administrativização” nos delitos tributários

Passe-se agora a análise do fenômeno designado como *administrativização* do Direito Penal em sua inter-relação com os crimes tributários tal como foram positivados no ordenamento jurídico-penal brasileiro e em face de sua recepção jurisprudencial nos Tribunais Superiores. Antes que uma discussão dogmática tópica sobre os tipos penais tributários vigentes nas leis penais brasileiras, o objetivo é co-relacionar o fenômeno da *administrativização* com a modulação legislativa e jurisprudencial a eles conferida, para inferir sobre a legitimidade de sua própria criminalização.

Inicia-se com a descrição dos principais pontos de duas teorias que procuram justificar a intervenção penal e que, pela sua relevância, merecem tópicos apartados: a teoria do bem jurídico, tal qual elaborada por Roxin, e a teoria da prevenção geral positiva, na acepção de Jakobs. Num segundo momento, analisara-se o próprio conceito de *administrativização* como formulado por Silva Sánchez, bem como o ponto de vista crítico de Baratta e Mir Puig sobre o fenômeno, passando pela defesa de Lenio Streck da criminalização tributária, vinculando suas posições às teorias discutidas nos tópicos precedentes e à questão da legitimidade da intervenção penal. Finalizando, se fará um esboço analítico dos conceitos descritos em conexão

com a legislação penal-tributária e sua recepção pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

4.4.1 A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal

A questão sobre qual a qualidade que deve ter um comportamento para que seja objeto da punição estatal é um problema central do legislador e da Ciência do Direito Penal. A criminalização de um comportamento necessita de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador, o que significa a imposição de limites a este, ou seja, mesmo quando o legislador esteja legitimado democraticamente não pode criminalizar algo simplesmente porque isso não lhe agrada.

A ciência do Direito Penal alemão do pós-guerra tentou limitar o poder de intervenção penal com base na *teoria do bem jurídico*, cuja ideia principal foi que o Direito Penal deve proteger somente bens jurídicos concretos e não convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos, e que tem em Claus Roxin um balizado representante. Roxin parte do pressuposto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal; o que está além dessa função não deve ser logicamente objeto daquele²⁵⁶.

A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. A ideia que subjaza esta concepção é que se deve encontrar um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, que então garanta a cada um tanta proteção estatal necessária como também liberdade individual possível²⁵⁷.

²⁵⁶ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. Trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 8.

²⁵⁷ Ibid., p. 8.

O Estado deve garantir com os instrumentos jurídicos-penais não somente as condições individuais necessárias para a coexistência semelhante (proteção da vida e do corpo, da propriedade, da liberdade, etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (administração da justiça eficiente, administração livre de corrupção, sistema monetário e de impostos saudáveis, etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor²⁵⁸.

O conceito de bem jurídico não se limita, assim, a bens jurídicos individuais, mas abrange bens jurídicos da generalidade, que só adquirem legitimidade quando servem ao indivíduo em particular. Todos esses objetos legítimos de proteção das normas que subjazem estas condições Roxin denomina de bens jurídicos, que se pode definir como '*circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre*', que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos²⁵⁹.

A diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele como é o caso das pretensões no interior do Direito Tributário. O conceito de bem jurídico de Roxin é também um conceito de bem jurídico crítico com a legislação na medida em que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima. Como decorrência da adoção deste conceito, Roxin lista um conjunto de limites impostos ao legislador.

Em *primeiro lugar*, são inadmissíveis as normas penais unicamente por motivação ideológica ou que atentem contra os direitos fundamentais e humanos; em *segundo lugar*, a simples transcrição do objeto da lei não fundamenta um bem jurídico²⁶⁰; em *terceiro lugar*, os simples atentados contra

²⁵⁸ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. Trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 9.

²⁵⁹ Ibid., p. 9.

²⁶⁰ Exemplos extraídos do direito alemão: a sanção da aquisição de uma quantidade mínima de haxixe para o consumo pessoal e do comércio de órgãos humanos para efeitos de transplante indicam como bens jurídicos protegidos, no primeiro caso, a 'liberdade para se ter trato com drogas' e, no segundo, 'a liberdade de doações de órgãos para fins

a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal, quando não diminuem a liberdade e segurança de alguém; em *quarto lugar*, o atentado contra a própria dignidade humana não é lesão de um bem jurídico²⁶¹; em *quinto lugar*, a proteção de sentimentos somente é objeto de proteção de bens jurídicos nos casos de sentimentos de ameaça, como, por exemplo, nos casos de discriminação de setores da população (a incitação ao ódio ou a utilização de medidas violentas, ou ao desprezo)²⁶²; em *sexto lugar*, a autolesão consequente, como também seu fomento e facilitação não legitimam uma sanção positiva, pois a proteção de bens jurídicos tem por objeto a proteção frente à outra pessoa e não frente a si mesmo. Um paternalismo estatal somente é justificável tratando-se de déficits de autonomia de vontade (menores de idade, perturbados mentais que não compreendem corretamente o risco para si).

Para exemplificar, a participação no suicídio, no caso da eutanásia, e o caso de acidentes oriundos da prática de esportes de risco, não responsabilizam os organizadores e promotores destes eventos, e o partícipe da eutanásia, quando o autor desta e os desportistas estejam conscientes dos riscos inerentes a seus atos; em *sétimo lugar* Roxin aponta as leis penais simbólicas – entendidas como aquelas que não são necessárias para o asseguramento de uma vida em comunidade – não buscam a proteção de bens

comerciais'. Mas, isto não é suficiente para a legitimação da regulação, pois com isso somente se expressa o que o legislador fez. É preciso ir além, averiguando se com essa regulação há diminuição da coexistência livre e pacífica dos homens. Ver: ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. Trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 10.

²⁶¹ Assim, por exemplo, nem toda modificação artificial de informação genética é punível com base no “princípio da dignidade humana”, pois somente existiria lesão de um bem jurídico quando a manipulação do material genético causar diminuição das possibilidades de desenvolvimento do nascituro não previstas; se a intervenção se dá com o objetivo de impedir doenças hereditárias a criança não é lesionada, não havendo bem jurídico atingido. Ver: ROXIN, op. cit., p. 11.

²⁶² Uma proteção do sentimento que vá além do exposto não pode ser função do Direito Penal, pois o homem moderno vive numa sociedade multicultural na qual também a tolerância frente a concepções do mundo contrárias à própria é uma das condições de existência. É uma reação desmesurada, por exemplo, sancionar o fato de alguém provocar escândalo público realizando uma ação sexual ou o enviar a alguém uma publicação pornográfica sem que este a tenha solicitado. Ver: ROXIN, op. cit., p. 11.

jurídicos, pois perseguem fins que são externos ao Direito Penal²⁶³; em *oitavo lugar*, as regulações de tabus tampouco são bens jurídicos, como no caso do incesto; em *nono lugar*, os objetos de uma abstração incompreensível não devem reconhecer-se como bens jurídicos, como, por exemplo, punir comportamentos sob a condição de que sejam “idôneas” para “perturbar a paz pública”; não há descrição suficiente do bem jurídico concreto, pois a “idoneidade” reclamada pressupõe um juízo de valor não fundado empiricamente.

Apesar do Tribunal Constitucional Alemão não ter utilizado a teoria da restrição do Direito Penal à proteção de bens jurídicos para análise da validade de uma norma penal, há pontos de partida para uma recepção constitucional da ideia de proteção de bens jurídicos, com fulcro no princípio da proporcionalidade, ao qual pertence a denominada proibição de excessos como uma de suas manifestações. Uma norma penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, pois é uma intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos.

Roxin também defende que o *princípio da proteção de bens jurídicos não deve ser o único critério para a legitimação de tipos penais*. Discute-se, dessa forma, se a tendência de permitir a punibilidade já no estágio anterior a uma lesão de bens jurídicos é justificável do ponto de vista do Estado de Direito. Nestes casos, o princípio de proteção de bens jurídicos é somente útil em uma forma modificada, pois as duas regulações referidas protegem bens jurídicos: no primeiro caso, a proteção do corpo e da vida; no segundo, a propriedade das companhias de seguros.

O problema nestes casos é que o comportamento culpado está ainda bastante distante da verdadeira lesão de bens jurídicos; do conceito de proteção de bens jurídicos se infere então somente que se tratando de uma antecipação considerável da punibilidade, necessita-se fundamentar

²⁶³ Exemplo é a previsão do Código alemão que pune a ‘negação dos delitos de genocídio cometidos sob o regime do nacional-socialismo’. O verdadeiro sentido da norma, neste caso, é apresentar à Alemanha de hoje como um Estado depurado que não oculta nem esquece os crimes cometidos pela era nazista. Ver: ROXIN, Claus. **A proteção de bens**

especialmente, porque isto é necessário para a proteção efetiva do bem jurídico. Se no primeiro caso a fundamentação é possível (porque um condutor embriagado já não domina seu comportamento suficientemente, provocando um risco desnecessário), no segundo não (pois quem faz desaparecer sua propriedade pode decidir sempre se logo se dirige ou não à companhia de seguros com ânimo de enganá-la)²⁶⁴.

4.4.2 A prevenção geral como manutenção da confiança na vigência da norma

Para Jakobs, o Direito Penal obtém sua legitimação material de sua necessidade para garantir a vigência das expectativas normativas essenciais (aquelas de que depende a própria configuração ou identidade da sociedade) diante das condutas que expressam uma regra de comportamento incompatível com a norma correspondente.

A função da pena estatal para garantir as expectativas normativas essenciais se resume em produzir prevenção geral através do exercício no reconhecimento da norma, manifestando-se em três aspectos diferentes, com acento na primeira: a) exercício na confiança da norma (pena serve para confirmar a confiança na vigência das normas); b) exercício da fidelidade no Direito; c) exercício na aceitação das consequências (conexão existente entre a conduta que infringe a norma e a obrigação de arcar com seus custos, suas consequências penais)²⁶⁵.

Cancio Meliá *et alii* descrevem que a teoria da prevenção geral positiva, na acepção de Jakobs, atribui uma relevância cada vez menor à relação interna entre o autor potencial do fato e a norma, preocupando-se com

jurídicos como função do direito penal. Org. Trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 12.

²⁶⁴ À descrição analítica da teoria do bem jurídico, Roxin elenca três conjuntos de críticas de autores que consideram impossível ou errado restringir o âmbito de atuação do Direito Penal e lesões de bens jurídicos. De Hirsch, que afirma não existir um conceito de bem jurídico pré-determinado para o legislador. Stratenwerth afirma que é impossível a obtenção de uma definição material universal de bem jurídico. Jakobs, por sua vez, afirma que a função do Direito Penal é a confirmação da vigência da norma e não a proteção de bens jurídicos. Ver: ROXIN, op. cit., p. 06.

²⁶⁵ CANCIO MELIÁ, Manoel, et al. **Um novo sistema do direito penal** – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. São Paulo: Manole, 2003. p. 03.

o significado social da vigência das normas e de sua violação. Contrariamente àqueles que atribuem à pena função intimidatória, a pena não se dirige principalmente a coagir os potenciais autores de futuras infrações, mas tem por destinatários todos os membros da sociedade, como potenciais vítimas delas, para assegurá-las na vigência da norma infringida. A prestação que o Direito Penal realiza para a manutenção do sistema social consiste em reafirmar que, apesar da infração produzida, a sociedade se mantém firme na vigência de suas normas essenciais e se nega a conceber-se a si mesma de outra maneira²⁶⁶.

Jakobs sustenta, lembram Cancio Meliá *et alii* que a violação de uma norma não tem significado para o Direito Penal por suas consequências externas, pois não pode remediar tais consequências quando já se produziram, nem é necessário tampouco que estas se produzam para que uma violação normativa tenha lugar (no caso da tentativa, por exemplo). A violação da norma consiste nessa contradição, com o que ela estabelece, e na desautorização que a mesma implica. A pena, como resposta à violação da norma, situa-se no mesmo contexto de significado que esta, e simboliza, por sua vez, a contradição dessa violação. A norma infringida continua sendo, apesar de sua violação, a regra de comportamento em que se pode continuar confiando²⁶⁷.

A pena serve para que as expectativas normativamente fundadas não fiquem anuladas por sua defraudação, no caso concreto; para sua manutenção “Contrafática”, isto é, para sua manutenção, apesar da evidência de sua defraudação de fato, mediante a definição como defeituosa da conduta do autor, e não expectativa de que se comportasse conforme a norma²⁶⁸.

A pena consiste, portanto, em uma contradição da violação da norma que se executa a custa de seu autor. São evidentes os enlaces dos fundamentos teóricos da concepção de Jakobs, como lembra Cancio Meliá *et alii* com Luhmann e sua sociologia do direito e com Hegel e sua teoria absoluta

²⁶⁶ CANCIO MELIÁ, Manoel, et al. **Um novo sistema do direito penal** – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. São Paulo: Manole, 2003. p. 04-05.

²⁶⁷ CANCIO MELIÁ, Manoel, et al, op. cit., p. 06-08.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 10.

da pena²⁶⁹. O modelo da prevenção geral positiva é um modelo formal ou positivista, o que não significa que com isso venha a legitimar tudo o que resulte funcional à manutenção de um dado sistema social, ou que contribua à justificação de regimes injustos ou autoritários.

Em relação às críticas orientadas ao caráter formal de sua exposição, e à necessidade de preenchê-las com decisões, Jakobs advertiu que, certamente, se necessita deste complemento para sua aplicação a uma sociedade concreta, mas que nessa mesma necessidade se encontra qualquer concepção que se mova em igual nível de abstração: assim, se afirma, e.g., que o Direito Penal protege bens jurídicos, se incorre em idêntico “formalismo”, até que não se determine o que é um bem jurídico nessa concreta sociedade.

A questão da legitimação do Direito Penal não pode ser resolvida no seu plano interno; a legitimação material das normas penais transbordaria o leito formal (e positivista) da prevenção geral positiva, e remeteria à análise dos critérios materiais de identidade de uma determinada sociedade. A decisão sobre o alcance dos processos de criminalização seria uma tarefa puramente política, não jurídico-penal, na qual à ciência do Direito Penal só corresponderia determinar quais são os efeitos da regulação legal, e sua correspondência ou não, com as valorações estabelecidas²⁷⁰.

Conforme expõe Cancio Meliá *et alii*, Jakobs deduz uma desvinculação entre a função do Direito Penal e a de proteção de bens jurídicos, que se produz mediante a distinção que este autor fez entre bem jurídico (objeto de proteção de algumas normas) e bem jurídico penal, que seria a proteção das expectativas normativas essenciais diante de suas defraudações²⁷¹. Lynett expõe:

Jakobs distingue entre um conceito de bem jurídico em sentido estrito, entendido como uma relação funcional entre o sujeito e

²⁶⁹ A diferença com este consistiria em que o ponto de referência na fundamentação hegeliana da pena é o conceito abstrato de Direito, enquanto em Jakobs esse ponto de referência vem constituído pelas condições de subsistência da sociedade. Ver: CANCIO MELIÁ, Manoel, et al. **Um novo sistema do direito penal** – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. São Paulo: Manole, 2003. p. 13-16.

²⁷⁰ CANCIO MELIÁ, Manoel, et al, op. cit., p. 22-23.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 09.

uma situação valiosa (v.g., o bem jurídico nos delitos contra o patrimônio não é a coisa lesionada, mas as possibilidades de desfrute que se tem sobre ela), e um conceito de bem jurídico próprio de direito penal [...] O bem jurídico não é o dano naturalmente perceptível de cegar a vida de uma pessoa ou destruir seu patrimônio, mas sim um conceito normativo: a vigência da norma²⁷².

Para Jakobs há numerosos delitos em que existem componentes objetivos ou subjetivos que não guardam estrita relação com a lesão ou a colocação em perigo de bens jurídicos²⁷³. A compreensão do fim da norma como orientado à proteção de bens jurídicos tampouco seria adequada em relação a certas normas que servem a uma proteção direta da paz social²⁷⁴.

A própria falta de clareza acerca do que consiste ou pode consistir um bem jurídico pesa sobre esta problemática. A consideração de que o bem jurídico a ser protegido pelo Direito Penal é sempre a vigência efetiva da norma, não deve suscitar a impressão de que, com isso, defende-se a “legitimação das normas por si mesmas”, pois Jakobs sustenta que uma conduta que nem objetivamente, nem segundo a opinião dos cidadãos, tem consequências prejudiciais fica excluída, por falta de referência social (como mera imoralidade) do âmbito que deve ser regulado jurídico-penalmente²⁷⁵.

A norma penal para ser legitimada passa, portanto, por um “filtro” relativo às consequências nocivas que estão além da violação da norma. Além disso, a crítica de Jakobs à doutrina do bem jurídico centra-se na ideia de que, inclusive os bens jurídicos que devem ser protegidos pelo Direito Penal não gozam de proteção absoluta em uma sociedade que permite o sacrifício de

²⁷² LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: **Funcionalismo e direito penal**. Trad. André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 16.

²⁷³ Os delitos de dever especial pela função institucional não tem como núcleo uma lesão, mas o descumprimento de expectativas vinculadas ao papel do sujeito de uma instituição e dirigidas, não negativamente, à evitar a lesão, mas, positivamente, à produção de bens jurídicos. Ver: CANCIO MELIÁ, Manoel, et al. **Um novo sistema do direito penal – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs**. São Paulo: Manole, 2003. p. 36.

²⁷⁴ Já que não é fácil estabelecer se encontra-se diante de orientações normativas que podem ser definidas também como bens jurídicos, se se trata de hipóteses em que, por exceção, o Direito Penal pode estender-se à proteção de valorações sociais muito purificadas na sociedade, ou se, pelo contrário, trata-se de objetos que nem podem ser qualificados como bens jurídicos. Ver: CANCIO MELIÁ, Manoel, et al, op. cit., p. 37.

²⁷⁵ CANCIO MELIÁ, Manoel, et al, op. cit., p. 37-38.

bens para possibilitar um contato social. Por isso, uma norma não pode proteger um bem perante todos os riscos, senão tão-só contra aqueles que não são consequência necessária do contato social permitido²⁷⁶.

Dessa forma, concluem Cancio Meliá *et alii* que a *teoria da prevenção geral positiva* não substitui a *teoria do bem jurídico*, pois ambas se movem em níveis diferentes: uma no plano da *explicação da função social da pena* e outra na *determinação dos critérios materiais de legitimação da incriminação* de comportamentos em uma sociedade de determinadas características²⁷⁷.

4.5 O fenômeno da “Administrativização” do Direito Penal

4.5.1 A formulação do conceito em Silva Sánchez

O autor espanhol Silva Sánchez, analisa o fenômeno da *administrativização* do Direito Penal fornecendo-lhe recortes específicos: a modificação da própria estrutura e do conteúdo material dos tipos penais é a sua primeira expressão. Assim, a combinação da introdução de novos objetos de proteção com antecipação das fronteiras da proteção penal vem propiciando uma transição rápida do modelo “delito de lesão de bens individuais” ao modelo “delito de perigo (presumido) para bens supra-individuais”, passando por todas as modalidades intermediárias. Junto aos delitos clássicos, aparecem outros muitos, no âmbito socioeconômico de modo singular, que recordam muito pouco aqueles²⁷⁸.

O Direito Penal que regia *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está

²⁷⁶ CANCIO MELIÁ, Manoel, et al. **Um novo sistema do direito penal** – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. São Paulo: Manole, 2003. p. 37-38.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 37-38.

²⁷⁸ Silva Sánchez questiona que, nesse ponto, a doutrina tradicional do bem jurídico revela que, diferentemente do que sucedeu nos processos de despenalização dos anos 60 e 70, sua capacidade crítica no campo dos processos de criminalização como os que caracterizam os dias atuais é sumamente débil. Ver: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 113.

administrativizado. O autor esclarece o alcance do significado dessa expressão. As teses clássicas distinguem entre ilícito penal e ilícito administrativo, atribuindo ao primeiro o caráter de lesão eticamente reprovável de um bem jurídico, enquanto o segundo seria um ato de desobediência ético-valorativamente neutro. Posteriormente, todavia, foi se consolidando a tese da diferenciação meramente quantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, segundo a qual o característico desse último é um menor conteúdo de injusto. Silva Sánchez entende como errôneos ambos os critérios de distinção do âmbito administrativo do penal.

Com efeito, o decisivo da referida diferenciação não é (somente) a configuração do injusto, senão os critérios a partir dos quais se contempla, os critérios de imputação desse injusto e as garantias de diverso signo (formais e materiais) que rodeiam a imposição de sanções ao mesmo²⁷⁹. O decisivo seria o critério teleológico: a finalidade que perseguem, respectivamente, o Direito Penal e o administrativo-sancionador. O primeiro persegue a proteção de bens concretos em casos concretos e segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto próprio. O segundo persegue a ordenação, de modo geral, de setores da atividade (isto é, o reforço, mediante sanções, de um determinado modelo de gestão setorial).

O Direito Administrativo sancionador é o reforço da ordinária gestão da Administração. Assim, também cabe afirmar que é o Direito sancionador de condutas perturbadoras de modelos setoriais de gestão. Seu interesse reside na globalização do modelo, no setor em sua integridade, e por isso tipifica infrações e sanciona sob perspectivas gerais. Não se trata aqui do risco concreto, como risco em si mesmo relevante e imputável pessoalmente a um sujeito determinado, senão que o determinante é a visão macroeconômica ou macrosocial (as “grandes cifras”, o “problema estrutural” ou “sistêmico”). Por essa sua perspectiva própria, o Direito Administrativo sancionador não precisa, para sancionar, que a conduta específica, em si mesma concebida, seja

²⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 116.

relevantemente perturbadora de um bem jurídico, e por tal razão tampouco é necessária uma análise de lesividade no caso concreto²⁸⁰.

O Direito Administrativo, nessa medida, é o Direito do *dano cumulativo* ou, também, do dano derivado da *repetição*, que dispensa uma valoração do fato específico, requerendo somente uma valoração acerca de qual seria a transcendência global de um determinado gênero de condutas que viesse a ser considerado lícito. Em outras palavras, a pergunta-chave é ‘o que aconteceria se todos os intervenientes neste setor de atividade realizassem a conduta X caso fosse considerada lícita’²⁸¹?

Não há introdução da hipótese de lesividade concreta: nem lesão, nem perigo concreto, nem perigo abstrato entendido como perigo realmente existente, constatável na conduta em virtude de um juízo *ex ante*. Simplesmente perigo presumido, perigo estatístico ou – melhor ainda – perigo global²⁸². Essa diferença é substancial, e explica, em primeiro lugar, que a tipificação de infrações administrativas, ainda que pretenda certamente cumprir funções de proteção social, muitas vezes somente adquire referido tom material se as infrações se contemplam em conjunto. Em contrapartida, contempladas uma a uma revelam-se, certamente, formais, isto é, muitas vezes nem sequer de perigo abstrato, senão de mero perigo global. Silva Sánchez oferece exemplo no âmbito tributário:

Uma única fraude tributária, ainda que seja de mais de 15 milhões de pesetas (caso espanhol) – que é o que se julga no âmbito penal – não põe realmente em perigo relevante o bem jurídico, já se entenda este no sentido do patrimônio da Fazenda Pública, já no das funções sociais dos tributos. O perigo seria aqui o efeito cumulativo. Logo, não é a conduta individual a lesiva, senão sua acumulação e globalização. Sob perspectivas de lesividade concreta, não há base para a intervenção penal, ainda que o significado global, setorial do ‘gênero’ de condutas, possa justificar claramente a intervenção do Direito Administrativo, e isso a partir de uma fraude de pouca monta que, multiplicada pelo número de contribuintes,

²⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 116.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 117.

²⁸² *Ibid.*, p. 116-117.

poderia já começar a ter um enorme significado: assim, uma fraude por contribuinte de dez mil pesetas – equivalente a R\$ 100,00 -, multiplicada por uns 25 milhões de contribuintes, daria a enorme cifra global de 250 bilhões de pesetas (ou 2,5 bilhões de reais). O que implica que, obviamente, a fraude de somente 10.000 pesetas deva ser considerada ilícito administrativo e sancionada²⁸³.

É possível afirmar que é uma característica do Direito Penal das sociedades pós-industriais a assunção, em ampla medida, de tal forma de racionalizar, a da lesividade global derivada de acumulações ou repetições, tradicionalmente própria do Direito administrativo. É isso que se quer indicar quando se alude ao processo de “*administrativização*”, em que, se acha imerso o Direito Penal.

O Direito Penal assume o modo de racionalizar próprio do Direito Administrativo sancionador, e, a partir daí, se converte em um Direito de gestão ordinária de grandes problemas sociais.

4.5.2 A posição crítica de Mir Puig

Já Mir Puig²⁸⁴ preocupa-se com a compatibilidade do princípio da intervenção mínima com a concepção atualmente dominante de *Estado Social intervencionista*, sustentando que a admissão de um Estado Social que intervém para procurar o bem-estar dos cidadãos não obriga que se postule como desejável um intervencionismo penal que restrinja a liberdade do cidadão além do imprescindível para sua própria proteção, apontando determinados riscos da instrumentalização do Direito Penal pelo Estado Social.

Por um lado, o Estado intervencionista pode cair na tentação de utilizar o Direito Penal como apoio de uma política de governo determinada; por outro lado, o Estado Social pode confundir a necessidade de favorecer determinados

²⁸³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 119.

²⁸⁴ MIR PUIG, Santiago. Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal en la reforma penal. In: **El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.

interesses coletivos, difundidos entre amplas camadas da população, com a conveniência de uma intervenção penal para prevenir seu ataque. A legislação anti-terrorista e de delitos monetários constituem dois exemplos da utilização da intervenção penal a serviço de políticas conjunturais determinadas, no que pode se denominar, em relação ao segundo tipo de delito, de “Direito Penal da Economia”, manifestado em três grandes categorias: *a) um Direito penal da produção da riqueza, destinado a tutela do meio ambiente e da saúde; b) um Direito penal da circulação da riqueza, que se manifesta no âmbito da criação de delitos monetários; c) um Direito penal financeiro, relativo a evasão fiscal (os crimes tributários)*²⁸⁵.

Não se discute a importância dos bens jurídicos tutelados, mas sim se a técnica da tutela penal adotada é adequada ao objetivo; ou seja, se há um Direito Penal da Economia ou se há um Direito Administrativo da economia, penalmente sancionado. Em relação aos crimes tributários, relata Mir Puig, na citada obra, com base em ponderações feitas por Galgano: ‘a ameaça penal pode influir em pequenos sonegadores, como artesãos, pequenos profissionais ou comerciantes; porém, sem uma reforma profunda da complexa organização econômica, que comece pela reforma das sociedades por ações, se perpetuará a sonegação fiscal das médias e grandes fortunas’²⁸⁶.

Nesse contexto, o princípio de intervenção mínima do Direito Penal choca, de outra parte, com a tendência que se adverte na atualidade a uma utilização do Direito Penal como instrumento meramente *sancionador, de apoio de normas não-penais*. O Direito Penal do Estado intervencionista, com sua inflação legislativa, converter-se-ia em simples sancionador da violação de normas de outra natureza: civil, mercantil, administrativa, caracterizando o chamado Direito Penal acessório ou complementar, cada vez mais parecido ao *Direito Administrativo sancionador* e cada vez mais alheio dos princípios do núcleo histórico do Direito Penal. Não obstante, há que reconhecer-se que a

²⁸⁵ MIR PUIG, Santiago. Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal en la reforma penal. In: **El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994. p. 153.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 154.

função do Direito Penal se distingue da de outros setores do Direito não só pela *maior gravidade* de suas sanções, senão também que pela *maior desvalorização* dos fatos que infringem suas normas; o direito penal não pode ser usado para sancionar a infração de qualquer norma jurídica, mas somente a infração de um norma merecedora de natureza penal.

Somente as proibições e mandatos fundamentais para a vida social merecem adotar o caráter de normas penais, sendo que as normas penais que integram o núcleo do Direito Penal, contam com uma tradição imemorial e tem conseguido um profundo arraigo na consciência social. Dessa maneira, o princípio da intervenção mínima do Direito Penal só poderá realizar-se coerentemente se começa por reconhecer a *específica autonomia do Direito Penal*, tanto em suas consequências jurídicas como na definição das normas primárias. A postulação de uma diferença *qualitativa* para a regulação penal é fundamental para impedir a tendência à *administrativização* do Direito Penal. Fustiga Mir Puig:

El Derecho penal no há de convertirse em un arma más del intervencionismo estatal que sólo se distinga por su posible mayor eficacia y contundencia. Un Estado intervencionista que busca la máxima eficacia difícilmente restringiría al *mínimo* um Derecho penal cuya única característica fuera mayor eficacia²⁸⁷.

Em conexão com o problema da *administrativização*, o qual é refletido com base no *princípio da intervenção mínima do Direito Penal*, analisa-se a contribuição de Mir Puig no estudo da teoria do bem jurídico. O autor infere quais as condições que não de concorrer para que um bem jurídico mereça ser um bem jurídico-penal, reconhecendo, de plano, as dificuldades encontradas, historicamente, nos usos do conceito de bem jurídico para limitar a intervenção penal. esta capacidade limitadora não pode ser encontrada nem no *conceito dogmático* de bem jurídico, segundo o qual importam os bens efetivamente

²⁸⁷ MIR PUIG, Santiago. Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal en la reforma penal. In: **El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994. p. 157.

protegidos pelo Direito²⁸⁸, nem no *conceito político-criminal* de bem jurídico, cuja pretensão é de decidir o que *merece* ser considerado como bem jurídico, e não só descrever o que o legislador de fato reconhece como tal.

Todavia, esta segunda perspectiva pode ser útil se acompanhada, sob o prisma do Estado Social e Democrático de Direito, de elementos que o distingam dos valores puramente morais e facilite a delimitação dos âmbitos próprios da Moral e do Direito²⁸⁹. Outrossim, Mir Puig diz que para um bem jurídico (no sentido político-criminal) possa ser considerado, também, um bem jurídico-penal deve possuir duas condições: *a) suficiente importância social e b) necessidade de proteção pelo Direito Penal*.

A *importância social* do bem merecedor de tutela jurídico-penal tem de estar em consonância com a gravidade das consequências próprias do Direito Penal, o que importa, primeiramente, postular a autonomia de valoração jurídico-penal dos bens jurídicos; a *autonomia valorativa do Direito Penal* supõe o rechaço de uma concepção deste como instrumento meramente *sancionador* de valores e *normas não-penais*; acresça-se a esse elemento, a existência de que os bens jurídicos-penais sejam fundamentais para a vida social, obrigando a precisar de algum modo o sentido desta exigência. A *fundamentalidade* de um interesse para a vida social, apta a justificar sua *criminalização* é de difícil identificação objetiva, sendo que se tem procurado buscar na Constituição este parâmetro. Embora o reconhecimento de um direito ou bem não deve ser desconsiderado para valorar seu grau de importância, tal dado não basta, por

²⁸⁸ Assim formulado, o conceito não poderia servir para que a proteção penal se reduzisse àqueles bens reconhecidos por alguma norma jurídica prévia ao Direito Penal, pois se este também é Direito, bastaria que reconhecesse, como novo, qualquer objeto não anteriormente protegido, para que devesse ser considerado um bem jurídico. Ver: MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como limites del ius puniendi. In: **El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994. p. 160.

²⁸⁹ O autor situa os bens jurídicos merecedores de tutela jurídica penal no âmbito do social, exigindo que constituam condições de funcionamento dos sistemas sociais, e não só valores culturais e, também, que o bem jurídico não tenha somente importância para o sistema social, senão que se traduza em concretas possibilidades para os indivíduos. Ver: MIR PUIG, op. cit., p. 161.

si só, mas deve estar acompanhado de outras considerações especificamente orientadas a finalidade político-criminal²⁹⁰.

Dessa forma, se o reconhecimento constitucional de um bem deve servir de critério relevante para decidir-se se está diante de um interesse fundamental para a vida social que reclama proteção penal, a questão não pode resolver-se somente com este recurso a Constituição. Segundo, não é possível entender que a Constituição imponha ao Estado não só o dever de respeitos aos direitos fundamentais, mas também o de sancionar penalmente sua vulneração. Terceiro, ainda que a Constituição reconheça um determinado bem, seria evidentemente contrário ao princípio de proporcionalidade protegê-lo penalmente de todo ataque, inclusive ínfimo, sem requerer um mínimo de afetação do bem²⁹¹.

No atual influxo do Estado Social volta-se a colocar a questão de se o conjunto social merece tanta ou maior proteção jurídica que os indivíduos; nesse contexto, se debate a tutela penal dos novos interesses coletivos, havendo dois enfoques possíveis: um contempla-os do ponto de vista de sua importância para o sistema social, outro os valora do ponto de vista dos indivíduos. O primeiro é o adotado pelo Estado social autoritário, caracterizado por subordinar o indivíduo ao todo social; o segundo, importam os interesses coletivos na medida em que condicionem a vida dos indivíduos. Desta segunda perspectiva, a valoração da importância de um determinado interesse coletivo exigirá a comprovação do dano que cause a cada indivíduo sua vulneração.

Creo que ésta es una vía de razonamiento que debe atenderse si se quisere evitar la peligrosa tendencia que posee todo Estado social a hipertrofiar el Derecho penal a través de una *administrativización* de su contenido de tutela, que se produce cuando se prima en exceso el punto de vista del *orden colectivo*²⁹².

²⁹⁰ MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como limites del ius puniendi. In: **El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994. p. 163.

²⁹¹ MIR PUIG, op. cit., p. 163-164.

²⁹² MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como limites del ius puniendi. In: **El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994. p. 165.

Entretanto, não basta que um bem tenha suficiente importância social para que deva ser protegido penalmente, mas é preciso que *não sejam suficientes para sua tutela outros meios de defesa menos lesivos*: se basta a intervenção administrativa, ou civil, não haverá que elevar o bem ao nível de bem jurídico-penal.

Às reflexões sobre a *administrativização do Direito Penal*, em Mir Puig, sob o enfoque do *princípio da intervenção mínima* e da *teoria do bem jurídico*, é possível relacionar a função de *prevenção geral positiva* do Direito Penal, em sentido limitador. Os partidários da *prevenção geral positiva* podem ser agrupados em duas direções: a) por um lado, quem defende aquela forma de prevenção como *fundamentadora*, e em seu caso, *ampliadora* da intervenção penal; b) por outro lado, aqueles que com aquela concepção pretendem por freio a prevenção geral intimidatória e/ou a prevenção especial.

Segundo a primeira tendência, o Direito Penal não há de limitar-se a evitar determinadas condutas danosas ou perigosas, mas deve perseguir, sobretudo, algo mais ambicioso e de maior alcance: influir na consciência ético-social do cidadão, em sua atitude interna frente ao Direito. Ela pressupõe uma missão que *amplia o âmbito de incidência do que se considera legítimo para o Direito Penal*. Há antecedentes desse posicionamento em Welzel e em Kaufmann²⁹³, e, na mesma linha, segundo Mir Puig, Jakobs, para quem o único objetivo que corresponde ao Direito Penal é garantir a função *orientadora* das normas jurídicas, compartilhando, em certa medida, da concepção de Direito de Luhmann, como instrumento de estabilização social mediante a orientação de ações através da institucionalização das expectativas sociais. Estas posições procurariam *fundamentar* a intervenção do Direito Penal.

A segunda tendência, ao contrário, defende a *prevenção geral positiva* num sentido *limitador* da intervenção pena, no que Mir Puig, menciona Roxin e

²⁹³ Que entende a função ético-social que Welzel atribuía ao Direito Penal como aspecto positivo da prevenção geral, e a caracterizava como socialização dirigida a uma atitude fiel ao Direito, destacando três componentes: uma informativa do que está proibido, outra de manutenção da confiança na capacidade da ordem jurídica de permanecer e se impor e uma terceira de criação e fortalecimento de uma permanente atitude interna de fidelidade ao Direito. Ver: MIR PUIG, Santiago. Función y límites de la intervención penal. In: **El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994. p. 133.

Hassemer. Este parte da diferença específica do Direito Penal frente aos demais meios de controle social; o Direito Penal aparece como um meio de controle social caracterizado por sua *formalização*, que tem lugar mediante a vinculação às normas e tem por objeto limitar a intervenção penal em atenção aos direitos do indivíduo objeto de controle. A forma específica de afirmar as normas, que corresponde ao Direito Penal há se ser, pois, sua aplicação restritiva, com observância dos limites que impõe seu caráter formalizado.

Entre as duas direções distintas da *prevenção geral positiva*, uma *fundamentadora* e outra *limitadora* da intervenção penal, Mir Puig opta pela segunda, na medida de que em um Estado que respeite a autonomia moral do indivíduo, a prevenção geral positiva resulta adequada somente se entende no seu sentido restritivo. Somente quando a ameaça social se apoie em uma norma penal primária convincente poderá desempenhar uma função de prevenção geral positiva, de confirmação e afirmação de uma convicção social. Caso contrário, pode chegar a desvalorizar a via penal e, inclusive, gerar uma reação social de repulsa em relação àquela.

4.5.3 A posição crítica de Baratta

Antes de adentrar nas considerações do autor sobre o fenômeno específico da *administrativização*, discorre-se sobre suas análises em relação ao conceito de bem jurídico. Baratta aponta que a discussão sobre a questão do bem jurídico estava envolta, até o início dos anos 90, na tradicional distinção entre duas funções assinaladas ao conceito de “bem jurídico”: uma função imanente ao sistema do Direito Penal positivo (*função intra-sistemática*) e uma *função extra-sistemática*²⁹⁴. A primeira função obedece à interpretação teleológica das normas penais e sua construção sistemática, sendo que a consequência dogmática principal deste uso intra-sistemático do conceito de

²⁹⁴ BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. In: **Pena y Estado**. n. 01. Barcelona, Espanha, 1991. p. 57.

bem jurídico é a *duplicação da antijuridicidade*²⁹⁵. Junto a esta função intra-sistemática e com uma pretendida independência desta, se construiu uma *função extra-sistemática* do conceito de bem jurídico como critério de valoração do sistema jurídico e da política criminal.

Apesar das diferenças terminológicas e da ausência de um conceito unívoco, no pensamento penal alemão aparece clara a distinção entre dois níveis de construção na teoria do bem jurídico: ao nível ideológico ou político se trata da individualização das condições necessárias (e/ou suficientes) de produção de normas penais (função de legitimação e/ou de limitação); ao nível exegético e dogmático se trata da interpretação e da sistematização teleológica das normas. Baratta se limita a indicar uma alternativa entre duas tendências que, em sua categorização, correspondem às alternativas entre um uso exclusivamente defensivo e um uso também promocional da pena em relação aos bens e interesses relevantes, distinção que tem perdido relevância prática, na medida em que a tutela penal tem sido estendida do campo dos interesses individuais e circunstanciais a áreas de interesses gerais e difusos. Nesse sentido, Baratta refere que, em sentido lato, pode-se denominar “teorias do bem jurídico” às teorias promocionais.

A distinção entre conceitos extra-sistemático e intra-sistemático de bem jurídico torna-se mais problemática com a incerteza e fluidez das fronteiras que deveriam delimitar o “sistema”. O que define áreas de *negatividade social* a partir do ponto de vista do possível emprego instrumental do sistema de justiça criminal, representa uma *reificação* deste sistema e da própria negatividade social. Desde o ponto de vista epistemológico, esta *reificação* se deriva de uma inversão conceitual característica de saberes sociais separados, gerados no interior de setores especializados da função pública. Ela se verifica quando os juristas intentam definir que problemas ou conflitos são aptos para ser afrontados com o instrumental do sistema criminal, antes que, quais os

²⁹⁵ Antijuridicidade formal como violação da norma social ou jurídica correspondente ao tipo delitivo e antijuridicidade material como lesão ou colocação em perigo do interesse protegido pela norma. Há responsabilidade penal somente se realizadas ambas formas de antijuridicidade; todavia, a antijuridicidade material está vinculada a existência da formal. Ver: BARATTA, op. cit., p. 57.

instrumentos existentes nos diversos arsenais institucionais, ou que deveriam ser inventados, sejam aptos para afrontar determinados problemas ou conflitos²⁹⁶.

O resultado é a reprodução ideológica e material do sistema punitivo e a distinção tradicional entre situações “relevantes” e “não relevantes” para este. Neste último caso, se está na presença de outro raciocínio *circular* típico de saberes sociais separados: se deduz a chamada “*fragmentariedade*”²⁹⁷ do sistema penal da relevância de certas matérias e não de outras, enquanto ao mesmo tempo a relevância de certas matérias se deduz do fato de que estas, e não outras, são objeto da intervenção penal. Baratta aponta que, do ponto de vista epistemológico, uma correta investigação extra-sistemática sobre a *negatividade social* não pode excluir do próprio objeto a realidade institucional, pois esta, segundo a colocação dos atores nos conflitos e a percepção destes, é a sede de sua resolução, ou a sede de sua produção ou consumação. Seria mais oportuno, assim, reservar o termo bem jurídico aos resultados das construções intra-sistemáticas e chamar com outro nome ao referente material construído no âmbito de operações extra-sistemáticas²⁹⁸.

A perda de significado na distinção entre concepções defensiva e promocional do bem jurídico se deve em razão da *expansão da área de tutela penal* aos interesses difusos ou coletivos (meio ambiente, saúde, interesses do

²⁹⁶ BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. In: **Pena y Estado**. n. 01. Barcelona, Espanha, 1991. p. 64.

²⁹⁷ Carácter fragmentário do Direito Penal indica – como afirmação empírica – o fato de que só por lei podem condutas ameaçadas com pena constituir fatos penais. o aspecto quantitativo (só uma pequena parte das ações merecedoras de pena são fatos puníveis) pode ser entendido de forma crítica ou laudatória, descritiva ou normativa-programática; carácter subsidiário do Direito Penal indica, programaticamente (de forma negativa), um limite do Estado de Direito liberal ao Direito Penal, e além disso pode fazer remissão (de forma positiva) a ideia de que o Estado que castiga, também é obrigado a socorrer; o carácter de última ratio constitui o programa mais unívoco: segundo dito princípio, o Direito Penal só é legítimo nas infrações mais graves e como recurso extremo. Ver: PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: Fragmentario? Subsidiario? Ultima Ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal. In: **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2001. p. 427-434.

²⁹⁸ BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. In: **Pena y Estado**. n. 01. Barcelona, Espanha, 1991. p. 67.

consumidor, etc.) e em direção a *funções da administração pública* (como o sistema monetário, o sistema da economia, a atividade do Estado como monopolista do mercado de câmbios, etc.). O fenômeno geral em que se inscreve esta perda de sentido pode ser indicado como *administrativização* do Direito Penal²⁹⁹.

Este termo indica dois fatores complementares, porém distintos: em primeiro lugar, o fato de que a maior parte das normas penais, que os legisladores produzem em quantidade cada vez maior, junto aos códigos e também algumas leis de reforma dos códigos mesmos são normas penais acessórias às normas gerais e a atividade administrativa do Estado e de outros entes públicos; ou seja, normas que sustentam as funções, intervindo de matéria sub-rogativa³⁰⁰. A outra circunstância compreendida no termo *administrativização* é aquela pela qual tais tipos penais novos se parecem cada vez mais em sua forma às normas de intervenção da administração pública, distanciando-se dos requisitos “clássicos” da lei (abstração e generalidade). Textualmente diz o autor:

Las normas penales se transforman, de esta manera, en un instrumento de administración de situaciones particulares, de riesgos excepcionales; en otras palabras, en un instrumento de respuesta contingente y puntual a ‘emergências’ concretas. Al mismo tiempo, há sido puesto en evidencia [...] cómo se expande la esfera de competencia decisional y de discrecionalidad de la magistratura; las decisiones judiciales tienden a asumir un carácter pragmático y ‘político’ similar al de las leyes³⁰¹.

Em conjunto com a *administrativização* do Direito Penal, tem-se a insurgência de um Direito Penal Jurisprudencial, oriundo da técnica legislativa usada na formulação das leis (emprego de conceitos indeterminados, de cláusulas gerais) e das transformações da função da magistratura. Em ambos

²⁹⁹ Ibid., p. 67.

³⁰⁰ Neste caso de acessoriedade administrativa, não existe uma “norma social” que sirva de base a norma penal, como sustenta a teoria clássica de Binding, senão uma função administrativa pública. Ver: BARATTA, op. cit., p. 68.

os casos, se encontra-se na presença de um fenômeno complementar que concorre ao que tem sido designado como assunção por parte da magistratura de uma “função de suplência” com respeito ao Poder Legislativo e à Administração Pública, função essa ligada às transformações do Estado contemporâneo em seu conjunto. Esta transformação significa que a *segurança dos bens jurídicos* tende a prevalecer sobre a segurança ou certeza do Direito. Isto explica a *delegação* de competências decisórias por parte do legislador à Administração e à Justiça.

Explica também o fenômeno denominado de *dinamização dos bens jurídicos*, que possui pelo menos dois significados: a) em primeiro lugar, um descolamento entre Estado e Sociedade com referência à produção e proteção de bens jurídicos. No modelo do Estado Liberal Clássico, o Estado de certeza do Direito, os substratos reais dos bens jurídicos são produzidos na sociedade civil; no Estado de prevenção, os bens jurídicos para proteger são, cada vez mais, *bens produzidos pelo Estado mesmo, que concernem a infra-estrutura, complexos administrativos e funcionais que tem relação com a atividade do Estado e dos entes públicos*; b) em segundo lugar, o Estado de prevenção assume por si mesmo, amplamente, a distribuição dos bens produzidos na sociedade civil, o controle de sua produção, assim como a administração dos riscos que acompanham a produção.

A *administrativização* do Direito Penal, no sentido da tendência das normas e das decisões penais tornarem-se acessórias a normas e a funções administrativas constitui, então, só um aspecto de uma *administrativização* geral do Estado³⁰². A consequência desta *administrativização* do Direito Penal

³⁰¹ BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. In: **Pena y Estado**. n. 01. Barcelona, Espanha, 1991. p. 68-69.

³⁰² O segundo aspecto da transformação dos sistemas penais indicado pelo termo “dinamização de bens jurídicos” tem relação ao desenvolvimento de técnicas de imputação de responsabilidade penal que antecipam a esfera de punibilidade a fases anteriores da conduta nas quais não realizou, todavia, uma lesão efetiva do bem tutelado. Ver: BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. In: **Pena y Estado**. n. 01. Barcelona, Espanha, 1991. p. 71-72.

é a diminuição do status de cidadão de todos os sujeitos compreendidos pela administração de justiça criminal: autores, vítimas, terceiros.

4.5.4 A defesa da intervenção do Direito Penal no âmbito tributário defendida por Lenio Luiz Streck

O autor Lenio Luiz Streck, tem outro viés sobre a temática em debate, obtemperando que a reflexão dogmática penal brasileira continuaria atrelada a um paradigma penal de nítida feição liberal-individualista, preparada historicamente para o enfrentamento de conflitos de índole interindividual, e não teria engendrado, ainda, as condições necessárias para o enfrentamento dos conflitos (delitos) de feição transindividual (bens jurídicos coletivos).

Isto acarretaria uma confusão quanto aos bens que devem prevalecer numa escala hierárquica axiológica, para fins de serem relevantes penalmente e, portanto, merecedores de tutela dessa natureza. Nesse contexto, Streck parte da concepção de Constituição como diretiva para o legislador penal. O estabelecimento de crimes, penas e descriminalização não pode ser um ato absolutamente discricionário ou voluntarista, não havendo liberdade absoluta de conformação legislativa. Nesse sentido, se de um lado há a *proibição de excesso*, de outro há a *proibição de proteção deficiente*; ou seja, o direito penal não pode ser tratado como se existisse apenas uma espécie de *garantismo negativo*, a partir da garantia de proibição de excesso³⁰³.

Há, também, um *garantismo positivo*, vinculado ao dever de proteção de determinados bens fundamentais através do Direito Penal. Isto significa dizer que, quando o legislador penal não realiza essa proteção via direito penal, é cabível a utilização da cláusula de “proteção deficiente”. A teoria do bem jurídico, que sustenta a ideia de tipos penais no Direito Penal, passa a depender da materialidade da Constituição. Streck aciona o princípio da proporcionalidade com uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de

³⁰³ Ver: STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição. Da proibição de excesso (übermabverbot) à proibição de proteção deficiente (unterbverbot) ou de como não há

omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção deficiente de um direito fundamental (nas suas diversas dimensões)³⁰⁴.

Com o uso desse arcabouço teórico, Streck considera inconstitucional o art. 9º, da Lei nº 10.684/03, por considerá-la um caso de proteção deficiente³⁰⁵. O autor advoga que não há qualquer justificativa de cunho empírico que aponte para a desnecessidade da utilização do Direito Penal para a proteção dos bens jurídicos que estão abarcados pelo recolhimento de tributos. Embora o Direito Penal devesse ser utilizado como *última ratio* (sic), parece evidente que existem situações e hipóteses (no que ele inclui os crimes tributários) em que o bem jurídico não estaria suficientemente protegido, mormente em uma comparação com outras formas de proteção.

Lembra Streck o fato de o legislador não abrir mão do Direito Penal para combater delitos menos relevantes, como o furto e apropriação indébita, e, nos casos de crimes mais graves como os fiscais, agir de outro modo, oferecendo a possibilidade de o sonegador efetuar o ressarcimento do valor amealhado dos cofres públicos. Arremata, defendendo que, quando o legislador protege determinados bens fundamentais – e não se poderia negar que os crimes fiscais lesam direitos fundamentais – a jurisdição constitucional deve intervir, declarando a invalidade da referida lei que protege deficientemente os bens jurídicos. Afinal, o legislador penal não teria liberdade

blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. n. 80, 2004.

³⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição. Da proibição de excesso (*übermabverbot*) à proibição de proteção deficiente (*unterbverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. n. 80, 2004. p. 309.

³⁰⁵ A Lei nº 10.684/03, em seu art. 9º, estabeleceu a suspensão da pretensão punitiva do Estado, referentemente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º, da Lei nº 8.137/90, e nos arts. 168-A e 337-A, do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento, e estabeleceu a extinção da punibilidade dos crimes antes referidos quando a pessoa jurídica efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

de conformação para retirar a proteção penal dos crimes de sonegação de tributos, bens jurídicos de nítida feição supraindividual³⁰⁶.

4.6 Crimes Tributários: posituação legislativa e situação nos Tribunais Superiores

O arcabouço legislativo que tutela a ordem jurídica penal tributária no Brasil contempla, a partir dos anos 90, leis de duas naturezas: a) aquelas que definem preceitos criminalizadores de condutas penais supostamente contrárias à “ordem jurídica tributária”; b) aquelas que definem hipóteses de extinção da punibilidade ou de suspensão da pretensão punitiva do Estado.

No primeiro caso, tem-se a Lei nº 8.137/90³⁰⁷, que em seu art. 1º e 2º, trata dos crimes tributários propriamente ditos, definindo os tipos penais tributários e a cominação das penas *in abstracto*, e o Código Penal³⁰⁸, que em

³⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição. Da proibição de excesso (übermabverbot) à proibição de proteção deficiente (unterbverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. n. 80, 2004. p. 332-333.

³⁰⁷ Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal; IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento; V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. **BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8137.htm>.

³⁰⁸ Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional.

seu art. 168-A e 337-A, introduzidos pela Lei nº 9.983/00, trata dos crimes previdenciários (cuja natureza tributária é hoje pacífica na jurisprudência do STF). No segundo caso, têm-se dispositivos dispersos em leis tributárias esparsas, que tratam de conferir benefícios tributários para aqueles agentes ou pessoas jurídicas a eles vinculados, que cumpram determinados requisitos (via de regra, o pagamento de tributos ou a prestação de informações aos órgãos da administração tributária): art. 34, da Lei nº 9.249/95; art. 15, da Lei nº 9.964/00; art. 9º, da Lei nº 10.684/03; §1º e §2º do art. 337-A, do Código Penal.

Em que pese a positivação de tipos penais tributários que tem por tutela o “bem jurídico” *ordem jurídica tributária*, o “modelo” penal-tributário caracteriza-se mais como instrumento arrecadatório (ameaça) do que como instrumento repressivo.

Para cada uma das figuras inseridas pela Lei nº 9.983/00 no Código Penal (cujas novas condutas delitivas são dirigidas, segundo o texto legal, à tutela da Previdência Social) – “apropriação indébita previdenciária” definida no novel art. 168-A e a “sonegação de contribuição previdenciária” inserida no também novel art. 337-A -, instituiu o legislador novos efeitos para o pagamento e/ou confissão da contribuição devida. Assim, “se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal”, estará extinta a punibilidade do crime definido no art. 168-A. Por outro lado, “se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal”, estará extinta a

Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; II - deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; III - omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias. BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>.

punibilidade do crime descrito no art. 337-A. A diferença reside, pois, em que: no primeiro caso, exige-se o pagamento e, no segundo, não. A par disso, no caso dos delitos previstos no art. 168-A, acaso o agente “tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios”, e sendo primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa, é o que prevê o §3º, I, deste dispositivo.

Naquele caso, a pessoa jurídica relacionada com o agente do crime de sonegação fiscal havia efetuado o pagamento integral do débito em 1998, quando estava em vigor o disposto no art. 34, da Lei nº 9.249/95, cujo marco temporal de relevância para a extinção da punibilidade era a data do recebimento da denúncia, daí que a matéria não tenha sido discutida nas instâncias inferiores.

Entende-se que a nova disciplina do art. 9º, da Lei nº 10.684/04 criara causa geral de extinção da punibilidade pelo pagamento, sem limite temporal, e que a nova disciplina, sendo benéfica, deveria retroagir em favor do réu (art. 5º, XL, CF/88), o STF concedeu *habeas corpus* de ofício, para declarar extinta a punibilidade do crime pelo pagamento. Interessante que, seis dias antes, no STF havia sido concluído o julgamento do HC 81.611, no qual foi equacionada a “relação” entre as instâncias penal e administrativa nos crimes tributários.

O relator, Ministro Sepúlveda Pertence, invocou o art. 34, da Lei nº 9.249/95, neste caso, para fundamentar o seu entendimento acerca da impossibilidade de instauração da ação penal na pendência de decisão na instância administrativa (há necessidade de ocorrência do “lançamento” tributário “definitivo” para fins de consumação do crime do art. 1º, da Lei nº 8.137/90, visto que o lançamento, além de corporificar a obrigação tributária, é imprescindível para a exigibilidade do tributo. Em outros termos, se não há tributo exigível, não há crime de sonegação fiscal, haja vista se tratar de crime material). A partir do HC 81.929, diversas são as decisões do STF seguindo a orientação ali estabelecida, v.g., o RE 339.535, no qual se entendeu ser aplicável, retroativamente, o art. 9º, da Lei nº 10.648/03 a parcelamento em REFIS, e o HC 83.936.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ) o entendimento adotado foi idêntico ao do STF – e.g. o Resp 710.799 -, sendo que no HC 43.269, o STJ aplicou o art. 9º, da Lei nº 10.684/03 para o tipo penal de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, do Código Penal), com a extinção da punibilidade se houvesse o pagamento integral do débito - §2º, do art. 9º, da Lei nº 10.684/03 – ou a suspensão da pretensão punitiva nos casos de parcelamento – *caput* do referido artigo – concedidos em leis autorizativas anteriores a esta.

No que tange a situação do parcelamento de débito oriundo de contribuições descontadas de empregado e não recolhidas pelo empregador, especialmente diante do veto parcial da Lei nº 10.684/03 e do disposto no art. 7º, da Lei nº 10.666/03, a matéria está sendo pacificada no âmbito do STF. O veto referido eliminou a possibilidade de aplicação do parcelamento previsto na Lei nº 10.684/03 aos débitos oriundos de contribuições descontadas dos segurados, que estava prevista no §2º do art. 5º da referida lei.

A questão acabou equacionada no HC 85.452, julgado em 17/05/2005, tendo como relator o Ministro Eros Grau³⁰⁹.

Com relação à adesão ao REFIS, a Lei nº 9.964/00³¹⁰ estabelecia como marco final dos efeitos penais da adesão o recebimento da denúncia. Quando entrou em vigor, pois, deixou de ser aplicada àqueles casos cuja denúncia tenha sido recebida anteriormente, tornando, assim, penalmente

³⁰⁹ O Ministro Eros Grau assim fundamentou sua decisão: 'As regras referentes ao parcelamento são dirigidas à autoridade tributária, de modo que, se esta defere a faculdade de parcelar e quitar o débito tributário e o paciente cumpre a respectiva obrigação, deve ser beneficiado pelo que dispõe o art. 9º, §2º, da citada Lei nº 10.684/2003. Este preceito que não faz distinção entre as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e as patronais, limita-se a autorizar a extinção da punibilidade dos crimes ali equacionados. Nada importa se o parcelamento foi deferido antes ou depois da vigência das leis que o proíbe: se de qualquer forma ocorreu, deve incidir o mencionado art. 9º'. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 85.452-4/SP**. Paciente: Gonzalo Gallardo Diaz. Impetrante: Helios Nogués Moyano. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 17 de maio de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79906>>.

³¹⁰ Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal. BRASIL. **Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000**. Institui o Programa de Recuperação Fiscal – Refis. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9964.htm>.

irrelevante a adesão, por ser extemporânea (STJ – Resp 547.861). A partir do julgamento do RE 409.730, se encontra, no STF, duas espécies de enfrentamento da questão: a) se a adesão se deu no curso do processo com denúncia recebida antes da entrada em vigor da Lei nº 9.964/00, aplica-se retroativamente o próprio art. 15, da Lei nº 9.964/00; b) se a adesão se deu no curso de processo com denúncia recebida após a entrada em vigor da Lei nº 9.964/00, aplica-se retroativamente o art. 9º, da Lei nº 10.684/03.

A Lei do REFIS, merece uma análise mais detalhada, em razão do conflito com as normas então vigentes, em especial por seu art. 15, com o art. 34³¹¹, da Lei nº 9.249/95. A Lei do REFIS, institui o Programa de Recuperação Fiscal, que objetiva regularizar os créditos da União, decorrentes de débitos das pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições administrados pela Receita Federal e pelo INSS, com vencimento até 29/12/2000. Simultaneamente, estabelece a possibilidade de parcelamento dos débitos mencionados, em 60 parcelas, observando as demais regras aplicáveis àquele programa. O parcelamento também se aplica aos débitos não-tributários inscritos em dívida ativa com vencimento até 29/02/2000.

Inserida nas normas tributárias do refinanciamento fiscal, pelo qual o agente pode efetuar o pagamento do débito tributário de forma parcelada, encontra-se uma regra de direito material penal. Havendo crime, desde que tenha ingressado no programa antes da denúncia, estabelece o art. 15: a) suspensão da pretensão punitiva do Estado em relação aos crimes contra a ordem tributária dos art. 1º e 2º, da Lei nº 8.137/90 e art. 95, da Lei nº 8.212/91, durante o tempo em que a pessoa jurídica – empresa relacionada com o agente do crime – estiver no programa, desde que a inclusão tenha ocorrido antes da denúncia; b) a prescrição criminal não corre durante o período de suspensão; c) a regra aplica-se, também, aos programas instituídos pelos

³¹¹ Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia. BRASIL. **Lei nº 9.249/95, de 26 de dezembro de 1995.** Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9249.htm>.

Estados, Distrito Federal e Municípios; d) igualmente, aplica-se aos parcelamentos instituídos nos termos dos arts. 12 e 13; e) extinção da punibilidade pela implementação do pagamento quer do Refis quer dos parcelamentos – se antes da denúncia.

Diante disso, como a lei estabeleceu norma de cunho material penal relativa à extinção da punibilidade, questiona-se se ela é norma mais benéfica da existente ou se ela é mais severa.

Toda a origem do problema reside na seguinte questão de fundo: o parcelamento extingue ou não a punibilidade? A matéria não é pacífica. Três correntes básicas existem: a) a primeira, sustentada pela maioria do STJ, por parte do TRF da 4ª Região, bem como pela maioria da doutrina, entende que o parcelamento é causa extintiva da punibilidade, sustentando que o verbo do art. 34, da Lei nº 9.249/95 fala em *promover*, no que estaria inclusa a conduta de quem efetua o pagamento da primeira parcela, ficando as demais a vencerem no futuro, mês a mês; b) a segunda, sustentada pelo Egrégio STF e pela 5ª Turma do STJ, com fundamento no argumento de autoridade, entende que o parcelamento não extingue a punibilidade. Esta se efetivaria somente com o pagamento integral do débito antes do recebimento da denúncia; c) a terceira, por parte do TRF da 4ª Região, faz uma distinção: se o ingresso no Refis ocorreu pela forma de parcelamento em prestações fixas, aplica-se o art. 34, da Lei nº 9.249/95; se o ingresso ocorreu pela forma criada pela Lei nº 9.964/00, ou seja, com o pagamento em percentagem do faturamento, entendem que há de ser aplicado o art. 15.

Por fim, há o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3002, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, na qual se argui a inconstitucionalidade do art. 9º, da Lei nº 10.684/03 (procedimento já tomado em relação ao art. 15, da Lei nº 9.964/00), o qual restou prejudicado, em razão da superveniência da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009 – que, em seu art. 68, disciplinou, de maneira integral, a mesma matéria até então regulada no art. 9º, da Lei nº 10.684/2003 -, uma vez que a regra legal questionada em sede de controle normativo abstrato restou tacitamente revogada.

Restou prejudicado o julgamento da ADI nº 3002, em virtude de entendimento jurisprudencial do STF, em que têm reconhecido a ocorrência de prejudicialidade da ação direta, quando, após o seu ajuizamento, sobrevêm a cessação de eficácia das normas questionadas em referido processo objetivo, como sucedeu, no caso, com o art. 9º, da Lei nº 10.684/2003.

A extinção deste processo de controle normativo abstrato, contudo, não impedirá o exame da controvérsia nele suscitada, pois há pendência de julgamento à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.273/DF, em cujo âmbito instaurou-se idêntico litígio de ordem constitucional, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello, na qual se questiona os arts. 67³¹², 68³¹³ e 69³¹⁴, todos da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, extensível ao art. 9º, §§ 1º e 2º³¹⁵, da Lei nº 10.684/2003.

³¹² Art. 67. Na hipótese de parcelamento do crédito tributário antes do oferecimento da denúncia, essa somente poderá ser aceita na superveniência de inadimplemento da obrigação objeto da denúncia. BRASIL. **Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009**. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11941.htm>.

³¹³ Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. BRASIL. **Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009**. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11941.htm>.

³¹⁴ Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal. BRASIL. **Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009**. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11941.htm>.

³¹⁵ Art. 9. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios. BRASIL. **Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003**. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da

Entretanto, em decisões anteriores, em sede de controle difuso de constitucionalidade, no RE 339.535 – relator o Ministro Sepúlveda Pertence – e no RE 447.860 – relator o Ministro Carlos Velloso -, o STF entendeu constitucional o art. 15, da Lei nº 9.964/00, cujo fundamento no primeiro deles é o que segue: ‘em se tratando de créditos tributários, o que o legislador pretendeu foi permitir a arrecadação dos créditos fiscais, ainda que o prazo de parcelamento seja extenso. Assim, não há falar em inconstitucionalidade ou imoralidade da referida lei’.

Portanto, a legislação tributária no Brasil, estabelece o fato imponível e, administrativamente, aplica multas (sanções), contudo, tipifica em legislação especial, condutas como crimes contra a ordem tributária e crimes contra a previdência social. Tais condutas poderiam, perfeitamente, ser enquadradas no Código Penal, *v.g.*, o art. 1º, da Lei nº 8.137-90, especifica condutas que tipificam ou falsidade material ou ideológica. O art. 2º, inciso II, do mesmo diploma legal, poderia induzir a pensar que é específico da legislação tributária, mas não o é. As elementares presentes nas expressões “cobrado ou descontado” denotam claramente tratar-se de uma espécie de apropriação indébita, situando-se a reprovabilidade no fato de o agente ficar com o que não lhe pertence, e não no simples atraso de pagamento do tributo. A reprovabilidade está já presente no Código Penal, e o Direito Penal Tributário nada mais é do que especificidade de norma geral do Direito Penal.

A legislação brasileira somente admite a aplicação de normas criminais pelo Poder Judiciário. A administração pública, enquanto parte do Poder Executivo, somente pode aplicar multas administrativo-tributárias, adstritas à esfera civil. Ademais, nem todo o ilícito tributário constitui ilícito penal tributário. Diversamente de outras legislações, a brasileira não define os crimes na ordem tributária de forma uniforme com a legislação tributária (Código Tributário Nacional), mas em normas específicas. Conclui-se, portanto, adstrito à essência da questão, que a natureza dos crimes contra a ordem tributária, no

Direito brasileiro, é penal, constituindo-se um ramo especial do Direito Penal, que pode-se denominar Direito Penal Tributário.

Todavia, pelo enfrentamento das questões postas pelos Tribunais, não há indicativos de que se avançou no sentido da superação da crise por que passa o Direito Penal e, conseqüentemente, a teoria do bem jurídico, sob pena de se transformar o Direito Penal num mero cobrador de tributos ou instrumento de coação para o inadimplente colocar-se em dia perante o fisco, quando trata-se dos crimes contra a ordem tributária, o que será abordado no capítulo seguinte.

5 UM BALANÇO FINAL DOS ESTUDOS DESENVOLVIDOS: CRÍTICA AS PRÁTICAS LEGISLATIVAS E JUDICIAIS

Assim como a atual sociedade, também o Direito Penal está passando por um processo de intensas mudanças. A sociedade pós-industrial, com a crescente complexidade inerente a ela, assim como as demandas objetivas e subjetivas por mais segurança vem exigindo do Direito Penal um papel cada vez maior nos processos de regulação social.

Constata-se a existência de uma tendência nas legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como, um agravamento dos já existentes, que se pode considerar uma “reinterpretação” das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal.

Essa tendência, denominada “expansão”, tem levado a criação de novos “bens jurídicos penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídicos-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia.

O questionamento que resta ser respondido – e sobre o qual vêm sendo travados diversos debates – é se o Direito Penal, com os instrumentos de que dispõe, está pronto para assumir tais demandas; se o Direito Penal, para fazer frente a estas novas exigências deve apropriar-se de novos instrumentos, ou ainda, se a atuação nestes novos campos não pode, ou não deve, ser realizada pelo mesmo, pois estaria a desvirtuá-lo enquanto instrumento de *ultima ratio*.

Pelo enfrentamento das questões postas pelos Tribunais, não há indicativos de que se avançou no sentido da superação da crise por que passa o Direito Penal e, conseqüentemente, a teoria do bem jurídico, sob pena de se transformar o Direito Penal num mero cobrador de tributos ou instrumento de coação para o inadimplente colocar-se em dia perante o fisco, quando trata-se dos crimes contra a ordem tributária.

Continua-se atrelado a um paradigma penal de natureza liberal-individualista, ou seja, preparado para o enfrentamento dos conflitos de índole individual, não adequado as condições necessárias para o enfrentamento dos

conflitos de natureza transindividual, os quais compõem a fase de desenvolvimento social adequada a um Estado Democrático de Direito. Há uma crise que envolve a concepção de bem jurídico, o que conforme Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens urge ‘um redimensionamento na hierarquia dos bens jurídicos como forma de adaptá-los à sua dignidade constitucional’³¹⁶.

Ilustrando tal situação, Luciano Feldens, apresentam como exemplo à ineficácia do sistema jurídico-penal na prevenção – e mesmo no combate – aos crimes do “colarinho branco”:

Tome-se como exemplo alguns dados ilustrativos – os quais, a propósito, foram obtidos a partir de investigação levada a efeito pelo Ministério Público Federal de forma associada à Secretaria da Receita Federal – que bem demonstram a magnitude da lesão patrocinada por essa forma ‘asséptica’ de delinquência, que rigorosamente não se demonstra presente, de forma significativa, nas estatísticas criminais: ‘A Secretaria da Receita Federal diagnosticou que, no ano de 1998, 11,7 milhões de pessoas e 464.363 empresas não declararam imposto de renda. Todavia, tiveram capacidade financeira suficiente para movimentar nas instituições financeiras (bancos) 341,6 bilhões de reais, valor esse que escapou integralmente ao fisco. Naquele exercício (1998), o Produto Interno Bruto brasileiro, índice que registra toda a produção de bens e serviços do País e representa, em termos monetários, o porte da economia nacional, alcançou o patamar de R\$ 899,8 bilhões. Em face desses dados, o Ministério Público Federal no Rio Grande do Sul, atuando em paralelo à Receita Federal, procedeu a uma minuciosa investigação, por meio da qual houve por identificar, a partir de lançamentos efetuados nas contas correntes a título de Contribuição Provisória de Movimentação Financeira (CPMF) verificados no ano de 1998, que naquele período transitaram pelas contas correntes de apenas 15 (quinze) pessoas físicas o montante astronômico de R\$ 10.300.000.000,00 (dez bilhões e trezentos milhões de reais), *sem que R\$ 1,00 (um real) tenha sido recolhido aos cofres públicos*. Outras 84 pessoas jurídicas, insolitamente inscritas dentre as categorias ‘ISENTAS’, ‘OMISSAS’, ‘INATIVAS’ e optantes pelo sistema ‘SIMPLES’ de tributação, revelaram uma também absurdamente incompatível movimentação financeira de R\$ 15.000.000.000,00 (quinze bilhões de reais)³¹⁷.

³¹⁶ STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 21.

³¹⁷ FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 143-144.

Os autores Streck e Feldens sustentam que há uma controvérsia quanto a extensão e função do conceito de bem jurídico, a partir do dissenso originado entre a postura dos penalistas liberais, os quais defendem uma função limitada de tal conceito, e aqueles de postura comunitarista-garantista, que defendem quanto à funcionalidade dessa instituição jurídica, uma concepção organizativa, interventiva e atenta à realidade social³¹⁸. Vão além, dizendo que:

Essa contenda não foi ainda suficientemente percebida e apreendida pelo conceito dogmático de bem jurídico, e este conflito acarreta uma confusão quanto aos bens que devem prevalecer numa escala hierárquica axiológica, para fins de serem relevantes penalmente e, portanto, merecedores de tutela dessa natureza³¹⁹.

Essa controvérsia é transferida para as práticas legislativas e judiciais, sem uma resolução ou maior aprofundamento, fazendo com que, surjam leis nas quais os bens jurídicos que traduzem interesses transindividuais sejam equiparados a outros bens de natureza individual, questão essa que se demonstra sutilmente presente na legislação que trata dos crimes de sonegação fiscal abordadas anteriormente.

Hoje tem-se no Brasil uma Constituição Federal de índole social-comunitarista, que tutela bens jurídicos de caráter coletivos. Esse (novo) campo axiológico trazido pela Carta Magna de 1988 embate, em grande medida, com um modelo de Direito Penal individualista, que direciona sua proteção, na maior parte das vezes, aos bens jurídicos individuais. O conflito de valores – existente entre as legislações constitucional e infraconstitucional – pode conduzir à conclusão de que o Direito Penal brasileiro se encontra em uma fase de transição, na qual se busca um novo paradigma para o desenvolvimento de um sistema punitivo amoldável às exigências trazidas pelo advento da Constituição de 1988. Aliás, Lenio Streck e André Copetti sinalam:

³¹⁸ STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 21-22.

³¹⁹ Ibid., p. 22.

As contradições e disjunções possíveis entre as alternativas axiológicas que compõem o espectro de possibilidades de fundamentação filosófico-política do Direito Penal brasileiro, tomando em conta o esboço normativo constitucional, a partir da consideração da existência de núcleos de direitos fundamentais, aprioristicamente antagônicos, sugerem, para dizer no mínimo, em função da variada gama de bens por ele tutelados e da diversidade de medidas punitivas e de garantias adotadas, duas possibilidades: ou o modelo sancionatório penal brasileiro consolidou-se como um sistema normativo eclético, em que bens de naturezas totalmente diferentes devem coexistir homogeneamente, ou noutro sentido, está atravessando um momento transacional, no qual o espaço normativo antes majoritariamente ocupado pelos direito e interesses individuais passou a ser abarcado também de forma significativa por bens, direitos e interesses não individuais. Há, indubitavelmente, em função da atuação legislativa criminal pós-88, uma importante e significativa ampliação do espaço penal destinado à tutela de bens coletivos, e isto gerou uma conflituosidade paradigmática intrínseca ao nosso atual sistema normativo. Cremos, indo mais longe, que este acontecimento proporcionou uma aproximação matricial entre o Direito Penal positivado e a base axiológico-normativa constitucional, o que confere ao primeiro uma função política bastante distanciada em relação a que até então possuiu³²⁰.

Ampliar a perspectiva do Direito Penal da Constituição na perspectiva de uma *política integral de proteção dos direitos*, referido por Alessandro Baratta, significa *'también definir el garantismo no solamente en sentido negativo como limite del sistema punitivo, o sea, como expresión de los derechos de protección respecto del Estado, sino como garantismo positivo'*. Conclui o referido autor, que tal significa *'la respuesta a las necesidades de seguridad de todos los derechos, también de los de prestación por parte del Estado (derechos económicos, sociales e culturales) y no sólo de aquella parte de ellos, que podríamos denominar derechos de prestación de protección, en*

³²⁰ STRECK, Lenio Luiz; SANTOS, André Leonardo Copetti. O direito penal e os influxos legislativos pós-constituição de 1988: um modelo normativo eclético consolidado ou em fase de transição? In: FAYET JÚNIOR, Ney. (Org.). **Ensaio penais em homenagem ao professor Alberto Rufino Rodrigues de Souza**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003. p. 452-453.

*particular contra agresiones provenientes de comportamientos delictivos de determinadas personas*³²¹.

Assim, não há contradição entre as bases dogmáticas que fundamentam o Direito Penal e a proteção de novos bens jurídicos de natureza transindividual. O que pode ocorrer é o contrário, uma vez que, essa nova forma de criminalidade tem na ‘sujeição ativa da relação jurídica uma *classe social* sabidamente mais elevada do que aquela que costumeiramente ocupa o banco dos réus, ilegítimo seria imunizá-la ao Direito Penal, como que estabelecendo uma espécie de ‘Direito penal do autor às avessas’³²².

Rememorando Schünemann, Streck e Feldens expõem que:

o Direito Penal estatal originou-se como instrumento específico contra a criminalidade dos pobres, mantendo-se assim durante toda a Ilustração, ainda que com a paulatina eliminação das sanções mais drásticas (tortura e queima de hereges). A proteção da propriedade privada figurava como o ponto central do Direito Penal, fazendo com que a clientela da justiça criminal se fizesse tradicionalmente representada pela classe baixa, circunstância essa, aliás, que perdura até os dias atuais³²³.

Os citados autores trazem a tona a questão central a ser analisada, a de que ‘devemos continuar a operar, no limiar do século XXI, com estruturas valorativas típicas do início do século XVIII ou se devemos, a partir da identificação de novos valores gerados em face das novas necessidades (individuais e sociais), estender a proteção a outras categorias hoje constitucionalmente reconhecidas’³²⁴.

Por toda análise feita no presente estudo, permite-se observar que a partir da Constituição de 1988, o Direito Penal fica subordinado à materialidade da Constituição, também devendo servir de instrumento interventivo, organizador e potencialmente transformador da sociedade, o que acarreta

³²¹ BARRATA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, nº 2, 1999. p. 110.

³²² STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 28-29.

³²³ *Ibid.*, p. 29-30.

³²⁴ *Ibid.*, p. 30.

compromissos e consequências no campo da formulação, interpretação e aplicação das leis, o que não vem sendo observado.

Essa mudança social trazida pela Constituição de 1988, traz consigo o aparecimento de novos riscos sociais, pois conforme Marciano Buffon, 'o Estado deixou de ter apenas a obrigação de cobrir riscos clássicos (doença, desemprego e terceira idade) e passou a assumir a cobertura de novos riscos sociais, tais como o desemprego de longa duração, a proteção ao meio-ambiente e a necessidade de desenvolver políticas públicas aptas a minimizar as desigualdades econômicas e sociais decorrentes do modelo econômico vigente'³²⁵.

Logo, a teoria do bem jurídico deve recepcionar os valores assegurados na Constituição e (re)dimensionar seu objeto, compreendendo o desenvolvimento tecnológico, industrial, cultural e ideológico do direito, ou seja, (re)significar o conceito de bem jurídico-penal, contemplando a criminalidade de caráter transindividual, difuso ou coletivo.

A teoria do bem jurídico tradicional demonstra limites frente à complexa criminalidade moderna uma vez que é da natureza desta espécie de delito atingir mediatamente suas vítimas que não percebem a extensão do dano causado a seus bens jurídicos, o que dificulta a reação individual ou coletiva. O dano causado nos crimes contra a ordem tributária não é imediato e individual, mas difuso e não há, aparentemente, nexo de causalidade dos fatos praticados com o resultado constatado posteriormente, o que para o Direito Penal clássico é um grande problema.

Nos crimes econômicos de forma geral e, em especial, nos crimes contra a ordem tributária, pressupõe-se a existência de um tipo penal que deva, nos delitos econômicos, ter como base investigações criminológicas específicas, de molde que o processo de criminalização não decorra de simples improvisação legislativa, pois, deve-se ter em conta que a dificuldade estrutural do Direito Penal Econômico, no âmbito legislativo, se produz como

³²⁵ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direito e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 32.

consequência, por um lado, das novas formas de criminalidade e, de outro, da insuficiência dos tipos tradicionais para combatê-las.

Nos crimes contra a ordem tributária, por versarem acerca de matéria nova, ainda não incorporados à cultura jurídica, caberá ao legislador procurar, ao descrever o tipo, fixar de modo evidente a ação ilícita e sua consequente sanção.

Ao verificar a problemática que circunda as disposições normativas de natureza penal, constata-se que é preciso uma ruptura com o Direito Penal clássico, no que tange a criminalidade concretizada por setores influentes e privilegiados da sociedade, como os delitos tributários, necessitando uma reformulação de um bem jurídico-penal que tutele a ordem jurídica de modo que propicie essa criminalidade não obstruir a efetivação do Estado Democrático de Direito assegurado pela Constituição.

Em resposta as indagações a que este estudo visa responder, entende-se adequada a posição de Lenio Streck que considera inconstitucional o art. 9º, da Lei nº 10.684/2003, e por consequência o art. 68, da Lei nº 11.941/2009 – que, em seu art. 68, disciplinou, de maneira integral, a mesma matéria até então regulada no art. 9º, da Lei nº 10.684/2003 -, por considerá-la um caso de proteção deficiente. O autor advoga que não há qualquer justificativa de cunho empírico que aponte para a desnecessidade da utilização do Direito Penal para a proteção dos bens jurídicos que estão abarcados pelo recolhimento de tributos. Embora o Direito Penal devesse ser utilizado como *última ratio*, parece evidente que existem situações e hipóteses (no que ele inclui os crimes tributários) em que o bem jurídico não estaria suficientemente protegido, mormente em uma comparação com outras formas de proteção.

Lembra Lenio Streck o fato de o legislador não abrir mão do Direito Penal para combater delitos menos relevantes, como o furto e apropriação indébita, e, nos casos de crimes mais graves como os fiscais, agir de outro modo, oferecendo a possibilidade do sonegador efetuar o ressarcimento do valor amealhado dos cofres públicos. Arremata, defendendo que, quando o legislador protege determinados bens fundamentais – e não se poderia negar que os crimes fiscais lesam direitos fundamentais – a jurisdição constitucional

deve intervir, declarando a invalidade da referida lei que protege deficientemente os bens jurídicos. Afinal, o legislador penal não teria liberdade de conformação para retirar a proteção penal dos crimes de sonegação de tributos, bens jurídicos de nítida feição supraindividual.

Logo, a postura judicial até então adotada pelo Poder Judiciário brasileiro, está em descompasso com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, uma vez que conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, há impossibilidade de instauração da ação penal na pendência de decisão na instância administrativa (há necessidade de ocorrência do “lançamento” tributário “definitivo” para fins de consumação do crime tributário), visto que o lançamento, além de corporificar a obrigação tributária, é imprescindível para a exigibilidade do tributo. Em outros termos, se não há tributo exigível, não há crime de sonegação fiscal, haja vista se tratar de crime material.

No Superior Tribunal de Justiça o entendimento adotado foi idêntico ao do STF – e.g. o Resp 710.799 -, sendo que no HC 43.269, o STJ aplicou o art. 9º, da Lei nº 10.684/03 para o tipo penal de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, do Código Penal), com a extinção da punibilidade se houvesse o pagamento integral do débito - §2º, do art. 9º, da Lei nº 10.684/03 – ou a suspensão da pretensão punitiva nos casos de parcelamento – *caput* do referido artigo – concedidos em leis autorizativas anteriores a esta.

No que tange a situação do parcelamento de débito oriundo de contribuições descontadas de empregado e não recolhidas pelo empregador, especialmente diante do veto parcial da Lei nº 10.684/03 e do disposto no art. 7º, da Lei nº 10.666/03, a matéria está sendo pacificada no âmbito do STF. O veto referido eliminou a possibilidade de aplicação do parcelamento previsto na Lei nº 10.684/03 aos débitos oriundos de contribuições descontadas dos segurados, que estava prevista no §2º do art. 5º da referida lei.

A questão acabou equacionada no HC 85.452, julgado em 17/05/2005, tendo como relator o Ministro Eros Grau³²⁶.

³²⁶ O Ministro Eros Grau assim fundamentou sua decisão: ‘As regras referentes ao parcelamento são dirigidas à autoridade tributária, de modo que, se esta defere a faculdade de parcelar e quitar o débito tributário e o paciente cumpre a respectiva obrigação, deve ser

Toda a origem do problema reside na seguinte questão de fundo: o parcelamento extingue ou não a punibilidade? A matéria não é pacífica. Três correntes básicas existem: a) a primeira, sustentada pela maioria do STJ, por parte do TRF da 4ª Região, bem como pela maioria da doutrina, entende que o parcelamento é causa extintiva da punibilidade, sustentando que o verbo do art. 34, da Lei nº 9.249/95 fala em *promover*, no que estaria inclusa a conduta de quem efetua o pagamento da primeira parcela, ficando as demais a vencerem no futuro, mês a mês; b) a segunda, sustentada pelo Egrégio STF e pela 5ª Turma do STJ, com fundamento no argumento de autoridade, entende que o parcelamento não extingue a punibilidade. Esta se efetivaria somente com o pagamento integral do débito antes do recebimento da denúncia; c) a terceira, por parte do TRF da 4ª Região, faz uma distinção: se o ingresso no Refis ocorreu pela forma de parcelamento em prestações fixas, aplica-se o art. 34, da Lei nº 9.249/95; se o ingresso ocorreu pela forma criada pela Lei nº 9.964/00, ou seja, com o pagamento em percentagem do faturamento, entendem que há de ser aplicado o art. 15.

Por fim, há o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3002, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, na qual se argui a inconstitucionalidade do art. 9º, da Lei nº 10.684/03 (procedimento já tomado em relação ao art. 15, da Lei nº 9.964/00), o qual restou prejudicado, em razão da superveniência da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009 – que, em seu art. 68, disciplinou, de maneira integral, a mesma matéria até então regulada no art. 9º, da Lei nº 10.684/2003 -, uma vez que a regra legal questionada em sede de controle normativo abstrato restou tacitamente revogada.

Restou prejudicado o julgamento da ADI nº 3002, em virtude de entendimento jurisprudencial do STF, em que têm reconhecido a ocorrência de

beneficiado pelo que dispõe o art. 9º, §2º, da citada Lei nº 10.684/2003. Este preceito que não faz distinção entre as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e as patronais, limita-se a autorizar a extinção da punibilidade dos crimes ali equacionados. Nada importa se o parcelamento foi deferido antes ou depois da vigência das leis que o proíbe: se de qualquer forma ocorreu, deve incidir o mencionado art. 9º. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 85.452-4/SP**. Paciente: Gonzalo Gallardo Diaz. Impetrante: Helios Nogués Moyano. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 17 de maio de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79906>>.

prejudicialidade da ação direta, quando, após o seu ajuizamento, sobrevêm a cessação de eficácia das normas questionadas em referido processo objetivo, como sucedeu, no caso, com o art. 9º, da Lei nº 10.684/2003.

A extinção deste processo de controle normativo abstrato, contudo, não impedirá o exame da controvérsia nele suscitada, pois há pendência de julgamento à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.273/DF, em cujo âmbito instaurou-se idêntico litígio de ordem constitucional, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello, na qual se questiona os arts. 67³²⁷, 68³²⁸ e 69³²⁹, todos da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, extensível ao art. 9º, §§ 1º e 2º³³⁰, da Lei nº 10.684/2003.

³²⁷ Art. 67. Na hipótese de parcelamento do crédito tributário antes do oferecimento da denúncia, essa somente poderá ser aceita na superveniência de inadimplemento da obrigação objeto da denúncia. BRASIL. **Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009**. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11941.htm>.

³²⁸ Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. BRASIL. **Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009**. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11941.htm>.

³²⁹ Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórias, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal. BRASIL. **Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009**. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11941.htm>.

³³⁰ Art. 9. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórias. BRASIL. **Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003**. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.684.htm>.

Entretanto, em decisões anteriores, em sede de controle difuso de constitucionalidade, no RE 339.535 – relator o Ministro Sepúlveda Pertence – e no RE 447.860 – relator o Ministro Carlos Velloso -, o STF entendeu constitucional o art. 15, da Lei nº 9.964/00, cujo fundamento no primeiro deles é o que segue: ‘em se tratando de créditos tributários, o que o legislador pretendeu foi permitir a arrecadação dos créditos fiscais, ainda que o prazo de parcelamento seja extenso. Assim, não há falar em inconstitucionalidade ou imoralidade da referida lei’.

Ao manter-se tal posição em nosso ordenamento jurídico de privilégio como a extinção da punibilidade mediante o pagamento de tributo, percebe-se a ideologia existente na concepção penalista pátria e o papel que o Estado exerce sobre as classes excluídas e marginalizadas, inclusive afirmando distância entre situações similares, restituição do prejuízo e não realização de expropriação mediante violência real.

O tratamento aos crimes contra a ordem tributária vigentes no sistema punitivo atual, com o privilégio da extinção da punibilidade, pelo princípio da igualdade deveria ser estendido para os casos de furto ou roubo, por exemplo, ao haver a restituição da *res furtiva* e eventual ressarcimento dos prejuízos causados. Tal jamais será permitido, pois o tipo de agente é bem diverso.

Para nossos Poderes Executivo e Legislativo os casos de crimes contra a ordem tributária não deveriam ser crimes, mas sim, debatidos, eternamente, junto à Administração Pública, não raras vezes muito compreensiva e generosa para com estas situações.

Mais, respondendo as indagações iniciais do presente estudo, embora não se admita, na prática está havendo vinculação entre as instâncias criminal e administrativa, ao exigir-se o prévio exaurimento da via administrativa como condição de procedibilidade para o início da ação penal, sem o qual não haveria justa causa para o início do processo criminal, inclusive não havendo que se falar em prescrição, a qual não é considerada da data do fato. O que implica dizer, que está havendo violação ao preceito constitucional do princípio da separação dos poderes, da independência e autonomia das instâncias.

Portanto, não há dúvida de que o Direito Penal do Estado Democrático de Direito deve ser direcionado para o combate dos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado estabelecidos expressamente na Constituição: erradicação da pobreza, direito à saúde, redução das desigualdades sociais, proteção ao meio ambiente, dentre outros.

Logo, os delitos que devem ser penalizados com mais rigor são exatamente aqueles que, de uma maneira ou outra, dificultam a concretização dos objetivos do Estado Social e Democrático de Direito. Conforme Marciano Buffon, 'não há como se exigir a concretização dos direitos fundamentais, sem que haja, em contrapartida, a contribuição dos cidadãos para que tal intento seja alcançado. Ou seja, não há como concretizar direitos fundamentais, sem que haja o cumprimento, por parte dos cidadãos, de um dos principais deveres de cidadania: pagar tributos'³³¹.

³³¹ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direito e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 79.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os acontecimentos hodiernos, regidos pelo processo de globalização, são acontecimentos futuros. Andam em um caminho sem volta, estão irremediavelmente na busca do futuro, do moderno. Por outro lado, o direito, sobretudo o Direito Penal, se estabelece na sociedade como um mecanismo de repetição do passado, não exatamente como no passado, mas como antes pretendido pelo legislador a um fato futuro.

Diante disso, vivemos uma crise de duas velocidades, a do direito e a da sociedade. A comunidade socialmente organizada não pode mais esperar o processo (aguardar o direito), as oportunidades estão a todo momento nos fazendo andar, nunca esperar. Como bem colocou Leonel Severo Rocha: '[...] um processo pode demorar anos, para o jurista isso não é um surpreendente, mas para a sociedade que deseja decisões mais rápidas isso é uma crise'³³².

Essa crise de referencial, em que o Direito Penal busca no passado a sua estrutura, e as relações sociais são voltados para o futuro e a fatos instantâneos, dão ensejo a uma “dupla falência”, pois o Direito Penal nunca conseguirá alcançar a eficiência desejada pela sociedade para combater estes macrodeltos. Da mesma forma, na busca dessa eficiência restarão deixadas de lado inúmeras conquistas humanistas históricas da sociedade que o Estado Democrático deveria preservar por meio de um Direito Penal minimalista.

O movimento de criminalização e de tutela de novos bens jurídicos é visível no cenário nacional e internacional. Este processo de expansão do Direito Penal vem modificando a dogmática, bem como a própria forma de atuação do sistema penal.

Endossando Figueiredo Dias, a despeito de toda a predominância que se atribua à política criminal no contexto da ciência conjunta do Direito Penal, ela haverá, em todo o caso, de se condicionar pelos fundamentos jurídico-políticos oriundos da concepção de Constituição e Estado de que se dispõe.

³³² ROCHA, Leonel Severo. **O direito na forma de sociedade globalizada**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas Unisinos, 2001. p. 133.

Daí revelar-se verídica a proposição segundo a qual se a política criminal é extra-sistemática relativamente ao Direito Penal, ela é, todavia, intra-sistemática relativamente aos modelos de Estado e Constituição. Quer-se dizer, em síntese final: a política criminal é imanente ao sistema jurídico-constitucional, marco legitimador de seu desenvolvimento³³³.

O Direito Penal moderno nasceu e se desenvolveu a partir das bases do Estado Liberal³³⁴, especialmente no que pese a imposição de limites sobre as expectativas positivas de intervenção. Daí resulta sua dificuldade quanto ao enfrentamento da criminalidade contemporânea, cuja matriz genealógica é desconhecida pelo Direito Penal clássico³³⁵, podendo-se, inclusive, depreender um problema de sucessão de paradigmas em terra brasileira³³⁶, ocorrendo a proteção penal de novos interesses.

Um mesmo fato ilícito pode, em face de sua gravidade ou especificidade, sofrer a incidência de mais de uma esfera da ciência jurídica. Nessa hipótese estão os crimes contra a ordem tributária e contra o sistema financeiro nacional.

O art. 83, da Lei nº 9.430/96, tem suscitado três questões básicas: 1ª) o crime de sonegação fiscal passou a ser de ação pública condicionada à representação? 2ª) a lei instituiu o exaurimento da esfera administrativa como condição de procedibilidade para a ação do crime por sonegação fiscal? 3ª) como fica a prescrição da pretensão punitiva?

Respondendo a primeira das indagações, no decorrer deste estudo, pode-se verificar que a resposta deve ser negativa, salientando a isolada opinião de David Teixeira de Azevedo, sustentando que a ação penal passou a

³³³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 25.

³³⁴ Cf. SANTOS, André Leonardo Copetti. Os direitos humanos como fundamento epistemológico das reformas penais no Estado democrático de direito. In: SANTOS, André Leonardo Copetti. **Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 100.

³³⁵ COSTA, José de Faria. **Direito penal económico**. Coimbra: Quarteto, 2003. p. 42.

³³⁶ STRECK, Lenio Luiz; SANTOS, André Leonardo Copetti. O direito penal e os influxos legitimadores pós-constituição de 1988: um modelo normativo eclético consolidado ou em fase de transição? In: FAYET JÚNIOR, Ney (Org). **Ensaio penais em homenagem ao professor Alberto Rufino Rodrigues de Souza**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003. p. 452-453.

ser condicionada à representação da autoridade administrativa. Portanto, são crimes, via de regra, de ação penal pública incondicionada os fatos relacionados a crimes contra a ordem tributária e contra o sistema financeiro, previamente investigados pela autoridade administrativa de onde emanam.

A questão de saber se, nos crimes contra a ordem tributária, o exaurimento da via administrativa é indispensável à propositura da ação penal, demonstra que na maioria dos casos a questão não tem sido adequadamente colocada, sendo visível a confusão feita entre condição de procedibilidade e questão prejudicial.

Na legislação tributária brasileira, a preocupação predominante e fundamental é a de receber a prestação pecuniária determinada em lei, sendo as penalidades aplicáveis (qualquer que seja a sua natureza) somente meio de pressão para a preservação e o recebimento rápido do crédito tributário (simples ou acrescido do montante coator).

Pelo enfrentamento das questões postas pelos Tribunais, não há indicativos de que se avançou no sentido da superação da crise por que passa o Direito Penal e, conseqüentemente, a teoria do bem jurídico, sob pena de se transformar o Direito Penal num mero cobrador de tributos ou instrumento de coação para o inadimplente colocar-se em dia perante o fisco, quando trata-se dos crimes contra a ordem tributária.

Hoje tem-se no Brasil uma Constituição Federal de índole social-comunitarista, que tutela bens jurídicos de caráter coletivos. Esse (novo) campo axiológico trazido pela Carta Magna de 1988 embate, em grande medida, com um modelo de Direito Penal individualista, que direciona sua proteção, na maior parte das vezes, aos bens jurídicos individuais. O conflito de valores – existente entre as legislações constitucional e infraconstitucional – pode conduzir à conclusão de que o Direito Penal brasileiro se encontra em uma fase de transição, na qual se busca um novo paradigma para o desenvolvimento de um sistema punitivo amoldável às exigências trazidas pelo advento da Constituição de 1988.

Por toda análise feita no presente estudo, permite-se dizer que a partir da Constituição de 1988, o Direito Penal fica subordinado à materialidade da

Constituição, também devendo servir de instrumento interventivo, organizador e potencialmente transformador da Sociedade, o que acarreta compromissos e consequências no campo da formulação, interpretação e aplicação das leis, o que não vem sendo observado.

Ao verificar a problemática que circunda as disposições normativas de natureza penal, constata-se que é preciso uma ruptura com o Direito Penal clássico, no que tange a criminalidade concretizada por setores influentes e privilegiados da sociedade, como os delitos tributários, necessitando uma reformulação de um bem jurídico-penal que tutele a ordem jurídica de modo que propicie essa criminalidade não obstruir a efetivação do Estado Democrático de Direito assegurado pela Constituição.

Em resposta as indagações a que este estudo visa responder, entende-se adequada a posição de Lenio Streck que considera inconstitucional o art. 9º, da Lei nº 10.684/2003, e por consequência o art. 68, da Lei nº 11.941/2009 – que, em seu art. 68, disciplinou, de maneira integral, a mesma matéria até então regulada no art. 9º, da Lei nº 10.684/2003 -, por considerá-la um caso de proteção deficiente.

Logo, a postura judicial até então adotada pelo Poder Judiciário brasileiro, está em descompasso com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, uma vez que conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, há impossibilidade de instauração da ação penal na pendência de decisão na instância administrativa (há necessidade de ocorrência do “lançamento” tributário “definitivo” para fins de consumação do crime tributário), visto que o lançamento, além de corporificar a obrigação tributária, é imprescindível para a exigibilidade do tributo. Em outros termos, se não há tributo exigível, não há crime de sonegação fiscal, haja vista se tratar de crime material.

No Superior Tribunal de Justiça o entendimento adotado foi idêntico ao do STF – e.g. o Resp 710.799 -, sendo que no HC 43.269, o STJ aplicou o art. 9º, da Lei nº 10.684/03 para o tipo penal de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, do Código Penal), com a extinção da punibilidade se houvesse o pagamento integral do débito - §2º, do art. 9º, da Lei nº 10.684/03 – ou a

suspensão da pretensão punitiva nos casos de parcelamento – *caput* do referido artigo – concedidos em leis autorizativas anteriores a esta.

No que tange a situação do parcelamento de débito oriundo de contribuições descontadas de empregado e não recolhidas pelo empregador, especialmente diante do veto parcial da Lei nº 10.684/03 e do disposto no art. 7º, da Lei nº 10.666/03, a matéria está sendo pacificada no âmbito do STF. O veto referido eliminou a possibilidade de aplicação do parcelamento previsto na Lei nº 10.684/03 aos débitos oriundos de contribuições descontadas dos segurados, que estava prevista no §2º do art. 5º da referida lei.

A questão acabou equacionada no HC 85.452, julgado em 17/05/2005, tendo como relator o Ministro Eros Grau.

Por fim, há o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3002, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, na qual se argui a inconstitucionalidade do art. 9º, da Lei nº 10.684/03 (procedimento já tomado em relação ao art. 15, da Lei nº 9.964/00), o qual restou prejudicado, em razão da superveniência da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009 – que, em seu art. 68, disciplinou, de maneira integral, a mesma matéria até então regulada no art. 9º, da Lei nº 10.684/2003 -, uma vez que a regra legal questionada em sede de controle normativo abstrato restou tacitamente revogada.

Restou prejudicado o julgamento da ADI nº 3002, em virtude de entendimento jurisprudencial do STF, em que têm reconhecido a ocorrência de prejudicialidade da ação direta, quando, após o seu ajuizamento, sobrevêm a cessação de eficácia das normas questionadas em referido processo objetivo, como sucedeu, no caso, com o art. 9º, da Lei nº 10.684/2003.

A extinção deste processo de controle normativo abstrato, contudo, não impedirá o exame da controvérsia nele suscitada, pois há pendência de julgamento à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.273/DF, em cujo âmbito instaurou-se idêntico litígio de ordem constitucional, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello, na qual se questiona os arts. 67, 68 e 69, todos da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, extensível ao art. 9º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 10.684/2003.

Entretanto, em decisões anteriores, em sede de controle difuso de constitucionalidade, no RE 339.535 – relator o Ministro Sepúlveda Pertence – e no RE 447.860 – relator o Ministro Carlos Velloso -, o STF entendeu constitucional o art. 15, da Lei nº 9.964/00, cujo fundamento no primeiro deles é o que segue: ‘em se tratando de créditos tributários, o que o legislador pretendeu foi permitir a arrecadação dos créditos fiscais, ainda que o prazo de parcelamento seja extenso. Assim, não há falar em inconstitucionalidade ou imoralidade da referida lei’.

Mais, respondendo as indagações iniciais do presente estudo, embora não se admita, na prática está havendo vinculação entre as instâncias criminal e administrativa, ao exigir-se o previo exaurimento da via administrativa como condição de procedibilidade para o início da ação penal, sem o qual não haveria justa causa para o início do processo criminal, inclusive não havendo que se falar em prescrição, a qual não é considerada da data do fato e, o deveria ser como ocorre em outros delitos. O que implica dizer, que está havendo violação ao preceito constitucional do princípio da separação dos poderes, da independência e autonomia das instâncias.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, David Teixeira de. **A representação penal e os crimes tributários**: reflexão sobre o art. 83 da Lei 9.430/96. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 19, 1997.

BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: BdeF, 2004.

BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. In: **Pena y Estado**. n. 01. Barcelona, Espanha, 1991.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamento de uma teoria do bem jurídico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 5. São Paulo. janeiro/março de 1994.

BARRATA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, nº 2, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentziel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás, Barcelona: Paidós, 1998.

BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. (et. al.) Estado, criminalidade e tecnologia. Estudo comparativo sobre a utilização de novas tecnologias nas políticas públicas de combate à criminalidade no Rio Grande do Sul e na Puglia (Itália).

In: ROCHA: Leonel Severo. STRECK, Lenio Luiz. (Orgs.) **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8137.htm>.

BRASIL. **Lei nº 9.249/95, de 26 de dezembro de 1995**. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19249.htm>.

BRASIL. **Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000**. Institui o Programa de Recuperação Fiscal – Refis. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19964.htm>.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>.

BRASIL. **Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003**. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.684.htm>.

BRASIL. **Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009**. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11941.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 85.452-4/SP**. Paciente: Gonzalo Gallardo Diaz. Impetrante: Helios Nogués Moyano. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 17 de maio de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79906>>.

BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. In: **Novíssimo digesto italiano**. XIX. Torinese, 1977.

BUERGO, Blanca Mendonza. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001.

BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAAMAÑO, Francisco. **La garantía constitucional de la inocencia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

CALLEGARI, André Luis. MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e Política Criminal: a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social. In: CALLEGARI, André Luis. (Org.) **Política criminal, estado e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAMPOS, Dejalma de; OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de (Coord). **Direito penal tributário contemporâneo**: estudos de especialistas. São Paulo: Atlas, 1996.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2003.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. In: **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. n. 4. Porto Alegre: CEIP. setembro/dezembro de 2001.

CANCIO MELIÁ, Manoel, et al. **Um novo sistema do direito penal** – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. São Paulo: Manole, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Trad. Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. **Derecho penal**: concepto y principios constitucionales. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1999.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal das drogas no Brasil**: do discurso oficial às razões da descriminalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Limites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. In: **La política criminal en europa**. MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Diretores); GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.). Barcelona: Atelier, 2004.

COSTA, José de Faria. **Direito penal económico**. Coimbra: Quarteto, 2003.

COSTA, José de Faria; COSTA ANDRADE, Manuel da. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. **Direito penal econômico e europeu**: textos doutrinários. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; DENARI, Zelmo. **Infrações tributárias e delitos fiscais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

D'AVILA, Fabio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do Direito Penal ambiental. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 67. São Paulo. jul/ago de 2007.

DOLCINI, Emilio; MARINICCI, Giorgio. **Constituição e escolha de bens jurídicos**. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, nº 4, 1994.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Barcelona: Ariel, 1984.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal** – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público:

uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

FIANDACA, Giovanni. **O bem jurídico como problema teórico e como critério de política criminal**. Trad. Heloísa Estelitta. Revista dos Tribunais, São Paulo: a. 89, v. 776, jun. 2000.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal – parte geral**. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal e Estado-de-Direito-Material**. Revista de Direito Penal e Criminologia. Rio de Janeiro: Forense, v. 31, 1981.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 33. janeiro/março. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Para uma dogmática de direito penal secundário**. Direito penal económico e europeu: textos doutrinários. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Algumas reflexões sobre o direito penal e a sociedade de risco. In: **Seminário Internacional de Direito Penal da Universidade Lusíada**. Lisboa, março de 2000.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FRANCO, Alberto Silva. **Globalização e criminalidade dos poderosos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 8, nº 31, jul.-set. 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1985.

GARCIA, Olga Lucía Gaitán. Derecho penal contemporáneo de la tutela penal a una lesión a la protección de riesgos. In: **Nuevo foro penal – Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia**. Bogotá. n. 60. Janeiro/abril 1999.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

HASSEMER, Winfried. Perspectiva de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, ano 2, nº 8, 1994.

KARGL, Walter. Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho: Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena. Trad. Ramón Ragués i Vallès). In: **La insostenible situación del derecho penal**. n. 15. Granada: Editorial Comares, 2000.

KAYBER, Marijon. Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del derecho penal. Competencias penales en la cuestión del aborto. In: **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 1999.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. **La proporcionalidad de la norma penal, cuadernos de derecho público**, 5 (el principio de proporcionalidad). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, sep-dic, 1998.

LASSALE, Ferdinand. **Qué és una Constitución?**. Barcelona: Ariel, 1984.

LOPES JÚNIOR, Aury. (Des)velando o risco e o tempo no processo penal. In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). **A qualidade do tempo**: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: **Funcionalismo e direito penal**. Trad. André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. **Prévio esgotamento da via administrativa e ação penal nos crimes contra a ordem tributária**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 15, 1996.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Derecho penal 'mínimo' y nuevas formas de criminalidad**. Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª época, nº 9, año 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Da sanção tributária**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Questões criminais controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.

MORAIS, José Luiz Bolzan. **As funções do Estado contemporâneo**. O problema da jurisdição. Caderno de pesquisa da Unisinos, 2001.

MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. In: **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. n. 4. Porto Alegre: CEIP. setembro/desembro de 2001.

PALLAZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Fabris, 1989.

PRADO, Geraldo. Processo Penal e Globalização. In: **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. n. 6. Porto Alegre: CEIP. maio/agosto de 2002.

PRIETO SANCHÍS. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid. Trotta, 2003.

PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: Fragmentario? Subsidiario? Ultima Ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal. In: **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo. Trad. Helga Sabotta de Araújo. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 47. São Paulo. julho/setembro de 2004.

ROCHA, Leonel Severo. **O direito na forma de sociedade globalizada**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas Unisinos, 2001.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. Trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho penal** – parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid. Civitas, 1997.

SANTANA VEGA, Dulce María. **La protección penal de los bienes jurídicos colectivos**. Madrid: Dykinson, 2000.

SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direito penal e Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SANTOS, André Leonardo Copetti. Os direitos humanos como fundamento epistemológico das reformas penais no Estado democrático de direito. In: SANTOS, André Leonardo Copetti. **Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In **A crise de paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito penal no Estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana**. Bogotá: Depto. De Publicaciones – Universidad Externado de Colombia, 1996.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. "Prólogo" al libro de GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

SILVA, Jorge Medeiros da. **Direito penal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SILVA, Juary C. **Elementos de direito penal tributário**. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992 (2ª reimp., 2002).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STAECHELIN, Gregor (Org.). **La insostenible situación del derecho penal**. n. 15. Granada: Editorial Comares, 2000.

STELLA, Federico. **Giustizia e modernità**: La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime. 2. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição. Da proibição de excesso (übermabverbot) à proibição de proteção deficiente (unterbverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. n. 80, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Constitucionalismo, jurisdição constitucional e Estado democrático de direito: ainda é possível falar em Constituição dirigente e compromissária? **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** (Mestrado e Doutorado) da Unidade Ciências Jurídicas da Unisinos, São Leopoldo, p. 77-116, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; SANTOS, André Leonardo Copetti. O direito penal e os influxos legislativos pós-constituição de 1988: um modelo normativo eclético consolidado ou em fase de transição? In: FAYET JÚNIOR, Ney. (Org.). **Ensaio penais em homenagem ao professor Alberto Rufino Rodrigues de Souza**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** – Uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SUTHERLAND, Edwin E. **White collar crime**. New York: The Dryden, 1949.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M. La constitución penal. Los derechos de la libertad. In: **Las sombras del sistema constitucional español**. Madrid: Trotta, 2003.

VIVES ANTÓN, Tomás S. **La libertad como pretexto**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

VON LISZT, Franz. **Tratado de derecho penal** – tomo II. 4. ed., Madrid: Reus S.A., 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** – parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal**. Direito criminal. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.