

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Everton Luiz Zanella**

**Proteção penal deficiente nos crimes contra a ordem tributária:  
necessidade de readequação do sistema punitivo para a efetiva  
implementação do Estado Democrático de Direito**

**MESTRADO EM DIREITO**

**SÃO PAULO  
2009**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Everton Luiz Zanella**

**Proteção penal deficiente nos crimes contra a ordem tributária:  
necessidade de readequação do sistema punitivo para a efetiva  
implementação do Estado Democrático de Direito**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor Antonio Carlos da Ponte.

**SÃO PAULO  
2009**

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

*À minha amada esposa Fátima,  
pelo amor e dedicação;*

*Aos meus queridos pais, Magda e Richard,  
pelo apoio incondicional.*

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Antonio Carlos da Ponte, pelos ensinamentos prestados e pela confiança em mim depositada.

Ao saudoso Professor Hermínio Alberto Marques Porto, pelas lições de vida.

À minha família, por todo o amor que sempre me fora doado.

A todos os meus amigos, pelo apoio nos momentos mais difíceis.

À minha esposa, pelo carinho, estímulo, paciência e dedicação.

## RESUMO

ZANELLA, Everton Luiz. *Proteção penal deficiente nos crimes contra a ordem tributária: necessidade de readequação do sistema punitivo para a efetiva implementação do Estado Democrático de Direito*. 2009. 165 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise crítica do sistema punitivo nos crimes contra a ordem tributária, extremamente brando e deficiente, e demonstrar a necessidade de adequá-lo à ordem constitucional hoje vigente, indicando as mudanças cabíveis. Partindo de um estudo sobre a origem, a evolução e as características do Estado Democrático de Direito, adotado na Constituição Federal de 1988, radicado nos valores da democracia e da dignidade da pessoa humana, demonstra-se que o Direito Penal pátrio é ultrapassado e incompatível com a Constituição, por não combater de forma eficiente condutas criminosas de grande gravidade que afrontam direitos de toda a sociedade, como os crimes contra a ordem tributária. Dado este pressuposto, é feita uma proposta de relegitimação do sistema punitivo, através da abordagem da eleição dos bens jurídicos penalmente relevantes, os quais possuem carga valorativa constitucional, e dos mandados de criminalização, ou seja, da obrigatória penalização daquelas ações humanas que atentem contra os bens de maior relevância social, à luz dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Nesta seara, na busca da seleção sobre o que deve ou não ser penalizado e de que forma e intensidade deve ser concretizada esta penalização, é feito um estudo sobre o princípio da proporcionalidade e sua dupla face: proibição do excesso, como forma de garantir as liberdades individuais (atuação negativa do Estado), e proibição da proteção deficiente, com o objetivo de garantir a adequada prestação de tutela estatal para repressão e punição dos comportamentos lesivos aos bens jurídicos de maior importância (cuja proteção advém dos mandados de criminalização). Em continuidade, é feita uma análise específica sobre os delitos econômicos (gênero) e mais detidamente sobre os crimes contra a ordem tributária (espécie), que atingem bens jurídicos de extrema importância para toda a coletividade e impedem o alcance da almejada justiça social mirada pelo Estado Democrático de Direito, caracterizada pela efetivação dos direitos individuais, sociais, difusos e coletivos. Constata-se, afinal, que o sistema atual de proteção contra delitos tributários é bastante deficiente para combatê-los, em decorrência, sobretudo, de injustificáveis benesses previstas em lei e ampliadas pela jurisprudência, como a causa de extinção da punibilidade para os sonegadores, ainda que habituais, pelo simples pagamento, ainda que não espontâneo, do tributo sonegado, e o óbice à responsabilização penal do agente em decorrência do parcelamento do débito ou até mesmo da mera discussão do lançamento tributário na esfera administrativa, chegando-se à conclusão de que o mecanismo punitivo no tocante aos delitos estudados contraria o escopo constitucional e necessita ser alterado para permitir a real implementação do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chaves:** Estado Democrático de Direito – Bem jurídico penal – Mandados de criminalização – Princípio da proporcionalidade – Proteção deficiente – Macrocriminalidade – Ordem tributária.

## ABSTRACT

ZANELLA, Everton Luiz. *Deficient criminal protection against tax crimes: the need of readjustment at the punitive system to an effective implementation of the Democratic Rule of Law*. 2009. 165 p. Dissertation (Master Degree in Law) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

The purpose of the present essay is to produce a critical analysis of the criminal system for transgressions against tax laws, reputed as lenient and deficient, and to demonstrate the need of a readjustment, in order to adapt it to the current constitutional order, indications the appropriate changes. Beginning with a review on the origins, evolution and features of the Democratic Rule of Law, adopted on the Federal Constitution of 1988 and rooted on values of democracy and human dignity, this essay will demonstrate the obsolescence of the Criminal Law and the inconsistency between it and the Federal Constitution, considering its inefficiency on fighting felonies against the rights of the society, as tax crimes. After such prior conjecture, I propose a restructuration of the criminal system by electing the most relevant legal goods, whose materiality derives from the Constitution, and the bestowed criminalization powers, i.e. the mandatory punishment of those human actions that harms collective goods of social importance, in the light of fundamental rights declared by the Federal Constitution. Within this scope, while selecting what should or shouldn't be penalized and how such penalization should be performed, it's presented a study about the proportionality principle and its twofold availability: the prevention against excesses, as a way to guarantee individual freedoms (negative actions of the State), and prevention against defective protection, in order to assure the proper State guardianship on restraining and punishing harmful actions against important legal goods (whose protection comes from criminalization powers). After that, comes a specific assessment of crimes against the economy (genre) and, in more details, of tax crimes (specie), which harm legal goods of utmost importance for society and hinder the achievement of the social justice aimed by the Democratic Rule of Law, which is characterized by the implementing of individual, social and collective rights. Finally, I prove that the current protection system against tax crimes is far from being efficient, mostly because of unjustifiable legal benefits granted to offenders, which are expanded by jurisprudence. This can be exemplified, for instance, by the extinction of punishableness for tax evaders, although unrepentant, after the enforced payment; as well as by the indulgence of the State, when refuses to file criminal charges against the tax evader, provided that a settlement is signed, or even by allowing the administrative discussion of the debt. These facts lead to the conclusion that the punishment system for such felonies contradicts the guidelines of the Constitution and need to be reconsidered, in order to allow an effective establishment of the Democratic Rule of the Law.

**Keywords:** Democratic Rule of Law – Criminal Legal Good – Criminalization Power – Proportionality Principle – Defective Protection – Macrocriminality – Tax Laws.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	12
CAPÍTULO I – A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	
1.1 O Estado de Direito .....	14
1.2 O Estado Liberal de Direito .....	15
1.3 O Estado Social de Direito .....	16
1.4 Estado Democrático de Direito.....	18
1.4.1 O atual Estado brasileiro .....	21
CAPÍTULO II – O DIREITO PENAL BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE UMA NOVA LEITURA, À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	
2.1 O Direito Penal brasileiro.....	26
2.1.1. Breves definições de Direito Penal.....	26
2.1.2 Evolução do Direito Penal brasileiro.....	27
2.1.2.1 Pré-descobrimento (período primitivo e Idade Antiga) .....	27
2.1.2.2 Brasil Colônia – do Descobrimento à Independência .....	28
2.1.2.3 Brasil Império – da Independência à República .....	30
2.1.2.4 Brasil República .....	33
2.1.2.5 O Direito Penal brasileiro atual e a necessidade de relegitimação.....	35
CAPÍTULO III – BENS JURIDICAMENTE RELEVANTES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS MANDADOS EXPLÍCITOS E IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO .....	
3.1 Introdução: “catálogo” de bens definidos pela Constituição Federal .....	39
3.2 Conteúdo material do conceito de crime .....	42
3.3 O bem jurídico: proposições e teorias .....	43
3.3.1 Teoria de Feuerbach (concepção contratualista) .....	43
3.3.2 Teoria de Birnbaum (concepção jusnaturalista) .....	44
3.3.3 Teoria de Karl Binding (critério da imanência).....	44
3.3.4 Teoria de Frank von Liszt (critério da política criminal) .....	45
3.3.5 Teoria neokantiana (natureza teleológica do bem jurídico).....	45

3.3.6 Teoria da Escola de Kiel.....	45
3.4 Abordagem do conceito de “bem jurídico”, sob a ótica do Estado Democrático de Direito .....	46
3.5 Mandados de criminalização .....	48
CAPÍTULO IV – O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUA DUPLA FACE	52
4.1 Introdução .....	52
4.2 Breve histórico do princípio da proporcionalidade.....	53
4.3 Consagração constitucional do princípio da proporcionalidade no Estado Democrático de Direito.....	55
4.4 Natureza jurídica da “proporcionalidade”: princípio ou regra?.....	57
4.5 Diferenciação entre “proporcionalidade” e “razoabilidade” .....	59
4.6 Conteúdo analítico do princípio da proporcionalidade.....	61
4.6.1 Primeiro critério: exame de adequação (idoneidade ou utilidade).....	61
4.6.2 Segundo critério: exame de necessidade (exigibilidade).....	63
4.6.2.1 O princípio da intervenção mínima .....	65
4.6.2.2 Princípio da ofensividade (ou lesividade) .....	66
4.6.3 Terceiro critério: exame da proporcionalidade em sentido estrito (“princípio da justa medida”).....	67
4.7 A dupla face da proporcionalidade: a proibição do excesso ( <i>ubermassverbot</i> ) e a proibição da proteção deficiente ( <i>intermassverbot</i> ).....	70
4.7.1 Primeira face da proporcionalidade: a proibição do excesso .....	71
4.7.2 Segunda face da proporcionalidade: a proibição da proteção deficiente .....	73
CAPÍTULO V – CRIMINALIDADE ECONÔMICA ( <i>MACROCRIMINALIDADE</i> ) .....	75
5.1 Considerações gerais sobre a criminalidade econômica .....	75
5.2 Definição e abrangência da expressão <i>crime econômico</i> .....	77
5.3 A <i>cifra dourada da delinquência</i> : o perfil dos criminosos do <i>colarinho branco</i> e a aparente aceitação social dos crimes por eles praticados .....	78
5.4 O bem jurídico no Direito Penal Econômico: bem jurídico difuso .....	84
5.5 Finalidade da pena e criminalidade econômica.....	85
5.6 A responsabilidade penal da pessoa jurídica .....	87
5.7 Seletividade do sistema penal repressivo nos crimes econômicos .....	89
5.8 O processo de relegitimação do Direito Penal .....	93

CAPÍTULO VI – CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA .....	96
6.1 Introdução .....	96
6.2 Ordem tributária: bem jurídico relevante .....	97
6.3 Princípios constitucionais penais aplicáveis aos crimes contra a ordem tributária .....	99
6.3.1 Introdução .....	99
6.3.2 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	99
6.3.2.1 Princípio da humanidade (ou da humanização da pena) .....	101
6.3.3 Princípio da legalidade .....	102
6.3.3.1 Princípio da reserva legal (ou da anterioridade).....	104
6.3.3.2 Princípio da taxatividade (ou da determinação taxativa) .....	105
6.3.3.3 Princípio da irretroatividade.....	106
6.3.4 Princípio da segurança jurídica .....	108
6.3.5 Princípio da igualdade (ou da isonomia) .....	109
6.3.6 Princípio da culpabilidade.....	110
6.3.7 Princípio da adequação social.....	112
6.3.8 Princípio da inderrogabilidade (ou inevitabilidade) .....	114
6.4 Objetivos e razões da proteção penal da ordem tributária .....	116
6.5 Alguns conceitos importantes de Direito Tributário .....	117
6.6 Análise da Lei n. 8.137/90 .....	122
6.6.1 Crimes em espécie.....	122
6.6.2 Pena de multa (arts. 8º e 10 da Lei n. 8.137/90) .....	133
6.6.3 Concurso de pessoas (art. 11 da Lei n. 8.137/90).....	134
6.6.4 Causas de aumento (art. 12 da Lei n. 8.137/90) .....	135
6.6.5 Delação premiada (art. 16, parágrafo único, da Lei 8137/90) .....	135
6.7 Aspectos processuais .....	137
6.7.1 Medidas cautelares .....	137
6.7.2 Competência .....	138
6.8 Extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo .....	139
6.9 Análise crítica da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo .....	143
6.10 Representação fiscal .....	146
6.11 Parcelamento do tributo e seus efeitos .....	148
6.12 O processo administrativo-fiscal como condição objetiva de punibilidade .....	149

6.13 Análise crítica do condicionamento da punibilidade à decisão do processo administrativo-fiscal .....	150
6.14 Necessidade de alterações .....	152
CONCLUSÃO.....	155
REFERÊNCIAS.....	159

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, que possui, além do dever de respeitar e interferir o mínimo possível nos direitos e garantias individuais dos cidadãos, a finalidade precípua de buscar a maximização dos direitos sociais e tutelar os direitos difusos e coletivos.

O Estado Democrático de Direito tem por pressuposto o valor “democracia”, que tem significado amplo, pois, como todo poder emana do povo e é exercido em seu proveito, deve o Estado implementar todos os direitos previstos no texto constitucional, para alcançar a almejada justiça social, consistente numa igualdade substancial entre todos os indivíduos, no respeito à dignidade da pessoa humana e no atingimento dos objetivos fundamentais da República, traçados no artigo 3º da Carta Magna.

O problema é que o Direito Penal pátrio, proveniente de um Código Penal datado de 1940 e de legislações especiais despreocupadas com o ordenamento jurídico como um todo, é peculiar de um ultrapassado modelo de Estado Liberal, focado, sobretudo, na proteção de interesses individuais, com ênfase nos interesses patrimoniais, em detrimento dos interesses difusos e coletivos, os quais urgem hodiernamente de proteção estatal efetiva, já que inerentes à sociedade como um todo.

Por isso, o Direito Penal brasileiro necessita de uma modificação estrutural, para se adequar à nova ordem constitucional.

Para tanto, é necessário que o Direito Penal busque na Constituição Federal os bens jurídicos que devam ser objeto de proteção, pois cabe à Lei Maior estabelecer quais os valores e interesses de fundamental importância à sociedade, restando ao legislador ordinário obedecer aos mandados constitucionais de criminalização, sejam expressos (definidos explicitamente) ou implícitos (decorrentes dos princípios que norteiam o ordenamento). Ao legislador cabe, por assim dizer, a partir da leitura constitucional dos bens jurídicos, normatizar sua proteção penal, tendo por base o princípio da proporcionalidade, tomado em sua dupla face:

proibição do excesso (não tutelar o desnecessário) e proibição da proteção deficiente (tutelar de forma eficiente o bem jurídico penal socialmente relevante).

Agindo-se dessa forma, serão penalizadas as condutas que realmente atentam contra os valores fundamentais da sociedade, principalmente as características da “criminalidade econômica” (ou “macrocriminalidade”), que atacam o modelo econômico projetado pela ordem constitucional vigente, cuja meta é efetivação dos direitos sociais, difusos e coletivos. Tais ações delitivas, às quais o atual Direito Penal não dá a devida importância, causam notório e abalável desajuste social.

Nesse contexto, é preciso alterar o atual sistema punitivo, no tocante aos crimes contra a ordem tributária (espécie do gênero “criminalidade econômica”), pois as fraudes e a sonegação fiscal diminuem sensivelmente a arrecadação de tributos, cuja função social é promover as medidas necessárias para suprimento das necessidades públicas que tornem possível a efetivação dos valores sublimados pelo Estado Democrático de Direito. Noutras palavras, o bem jurídico *Ordem Tributária* é de significativa importância para a efetiva implementação do Estado Democrático de Direito, uma vez que os valores arrecadados com o pagamento dos tributos e contribuições sociais são destinados à sociedade, para investimentos na saúde, educação, transporte, segurança, etc., sendo, portanto, imprescindíveis para a busca da justiça social, caracterizada por uma igualdade substancial (e não apenas formal) entre todos os indivíduos.

O fato é que a legislação hoje existente para combate aos crimes tributários é extremamente branda, quase que inaplicável na prática, havendo um Direito Penal meramente simbólico, que deixa de proteger de forma suficiente um bem jurídico constitucional de vital importância para a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. E, somente com a modificação do sistema punitivo hoje existente, o Direito Penal servirá como instrumento de modificação do *status quo* (realizar da igualdade substancial) e não como uma mera ferramenta punitiva para os indivíduos socialmente marginalizados, como é atualmente.

# CAPÍTULO I – A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

## 1.1 O Estado de Direito

A ideia de Estado de Direito surgiu na Europa do século XVIII, durante as frequentes lutas que eram travadas contra o Estado Absolutista. O Estado de Direito apareceu com o objetivo de submeter o poder político às regras do direito, protegendo, assim, os cidadãos contra decisões arbitrárias e abusos de poder cometidos pelo governante (soberano).

Noutras palavras, o Estado de Direito tem nas normas jurídicas seu limite de atuação, limite esse que visa a proteger o indivíduo contra arbítrios do Estado.

Fábio Roque Sbardelotto leciona que “o Estado de Direito caracteriza-se pela existência de uma ordem jurídica definindo os limites de atuação dos cidadãos e delimitando o poder político do Estado, bem como pela existência de um controle judicial, indispensável para a realização do Estado de Direito e para a aplicação das regras estabelecidas”.<sup>1</sup>

Essa ordem jurídica é composta pela Constituição e normas inferiores compatíveis com a Lei Maior.

O Estado de Direito é atrelado ao *princípio da legalidade* que, conforme ensinamento de Luiz Luisi, desdobra-se em três postulados: reserva legal (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal), determinação taxativa (leis penais devem ser claras, certas e precisas, sem empregos de cláusulas genéricas) e irretroatividade (a lei somente alcança os fatos cometidos depois do início da sua vigência, não incidindo sobre fatos anteriores).<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 30.

<sup>2</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 17-32.

Interessante fazer aqui uma diferenciação entre *Estado de Direito Formal* (chamado de *Estado Legal de Direito* por Luciano Feldens<sup>3</sup>) e *Estado de Direito Material* (chamado, pelo mesmo autor, de *Estado Constitucional de Direito*<sup>4</sup>). O primeiro é alheio a conteúdos materiais e sua atuação é possível sempre que esteja em conformidade com as formas e procedimentos legais, não se discutindo o conteúdo material das leis (assim, em tese, um Estado Absolutista pode ser um Estado Formal de Direito). O segundo, ao contrário, não se reporta à forma, mas ao conteúdo da relação Estado/cidadão, buscando critérios materiais de justiça, havendo preocupação com o conteúdo material das leis, que devem sustentar-se na legitimidade, expressando os valores jurídicos, sociais e políticos de determinada época (assim, o Estado de Direito Material não é compatível com o Estado Absolutista).

O Estado de Direito pode se apresentar de três formas: Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito.

## 1.2 O Estado Liberal de Direito

Este modelo de Estado de Direito decorre do *Liberalismo*, surgido na Europa do século XVI e acentuado nos séculos XVII e XVIII, ideologia surgida para atender aos anseios da burguesia, uma classe social emergente que lutava contra os domínios do feudalismo aristocrático. O Liberalismo afirmou-se com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, preconizando a liberdade como valor supremo da vida individual e social.

José Afonso da Silva identifica as principais características de um Estado Liberal de Direito: submissão ao império da lei, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo (formado por cidadãos livres e não mais por súditos); divisão de poderes, ou seja,

---

<sup>3</sup> FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 30-32.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 33-38.



Legislativo, Executivo e Judiciário, separados de forma harmônica e independente; enunciado e garantias dos direito individuais.

Para o autor, o Estado Liberal de Direito adota como tendência a concepção de *Estado de Direito Formal*, ou seja, sem preocupação com o conteúdo das leis, mas com sua forma de produção, o que pode ser perigoso, por sustentar a base de qualquer tipo de Estado (Estado Feudal, Estado Burguês, Estado Fascista, etc.).

Ensina ele que ao se considerar como direito somente aquilo que é positivado (norma pura de Hans Kelsen), sem vinculação a qualquer conteúdo, "chega-se sem dificuldade a uma ideia formalista do Estado de Direito ou Estado Formal de Direito, que serve também a interesses ditatoriais" e que pode provocar imensas injustiças.<sup>5</sup>

Para Fábio Roque Sbardelotto, o Estado Liberal restringe seu campo de intervenção "na necessidade de permitir uma organização da sociedade em que cada indivíduo e cada grupo social tenham condições para perseguir livremente seu próprio objetivo e escolher seu próprio destino. Passa o Estado a ser reduzido a mero procedimento político e jurídico".<sup>6</sup>

O centro de um Estado Liberal é o indivíduo e suas iniciativas, passando o Estado a exercer a função de mero regulador social, mantendo a ordem e a segurança e dirimindo conflitos entre indivíduos, por meio de um juiz imparcial. Na realidade, trata-se de um *papel negativo* do Estado, de não intervir nas liberdades dos cidadãos, cabendo-lhe tão somente salvaguardar essas liberdades.

### 1.3 O Estado Social de Direito

A liberdade concedida aos indivíduos e à iniciativa privada, típicas do Liberalismo, sem intervenção estatal, passou a gerar desigualdades sociais,

---

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 116-119.

<sup>6</sup> SBARDELOTTO, Fábio Roque, *Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras*, cit., p. 33-34.

fortalecendo os indivíduos mais abastados financeiramente, em detrimento das camadas sociais menos favorecidas, alargando-se cada vez mais o fosso existente entre eles. A igualdade pregada no Estado Liberal estabeleceu-se apenas formalmente, razão pela qual surgiram os movimentos operários, advindos do modelo industrial-produtivo do final do século XIX e início do século XX.

Para José Afonso da Silva, "o individualismo e abstencionismo ou neutralismo do Estado Liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente (refere-se aos séculos XIX e XX), desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social".

Prossegue o autor, afirmando que "transforma-se em Estado Social de Direito, onde o qualificativo social refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social".<sup>7</sup>

O Estado, então, percebeu a necessidade de intervir, buscando uma finalidade social, voltada a garantir que todos os indivíduos tivessem acesso aos bens e às necessidades da vida. Assume o Estado um *papel positivo*, no afã de promover o bem-estar social.

Nas palavras de Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes: "O *Welfare State* seria aquele Estado no qual o cidadão, independente de sua situação social, tem direito a ser protegido contra dependências de curta ou longa duração. Seria o Estado que assegure garantias mínimas de renda, acesso à alimentação, saúde, habitação, educação, garantidos a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político."<sup>8</sup>

O modelo constitucional de Estado Social começou a ser formado com a Constituição mexicana de 1917 e com a Constituição alemã de Weimar de 1919. Sua nomenclatura apareceu pela primeira vez na Constituição alemã de 1949, que

---

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 119.

<sup>8</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 132.

definiu a República Federal Alemã como um *Estado Federal, Democrático e Social de Direito*.

Podemos concluir que no Estado Liberal buscava-se proteger os cidadãos (e a sociedade) do arbítrio do governante (Estado), através da ideia de omissão, inibição (não atuação do Estado); enquanto que no Estado Social buscava-se proteger o indivíduo (e a sociedade) por meio do Estado, através da ideia de ação, caracterizada pelas prestações sociais e por uma tentativa de promoção de uma melhor distribuição da renda.

Consoante lições de José Afonso da Silva, o Estado Social de Direito, ao contrário do Liberal, que é meramente um Estado Formal de Direito, é, como regra, um Estado Material de Direito, que se importa com o conteúdo das normas, uma vez que "revela um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana".<sup>9</sup>

#### **1.4 Estado Democrático de Direito**

Tal modelo de Estado busca agregar aos Estados Liberal e Social de Direito as conquistas democráticas, os valores jurídicos e a preocupação de modificação das condições já instaladas (*status quo*).

O Estado Democrático de Direito, na lição de Luigi Ferrajoli, deve ser "liberal mínimo" (no sentido de diminuir as restrições de liberdades dos cidadãos) e "social máximo" (cujo escopo é o de maximizar as expectativas sociais dos cidadãos com políticas públicas).<sup>10</sup>

A ideia de democracia não significa somente que o povo tem o direito de eleger seus representantes, mas muito mais que isso: implica a busca de uma

---

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 119.

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 691-695.

solução dos problemas sociais existentes e impõe à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo de transformação da realidade.

Nas palavras de Luigi Ferrajoli: "O Estado de Direito, quer como Estado Liberal de Direito quer como Estado Social de Direito, nem sempre caracteriza Estado Democrático. Este se funda no princípio da soberania popular, que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio de evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento. Visa, assim, a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana".<sup>11</sup>

O Estado Democrático de Direito, portanto, traz um ideal modificador da sociedade, por meio da implementação do valor *igualdade*: "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 comum."<sup>12</sup>

Alexandre de Moraes doutrina que o Estado Democrático de Direito "significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades aos direitos e garantias fundamentais" e que adota o chamado princípio democrático, o qual "exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país".<sup>13</sup>

Não falamos aqui de uma intervenção do Estado para simplesmente melhorar as condições sociais de existência, como ocorre no Estado Social de Direito, porém em um significado muito mais abrangente: falamos de um Estado Democrático, ou seja, que pretende modificar e reestruturar a sociedade, com base na igualdade material (ou substancial) de todos os cidadãos.

---

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, cit., p. 121.

<sup>12</sup> SBARDELOTTO, Fábio Roque, *Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras*, cit., p. 41.

<sup>13</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 17.

Lenio Luiz Streck sustenta que “o Estado Democrático de Direito, previsto nos preâmbulos de várias constituições, tem a pretensão de proporcionar um regime político que objetiva abranger o máximo possível de democracia e de Estado de Direito (...). A forma e a própria previsão de procedimentos cedem considerável espaço para os valores substantivos, representados pelos direitos sociais e fundamentais que os textos estabelecem. Tais valores fazem parte do núcleo político da Constituição, que aponta para o resgate de promessas de igualdade, justiça social, realização dos direitos fundamentais”.<sup>14</sup>

O termo "democrático" tem conteúdo bastante abrangente: ele qualifica o Estado, de maneira que Estado Democrático é aquele "que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também, sobre a ordem jurídica. O Direito, então, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo".<sup>15</sup>

Surgem, então, os direitos de terceira geração, quais sejam, os transindividuais ou metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), de conteúdo universal, típicos de um modelo de Estado preocupado com o bem-estar da coletividade.

Antonio Carlos da Ponte ensina que as principais características de um Estado Democrático de Direito são "sua criação e sua regulamentação por uma Constituição; a realização de eleições periódicas pelo povo; a observância do império da lei; os cidadãos devem possuir obrigações junto ao Estado e esse frente aos primeiros; a possibilidade dos cidadãos, detentores de direitos sociais e políticos, oporem-se ao modo como o Estado esteja sendo conduzido; o Estado deve desenvolver-se satisfatoriamente e buscar alcançar justiça social, erradicando a miséria e não permitindo discriminações; o poder políticos deverá ser exercido em parte diretamente e, parcialmente, por órgãos estatais independentes e autônomos; as funções estatais deverão ser exercidas com regularidade, probidade e de forma

---

<sup>14</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 20.

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 119.

comedida, de modo que uma não se sobreponha às outras e que haja um rígido controle sobre elas".<sup>16</sup>

Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya sintetizam as ideias de Estado de Direito, Estado Social e Estado Democrático da seguinte forma: "Estado de Direito está associado ao princípio da legalidade, o Estado Social está associado à necessidade social da intervenção estatal e o Estado Democrático se identifica com a ideia de pôr o Estado a serviço da defesa dos interesses do cidadão."<sup>17</sup>

Pensamento similar é desenvolvido por José Afonso da Silva: "A igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica (Estado Liberal), se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político. Aonde a concepção mais recente de Estado Democrático de Direito como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça Material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo aos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção."<sup>18</sup>

### 1.4.1 O atual Estado brasileiro

A Constituição Federal de 1988 define, em seu artigo 1º, que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, que se caracteriza por ter a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político como fundamentos, e no qual todo o poder emana direta ou indiretamente do povo.

---

<sup>16</sup> PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 142-143.

<sup>17</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 120.

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 122.

Nas palavras de Antonio Carlos da Ponte, “o Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa; e o pluralismo político. Por força do que dispõe o artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, todo poder emana do povo, que o exercerá diretamente ou por meio de representantes eleitos”.<sup>19</sup>

Assim, a Constituição Federal estatui um Estado Democrático de Direito. Num primeiro aspecto, é um Estado Constitucional de Direito porque é regido por leis, tendo no ápice do ordenamento jurídico a Constituição Federal, que tem um forte conteúdo valorativo, isto é, traz em seu corpo todos os valores reconhecidos pelo povo brasileiro quando de sua promulgação. Num segundo aspecto, é um Estado que busca realizar a democracia.

José Afonso da Silva ministra que "a democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício".<sup>20</sup>

Lenio Luiz Streck leciona que o Estado Democrático de Direito Brasileiro “consagra os princípios da democracia econômica, social e cultural, mediante os seguintes pressupostos deontológicos: a) constitui uma imposição constitucional dirigida aos órgãos de direção política e da administração para que desenvolvam atividades econômicas conformadoras e transformadoras do domínio econômico,

---

<sup>19</sup> PONTE, Antonio Carlos da, *Crimes eleitorais*, cit., p 141.

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 123.

social e cultural, de modo a evoluir-se para uma sociedade democrática cada vez mais conforme aos objetivos da democracia social; b) representa uma autorização constitucional para que o legislador e os demais órgãos adotem medidas que visem a alcançar, sob a ótica da justiça constitucional, as vestes de uma justiça social; c) implica a proibição de retrocesso social, cláusula que está implícita na principiologia do Estado Social Constitucional; d) perfila-se como elemento de interpretação, obrigando o legislador, a administração e os tribunais a considerá-lo como elemento vinculado da interpretação das normas a partir do comando do princípio da democracia econômica, social e cultural; e) impõe-se como fundamento de pretensões jurídicas aos cidadãos, pelo menos nos casos de defesa das condições mínimas de existência”.<sup>21</sup>

Portanto, não basta para a implementação do Estado Democrático de Direito a mera previsão de direitos individuais (civis e políticos) e sociais. É imprescindível a concretização do previsto no texto constitucional (passagem do Estado Formal de Direito para o Estado Material de Direito), para atingir o escopo traçado pelo constituinte. É mister que o Estado promova a justiça social.

A meta do Estado Democrático de Direito é a busca da justiça social. Celso Antônio Bandeira de Melo prega que o tema “justiça social” está contemplado, sobretudo, nos artigos 6º, 7º, 170 e 193 da Lei Maior e que, por força do estatuído nesses dispositivos, “toda a ordenação jurídica do país assim como todos os atos concretos do Poder Público interferentes com a ordem econômica e social, para serem legítimos, deverão estar comprometidos com a realização da justiça social”. Adiciona que “há violação das normas constitucionais pertinentes à justiça social – e, portanto, inconstitucionalidade – quer quando o Estado age em descompasso com tais preceitos, quer quando, devendo agir para cumprir-lhes as finalidades, omite-se em fazê-lo”.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, cit., p. 20-21.

<sup>22</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 55.



A Constituição Federal de 1988 "abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar exigências de um Estado de Justiça Social, fundado na dignidade da pessoa humana"<sup>23</sup>, dignidade que está expressamente prevista entre os fundamentos consignados no artigo 1º da Carta Magna, configurando-se um valor supremo, máximo a ser buscado, já que a preocupação de um Estado Democrático de Direito é fazer com que todos os seus cidadãos tenham uma vida digna, ou seja, que tenham efetivamente reconhecidos e tutelados todos os seus direitos fundamentais e sociais. Por isso é inconcebível a miséria, a pobreza, a fome, o desemprego em larga escala e o analfabetismo, circunstâncias que não condizem com a dignidade humana.

José Afonso da Silva destaca os princípios de um Estado Democrático Brasileiro, visualizáveis na nossa Constituição. São eles:

a) *Princípio da constitucionalidade*: o Estado Democrático de Direito é fundado numa Constituição rígida (somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares), emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincula todos os poderes. As leis caracterizam-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição, exercendo função transformadora da sociedade.

b) *Princípio democrático*: expõe o valor da democracia representativa e participativa, pluralista, destinada a garantir a vigência e eficácia dos direitos fundamentais.

c) *Sistema de direitos fundamentais*: abrangem os individuais, os coletivos, os sociais e os culturais.

d) *Princípio da justiça social*: realização da igualdade substancial entre os cidadãos, nos aspectos civil, político, social, econômico e cultural.

---

<sup>23</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 124.

e) *Princípios da igualdade* (art. 5º, *caput* e inc. I), da *divisão de poderes* (art. 2º), da *independência do juiz* (art. 95), da *legalidade* (art. 5º, inc. II) e da *segurança jurídica* (art. 5º, incs. XXXVI e LXXIII).

Na sequência, conclui que "a tarefa do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social".<sup>24</sup>

Portanto, vemos que a Constituição Federal de 1988 estatui o Estado Democrático de Direito na República Federativa do Brasil, traçando os objetivos e os fundamentos que devem ser buscados, visando com isso estabelecer uma *justiça social* marcada pela *igualdade material* entre todos os cidadãos e pelo *respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana*.

---

<sup>24</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p.126.

## **CAPÍTULO II – O DIREITO PENAL BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE UMA NOVA LEITURA, À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

### **2.1 O Direito Penal brasileiro**

#### **2.1.1. Breves definições de Direito Penal**

Cezar Roberto Bittencourt define Direito Penal como "um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança".<sup>25</sup>

Magalhães Noronha traz o seguinte conceito: "Direito penal é o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica".<sup>26</sup>

Para Fábio Roque Sbardelotto, é "o direito exercido pelo Estado de estabelecer regras destinadas a disciplinar condutas humanas, impondo-lhes sanções, com finalidades tradicionalmente aceitas como retribuição ao mal causado, de prevenção geral ou particular e, ainda, ressocializadoras".<sup>27</sup>

Definimos Direito Penal como o conjunto de normas jurídicas que estabelecem as condutas humanas que, por afrontarem valores socialmente relevantes, são legalmente proibidas, e prevêm as respectivas sanções punitivas, preventivas e reeducadoras para aqueles que as praticam.

---

<sup>25</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, p. 2.

<sup>26</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1, p. 4.

<sup>27</sup> SBARDELOTTO, Fábio Roque, *Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras*, cit., p. 59.

## 2.1.2 Evolução do Direito Penal brasileiro

### 2.1.2.1 Pré-descobrimento (período primitivo e Idade Antiga)

No período antecessor à formação do Estado, na primitiva civilização, não existiam as atuais noções de crimes e penas como institutos jurídicos. Por essa razão, “em sua fase mais rudimentar, aquela pertencente à primeira infância desse ramo do direito, o Direito Penal foi concebido como forma de exercer a vingança divina contra infratores, cujos crimes despertavam a cólera dos deuses (totem) e colocavam em risco a existência de toda a sociedade ou grupo”<sup>28</sup>. Devido à grande influência da mística e da superstição, os fenômenos naturais, como tempestades, incêndios, terremotos, furacões, enchentes, bem como graves doenças que se espalhavam, eram interpretados como castigo divino pelos crimes cometidos, os quais, por isso, deviam ser evitados e reprimidos para evitar o envio de tragédias pelos deuses. A punição era imposta ao infrator por um grupo ou pela sociedade, para salvaguardá-los da ira divina, que seria direcionada a todos.

Com o passar do tempo, houve uma evolução para a chamada vingança privada, ou seja, os delitos geravam reações por parte da própria vítima e também de sua família, tribo ou clã contra a pessoa do criminoso e dos seus parentes, gerando lutas e rivalidades grupais de graves consequências. Era a retribuição do mal pelas próprias mãos do ofendido (autotutela), o que, por vezes, ensejava desproporcionais brutalidades. Nas palavras de Christiano Jorge Santos, “tal sistema, por óbvio, gerava muitas injustiças, pois caso o agressor fosse muito mais forte do que a vítima, estava restaria impossibilitada de puni-lo, por outro lado dava muitas vezes respostas desproporcionais ao ‘delito’ praticado, vez que a pena a ser aplicada dependia da benevolência ou não dos ofendidos”.<sup>29</sup>

O primeiro avanço significativo surgido nessa época se deu no período neolítico, com a chamada “Lei de Talião”, perante a qual o mal praticado por alguém

---

<sup>28</sup> BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 42.

<sup>29</sup> SANTOS, Christiano Jorge. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 6.

deveria sofrer, a título de pena, um mal equivalente. Foi a troca da vingança ilimitada e inconsequente pela vingança pessoal, ou seja, a que buscava atingir apenas o autor do crime, e de forma mais proporcional.

“A Lei de Talião” era prevista no Código de Hamurábi, da Babilônia (exemplo: o erro na operação gerava a perda da mão do médico; o desabamento de uma obra gerava a pena de morte ao engenheiro; o crime contra a honra gerava a mutilação da língua, etc.), no Êxodo dos hebreus (“alma por alma, olho por olho, dente por dente”) e na Lei das XII Tabuas dos romanos (exemplo: previa a morte no fogo para aquele que incendiasse uma casa).

Nota-se que a “Lei de Talião” pode ser considerada um primeiro passo para o alcance do que hoje chamamos de “proporcionalidade”, e por isso foi um avanço na época (em que prevalecia a vingança grupal e desmedida), mas se percebe que as sanções, embora buscassem a proporcionalidade, eram, muitas vezes, desrazoáveis e desumanas.

### **2.1.2.2 Brasil Colônia – do Descobrimento à Independência**

A primeira sistematização do Direito Penal brasileiro se deu após o descobrimento, quando foram adotadas as Ordenações do Reino de Portugal. No período colonial, vigoraram no Brasil as Ordenações Afonsinas (publicadas em 1446, sob o reinado de D. Afonso V), sucedidas pelas Ordenações Manuelinas (publicadas em 1521, sob o reinado de D. Manoel I) que, por sua vez, foram substituídas pela Compilação de Duarte Nunes de Leão (de 1569, durante o reinado de D. Sebastião).

Essas Ordenações eram amontoados de leis e decretos que visavam a solucionar, tão apenas, situações casuístas. Somavam-se a elas as "cartas de doações", conferidas para proteger interesses particulares dos capitães donatários. Essas cartas davam a esses senhores o poder ilimitado de julgar e condenar a quaisquer penas, inclusive a capital, os escravos, os peões, os gentios e os homens livres, que não tinham direito nem mesmo a recursos. A jurisdição não entrava nas

terras de capitania, de maneira que, na prática, o arbítrio dos donatários estabelecia o Direito Penal a ser aplicado.

Em 1603, passaram a vigorar as Ordenações Filipinas, promulgadas por D. Felipe II. Essa legislação, embora oficial, era aplicada por exceção, já que ainda vigorava o sistema das "cartas de doações". De qualquer modo, as normas das Ordenações Filipinas previam severas punições, com açoites, amputações de membros, degredo e pena de morte. O julgador escolhia a pena conforme o caso, não vigorando ainda o princípio da legalidade.

O Código Filipino, que foi ratificado por D. João VI e por D. Pedro I, em 1823, possuía muitos defeitos. Destacamos a confusão entre direito, moral e religião; o sistema de penas cruéis, infames (como a morte civil e o degredo) e de morte; a não aplicação do *princípio da personalidade* na execução a pena, pois elas também atingiam os descendentes do condenado; a previsão de uma tutela penal que dava enfoque principal para os crimes contra os ocupantes do poder (soberanos) e contra o patrimônio; e o sancionamento da desigualdade perante a lei, pois o delinquente nobre recebia penas brandas e o delinquente "peão", escravo ou de baixa renda recebia penas muito mais severas.

Importante aqui, porque será objeto de comparação no decorrer desta obra, tratarmos desses dois últimos defeitos que apontamos nas Ordenações Filipinas: a proteção excessiva aos soberanos e ao patrimônio e a desigualdade, instituída em lei, em razão dos critérios "poder" e "*status social*".

Com efeito, os delitos mais graves no Código Filipino eram os denominados de "lesa-majestade", ou seja, a traição contra o imperador (*Rey*) ou contra o Estado (*Real Stado*), que ensejava a pena de morte ao seu executor e penas infamantes aos seus descendentes.<sup>30</sup>

Ao lado desses, os crimes contra o patrimônio também eram considerados de soberba gravidade. Os furtadores de pequenos valores recebiam penas de galés e

---

<sup>30</sup> PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*. São Paulo, Javoli, 1980. p. 20.

açoites, ao passo que os furtadores de valores maiores poderiam receber até a pena de morte natural (enforcamento no pelourinho seguido de sepultamento)<sup>31</sup>. Em caso de tentativa, a pena, como regra, era a “degradação para sempre” do Brasil.<sup>32</sup>

As Ordenações Filipinas traziam demonstrações inequívocas da institucionalização da desigualdade entre os indivíduos, a depender de seu poder, *status*, riqueza e classe social.

Um primeiro exemplo era o crime de vadiagem, cujas penas eram de multa para o cidadão de alta classe e de açoite para os de baixa classe.

Um segundo exemplo era o delito de adultério. Consoante o Título XXXVIII, o homem casado que surpreendesse sua mulher em cena de adultério poderia matá-la e também o adúltero, salvo se o marido fosse peão e o adúltero fosse fidalgo, desembargador ou "pessoa de maior qualidade". Nessa última hipótese, o "peão" traído, que matasse a esposa e o "nobre", receberia pena de degredo para a África, pelo período de até três anos, a depender da decisão dos juízes, que levavam em conta a "qualidade" do adúltero morto.

Enxergamos assim, a bem dizer, uma acentuada proteção aos detentores do poder (imperador, nobres, fidalgos, clero) e da riqueza (senhores feudais, donos de engenhos de cana-de-açúcar, etc.), em detrimento da grande maioria da população, que eram os trabalhadores explorados (escravos, peões, gentios, servos).

### **2.1.2.3 Brasil Império – da Independência à República**

Em 1822, o Brasil tornou-se um Estado politicamente independente. Em 1824, foi editada nossa primeira Constituição, que expressamente previa o *princípio da legalidade*. Pouco depois, em 1830, surgiu o Código Criminal, sancionado por D.

---

<sup>31</sup> A pena de morte poderia ser: pena de morte natural (enforcamento no pelourinho seguido de sepultamento); pena de morte natural cruel (definida pelo juiz, sendo mais comum a morte na roda); morte natural pelo fogo (o condenado era queimado vivo); e morte natural para sempre (enforcamento, ficando o cadáver exposto até o apodrecimento).

<sup>32</sup> PIERANGELI, José Henrique, *Códigos penais do Brasil*, cit., p. 51.

Pedro I. Foi o primeiro código autônomo da América Latina, considerado como um dos mais bem elaborados da época, devido à clareza e ao apuro técnico.

Todavia, o Brasil era um país influenciado pela cultura iluminista europeia e movido pela produção baseada na cultura escravagista (mão-de-obra escrava), no qual prevalecia uma estrutura agrária latifundiária, com o poder concentrado nas mãos de um pequeno grupo de senhores de terras. Por esse motivo, o Código Criminal trouxe inaceitáveis discriminações.

A Constituição do Império, embora previsse o princípio da legalidade e da igualdade perante a lei (igualdade formal), foi naturalmente influenciada pelos valores sociais estabelecidos por uma sociedade aristocrata e escravagista, razão pela qual não vedava a exploração humana. A Consolidação das Leis Civis previa a possibilidade de o homem servir de propriedade, de negócio, ao estabelecer que escravos eram semoventes (art. 42).

Tudo isso evidentemente refletiu no Direito Penal. Com efeito, o Código Criminal do Império fazia diferenciação entre os delinquentes, com tratamento muito mais severo aos escravos, para os quais se aplicavam as penas de morte e de galés.

O trabalho escravo era a base sobre a qual a aristocracia rural (senhores feudais) sustentava seu poder econômico e político. A quantidade de terras e o número de escravos definiam a escala do poderio. Ao lado do imperador e da família real, figurava uma nobreza constituída por meio de títulos que representavam as propriedades (latifúndios escravistas e feudais) que o "nobre" detinha.

Verifica-se, pois, a prevalência de uma classe social no poder, poder esse que, destaque-se, se embasava na propriedade privada.

Daí surgiu o descompasso e a desproporcionalidade na tutela de proteção dos bens jurídicos ligados aos detentores do poder social e econômico, em detrimento dos inerentes aos cidadãos menos abastados, em especial os escravos.



Os escravos podiam ser submetidos a punições no âmbito privado, como castigos físicos, sem qualquer julgamento, ao passo que os cidadãos livres eram necessariamente julgados pela Justiça Pública (art. 14, § 6º).

O crime de insurreição era severamente punido, com pena de morte para seus líderes e confisco de bens dos descendentes declarados infames (art. 113 e 115), como ocorreu com Joaquim José da Silva Xavier, o "Tiradentes", reconhecido líder da Inconfidência Mineira.

Sob esse prisma, Fábio Roque Sbardelotto conclui que “a relevância conferida aos bens jurídicos que visavam à manutenção da propriedade privada e do *establishment*, mantido por pequeno grupo de proprietários de terras. Aliás, a pena então estabelecida à insurreição era idêntica ao homicídio (art. 192 do Código Criminal), em nítida demonstração, ao mínimo, da equiparação axiológica entre a propriedade e a vida humana. Incensurável, por outro lado, a conclusão no sentido da prevalência da tutela dos valores patrimoniais em detrimento da vida humana, quando conjugada a desumanidade a que se submetiam os escravos, além da pena possivelmente imposta à violação da estrutura do poder econômico”.<sup>33</sup>

No mesmo diapasão, Edilson Bonfim e Fernando Capez asseveram que “as infrações e penas quase nunca tinham assento em regras escritas, mas tão somente nos costumes e hábitos esparsos, de maneira que o destino das classes dominadas dependia única e exclusivamente da vontade e, pode-se dizer assim, do humor momentâneo dos aplicadores da ‘justiça’. Esses, movidos por ideias preconcebidas, de cunho discriminatório, viam a imposição do Direito Penal como simples instrumento de contenção das massas e manutenção de interesses de um grupo de privilegiados, do qual faziam parte”. Com isso, “por meio da difusão do terror e de castigos cruéis e ilimitados”<sup>34</sup>, buscava-se proteger as elites e reafirmar a autoridade central.

---

<sup>33</sup> SBARDELOTTO, Fábio Roque, *Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras*, cit., p. 66-67.

<sup>34</sup> BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando, *Direito penal: parte geral*, cit., p. 50.

### 2.1.2.4 Brasil República

A passagem do Império para a República (1890), ocorrida logo após a abolição da escravidão (1888), trouxe mudanças no sistema punitivo brasileiro, que culminaram na edição do Código Penal de 1890, que por um lado foi muito criticado pela má técnica de elaboração e, por outro, trouxe importantes inovações, como a consagração do princípio da legalidade, a previsão de delitos culposos, a aplicação de pena de multa e uma humanização das penas (abolição das penas de morte e de açoite).

Esse diploma estabeleceu formalmente a liberdade e a igualdade entre os cidadãos, mas é possível verificar que, na prática, havia desigualdades materiais.

Cita-se como exemplo o crime de *sonegação fiscal*, previsto no artigo 265, que se limitava aos tributos de entrada, saída e consumo de mercadorias, que acabavam por atingir as camadas sociais menos favorecidas, ao passo que não havia tipo penal que responsabilizasse a sonegação de impostos sobre a propriedade territorial e sobre a circulação de mercadorias, vez que tais tributos, embora previstos na Constituição de 1891, ainda não tinham sido instituídos por leis próprias, o que demonstra um tratamento privilegiado das camadas sociais mais abastadas, para as quais haveria hipótese de incidência de tais impostos.

Fábio Roque Sbardelotto, em análise crítica do que chama de “fenômeno protetivo da camada superior da pirâmide social”, expressa que a desigualdade material no campo da tributação e na previsão de crimes tributários permanece até hoje: “Atualmente a Constituição de 1988 prevê, em seu artigo 153, inciso VII, a competência da União para instituir imposto sobre grandes fortunas, nos termos da lei complementar, o que ainda incorreu, como se o legislador tivesse tamanha dificuldade que, já decorridos mais de doze anos, não consiga encontrar uma definição para o conceito de grandes fortunas, ainda isentas desse tributo. Consequência disto, inobstante a previsão atual acerca do delito de sonegação de

tributos, a sonegação do imposto sobre grandes fortunas ainda não é passível de punição penal ou administrativo-tributária.”<sup>35</sup>

Tendo em vista a pouca técnica do Código Penal de 1890 e os avanços sociais, muitas leis esparsas foram editadas, sendo compiladas na Consolidação das Leis Penais (Dec. n. 22.213/1932).

Com a aceleração do capitalismo, o crescimento industrial e a mão-de-obra imigrante, surgiu de fato a classe burguesa, que passou a proliferar as ideias do iluminismo, consistente na busca do que aqui chamamos de *igualdade formal*.

Em 1º de janeiro de 1942 entrou o vigor o Decreto-Lei n. 2.848/1940, Código Penal até hoje vigente em sua parte especial, embora com diversas alterações posteriores.

Esse diploma traz em seu corpo os anseios da época, razão pela qual traduziu um direito punitivo de caráter liberal, voltado sobretudo à tutela do patrimônio, reflexo de uma necessidade de proteger as camadas sociais mais altas, ou seja, os burgueses proprietários, que tinham de se blindar, nos novos centros urbanos, contra possíveis ataques das classes mais baixas (imigrantes, ex-escravos, proletários, desempregados, subempregados, etc.).

Criaram-se dispositivos até hoje vigentes, com altas penas, para punição de furtos mediante rompimento de obstáculo ou chave falsa e de estelionato na modalidade de emissão de cheques sem provisão de fundos, tudo com o escopo de proteger o patrimônio da classe dominante.

---

<sup>35</sup> SBARDELOTTO, Fábio Roque, *Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras*, cit., p. 68. Essa obra foi escrita em 2001, porém hoje, oito anos depois, ou seja, mais de vinte da promulgação da Constituição de 1988, ainda não foi instituído no país o imposto sobre grandes fortunas, que, nos termos do artigo 80, III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, seria destinado à composição do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

### 2.1.2.5 O Direito Penal brasileiro atual e a necessidade de relegitimação

O Direito Penal brasileiro apresenta-se, ainda hoje, vinculado ao modelo de Estado Liberal formado desde o início da fase republicana, em que preponderam o patrimonialismo e as liberdades individuais, inseridos no bojo do Código Penal para atender às expectativas sociais de 1940.

Nosso modelo punitivo é basicamente um instrumento de reprimenda à chamada *criminalidade clássica*, notadamente lesiva ao patrimônio individual, como fruto de uma sistemática preocupada em garantir os bens e os interesses de uma classe privilegiada (a burguesia).

A igualdade existente é meramente formal, havendo uma crassa desigualdade substancial. A legislação penal aparenta proteger bens jurídicos de interesses de todos e também punir todos aqueles que os ofenderem, mas efetivamente essa legislação protege demasiadamente a camada social mais alta e estabelece sanções notadamente para os delitos que são peculiarmente cometidos pelas classes sociais mais baixas.

Enfim, nas palavras de Fábio Roque Sbardelotto, “verifica-se um sistema penalístico seletivo e desigual, desvinculado dos valores inderrogáveis do Estado Democrático de Direito, o que acarreta a sua deslegitimação e o descrédito nas suas funções, bem como nas instituições incumbidas de seu trato”.<sup>36</sup>

Semelhante é o pensamento de Márcia Dometila Lima de Carvalho, ao ministrar que as condições político-econômicas de 1940 eram diversas das atuais, tendo em vista a longa fase de mudanças, até o atingimento da nova ordem constitucional. Expõe que “embora a dogmática jurídico-penal, expressa na parte geral, delimitando as condições de eficácia das normas penais, traga, consigo, uma relativa segurança jurídica, esta seria uma segurança suficiente para um Estado

---

<sup>36</sup> SBARDELOTTO, Fábio Roque, *Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras*, cit., p. 74.

Liberal, mas insuficiente, por si só, para garantir a justiça que se propõe a fazer o novo Estado Democrático de Direito, com feições nitidamente intervencionistas. Nesta espécie de Estado é a parte especial, o conteúdo do Direito Penal, que deve ser revisto, repesando-se os bens jurídicos, à vista da matriz constitucional. Só a infiltração, a concretização dos valores preconizados pela Constituição, na futura parte especial do Direito Penal, propiciará a almejada justiça social”.<sup>37</sup>

Segue a autora seu pensamento, mediante a assertiva de que somente a infiltração dos valores constitucionais no cerne do bem jurídico modificará o Direito Penal atual, “onde uma dogmática jurídica impecável esmaga uma realidade social violenta”.<sup>38</sup>

Nosso Direito Penal, portanto, é balizado em um modelo de Estado que pressupõe um sistema punitivo seletivo, desigual e injusto, que privilegia camadas sociais de alto poder político e econômico, em detrimento de cidadãos de baixa renda e sem qualquer poderio político-social. Um Direito Penal típico do Estado Liberal não coaduna com os valores e fundamentos do Estado Democrático de Direito trazido com a ordem constitucional hoje vigente.

Para Fábio Roque Sbardelotto, “na medida que, por meio da Constituição de 1988, instituiu-se no Brasil um Estado Democrático, destinado a assegurar exercícios dos direitos sociais e individuais, constituindo-se como objetivos fundamentais da República, dentre outros, a redução das desigualdades sociais e regionais, inegável o desiderato constitucional de afirmação dos direitos sociais e do estabelecimento de uma igualdade substancial, diversa daquela que inspirou o modelo de Estado Liberal”.<sup>39</sup>

Nosso Direito Penal não traz a igualdade substancial, ou seja, a efetiva igualdade perante a lei, mas sim uma mera igualdade formal, feita pela lei. O verdadeiro princípio da igualdade, preconizado na nossa Constituição Federal como

---

<sup>37</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p.45-46.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 46.

<sup>39</sup> SBARDELOTTO, Fábio Roque, *Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras*, cit., p. 85.

objetivo e como direito fundamental, exige a legalidade substancial, ou seja, que todos sejam, na prática, verdadeiramente iguais perante a lei.

A igualdade que se deve buscar, chamada por Alessandro Baratta de “mito da igualdade”, se sintetiza em dois fatores: “o Direito Penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural); a lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos antissociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais chances de se tornarem sujeitos, e com as mesmas consequências, do processo de criminalização (princípio da igualdade)”.<sup>40</sup>

Mas a igualdade existente na legislação penal brasileira, repita-se, é formal, ou seja, está no papel, mas não na prática, porquanto não atende a todos, nos moldes acima sugeridos, mas somente a uma minoria detentora do poder.

Nilo Batista, com supedâneo em Richard Quinney, afirma que “compreender que o sistema legal não serve à sociedade como um todo, mas serve aos interesses da classe dominante, é o começo de uma compreensão crítica do direito criminal, na sociedade capitalista”. Prossegue seu raciocínio, com o pensamento de que “numa sociedade dividida em classes, o Direito Penal estará protegendo relações sociais (ou ‘interesses’, ou ‘estados sociais’, ou ‘valores’) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações”.<sup>41</sup>

Alessandro Baratta, após o exame do que deve ser a igualdade, assevera que ela não existe no Direito Penal, que não defende todos os cidadãos, tampouco os bens essenciais (de interesse de todos), uma vez que o “*status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos”<sup>42</sup>, vez que o Direito Penal (como

---

<sup>40</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 162.

<sup>41</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 33 e 116.

<sup>42</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*, cit., p. 162.

ramo de um direito burguês) tende a privilegiar os interesses da classe dominante, imunizando comportamentos danosos peculiares dos indivíduos a ela pertencentes, e visa a dirigir o processo de criminalização às condutas típicas das classes subalternas. Conclui, então, pela existência de uma igualdade formal e de uma desigualdade substancial entre os indivíduos.

O Direito Penal no Brasil, como acima referido, preocupa-se demasiadamente com a proteção dos bens jurídicos individuais, deixando em segundo plano, ou por vezes até desconsiderando por completo, os direitos sociais e os direitos difusos e coletivos (transindividuais).

Assim, concluímos que há um notável e descabido descompasso entre o Direito Penal atual e a Constituição Federal de 1988, razão pela qual ele necessita passar por uma releitura, buscando nesta última seu conteúdo material e sua legitimação.

## **CAPÍTULO III – BENS JURIDICAMENTE RELEVANTES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS MANDADOS EXPLÍCITOS E IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO**

### **3.1 Introdução: “catálogo” de bens definidos pela Constituição Federal**

A Constituição é a lei maior de um país e define uma direção vinculante para a sociedade e para o Estado (conceito de Constituição dirigente). Nas palavras de Belize Câmara Correia, “a Constituição é a decisão política prévia de um Estado, exprimindo seu modo de ser e suas diretrizes essenciais, consistindo, por assim dizer, a base de toda a sua regulamentação normativa”.<sup>43</sup>

O artigo 3º da Carta Magna traz os objetivos fundamentais da República: construir uma sociedade livre, justa e solidária (inc. I); garantir o desenvolvimento nacional (II); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (III); e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (IV).

O artigo 5º faz a previsão dos direitos e garantias individuais e coletivos, ao passo que os artigos 6º e 7º prescrevem os direitos sociais, tais como a educação, a saúde, o trabalho, a moradia e a segurança, entre outros. Não olvidemos ainda que existem outros direitos individuais e sociais previstos ao longo do corpo da Constituição (exemplos: arts. 150, 196, 201, § 7º, 203, 205, 217, 225, 228, entre muitos outros).

Impõe-se, de imediato, mediante uma atuação positiva do Estado, a implementação material (ou substancial) desses direitos, como objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>43</sup> CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 19.



A Constituição está na base do direito, traz todos os princípios e valores atinentes à sociedade, sendo a fonte primária do ordenamento jurídico, de maneira que toda a legislação infraconstitucional está a ela vinculada. Os textos legais que precedem à Constituição vigente (entre eles o Código Penal e o Código de Processo Penal) devem ser compatíveis, em tudo, com a ordem constitucional.

A Constituição, frise-se, tem como objetivo fundamental estabelecer a igualdade social substancial, construindo uma sociedade mais justa e solidária. Estabelece a existência do Estado Democrático de Direito, que tem por função a transformação da realidade atual (que expressa um triste quadro de desigualdade social), mediante a implementação de uma justiça social.

Necessário, então, admitir, que o Direito Penal deve ser modificado, a fim de que seja compatibilizado com a nova ordem constitucional, porque “sendo a sanção penal a principal consequência do delito e a mais drástica manifestação de poder a cargo do Estado, é intuitivo devam ser contemplados nos textos constitucionais os preceitos nucleares para que tal atuação possa ser exercida de forma legítima, desprovida de arbítrio”.<sup>44</sup>

Francesco Palazzo defende que as Constituições devem trazer um rigoroso catálogo de bens jurídicos, delimitando a matéria penal, servindo de norte ao legislador ordinário. Sinaliza, ainda, para a necessidade de despenalização de algumas condutas, sob pena do poder punitivo manter-se como instrumento de abuso contra a liberdade individual: “Substancialmente, o elenco das Constituições reforça o vínculo – por assim dizer – entre política e Direito Penal, desdramatizando as relações problemáticas. Para tanto, leva em conta, em um primeiro lugar, o perigo de uma instrumentalização política do direito penal, reforçando, de fato, os numerosos e crescentes limites constitucionais garantidores, tanto no plano formal como no substancial, da utilização da sanção criminal.”<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*, cit., p. 19.

<sup>45</sup> PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.p. 85.

No Brasil, temos efetivamente na Constituição cláusulas expressas indicando um catálogo de bens jurídicos necessariamente tuteláveis pelo Direito Penal (racismo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo, crimes hediondos, etc.), o que torna incontestável a legitimação material do Direito Penal a partir da Constituição. Temos também cláusulas implícitas – que são identificadas a partir da análise dos princípios e valores constitucionais, de acordo com a razoabilidade – que também devem receber proteção do Direito Penal.

Ora, a Constituição Federal elege os valores sociais de maior importância para a sociedade brasileira e seleciona, explícita ou implicitamente, os bens jurídicos e valores fundamentais que devem receber proteção penalística. Afora tais bens, nenhum outro deve ser objeto de tutela pelo Direito Penal, sob pena de violação da liberdade individual dos cidadãos.

Márcia Dometila Lima de Carvalho ministra que a “falta de harmonia entre a norma penal concretizada e a justiça positivada ou almejada pela Constituição deve ser traduzida como inconstitucionalidade. Ao contrário, a sanção penal será precedente e legítima quando absolutamente necessária para a salvação das bases fundamentais em que se assenta a sociedade justa e livre, que a Constituição visa a construir”.<sup>46</sup>

Lenio Luiz Streck complementa: “As baterias do Direito Penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas preferentemente para o combate dos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado. Ou seja, no Estado Democrático de Direito – instituído no artigo 1º da CF/88 – devem ser combatidos os crimes que fomentam a injustiça social, o que significa afirmar que o Direito Penal deve ser reforçado naquilo que diz respeito aos crimes que promovem e/ou sustentam as desigualdades sociais.”<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, *Fundamentação constitucional do direito penal*, cit., p. 37.

<sup>47</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração econômica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 124.

Dessa forma, é forçosa uma leitura constitucional do Direito Penal, ou seja, uma análise consoante os princípios, valores, objetivos e fundamentos expostos na Constituição vigente.

Nesse trilhar, o Direito Penal legítimo é aquele que busca a proteção dos valores do Estado Democrático de Direito, combatendo a criminalidade e a efetiva lesividade social.

### **3.2 Conteúdo material do conceito de crime**

A concepção doutrinária que prevalece no Brasil é a positivista-legalista (modelo liberal), que apresenta, de um lado, o Direito Penal formal e objetivo como um conjunto de normas que estipulam quais as condutas humanas que devem ser objeto de punição (*ius poenale*), e de outro o Direito Penal subjetivo, que constitui o poder punitivo do Estado (*ius puniendi*).

A partir de então, surge a indagação a respeito da identificação material de crime: no Estado Democrático de Direito, o que pode ser considerado crime? Pode ser tudo aquilo que o legislador quiser?

A resposta é negativa, já que toda a hermenêutica encontra guarida nos valores constitucionais que buscam a justiça social. Esses valores é que fornecem os parâmetros para a tipificação de uma conduta penal.

A vontade do legislador transposta na lei constitui meramente a definição formal e dogmática do Direito Penal. A definição substancial depende de uma valoração axiológica dos princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito, que não estão na legislação infraconstitucional, mas na Constituição.

Jorge de Figueiredo Dias defende que a identificação substancial de crime se situa fora do Direito Penal legislado. Expõe que “o conceito material de crime é,

neste sentido, previamente dado ao legislador”<sup>48</sup>. Esse conceito indicará ao legislador aquilo que ele pode e deve e aquilo que ele não pode e não deve criminalizar.

Para obter a legitimação substancial (material) do Direito Penal, atrelada à definição substancial (material) de crime, é necessário passarmos pela tarefa de análise da eleição dos bens jurídicos.

### **3.3 O bem jurídico: proposições e teorias**

A atual sistemática penal, como já consignado, está vinculada à ideologia de Estado Liberal, sendo o Direito Penal um instrumento dogmático de manutenção do *status quo*, que não reflete a ideologia de um Estado Democrático de Direito, instituído por meio da Ordem Constitucional de 1988.

Por isso, buscando-se a necessária relegitimação do Direito Penal, é necessária a abordagem do bem jurídico, tema de grande relevância no sistema punitivo, já que “para a imposição de uma pena se exige a lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos tutelados pela lei”.<sup>49</sup>

Diversas foram as teorias criadas para buscar a compreensão do termo “bem jurídico”. Discutiremos a seguir as mais destacadas.

#### **3.3.1 Teoria de Feuerbach (concepção contratualista)**

A todo direito corresponde um dever. A lesão de um direito (subjetivo) gera o dever de intervenção do Direito Penal para tutelar o bem jurídico, resguardando-se assim o “contrato social”. Assim, a função do Estado é proteger direitos subjetivos,

---

<sup>48</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 55.

<sup>49</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes, *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*, cit., p. 41.

razão pela qual ele somente pode incriminar (tipificar) condutas que atentem contra tais direitos subjetivos (que se limitam aos direitos individuais).

A proposta de Feuerbach é também chamada de *concepção contratualista*, uma vez que os bens jurídicos relevantes são os direitos subjetivos dos indivíduos, que devem ser tutelados pelo Estado, cujo dever de proteção (por meio dos meios adequados, no caso o Direito Penal) decorre do contrato social.

### **3.3.2 Teoria de Birnbaum (concepção jusnaturalista)**

O Estado indica o bem jurídico tendo por base objetos que surgem da natureza das coisas.

Para Birnbaum, os bens jurídicos não são direitos subjetivos, mas bens que já pertencem aos cidadãos, e o Estado é chamado para protegê-los. Note-se que o Estado não cria os bens jurídicos, pois esse conceito está além dele, na natureza das coisas, ele somente os reconhece e, a partir daí, os garante.

### **3.3.3 Teoria de Karl Binding (critério da imanência)**

Bem jurídico protegido é aquele salvaguardado na norma jurídica.

Binding sustentava que o delito era uma infração a uma norma e que “o bem jurídico ficava estabelecido e não reconhecido dentro do conteúdo da norma jurídica”.<sup>50</sup>

Noutras palavras, o bem jurídico é um estado valorado pelo legislador. Cada norma traz um bem jurídico protegido, que é fruto de uma decisão política do Estado. Violar a norma significa violar o bem jurídico determinado pelo Estado (violação à norma é uma desobediência ao poder do Estado).

---

<sup>50</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes, *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*, cit., p. 44.

A concepção é notoriamente *positivista*, pois o Estado e o Direito estabelecem o bem jurídico por intermédio da norma.

### **3.3.4 Teoria de Frank von Liszt (critério da política criminal)**

O bem jurídico não é uma opção do Estado ou da norma. Ele transcende o ordenamento jurídico, emergindo da vida social. Os bens fundamentais do ser humano são os “interesses vitais” do indivíduo (em particular) ou da sociedade (como um todo) e são eles que efetivamente possuem relevância.

Para Von Liszt, não cabe ao Direito criar os bens jurídicos, mas sim reconhecê-los e protegê-los, fazendo-o por meio da norma. Destarte, estabelece uma delimitação ao poder punitivo do Estado, pois ele não pode incriminar o que bem entender, mas somente as ações que atacam os interesses vitais dos cidadãos ou da sociedade.

### **3.3.5 Teoria neokantiana (natureza teleológica do bem jurídico)**

Afirma as bases do bem jurídico de acordo com a *ratio legis* das normas penais. O principal expositor desta teoria é Honig, que sustenta ser o bem jurídico um critério de interpretação: é o fim reconhecido, buscado pelo legislador; é o sentido extraído da norma penal.

### **3.3.6 Teoria da Escola de Kiel**

O espírito do povo é a fonte do direito e o Estado é o intérprete do espírito do povo. O indivíduo deve fidelidade ao povo e, por consequência, ao Estado que o representa.

Assim, consoante tal teoria, crime é a violação de um dever frente ao Estado. O bem jurídico é um “conceito inútil”, pois o que interessa, de fato, é o aspecto social, e não o individual.

Esta teoria, que foi a base da doutrina nazista, quebrou a importante função delimitadora traçada por Von Liszt, pois o Estado voltou a não ter limites para punir, de forma que sua intervenção variava conforme a vontade do ditador.

### **3.4 Abordagem do conceito de “bem jurídico”, sob a ótica do Estado Democrático de Direito**

Para Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya, “o princípio do bem jurídico estabelece um limite material ao poder punitivo estatal, pois impede que se estabeleçam delitos e penas que não tenham em sua estrutura de base a proteção a um bem jurídico”.<sup>51</sup>

Esses autores fazem uma diferenciação entre conceito material e formal de bem jurídico. O primeiro é o bem jurídico reconhecido no mundo social, de modo dissociado da norma; que não encontra na norma sua razão de existir, mas cuida de limitar sua validade (origem social). O segundo é o bem jurídico imanente à norma, é o que encontra nela sua fonte de existência (origem positiva).

O conceito de bem jurídico que se busca neste trabalho é o material. É o conceito de bem jurídico preexistente à norma, que delimita o próprio Direito Penal, já que somente pode ser objeto de tutela penal o bem jurídico relevante socialmente. Assim, vinculamos o conceito de bem jurídico às condutas que lesam os interesses de uma determinada sociedade, em dado momento histórico. Esses bens jurídicos encontram amparo na Constituição, que é a carta que estampa os valores máximos de uma sociedade, em uma determinada época.

---

<sup>51</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes, *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*, cit., p. 39.

A conceituação clássica, ou positivista, inspirada na concepção de Binding, vincula o bem jurídico a um juízo de valor definido pelo legislador (conceito formal), refletindo os interesses predominantes em uma dada realidade social. Para Fábio Roque Sbardelotto, essa definição “contém um espírito de conservação da estrutura de base, relacionada com os jogos de interesses inerentes à hierarquia de domínio político e econômico”<sup>52</sup>. Isso significa que o bem jurídico definido pelo Estado, por meio da norma penal (o legislador seleciona o que deveria ser protegido) tende a tutelar os interesses daqueles que se encontram no poder, em detrimento da população como um todo.

Essa seleção de bem jurídico pelo legislador, que conforme Fábio Roque Sbardelotto foi adotada no Código Penal de 1940, elaborado num Estado de Direito Liberal, não está em conformidade com o nosso modelo atual de Estado, no qual preponderam os valores da democracia.

O Direito Penal no Estado Democrático de Direito precisa romper as barreiras das noções clássicas, que estampam ideologias que objetivam proteger as classes hegemônicas, imunizando-as do processo criminalizador.

É preciso que o Direito Penal rompa a desigualdade material e crie um sistema penal que tutele somente os bens jurídicos essenciais, assim reconhecidos previamente pela sociedade (e não escolhidos pelo legislador) e puna, com o rigor merecido, as infrações penais que lesem os interesses maiores preconizados pela Constituição.

Noutras palavras, é imprescindível que o Direito Penal seja um *instrumento de transformação social*.

Destarte, é inconcebível que o Direito Penal se preocupe com condutas insignificantes, que não atentem contra interesses que não têm força constitucional. Sua função social é proteger os bens jurídicos fundamentais implementados pela Constituição Federal.

---

<sup>52</sup> SBARDELOTTO, Fábio Roque, *Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras*, cit., p. 85.



Consoante Márcia Dometila Lima de Carvalho, “o Direito Penal deve proteger os bens jurídicos fundamentais. E o que é fundamental para a Constituição é o desenvolvimento da justiça social, dignificando o homem. A proteção exacerbada de bens jurídicos individuais, em detrimento do bem jurídico ‘justiça social’, ‘direito social’, foge à nova ordem constitucional”.<sup>53</sup>

Para se fazer a necessária leitura constitucional do Direito Penal, passamos a abordar a questão dos mandados de criminalização.

### **3.5 Mandados de criminalização**

A Constituição Federal traz mandados de criminalização explícitos (ou expressos), isto é, prevê em seu texto literalmente que o legislador tutele determinados bens jurídicos que considera de máxima importância, impondo penalização àqueles que contra eles atentem.

Exemplos de mandados de criminalização expressos estão no artigo 5º, XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico de drogas e terrorismo), XLIV (ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático) e no artigo 225, parágrafo 3º (crimes ambientais). Esses bens jurídicos são expressamente reconhecidos como relevantes e devem, por isso, ser necessariamente tutelados pelo Direito Penal, não podendo o legislador se omitir a respeito.

Ademais, existem os mandados de criminalização implícitos ou tácitos, que não são expressos, mas decorrem da sistemática constitucional, dos princípios, fundamentos e valores apregoados pela ordem constitucional.

Existem dois diferentes critérios para eleger os valores constitucionais passíveis de tutela penal. Para Luciano Feldens, eles estão relacionados aos direitos e garantias fundamentais (vida, liberdade e dignidade da pessoa humana). Já para Márcia Dometila Lima de Carvalho e para Fábio Roque Sbardelotto, o conceito é

---

<sup>53</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, *Fundamentação constitucional do direito penal*, cit., p. 100.

mais abrangente e envolve, além dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos sociais, na busca da sonhada justiça social.

A legislação penal, assim, não pode ter aplicação automática, sem qualquer questionamento sobre o que deve ser objeto de proteção. Faz-se mister uma ligação direta entre os Direitos Penal e Constitucional, de forma que a sistemática criminal deve ser construída a partir de valores estabelecidos pela Lei Maior.

Nesse contexto, Fábio Roque Sbardelotto, ao analisar que o Estado Democrático de Direito agrega conteúdos de valor aos modelos Liberal e Social, afirma que “a identificação conceitual do bem jurídico está vinculada a esta mutação substancial do próprio Estado, que encontra nos valores constitucionais os parâmetros de sua existência”.<sup>54</sup>

Portanto, é imperioso reconhecer que a Constituição de 1988 trouxe um novo modelo de Estado – que visa ao atingimento da igualdade substancial, à erradicação da pobreza e à busca da justiça social – e que, em razão disso, deve ser efetivado um Direito Penal que com ele seja compatível e correspondente.

Francisco Muñoz Conde obtempera que “a norma penal, o direito penal, como *ultima ratio* do ordenamento jurídico, deve proteger valores fundamentais para a convivência, sobre os quais se faz o mais amplo consenso de que devem ser protegidos”. Ensina o autor que a incorreta eleição de bens jurídicos é uma das causas de marginalização de certos grupos sociais e que “a norma penal se converte em motivo determinante do comportamento dos cidadãos e constitui um valor integrador dos distintos grupos sociais, quando protege valores ou bens jurídicos fundamentais nos quais creem e participam uma ampla base de cidadãos. Neste sentido, a norma penal pode ter, inclusive, um efeito benéfico na eliminação da marginalização. Porém, a norma penal pode também ter um efeito contrário, como favorecedora e até mesmo causadora da marginalização, quando manipulada

---

<sup>54</sup> SBARDELOTTO, Fábio Roque, *Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras*, cit., p. 119.

para proteger interesses minoritários ou quando, através dela, se priva os cidadãos de seus direitos fundamentais”.<sup>55</sup>

Extraí-se que o Direito Penal, por compor o mundo do indivíduo, constitui um fator de motivação inibidor de condutas e, nesse prisma, quando é forte bastante para proteger os valores fundamentais, é integrador e decisivo para diminuir ou até fazer cessar a exclusão social.

Posto isso, somente se pode proteger penalmente – o Direito Penal é a *ultima ratio* – o bem jurídico de valor relevante. Elevar à categoria de bem jurídico o interesse de uma minoria (por ser ela forte política e economicamente), em prejuízo da maioria, é uma maneira de manutenção do *status* atual, impeditiva da implementação dos valores da democracia e geradora da desigualdade e da marginalização social.

Para Francisco Muñoz Conde, a marginalização não é só produto de determinados fatores geográficos, raciais ou culturais, mas também, e principalmente, uma sequela das próprias normas jurídicas que, controladas por uma poderosa minoria, impedem que a maioria participe da sociedade e exerça seus direitos fundamentais.<sup>56</sup>

A tutela de bens jurídicos, ao livre critério do legislador, sem um enfrentamento constitucional, desvinculada dos objetivos fundamentais da república, não soluciona a criminalidade. Ao contrário, pois o Poder Legislativo tende a reprimir as infrações tradicionais (que afetam interesses de minorias) de forma acentuada, tratando com benesses legais (como veremos adiante) as ações que efetivamente afrontam o modelo do Estado Democrático.

Importante ressaltar que a atuação do Direito Penal deve ser subsidiária. Por ser uma atuação agressiva do Estado, que se volta contra a liberdade do indivíduo, ela deve ser utilizada como último recurso cabível, somente sendo aplicada quando

---

<sup>55</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Função motivadora da norma penal e marginalização. *Revista Ciência Penal*, Rio de Janeiro, Forense, ano 6, n. 2, p. 38-39, 1981.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 42-43.

outros ramos da política ou do direito não solucionarem a questão e, ainda assim, se estivermos diante de uma questão social de alta relevância.

O Direito Penal no Estado Democrático de Direito é fragmentário, pois sua função não é absoluta, haja vista que somente deve tutelar os bens essenciais, cuja violação seja socialmente intolerável.

Os bens jurídicos de pouca ou nenhuma significância para os cidadãos devem ser protegidos na esfera político-social ou em outras searas do direito.

A fragmentariedade advém do *princípio da reserva legal* (subdividido em legalidade, anterioridade e taxatividade) e do *princípio da intervenção mínima* (somente se justifica a tutela penal se ela for a única forma de se salvaguardar o bem jurídico fundamental) e, considerando-se o Direito Penal como *ultima ratio*, deve estabelecer o menor número possível de condutas puníveis, observando-se, nesse aspecto, também o *princípio da proporcionalidade*.<sup>57</sup>

Winfried Hassemer, ao adotar o *funcionalismo mínimo*, vê o Direito Penal como instrumento de mudança social, capaz de solucionar problemas da sociedade. Porém, tendo em conta que ele é apto a ferir intensamente a liberdade individual, defende seu uso a partir de rigorosos requisitos, quando nada mais adiantar.<sup>58</sup>

Dessa forma, o direito penal somente deve se preocupar com os bens jurídicos de grande relevância social, tendo como norte os valores expostos na Constituição Federal, pois nela estão os anseios, as expectativas sociais indiscutivelmente importantes.

---

<sup>57</sup> Todos esses princípios serão estudados no decorrer deste trabalho.

<sup>58</sup> HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento: límites de la prisión preventiva*. Traducción de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad Hoc, 1995.

## CAPÍTULO IV – O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUA DUPLA FACE

### 4.1 Introdução

Celso Antonio Bandeira de Mello define princípio como o “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a única que lhe dá sentido harmônico”.<sup>59</sup>

Mariângela Gama de Magalhães Gomes doutrina que “o princípio da proporcionalidade tem seu principal campo de atuação no âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das máximas restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para consecução de seus fins. Assim, integra uma exigência ínsita no Estado de Direito enquanto tal, que impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas que gravem o cidadão mais do que o indispensável para a proteção dos interesses públicos”.<sup>60</sup>

Vários são os direitos e garantias fundamentais previstos na nossa Constituição Federal. Para que o legislador os limite ou restrinja é necessário que ele atenda ao princípio da proporcionalidade em seu sentido amplo, apenas na medida que tal restrição seja indispensável à defesa do interesse público.

---

<sup>59</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 53.

<sup>60</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 35.

Assim, no campo penal deve ser estabelecida a devida proporção entre a sanção penal e a gravidade do fato, “como exigência indeclinável da justiça e da dignidade da pessoa humana”.<sup>61</sup>

Nesse sentido Edilson Mougnot Bonfim e Fernando Capez registram que “para o princípio da proporcionalidade, quando o custo for maior do que a vantagem, o tipo será inconstitucional, porque contrário ao Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, a criação de tipos incriminadores deve ser uma atividade compensadora para os membros da coletividade. Com efeito, um Direito Penal democrático não pode conceber uma incriminação que traga mais temor, mais ônus, mais limitação social do que benefício à coletividade (...). Com a transformação de uma conduta em infração penal impõe-se a toda a coletividade uma limitação, a qual precisa ser compensada por uma efetiva vantagem: ter um relevante interesse tutelado penalmente”.<sup>62</sup>

## 4.2 Breve histórico do princípio da proporcionalidade

A primeira noção de proporcionalidade entre pena (sua qualidade e sua quantidade) e o crime advém da famosa Lei do Talião (“olho por olho, dente por dente”), presente em todos os ordenamentos arcaicos. Foi a primeira ideia de retributividade da pena, ou seja, uma resposta dada ao mal causado, na mesma medida em que praticado. Assim, havia pena de morte para o autor de homicídio e penas corporais aos autores de lesões corporais. No entanto, o modelo de retribuição ou devolução do mal causado por vezes constituía um exagero, como a mutilação das mãos do furtador ou da língua do ofensor.

No século XVIII, algumas doutrinas preocuparam-se em limitar a área dos comportamentos sancionáveis. A primeira foi a *ideologia do utilitarismo*, defendida por Locke e Thomasius, que pretendia limitar as sanções aos comportamentos que afrontavam o poder soberano, a paz pública e o bom funcionamento da

---

<sup>61</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, cit., p. 37.

<sup>62</sup> BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando, *Direito penal: parte geral*, cit., p. 130.

administração e das finanças (direito penal ligado ao “útil” da sociedade), desconsiderando as ações que causavam reprovações meramente religiosas.

A segunda ideologia era a da *humanidade ou leveza da pena* (que era uma extensão da teoria utilitarista). Por essa teoria, o soberano não poderia impor pena mais grave do que aquela que se apresentasse como útil e necessária para assegurar a paz e prosperidade financeira. De acordo com essa aceção, penas muito severas seriam inúteis.

A terceira ideologia, surgida no século XVIII, era a da *proporção*, que sustentava uma relação fixa de razão entre a gravidade do delito e a imposição da pena, que era uma retribuição ao dano proveniente do crime.

Obra de suma importância para a evolução do princípio da proporcionalidade, elaborada naquele século, mais precisamente em 1747, foi *O espírito das leis*, de Montesquieu. O critério por ele trazido se baseava na proporção (retribuição) e também na utilidade.

Montesquieu “relacionava a aplicação de uma pena desnecessária a um ato de tirania, assentando ser essencial que se evite mais um grande crime do que um crime menor, aquilo que agride mais a sociedade do que aquilo que a fere menos”.<sup>63</sup>

De grande relevância também foi a obra *Dos delitos e das penas*, de 1764, de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, que ressaltou a necessidade de proporção entre os crimes e as penas: “Se fosse possível adaptar a geometria às combinações infinitas e obscuras das ações humanas, deveria existir uma escala correspondente de penas, indo da mais forte à mais fraca: mas bastará ao sábio legislador marcar os pontos principais, sem alterar a ordem, não decretando para os delitos de primeiro grau as penas do último (...). Se uma pena igual é destinada a dois delitos que ofendem desigualmente a sociedade, os homens não encontrarão

---

<sup>63</sup> FELDENS, Luciano, *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, cit., p. 157.

um obstáculo forte o suficiente para não cometer um delito maior, se dele resultar uma vantagem maior”.<sup>64</sup>

### **4.3 Consagração constitucional do princípio da proporcionalidade no Estado Democrático de Direito**

Para Mariângela Gama de Magalhães Gomes, o texto constitucional não traz de forma expressa o princípio da proporcionalidade em relação ao Direito Penal, mas ele está previsto explicitamente em dispositivos referentes a outros ramos do direito, como, por exemplo, nos artigos 7º, IV e V, 45, *caput* e parágrafo 1º, 37, IX, 40, III, “c” e “d”, 71, VIII, 129, II, 145, parágrafo 1º, 150, IV, 170, *caput*, 173, *caput* e parágrafos 4º e 5º. Disso, a autora deduz que o princípio da proporcionalidade constitui um princípio geral de direito, uma vez que “norteia a hermenêutica da Constituição em sua totalidade e, logo, permeia todo o ordenamento”.<sup>65</sup>

Antonio Carlos da Ponte, por sua vez, aponta que o princípio da proporcionalidade encontra fundamento no artigo 5º, XLII (define a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão), XLIII (define que tortura, tráfico de drogas e terrorismo e os crimes hediondos são insuscetíveis de fiança, graça ou anistia), XLIV (define que a ação de grupos armados civis e militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito é crime inafiançável e imprescritível), XLVI (define que a lei regulará a individualização da pena e indica as penas cabíveis), e XLVII (indica as penas vedadas). Esses dispositivos constitucionais indicam que esse princípio, além de ser um princípio geral do direito, é também um princípio do Direito Penal.

Em suma, é ele de fundamental importância no Estado Democrático de Direito.

---

<sup>64</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Lucia Guidicini; Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 50-52.

<sup>65</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, cit., p. 62.



Ora, um Estado de Direito consubstancia-se, por si só, na existência de um ordenamento formado por leis, tendo no ápice a Constituição Federal, o que naturalmente exige uma relação justa entre a gravidade do delito e a culpabilidade do réu em relação à pena. O termo “democrático”, como já vimos, agrega valores alusivos à busca da justiça social, que somente se faz possível se atendido o princípio da proporcionalidade.

Antonio Carlos da Ponte ensina que “o princípio em apreço trabalha diretamente com o conceito de justiça em um Estado Democrático de Direito, apontando as infrações penais que não são passíveis de prescrição, aquelas consideradas de extrema gravidade para o Estado brasileiro e, ao mesmo tempo, proibindo a adoção de determinadas penas e exigindo a individualização das permitidas, com o que assegura o controle da própria ação estatal”.<sup>66</sup>

Belize Câmara Correia entende que o princípio da proporcionalidade não decorre diretamente de um dispositivo constitucional, como ocorre na Constituição portuguesa (art. 18), mas que ele possui sim dignidade constitucional, pois “deriva logicamente da própria estrutura principiológica inerente aos direitos fundamentais”.<sup>67</sup>

Na realidade, como já estudamos no decorrer desta obra, a proporcionalidade sempre irá incidir quando houver conflito entre direitos fundamentais. No campo penal, sua incidência se dará, mais especificamente, entre o direito à liberdade do indivíduo e a preservação do interesse público na tipificação de uma conduta que ataque bens jurídicos de relevância social.

Logo, é indiscutível a dignidade constitucional do princípio da proporcionalidade.

---

<sup>66</sup> PONTE, Antonio Carlos da, *Crimes eleitorais*, cit., p. 79-80.

<sup>67</sup> CORREIA, Belize Câmara, *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*, cit., p. 19.

#### 4.4 Natureza jurídica da “proporcionalidade”: princípio ou regra?

A proporcionalidade é *princípio* jurídico e não meramente uma *regra*.

Na diferenciação entre princípios e regras, Mariângela Gama de Magalhães Gomes relata que “os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado, ao passo que as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, tanto por parte do legislador infraconstitucional, como por parte do aplicador da lei, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta; os princípios são *standards* juridicamente vinculantes baseados nas exigências de ‘justiça’ ou na ‘ideia de direito’, enquanto as regras podem ser normas com um papel fundamental no ordenamento jurídico em virtude da sua posição hierárquica no sistema das fontes ou da sua importância estruturante dentro do sistema jurídico, de modo que podem ser vistos como fundamento das regras”.<sup>68</sup>

Eros Roberto Grau acrescenta que “a escolha do princípio há de ser feita, pelo intérprete (sempre diante de um caso concreto), a partir da ponderação do conteúdo do próprio princípio, ao passo que a declaração de validade de cada regra, diante de cada caso, depende da consideração de critérios formais, exteriores a ela”.<sup>69</sup>

Na lição de Robert Alexy, tanto regras como princípios são normas. O ponto decisivo na distinção entre eles é que “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandados de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são

---

<sup>68</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, cit., p. 55.

<sup>69</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 183.

sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve ser exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau”.<sup>70</sup>

Os princípios representam os valores e interesses mais importantes, o próprio significado ou a razão de ser de um ordenamento jurídico. Noutras palavras, são os vetores ou as diretrizes que servem de apoio ao legislador, ao intérprete e ao aplicador da lei. Por outro lado, as regras são imperativos de exigência que devem ser necessariamente cumpridos.

Assim, a conclusão é de que a proporcionalidade é, de fato, um princípio, pois tem caráter vago e abstrato, de nível constitucional, que fornece diretrizes básicas ao ordenamento, servindo de norte a toda atividade penal.

Mariângela Gama Magalhães Gomes obtempera que “evidencia-se, em primeiro lugar, sua característica de verdadeiro *standard* juridicamente vinculante, informado pelas exigências de justiça, ínsitas a todo o ordenamento. Além disso, a proporcionalidade apresenta uma importância estruturante em todo o sistema jurídico, atuando, especificamente, por meio de mandado de otimização no sentido de que os imperativos de necessidade, idoneidade e proporcionalidade em sentido estrito sejam atendidos e limitem as intervenções estatais no âmbito das esferas individuais (...). Nesse sentido, a proporcionalidade representa uma especial característica de garantia aos cidadãos, na medida que impõem sejam as restrições à liberdade individual contrabalançadas com a necessitada tutela a determinados bens jurídicos, e somente confere legitimidade às intervenções que se mostrarem conformes aos seus ditames. Por fim, resta observar que o princípio da proporcionalidade desempenha importante função dentro do ordenamento jurídico, não apenas penal, uma vez que orienta a construção dos tipos incriminadores por meio de uma criteriosa seleção daquelas condutas que merecem uma tutela diferenciada (penal) e das que não a merecem, assim como fundamenta a

---

<sup>70</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

diferenciação nos tratamentos penais dispensados às diversas modalidades delitivas; além disso, conforme enunciado, constitui importante limite à atividade do legislador penal (e também do seu intérprete), posto que estabelece até que ponto é legítima a intervenção do Estado na liberdade individual dos cidadãos”.<sup>71</sup>

Para Humberto Ávila, a proporcionalidade não é princípio nem regra, mas um *postulado*. Ele define princípios e regras como normas de primeiro grau, ao passo que os postulados são normas de segundo grau (ou metanormas), por estabelecerem a própria estrutura de aplicação dos princípios e regras<sup>72</sup>. Assim, o postulado da proporcionalidade se aplica a “situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo dos direitos fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas para a promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)”<sup>73</sup>

#### 4.5 Diferenciação entre “proporcionalidade” e “razoabilidade”

Importante também diferenciar proporcionalidade de razoabilidade.

Luciano Feldens menciona que a razoabilidade é um referencial ao controle do abuso, atuando tão somente em situações de inequívoca ou manifesta irrazoabilidade, sendo, por isso, menos apurada que a proporcionalidade, por não ostentar em sua estrutura os referenciais teóricos da proporcionalidade, quais sejam, os subelementos que a compõem: adequação, necessidade e proporcionalidade em

---

<sup>71</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, cit., p. 60-61.

<sup>72</sup> ÁVILA, Humberto. *Teorias dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 121-122.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 149.

sentido estrito. A proporcionalidade possuiria, assim, um nível mais elevado de precisão.<sup>74</sup>

Antonio Carlos da Ponte nota que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade estão intimamente ligados, mas diferem. O primeiro é de origem germânica e o segundo é uma construção da Suprema Corte norte-americana. Lembra ainda que a manifestação do princípio da proporcionalidade não abriga necessariamente a razoabilidade, e cita dois exemplos: (1) Na Idade Média, o terceiro furto era apenado com pena de morte, independentemente de qualquer outro fator, o que era dezarrazoado (foi por essa razão que foi criada a ficção jurídica do crime continuado); (2) A “Lei do Talião”, já mencionada, era uma concretização do princípio da proporcionalidade, com o afastamento da razoabilidade.<sup>75</sup>

Humberto Ávila entende que a razoabilidade busca a harmonização do geral com o individual, ou do Direito com suas condições externas (relação das normas com suas condições externas de aplicação), de forma que haverá razoabilidade se existir uma correlação entre o critério de diferenciação utilizado pela norma e a medida por ela adotada, diferentemente da proporcionalidade, cuja relação é entre meio e fim.

Nas suas palavras: “O postulado da proporcionalidade pressupõe a relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). Adotando-se o meio promove-se o fim: o meio leva ao fim. Já na utilização da razoabilidade, como exigência de congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada, há uma relação entre uma qualidade e uma medida adotada: uma qualidade não leva à medida, mas é critério intrínseco a ela”.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> FELDENS, Luciano, *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, cit., p. 160-161.

<sup>75</sup> PONTE, Antonio Carlos da, *Crimes eleitorais*, cit., p. 81.

<sup>76</sup> ÁVILA, Humberto, *Teorias dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 146-147.

## 4.6 Conteúdo analítico do princípio da proporcionalidade

O juízo de proporcionalidade é desenvolvido a partir de um critério trifásico de seus subelementos estruturantes: adequação (idoneidade), necessidade (exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito. Um meio é adequado quando o seu uso é apto a alcançar o resultado almejado; é necessário quando não existe outro meio distinto que seja igualmente eficaz; é proporcional (em sentido estrito) quando as vantagens do fim alcançado superam as desvantagens da limitação ou restrição ao direito fundamental atingido.

Mais uma vez nos socorremos das lições de Humberto Ávila: “O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. Um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promovem superam as desvantagens que provoca”.<sup>77</sup>

### 4.6.1 Primeiro critério: exame de adequação (idoneidade ou utilidade)

O meio utilizado, isto é, a ação praticada pelo Estado, deve ser idônea (adequada) para atingir a finalidade buscada, que é o interesse público.

Transpondo o raciocínio especificamente para as normas penais, o primeiro critério do exame escalonado da proporcionalidade é a verificação do bem jurídico protegido pela norma em questão. O Direito Penal é um instrumento de controle social que somente se justifica na medida que serve de proteção a determinados bens jurídicos de grande importância para a coletividade.

---

<sup>77</sup> ÁVILA, Humberto, *Teorias dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 146.

O bem jurídico protegido pela norma deve, assim, ter amparo constitucional. Não é possível ao legislador tutelar um bem constitucionalmente proscrito, tampouco um bem constitucionalmente irrelevante. Como ensina Luciano Feldens, a Constituição atua como limite e também como fonte do Direito Penal.<sup>78</sup>

A intervenção da norma penal deve ocorrer somente quando ela for apta a influenciar o comportamento de seus destinatários, fazendo com que eles, reconhecendo a utilidade da norma, se abstenham de praticar as condutas previstas como proibidas (prevenção geral).

Mariângela Gama Magalhães Gomes expõe que “em sede de juízo de proporcionalidade, o estudo quanto à instrumentalidade do direito penal há de considerar a medida que a específica incriminação em análise é apta a tutelar o bem jurídico”. Acrescenta que “o juízo de idoneidade da incriminação encontra-se relacionado quanto à efetividade da norma”, efetividade que diz respeito à predisposição da norma, verificada quando de sua elaboração, para tutelar o bem jurídico que visa a tutelar.<sup>79</sup>

Na elaboração da norma incriminadora, o legislador deve fazer um juízo prognóstico acerca da sua futura efetividade perante a sociedade. A valoração, portanto, é feita *ex ante*, devendo ser justificada e razoável, uma vez que a norma limitará direitos. O legislador avaliará se a proibição é realmente útil ou adequada para tutelar o bem jurídico, fazendo-o no momento da elaboração da norma.

É necessário que seja avaliada a potencialidade de ser a norma obedecida pelos seus destinatários (ou pelo menos pela maioria deles), não sendo adequado tipificar delitos que por qualquer motivo (como penas muito baixas, ou com resultado de difícil alcance, por exemplo) indiquem a função meramente simbólica da referida norma dentro do ordenamento, o que demonstraria sua completa inaptidão para proteger o bem jurídico visado.

---

<sup>78</sup> FELDENS, Luciano, *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, cit., p. 163.

<sup>79</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, cit., p. 128.

Uma vez que a análise da efetividade é feita antecipadamente à elaboração da norma (nem poderia ser diferente), é possível que o Poder Legislativo incida em erro, ou seja, que a norma que se pensou útil se torne ineficaz, sem qualquer utilidade prática. Caberá então ao próprio legislador corrigir a lei, editando outra que a modifique, ou até revogá-la. Caberá, por outro lado, ao Poder Judiciário, declarar a inconstitucionalidade da norma, por não ser idônea à tutela do bem jurídico.

Assim, deve-se efetuar uma avaliação empírica da efetividade da norma e, considerando que o juízo de adequação é feito *ex ante*, as normas (entre elas o próprio Código Penal) não de ser constantemente reavaliadas, de acordo com as modificações ocorridas na sociedade, tomando-se em conta que um bem jurídico importante em determinada época pode não sê-lo mais anos depois (por isso, deve-se buscar a legitimação na Constituição vigente).

Luciano Feldens sintetiza que se a norma incriminadora não tiver amparo constitucional, ela será inadequada e, destarte, ofensiva ao princípio da proporcionalidade. Ao contrário, se a própria Constituição determinar a tutela penal de determinado bem jurídico (por exemplo, a vida, a liberdade, o patrimônio, o meio ambiente, o processo eleitoral, a ordem financeira e a ordem tributária, etc.), a análise de adequação já foi previamente afirmada pelo constituinte, não sendo possível ao legislador ou ao intérprete questionar sua legitimidade.<sup>80</sup>

#### **4.6.2 Segundo critério: exame de necessidade (exigibilidade)**

O critério da necessidade indica que a medida eleita para tutelar o bem jurídico (fim almejado pela norma penal) deve ser a menos gravosa possível dentre as que estejam disponíveis, *desde que sejam eficazes*.

---

<sup>80</sup> FELDENS, Luciano, *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, cit., p. 163.



A intervenção penal será necessária se a proteção ao bem jurídico não puder ser alcançada com a mesma eficácia com medidas alternativas menos restritivas, quais sejam, sanções de natureza civil ou administrativa.

Para Luciano Feldens, essa análise de eficácia da norma penal depende “de um juízo que envolva a realidade social em suas coordenadas locais e temporais”<sup>81</sup>. Assim, pode ser que hoje a norma penal seja a única bastante suficiente para a tutela de um bem jurídico (exemplo, o patrimônio), mas no futuro sanções civis ou administrativas podem vir a ser suficientes; assim como também é possível que num Estado a proteção penal seja necessária para a tutela do bem jurídico, ao passo que em outro, com diferente história, cultura e educação, outras sanções menos restritivas sejam plenamente suficientes.

Importante aqui definir a extensão da palavra “necessidade”, para podermos chegar à conclusão sobre quando será necessária a intervenção do Direito Penal.

Haverá necessidade quando o “interesse a ser protegido pela norma apresente relevância suficiente para poder justificar, em contrapartida, uma delimitação da esfera de liberdade. Parte-se do pressuposto de que o instrumento penal consiste em uma ‘faca de dois gumes’, onde a proteção do bem jurídico, por um lado, impõe a correlata ameaça à liberdade dos destinatários da norma, por outro”<sup>82</sup>, uma vez que a norma penal é a pior intervenção possível na vida dos cidadãos, porquanto afeta a sua liberdade (pela imposição de pena).

O legislador, primeiro, deve realizar um juízo de ponderação, para definir quais bens, e perante quais situações, merecem receber a tutela penal (bens jurídicos penais). A seguir, deve verificar se os outros ramos do direito são ou não suficientes para protegê-lo, e somente se forem insuficientes, ou menos suficientes, deverá se valer do Direito Penal.

---

<sup>81</sup> FELDENS, Luciano, *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, cit., p. 164

<sup>82</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, cit., p. 83.

#### 4.6.2.1 O princípio da intervenção mínima

Como já frisado, o Direito Penal somente deve atuar se o bem jurídico for de grande relevância social e, ainda assim, se ele for o único instrumento suficiente para tutelar esse bem (considera-se o custo social da pena).

Esse freio imposto ao Direito Penal não encontra previsão expressa na Constituição Federal, mas é previsto tacitamente, na medida que a Carta Magna traz como fundamento do Estado Democrático de Direito o megaprincípio da *dignidade da pessoa humana*, além de prever a liberdade como direito fundamental do indivíduo.

Desta feita, “qualquer possível restrição ou limitação à liberdade individual deve ser sempre confrontada com as garantias expressas no texto constitucional, sendo ainda mais evidente esta exigibilidade quando se tratar de ingerência do Direito Penal. As implicações ocasionadas pela previsão legal e aplicação judicial de uma pena indicam que esta deve ser utilizada tão somente quando não houver outro remédio, ou seja, quando fracassarem todas as outras formas de proteção; isso obriga a reduzir-se ao máximo o recurso ao Direito Penal, cabendo ao legislador intervir somente no que for essencial para a tutela da coletividade, ou seja, minimamente”.<sup>83</sup>

Noutras palavras, o Direito Penal intervirá nos casos de real necessidade, para proteger os mais valiosos bens jurídicos (constitucionalmente assegurados) dos ataques mais graves que possam sofrer e, repita-se, quando outras searas do Direito se mostrarem menos suficientes, portanto ineficazes para uma proteção digna.

Do princípio da intervenção mínima, extraem-se dois subprincípios: subsidiariedade do Direito Penal e fragmentariedade da intervenção penal.

---

<sup>83</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, cit., p. 84.

O caráter subsidiário consubstancia-se no fato de que o Direito Penal não será o primeiro instrumento a ser prontamente utilizado para a tutela, isto é, primeiramente busca-se a aplicação de meios menos lesivos aos direitos individuais do infrator da norma (sanções civis ou administrativas) e, subsidiariamente, quando estes meios não se mostrarem suficientes, aplicar-se-á como última alternativa a necessária sanção penal, a qual é o último recurso, a *ultima ratio*.

O caráter fragmentário significa que o Direito Penal corresponde tão apenas a uma parte da função protetora dos bens jurídicos, de maneira que somente aqueles bens jurídicos fundamentais, de notória relevância constitucional, devem ser protegidos pelo Direito Penal, perante ataques que se apresentem intoleráveis e inaceitáveis. O bem gravemente afetado deve ser equiparável ao bem jurídico “liberdade”, pois somente assim, sopesando a importância de ambos, poderá se concluir pela imposição da pena, quando o ataque afetar sobremaneira outro bem jurídico fundamental à sociedade, o qual irá se sobrepor à liberdade individual do infrator da norma penal.

#### **4.6.2.2 Princípio da ofensividade (ou lesividade)**

Significa este princípio que somente é possível a intervenção penal se existir uma ofensa, uma agressão a um bem jurídico relevante.

Assim, não haverá crime quando a conduta não tiver oferecido, ao menos, um perigo de lesão a um bem jurídico passível de tutela penal do Estado.

Edilson Bonfim e Fernando Capez ensinam que “a função principal da ofensividade é a de limitar a proteção efetiva estatal, de maneira que não pode haver proibição penal sem o conteúdo ofensivo a bens jurídicos. O legislador deve abster-se de formular descrições incapazes de lesar, ou, pelo menos, colocar em real perigo o interesse tutelado pela norma. Caso isso ocorra, o tipo deverá ser

excluído do ordenamento jurídico por incompatibilidade vertical com o texto constitucional”<sup>84</sup>.

Para Luiz Flavio Gomes, o princípio da ofensividade “expressa uma forma de compreender ou de conceber o delito: o delito como ofensa a um bem jurídico”<sup>85</sup>. Ou seja, não há infração penal se não houve ofensa a um bem jurídico relevante.

Nilo Batista<sup>86</sup> obtempera que um fato típico não será considerado ofensivo ou lesivo em quatro hipóteses: *Primeira*: se ele permanecer somente no âmago do sujeito, meramente nas ideias, convicções ou desejos (não se pune uma atitude interna, que é mera cogitação). *Segunda*: se ele não exceder ao âmbito do próprio autor (assim não se pune atos estritamente preparatórios de crime, tampouco condutas que lesem somente o autor, como a tentativa de suicídio ou a autolesão). *Terceira*: se ele se referir a simples estados ou condições existenciais (não se pune o *ser*, mas o *fazer* de uma pessoa). *Quarta*: se ele não afetar nenhum bem jurídico, ainda que a conduta do agente seja “desviada”, ou seja, desaprovada socialmente, por ser politicamente incorreta ou contrária à expectativa social.

#### **4.6.3 Terceiro critério: exame da proporcionalidade em sentido estrito (“princípio da justa medida”)**

Este critério consiste na realização de um juízo de ponderação. Segundo Luciano Feldens, com supedâneo em Gomes Canotilho, é um exame que busca sopesar “as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”<sup>87</sup>. Noutras palavras, o meio utilizado não pode ser desproporcional ao fim perseguido.

---

<sup>84</sup> BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando, *Direito penal: parte geral*, cit., p. 132-133.

<sup>85</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 44.

<sup>86</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 92-94.

<sup>87</sup> FELDENS, Luciano, *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, cit., p. 166.

Transportando-se o raciocínio especificamente ao Direito Penal, deve haver uma proporcionalidade, um equilíbrio entre a sanção aplicada (qualidade e quantidade da pena) e a finalidade da norma, que é proteger o bem jurídico.

Dessa forma, constatado que a utilização da norma penal é idônea e necessária para a proteção do bem jurídico relevante (primeiro e segundo critérios do exame de proporcionalidade), ir-se-á analisar, num terceiro momento, a medida da resposta sancionatória, ou seja, se a pena é proporcional ao delito, em um exame dos parâmetros que irão nortear a cominação legal da pena.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes, com suporte no jurista italiano Franco Bricola, salienta que o “legislador tem o dever de tutelar penalmente o valor, na sua exata medida constitucional”. Prossegue asseverando que “vários bens com *status* constitucional possuem valores diferenciados, de modo que esta disparidade há que ser observada quando da tipificação, em abstrato, das condutas reprovadas”<sup>88</sup>. Isso significa que a pena deve ser proporcional ao delito e que a sua cominação deve levar em consideração o maior ou menor grau de reprovabilidade do fato delitivo.

A restrição aos direitos fundamentais, naturalmente existentes quando da aplicação de uma sanção penal, pressupõe que o bem jurídico tutelado na norma seja relevante, assim considerado, como já visto, aquele que encontra amparo na Constituição. Entretanto, não basta definir quais são esses bens, porquanto é de extrema importância também estipular qual a medida de sua proteção, tomando-se por base que a mensuração da pena deve ser crescente, segundo a importância do bem agredido, e segundo o grau de lesão.

Não cabe ao legislador penal a eleição dos bens jurídicos socialmente relevantes que devem ser objeto de tutela, mas sim à Carta Magna. Todavia, o texto constitucional não expressa a hierarquia entre eles, não dizendo quais são os mais importantes e quais os menos importantes.

---

<sup>88</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, cit., p. 156.

Por consequência, cabe ao legislador a quantificação das sanções penais, de acordo com um critério de discricionariedade, que se embasa em um juízo de proporcionalidade, de ponderação, perante o qual estabelece quais os bens que merecem maior proteção (e proporcionalmente a maior pena abstratamente prevista) e qual o montante da pena, de acordo com o grau de lesão a esse bem, conforme as diversas e possíveis modalidades de ataque (quanto maior a lesão ao bem, maior deve ser a sanção penal legalmente cominada), eis que a pena deve traduzir a importância que a ordem jurídica dá ao bem tutelado, servindo como uma resposta e prevenção ao delito, além de possuir uma função educativa direcionada àquele que lesou um bem cuja importância é necessária à base e à segurança da vida em sociedade.

Adicione-se que a proporcionalidade não deve atuar somente quando da cominação das penas e na edição das normas, mas também na efetiva aplicação da lei ao caso concreto. Assim, o equilíbrio deve partir, em um primeiro plano, do legislador, ao estabelecer o *quantum* mínimo e o *quantum* máximo da pena em abstrato; e, em um segundo plano, do aplicador da lei, quando da análise do caso específico.

Nesse diapasão, Antonio Carlos da Ponte expõe que “o princípio da proporcionalidade prega que na relação entre infração penal e pena deva existir um equilíbrio abstrato feito pelo legislador – daí a necessidade de comunicação entre o mínimo e o máximo legal, e o concreto realizado pelo juiz de direito, que deverá fixar o patamar considerado como justo a título de reprimenda, tomando por referência o bem jurídico atingido e a intensidade em que se deu a violação”.<sup>89</sup>

O chamado equilíbrio concreto, a ser realizado frente ao caso real *sub judice*, é feito mediante um apurado exame dos elementos referenciais previstos no artigo 59 do Código Penal. Isso quer dizer que o juiz, dentro dos parâmetros de pena mínima e máxima, prefixados pelo legislador quando do exercício do equilíbrio abstrato, irá impor a justa sanção, consoante a culpabilidade (juízo de

---

<sup>89</sup> PONTE, Antonio Carlos da, *Crimes eleitorais*, cit., p. 80.

reprovabilidade), os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, as circunstâncias e as consequências do crime para a vítima.

Para que a pena imposta pelo magistrado seja proporcional, ela deve ser uma resposta adequada e efetiva ao crime praticado. Não pode ser excessiva, mas também não pode ser insuficiente, frente à necessidade de reprimenda ao caso em apreço, que feriu importante bem jurídico e, por extensão, abalou a sociedade. Cabe ao juiz o exercício de ponderação, não podendo abrir mão da análise de cada um dos elementos estabelecidos pelo artigo 59 do Estatuto Repressivo.

#### **4.7 A dupla face da proporcionalidade: a proibição do excesso (*ubermassverbot*) e a proibição da proteção deficiente (*intermassverbot*)**

Como já exposto nos itens anteriores, o princípio da proporcionalidade trabalha diretamente com a noção de bem jurídico relevante. Com efeito, se um bem encontra guarida na Constituição, de forma expressa ou implícita, ele é de fundamental importância para a sociedade e deve ser penalmente protegido. Sua lesão causa um dano à coletividade, o que fundamenta a intervenção do Direito Penal, que restringirá direitos individuais do infrator, ao impor uma sanção que se mostre útil (adequada) e necessária.

A sanção penal tem basicamente três objetivos: atua como uma resposta ao dano causado (caráter retributivo), como uma forma de prevenção contra novas condutas – prevenção geral, voltada a toda a coletividade, e prevenção específica, voltada ao próprio autor do crime (caráter preventivo) – e como uma medida que busca reeducar o criminoso e reinseri-lo na sociedade (caráter reeducativo). Por esse motivo, a sanção penal há de ser proporcional, pois somente assim tutelará de forma correta e satisfatória o bem jurídico relevante.

Para que exista proporcionalidade, seja no campo da elaboração das leis penais (abstração), seja no campo de sua futura e inevitável aplicação (concretude),

não poderá haver excesso (do legislador ou do aplicador), pois o excesso será uma intervenção inútil e desnecessária do Direito Penal, que poderá aniquilar direitos e garantias fundamentais, em troca de uma tutela injustificável, dada a pouca relevância ou até irrelevância da objetividade jurídica da norma. Por outro lado, reconhecida a relevância do bem jurídico, por ter amparo constitucional (e conseqüente importância social), sua proteção é adequada e necessária, portanto obrigatória, para resguardar a coletividade e o bem comum, razão pela qual a proteção há de ser eficiente (portanto, proporcional).

Nas palavras de Lenio Luiz Streck, “a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de 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 insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos”.<sup>90</sup>

De tal modo, a proporcionalidade não se limita à *proibição do excesso*. Essa é apenas uma de suas faces. Sua outra face, como estudaremos a seguir, é a *proibição da proteção deficiente*.

#### **4.7.1 Primeira face da proporcionalidade: a proibição do excesso**

Vedam-se ao legislador e ao aplicador da lei penal quaisquer medidas discriminatórias ou arbitrárias que traduzam manifestação de excesso. O Estado deve buscar a proteção dos bens jurídicos valorados constitucionalmente, não lhe cabendo a edição de normas penais que tutelem bens juridicamente insignificantes, muito menos a aplicação (concreta) de tais normas.

---

<sup>90</sup> STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso ("übermassverbot") à proibição da proteção deficiente ("untermassverbot") ou de como não há blindagem contra as normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, Porto Alegre, ano 32, n. 97, p. 180, mar. 2005.



O poder punitivo necessita de um controle, que é feito pela Constituição. O princípio da proporcionalidade, através de seus subelementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), tem como um de seus fins contribuir para a limitação desse poder punitivo, como forma de equilibrar os direitos fundamentais (liberdades dos cidadãos) e o interesse social (ou bem comum).

Por essa razão, a sanção penal (fim da norma) somente será cominada e aplicada se for útil (adequada), necessária (exigível) e equilibrada (proporção entre a qualidade e a quantidade da pena com a gravidade da conduta e o grau de lesão ocasionado ao bem jurídico atingido).

Para Luciano Feldens, o reconhecimento do excesso da norma penal pode se dar em dois momentos distintos: nos juízos de ilegitimidade ou desnecessidade da norma, ambos aferíveis em abstrato; e no juízo concreto de desvalor sobre a conduta.

O primeiro momento é o excesso no tipo penal abstratamente considerado (ou seja, no próprio texto na norma penal incriminadora). Haverá, aqui, uma inconstitucionalidade *prima facie*, no “juízo de adequação” (bem ou interesse protegido é proscrito constitucionalmente ou é juridicamente irrelevante), gerando uma ilegitimidade da norma; ou no “juízo de necessidade” (haveria meios menos gravosos de proteger o bem ou interesse, em outros ramos menos lesivos do Direito), motivo pelo qual a norma penal não se pode fazer exigível. A consequência nesses casos deve ser o afastamento da incidência da norma incriminadora, através da declaração de sua inconstitucionalidade, por meio dos mecanismos constitucionais de controle.

O segundo momento é a desproporcionalidade frente ao caso concreto, quando a lesividade da conduta se faz inexpressiva em face da sanção penal que lhe é abstratamente projetada (princípio da insignificância). Aqui, o problema não está na norma, mas na consequência de sua aplicação, por a pena mostrar-se muito áspera para o fato sob análise. O juízo não é de adequação ou necessidade, mas sim de proporcionalidade em sentido estrito, por haver um descompasso, um desequilíbrio entre a sanção (como regra, uma pena restritiva da liberdade ou

privativa de direitos) e o desvalor do comportamento, que naquele caso em apreço é muito pouco ou nada lesivo ao bem jurídico.

Exemplo: a imposição de uma pena de um a quatro anos de reclusão para o agente que, num momento de desespero, subtraiu quantia ínfima de uma empresa de grande porte. Caberá ao julgador (juiz natural) sopesar o grau de lesão ao bem jurídico (patrimônio), pouco afetado, e o direito fundamental do infrator (liberdade), para decidir pela aplicação ou não de uma sanção penal, dentro de seu prudente juízo de proporcionalidade. Note-se: o bem jurídico é relevante, tem amparo constitucional, porém, o grau de lesão, no caso concreto, pode ser insignificante ou até inexistente, hipótese em que se poderia cogitar da aplicação do princípio da insignificância.

#### **4.7.2 Segunda face da proporcionalidade: a proibição da proteção deficiente**

Reconhecido um bem como juridicamente relevante, porque assim eleito pela Constituição Federal, ele necessitará de tutela penal. Vale dizer que a própria Lei Maior já assim determina, por intermédio dos mandados de criminalização, explícitos ou implícitos.

Nas palavras de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, “situações há em que meios mais brandos de controle se mostram incapazes para dissuadir a prática de condutas antissociais ou para reafirmar, na sociedade, a prevalência de determinados valores. Nesse caso, a não adoção de sanções penais pode ser vista como desagregadora do tecido social ou, no sentido aqui alvitado, desproporcionalmente deficiente”.<sup>91</sup>

Na mesma obra, o autor transcreve trecho de importante decisão do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), que abordou o tema: “O Estado,

---

<sup>91</sup> GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 58.

para cumprir seu dever de proteção, deve empregar suficientes medidas de caráter normativo e material, que levem a alcançar – atendendo à ponderação de bens jurídicos – uma proteção adequada, e, como tal, efetiva (proibição do subdimensionamento). Para tanto, se requer um conceito de proteção que vincule entre si tantos os elementos de proteção preventiva quando repressiva (...). A proibição de uma subproteção tampouco implica em renunciar livremente à intervenção do direito penal e à efetividade da proteção dele derivada para a vida humana” (Sentença 88, 203, II, de 1993).

## CAPÍTULO V – CRIMINALIDADE ECONÔMICA (MACROCRIMINALIDADE)

### 5.1 Considerações gerais sobre a criminalidade econômica

A existência de normas incriminadoras das condutas que atentavam contra a economia é notável desde a Antiguidade, embora sem muita força. No Direito Romano, havia punição para algumas ações relacionadas à alta dos preços e ao comércio de cereais.

Na Idade Média, havia disposições penais referentes à exportação de cereais e frutas e sobre a fabricação de cerveja. Porém, assim como na Idade Antiga, ainda não havia uma solidificação do Direito Penal Econômico, mas meros artigos esparsos de lei.

Foi no início do século XX, na Alemanha, que o Direito Penal Econômico ingressou de forma mais efetiva no cotidiano da sociedade. Em decorrência dos estragos resultantes da Primeira Guerra Mundial, esse Estado buscava se reerguer política e economicamente, motivo pelo qual o Direito Penal da República de Weimar ganhou força, especialmente no combate aos crimes que atentavam contra a economia.

No campo doutrinário, em especial no que tange ao estudo da criminologia, passou-se a contestar o perfil do criminoso patológico (*homem lombrosiano*), uma vez que ele não coadunava com a crescente ocorrência de delitos econômicos. Em 27.12.1939, o sociólogo norte-americano Edwin Sutherland realizou uma palestra, intitulada *White collar criminality* (criminalidade do colarinho branco<sup>92</sup>), na Sociedade Americana de Sociologia, quando, pela primeira vez, abordou-se a existência de violações da lei penal por parte de pessoas de alto nível econômico, praticadas no desenvolvimento de suas atividades profissionais.

---

<sup>92</sup> A expressão “colarinho branco” (*white collar*) designava os trabalhadores não braçais, em contraste com os “colarinhos azuis” (*blue collar*) dos macacões dos obreiros.

Sutherland criticou as teorias criminológicas existentes, pois elas não explicavam a “criminalidade dos poderosos”. Defendeu, então, que o caráter do criminoso não é algo genético ou patológico, mas sim fruto de uma habilidade que decorre de um processo de aprendizado pelo qual passa o indivíduo, advindo de “estímulos adquiridos ao longo de contínuos e normais processos de comunicação, mediante assimilação de valores, posturas, entendimentos, interação com outras pessoas, com os diversos grupos de que faz parte”.<sup>93</sup>

Ele se reportava à “teoria da associação diferencial”, que pregava que, no decorrer da carreira profissional, no “mundo dos negócios”, algumas pessoas criam condições favoráveis à prática de ilícitos econômicos, “em virtude da concorrência, da ambição no interesse de acúmulo de capitais, entre outros”<sup>94</sup>. Indivíduos que participam de um mesmo grupo, estruturado em torno de metas capitalistas, passam a partilhar de sentimentos e modos de agir comuns que, pelas razões elencadas, desviam para comportamentos ilícitos que, dentro daquele grupo, são vistos como normais, naturalmente aceitos.

O surgimento do Direito Penal Econômico se deu tanto nos países socialistas como nos capitalistas. No primeiro modelo, tem por escopo satisfazer os interesses do Estado na regulação da economia e, como regra, traz um sistema unificado (codificação). No segundo modelo, preocupa-se em regular o próprio sistema econômico, caracterizado pela livre iniciativa, livre comércio e propriedade privada (modelo liberal) e, como regra, devido à instabilidade e dinâmica do sistema, possui tipos penais esparsos, diluídos em leis especiais e extravagantes, provocando uma intensa dificuldade no estudo do tema e não gerando reprovabilidade social, já que a população se predispõe a aceitar apenas os códigos penais.

---

<sup>93</sup> JALIL, Maurício Schaun. *Criminalidade econômica e as novas perspectivas de repressão penal*. Quartier Latin: São Paulo, 2009. p. 29.

<sup>94</sup> *Ibidem*, mesma página.

## 5.2 Definição e abrangência da expressão *crime econômico*

Não se tem atualmente uma definição uniforme de *crime econômico*.

Para Maurício Schaun Jalil, “é toda infração penal que viola o preceito proibitivo contido na norma criminal que dispõe sobre toda e qualquer área de interesse econômico, devidamente tutelado como bem jurídico penal”.<sup>95</sup>

Dentro desse conceito, a expressão “crime econômico” seria um gênero que abrangeria várias espécies de crimes: contra a ordem tributária, previdenciários, crimes ambientais, contra a economia popular, contra o sistema financeiro, crimes as relações de consumo e até crimes patrimoniais.

Para Márcia Dometila Lima de Carvalho, estariam na definição de crimes econômicos “todos os grandes crimes empresariais que, visando ao lucro ilícito e desmesurado, se ponham em oposição aos objetivos constitucionais, pertinentes ao desenvolvimento e às justiça sociais. Cuida-se, aqui, de um verdadeiro crime constitucional, que não se encontra na micro, mas na macrocriminalidade”<sup>96</sup>. Nessa segunda acepção, as expressões “macrocriminalidade” ou “crimes de colarinho branco” são empregadas como sinônimos de “crimes econômicos”, sinonímia com a qual particularmente concordamos.

Tais crimes caracterizam-se pela grande proporção que o delito assume, as suas danosas consequências sociais e porque seu sujeito ativo geralmente é pessoa com grande poder político e econômico e de classe social mais elevada.

Dentro do conceito desenvolvido por Márcia Dometila Lima de Carvalho, que nos parece correto, os crimes patrimoniais até podem, conforme a proporção e o sujeito ativo, configurarem crimes econômicos (tome-se como exemplo um estelionato praticado por um rico empresário, cuja fraude afete muitas pessoas). Todavia, entendemos que essa não é a regra, já que a maioria deles (vale lembrar o

---

<sup>95</sup> JALIL, Maurício Schaun, *Criminalidade econômica e as novas perspectivas de repressão penal*, cit., p. 32.

<sup>96</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, *Fundamentação constitucional do direito penal*, cit., p. 107.

grande número de furtos de objetos de valores baixos e medianos) não atinge a coletividade, por não causar dano de grande extensão social, mas por lesionar somente o patrimônio particular.

O relevante para nosso trabalho será o conceito de *crime econômico* como sinônimo de *macrocriminalidade* (*crime de colarinho branco* ou *cifra dourada*), devido às altas proporções que atingem, afetando diretamente a concretização dos objetivos constitucionais traçados pelo congresso constituinte em 1988. Nesse conceito entrarão os *crimes contra a ordem tributária*, devido à personalidade de seus agentes e, sobretudo, aos danos de grande monta causados à sociedade.

### **5.3 A cifra dourada da delinquência: o perfil dos criminosos do colarinho branco e a aparente aceitação social dos crimes por eles praticados**

Historicamente, a criminologia se concentrou no estudo do Direito Penal com base no *criminoso fichado*, estudo que, a bem da verdade, mascara a desigualdade social existente no ordenamento vigente porque o percentual das infrações punidas pelo sistema não é superior a 1% e a criminologia positivista não traz à baila as chamadas “faixa de delinquência oculta” e “criminalidade do colarinho branco”. Por isso, as estatísticas, colhidas no estudo da criminalidade com base nos criminosos efetivamente punidos pelo sistema, é falha.

Lola Aniyar de Castro ensina que existem três espécies de criminalidade. A legal, que corresponde aos índices registrados nas estatísticas oficiais (geralmente registros de condenações); a aparente, que é a conhecida pelos órgãos de controle social, mas que não aparece nas estatísticas (porque não houve condenação); e a real, que é a quantidade de crimes verdadeiramente praticados. A diferença entre a criminalidade aparente e a criminalidade real é chamada de *cifra negra da delinquência*. Os delitos permanecem ocultos em razões de fatores políticos, econômicos e pelo tráfico de influência. Muito deles sequer chegam ao

conhecimento da polícia (ante a falta de registro pelas vítimas) e outros são registrados, mas não chegam a ser satisfatoriamente investigados.

A *criminalidade oculta* envolve tanto os delitos típicos da criminalidade tradicional, fruto de um modelo penalístico clássico (liberal) que sempre foi uma preocupação do Direito Penal, como também a faixa de criminalidade mais graduada, conhecida por *criminalidade do colarinho branco* ou *cifra dourada da criminalidade*.<sup>97</sup>

*Crimes de colarinho branco* são os cometidos por pessoas com poder político ou econômico (ou de elevada condição socioeconômica) que ofendem valores constitucionais e impedem a implementação substancial de um Estado Democrático e Social de Direito.

Fábio Roque Sbardelotto, forte em Severin-Carlos Versele, relata que “além da cifra negra dos delinquentes que escapam a toda detenção oficial, existe uma cifra dourada de delinquentes que detém o poder público e o exercem impunemente, lesando a coletividade e cidadãos em benefício da sua oligarquia, ou que dispõem de um poderio econômico que se desenvolve em detrimento da sociedade”.<sup>98</sup>

A *criminalidade dourada* ocorre geralmente na prática de atividades econômicas, políticas e sociais, de forma que ofendem a muitos indivíduos indistintamente, em geral pertencentes a camadas sociais inferiores ao infrator, acarretando um dano social e econômico elevado, em notória afronta aos princípios e valores fundamentais expostos na Constituição Federal.

Nosso sistema penal, próprio do liberalismo, se atém, sobretudo, à proteção do patrimônio privado e orienta-se à aplicação de sanções das condutas especificamente cometidas por grupos marginalizados.

---

<sup>97</sup> CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. v. 10, p. 67-68.

<sup>98</sup> SBARDELOTTO, Fábio Roque, *Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras*, cit., p. 100.



É preciso mudar essa concepção, trazendo ao sistema um procedimento hábil a identificar, investigar, processar, condenar e reprimir os *crimes de colarinho branco*, cujas consequências sociais são, como regra, muito mais danosas do que as oriundas das infrações penais tradicionais.

A dificuldade consiste no fato de que o criminoso do colarinho branco não é estigmatizado pela sociedade, mas, ao contrário, é surpreendentemente admirado.

Para Fábio Roque Sbardelotto, “as pessoas comuns não captam a essência danosa de atos cometidos a um nível tão elevado, entre pessoas de uma categoria tão alta, nem se dão conta até que ponto o dano econômico afeta-os de forma direta. Assim, embora a perda para a sociedade, em um só crime do colarinho branco, possa ser igual à quantidade total de milhares de furtos e roubos, o delinquente do colarinho branco é uma pessoa não estigmatizada pela coletividade, que não o considera delinquente, não o segrega, não o deprecia nem o desvaloriza”.<sup>99</sup>

Complementa dizendo que, depois do delito, o *status quo* de tal tipo de criminoso não se altera. Aliás, o próprio criminoso se considera uma pessoa respeitável e não demonstra nenhum tipo de arrependimento pelos atos cometidos (por exemplo: o sonegador de tributos se orgulha de seu ato, sob sua ótica de que o dinheiro arrecadado seria mal utilizado pelo gestor público ou, pior, alimentaria bolsos corruptos).

Por vezes a sociedade até tem ciência dos crimes praticados pelos criminosos do colarinho branco, mas eles não são depreciados, como deveria acontecer. O povo, em geral, aceita o desvio de verbas pelo administrador público, desde que ele construa obras públicas (embora superfaturadas); admira a sonegação de tributos por empresários, desde que eles deem empregos a pessoas ou façam obras sociais. O conformismo e a admiração popular se tornam perceptíveis nas urnas, com a reeleição de políticos que promoveram vultosas dilapidações do erário.

---

<sup>99</sup> SBARDELOTTO, Fábio Roque, *Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras*, cit., p. 102.

Maurício Schauan Jalil, nesse mesmo trilhar, aponta duas peculiaridades nos crimes de colarinho branco: aparência externa de licitude, caracterizada pela pouca propagação do resultado dos crimes à sociedade (o que se pode explicar pela respeitabilidade gozada pelo criminoso), e a personalidade do criminoso, narcisista e egocêntrico, indiferente aos princípios éticos, que tem conhecimento da ilicitude perpetrada, mas que não demonstra qualquer arrependimento.<sup>100</sup>

Além da já mencionada “teoria da associação diferencial”, de Sutherland, algumas outras teorias criminológicas buscam explicar a orientação sociológica que compõe a personalidade do criminoso do colarinho branco.

Uma delas é a “teoria da anatomia de Merton”, de origem norte-americana, para a qual o crime econômico é fenômeno social derivado de desvios da própria estrutura social, no sentido de que a sociedade “exige” níveis de bem-estar e acúmulos de riqueza, mas não oferece meios lícitos razoáveis para sua obtenção.

Outra é a “teoria do *labeling-approach*” (ou “teoria da estigmatização”), também de origem norte-americana, que sintetiza que a sociedade “etiqueta” naturalmente como criminosos os indivíduos das classes baixas, e não uma pessoa que tem fama, poder e *status* social.

Uma terceira bastante interessante é o “psicograma de Mergen”, desenvolvida na Alemanha, que revela que o autor de crimes econômicos tem apego excessivo aos valores materiais e que não tem limites para buscá-los.

Outro lado curioso é “a identificação de boa parte da comunidade com esses delinquentes”<sup>101</sup>, o que se explica pela fama, pelos *status* social e pelo alto poderio político e econômico dessas pessoas, que estão em uma posição que a população como um todo almejaria alcançar.

---

<sup>100</sup> JALIL, Maurício Schauan, *Criminalidade econômica e as novas perspectivas de repressão penal*, cit., p. 33-34.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 35.

Até mesmo os poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) são mais benevolentes com o macrodelinquente, seja pela complexidade dos crimes (de difícil apuração), seja pelo poder e influência dos criminosos.

Fábio Roque Sbardelotto, com supedâneo em Alberto Zacarias Toron, leciona que há diferença no tratamento dado pelo ordenamento jurídico penal aos criminosos comuns e aos criminosos do colarinho branco, ao afirmar que “haveria um misto de temor e admiração em relação a estes delinquentes” e uma “homogeneidade cultural” que dificultaria caracterizá-los dentro do estereótipo do criminoso. Acrescenta que a impunidade de tais criminosos consistiria em três fatores: complexidade das violações realizadas, que produzem efeitos difusos; ausência de valoração moral acerca das condutas praticadas pelos meios de comunicação (os órgãos de imprensa pertencem à mesma classe social dos criminosos e seus dirigentes por vezes são responsáveis por delitos análogos); a normatividade dos crimes ditos econômicos pertencer a um setor novo do ordenamento, de difícil captação.<sup>102</sup>

Lola Aniyar de Castro também observa diferenças de tratamento entre criminosos do colarinho branco e criminosos clássicos, rezando que estes últimos são apenados com sanções privativas de liberdade, enquanto aqueles simplesmente com multas, que pouco os afetam, devido ao poderio econômico. A impunidade dos criminosos do colarinho branco, segundo a autora, decorrerem dos seguintes fatores: complexidade das leis especiais que regem certas atividades; cumplicidade das autoridades; ausência de controle estatal; e imunidades diplomáticas e parlamentares.<sup>103</sup>

Luiz Flávio Gomes também apresenta as causas de impunidade para tais espécies de crime, que chama de *macrocriminalidade*: complexidade do mundo organizacional e globalizado, que confere licitude aparente aos crimes; distanciamento entre autor e vítima (geralmente são crimes difusos); falta de ostensividade dos delitos, dificultando a persecução; imagem favorável do autor,

---

<sup>102</sup> SBARDELOTTO, Fábio Roque, *Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras*, cit., p. 104-105.

<sup>103</sup> CASTRO, Lola Aniyar de, *Criminologia da libertação*, cit., v.10, p. 102-103.

distante do estereótipo de homem lombrosiano; utilização de pessoas jurídicas para a prática das atividades ilícitas, ocultando a figura do criminoso; a impossibilidade de reação das vítimas, que temem o poder do infrator e não confiam na eficácia da Justiça; o uso de meios de comunicação de massas forjadores da opinião pública, ocultando, dissimulando e justificando comportamentos delitivos.<sup>104</sup>

A impunidade também decorre da ideologia do Código Penal, de proteção individual, sobretudo da classe dominante, sem preocupação com a proteção de interesses sociais, os quais, por vezes, estão em conflito com interesses do mundo empresarial. E a criminalidade dourada é altamente lesiva aos interesses sociais, na medida que afronta os objetivos e valores do Estado Democrático de Direito, pois impede a possibilidade de implementação dos direitos dos cidadãos, obstando a justiça social. Basta verificar os exemplos da sonegação fiscal e da corrupção: muito dinheiro, que deveria integrar o erário e ser destinado à saúde, à educação, à cultura e à segurança, acaba nas mãos de empresários e políticos inescrupulosos, que ilicitamente usam para si as verbas que deveriam ensejar a construção de uma sociedade justa e digna.

Citamos ainda, como exemplo de ampla desigualdade substancial, a existência de prisão especial antes da condenação definitiva para governantes, ministros, parlamentares, magistrados, promotores de justiça e advogados, entre outros, enquanto cidadãos comuns, sem curso superior (até porque muitos deles sequer tiveram a oportunidade de frequentar a escolas) ou quaisquer outros predicados exigidos em lei, são mantidos em estabelecimentos prisionais (cadeias públicas ou centros de detenção provisória), muitas vezes em companhia de criminosos já condenados.

A constatação da existência da cifra dourada da criminalidade (“crimes de colarinho branco”, macrocriminalidade ou crimes contra a ordem econômico-financeira), de extrema lesividade social e obstadora da justiça social, e de que ela se mantém imune aos dados da criminologia clássica e do sistema punitivo

---

<sup>104</sup> GOMES, Luiz Flávio. Sobre a impunidade da macro-delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 3, n. 11, p. 166, jul./set. 1995.

atualmente vigente, leva à inevitável conclusão de que é necessária uma mudança estrutural do Direito Penal, relegitimando-o à luz do ordenamento constitucional.

Márcia Domitila Lima de Carvalho sustenta que a ordem constitucional projetou um modelo econômico capaz de concretizar os direitos sociais e alcançar a almejada justiça social, e que a “criminalidade contra a ordem econômico-financeira solapa a concretização dos direitos sociais e a consecução da justiça social”. Conclui asseverando que o ataque a tal ordem econômico-financeira, colocada pela Constituição a serviços da justiça social e dos interesses da coletividade, é causa de desajuste social (que por sua vez causa a “criminalidade enfurecida”), “obstáculo à consecução dos fins primordiais do Estado, registrados, através de normas-objetivo, no texto constitucional”.<sup>105</sup>

#### **5.4 O bem jurídico no Direito Penal Econômico: bem jurídico difuso**

Já vimos que um bem ou interesse será considerado como um bem jurídico-penal quando a ofensa a ele dirigida causar um dano (ou uma potencialidade de dano) relevante, ou seja, quando for um valor evidentemente importante para a sociedade e ensejar uma proteção por intermédio de uma efetiva tutela penal.

Na seara da “macrocriminalidade”, o legislador, para promover uma eficiente proteção ao bem jurídico (segunda face do *princípio da proporcionalidade*), deverá tipificar crimes de perigo abstrato, porquanto os interesses são supraindividuais difusos<sup>106</sup>, ou seja, o resultado de um crime de tal natureza afeta toda a coletividade (a objetividade jurídica será a ordem econômica, o sistema financeiro nacional, a *ordem tributária*, a previdência social, as relações de consumo e o meio ambiente, dentre outros).

Nas palavras de Márcia Domitila Lima de Carvalho, “os delitos econômicos têm, como bens jurídicos, valores supraindividuais e violam a confiança que deve

---

<sup>105</sup> CARVALHO, Márcia Domitila Lima de, *Fundamentação constitucional do direito penal*, cit., p. 92.

<sup>106</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 111-119.

existir como base da sociedade. Enquanto os bens jurídicos defendidos pelo Direito Penal clássico relacionam-se com o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem individualmente considerado, os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal Econômico dizem respeito à atuação do cidadão, enquanto fenômeno social. Mas uns e outros relacionam-se com a ordem de valores impostos pela Constituição”.<sup>107</sup>

Complementa a autora com a ideia de que o ataque ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico (o bem jurídico são os valores supraindividuais necessários para o alcance da justiça social), devido à sua grandiosidade, atinge enorme extensão (macrocriminalidade), ainda que seja fruto de um único ato do agressor, razão pela qual não é possível nessa seara levantar a bandeira da descriminalização, da intervenção mínima, a qual “deverá ser hasteada, ao invés, no outro lado da criminalidade, isto é, na criminalidade clássica, na criminalidade relativa, em oposição à absoluta, contraposta à macrocriminalidade”.<sup>108</sup>

## 5.5 Finalidade da pena e criminalidade econômica

Entendemos que três são as finalidades da pena. A primeira é a retribuição. Com efeito, ao agente praticou um crime (fato típico e ilícito) e merece uma resposta penal pelo mal causado. Não é uma questão de simplesmente impor um castigo ao condenado (imposição de um mal como “vingança” por outro mal anterior), mas sim de legitimar uma resposta estatal àquele que praticou um ato passível de abalar toda a sociedade.

A segunda das finalidades da pena é a prevenção, ou seja, a repreensão com o escopo de revalidar o ordenamento jurídico violado. Em outras palavras, o infrator feriu valores relevantes tutelados pela norma, sendo mister a imposição de uma sanção para demonstrar que o ordenamento deve ser respeitado e para estimular o respeito e o cumprimento das normas.

---

<sup>107</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, *Fundamentação constitucional do direito penal*, cit., p. 100-101.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 103.

Essa finalidade preventiva tem um duplo caráter.

Por primeiro, temos a prevenção geral, ou seja, aplica-se uma sanção ao infrator para demonstrar a todos os outros cidadãos que a lei deve ser cumprida e levar à sociedade a ideia de que o ordenamento jurídico existe para tutelar valores fundamentais, razão pela qual deve ser respeitado por todos. Assim, impõe-se a premissa de que quem violar os bens tutelados receberá uma pena do Estado.

Ademais, temos ainda o caráter de prevenção especial, voltada diretamente ao agente que feriu a norma penal. A reprimenda imposta tem por meta demonstrar àquele indivíduo especificamente que não deve infringir novamente o sistema, isto é, a pena terá por finalidade evitar que aquele infrator, quando posto em liberdade, cometa novos delitos.

A terceira finalidade da pena é a ressocialização ou a reeducação. O significado é de que o cumprimento da reprimenda tem o objetivo de inserir valores na vida do condenado (importância da educação, do trabalho, da família), a fim de recuperá-lo para o retorno à vida em sociedade, quando da extinção da pena. Sabemos que tal caráter da pena, no Brasil, infelizmente está em profunda crise.

Nos casos de crimes econômicos, certamente a pena terá a finalidade de retribuição e de prevenção, geral e específica.

Discute-se o caráter reeducador da pena, sob a assertiva de que não seria possível ressocializar alguém que está e sempre esteve plenamente socializado, ocupando, inclusive, local de destaque na sociedade civil.

Contudo, nos parece que “devemos entender a ressocialização como uma reafirmação específica dos valores e interesses sociais àquela pessoa que cometera um desvio de conduta tutelado penalmente”<sup>109</sup>, de forma que a pena não servirá para inseri-lo num meio em que sempre esteve, mas para reinseri-lo escoimado do sentimentos de cobiça e do egocentrismo que o levaram à prática do ilícito, bem

---

<sup>109</sup> JALIL, Maurício Schaun, *Criminalidade econômica e as novas perspectivas de repressão penal*, cit., p. 98.

como para mostrar-lhe que os ilícitos anteriormente praticados lesaram em grande monta a sociedade, razão pela qual não deveria cometê-los novamente.

## **5.6 A responsabilidade penal da pessoa jurídica**

Eis uma questão bastante controvertida e tormentosa no Direito Penal atual: a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica.

Essa possibilidade vem expressa nos artigos 175, parágrafo 5º, e 225, parágrafo 3º, da Constituição Federal, referindo-se aos crimes praticados contra a ordem econômica e financeira, contra a economia popular e também nos crimes ambientais, deixando a cargo do legislador ordinário prever a responsabilização penal das pessoas jurídicas.

A Lei n. 8.137/90, que estabelece os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, não prevê a responsabilização da pessoa jurídica, mas somente da pessoa física que pratica o crime valendo-se da pessoa jurídica (art. 11). Ao contrário, a Lei n. 9.605/98, em seu artigo 3º, prevê expressamente que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada criminalmente por delitos contra o meio ambiente.

A posição contrária à responsabilização penal das pessoas jurídicas tem por fulcro o pensamento de Savigny (“teoria da ficção”), de que a pessoa jurídica, por ser fictícia, irreal, fruto de uma abstração jurídica, seria incapaz de delinquir, por não ter vontade própria (crime exige conduta humana). Sustentam seus defensores que o sistema de responsabilidade penal brasileiro, baseado em princípios tais como a culpabilidade e a individualização da pena, sempre teve por base estrutural a pessoa natural, sob os pontos de vista material e processual.

Já os adeptos da responsabilização da pessoa jurídica inspiram-se no pensamento de Gierke (“teoria da realidade”), para quem a pessoa jurídica é um ente real, tangível, sujeito de deveres e de direitos, dotado de vontade própria e,



portanto, passível de responsabilização civil e penal. Assim, a responsabilidade penal da pessoa jurídica aparece como necessária, devido ao assombroso avanço da criminalidade econômica e da consequente utilização de empresas para a prática de fraudes contra a ordem econômica e tributária.

Para essa corrente, a mesma dificuldade hoje enfrentada para a imposição de sanções penais à pessoa jurídica já se verificou anteriormente, e foi superada, quando se passou a admitir a responsabilidade civil das empresas.

Aliás, nesse sentido, interessante a menção a artigo escrito pelo filósofo argentino Julio Cueto Rua, em 1945, quando ministrou que “o mesmo problema colocado para os penalistas, sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, existira para os civilistas, com relação à responsabilidade civil dessas entidades (...). A tese que serviu para admitir a responsabilidade civil da pessoa jurídica servirá também para a admissão de sua responsabilidade penal, porque tudo se resumiria em uma questão de vontades. As sanções civis e penais participariam da mesma essência, sendo que o único matiz diferencial, de caráter secundário, residiria no propósito perseguido, ao determinar, faticamente, o conteúdo da sanção: compensatório em um caso, preventivo-repressivo em outro”.<sup>110</sup>

Analisando os dois posicionamentos, verificamos, de um lado, que não se pode olvidar que o sistema penal é realmente estruturado tomando por base comportamentos humanos. As normas de direito penal e direito processual penal são claramente dirigidas às pessoas naturais. Por isso, deparamos na prática forense com a grande dificuldade nos processos criminais que hoje envolvem pessoas jurídicas autoras de crimes ambientais: no campo material, questiona-se como individualizar sua conduta; no campo processual, questiona-se como interrogá-la ou como submetê-la ao devido processo legal. Há dúvidas, ainda, de como aplicar a pena e de como exigir seu cumprimento.

---

<sup>110</sup> CUETO RUA, Julio. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista del Colegio de Abogados*, Buenos Aires, v. 22, n. 5-6, 1945, apud CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, *Fundamentação constitucional do direito penal*, cit., p. 134-135.

Por outro lado, é preciso levar em conta que com o inegável avanço da macrocriminalidade, esmagadora da justiça social, efetivamente a pessoa jurídica tem sido cada vez mais utilizada por agentes inescrupulosos na prática de delitos que lesionam a sociedade em grandes proporções.

O fato é que a prática de delitos cometidos por intermédio de pessoas jurídicas tem de ser evitado e sancionado. Parece-me que surgem duas opções: a primeira seria seguir à risca os mandamentos constitucionais de responsabilização penal das pessoas jurídicas, o que exigiria a pronta promoção de urgentes adaptações dos mecanismos penais e processuais penais hoje existentes, a fim de permitir a colação de pessoas jurídicas, não raras vezes criadas com o fim precípua de cometimento de crimes, no banco dos réus.

A segunda, mais adequada e possivelmente até mais eficiente, seria impor firmes punições às pessoas jurídicas no campo administrativo (e não no campo penal), como altas multas e fechamento.

## **5.7 Seletividade do sistema penal repressivo nos crimes econômicos**

Quando se fala em crime, vêm à mente da sociedade (como um todo) os delitos da criminalidade clássica: homicídio, roubo, furto, estupro, tráfico de drogas, dentre outros. Os crimes mais graves são considerados aqueles no qual se faz uso de violência ou grave ameaça. Não vêm à tona os chamados delitos econômicos que, muitas vezes, sequer são de conhecimento da população em geral, e, quando são, não lhes é dada a devida importância, por não serem considerados culturalmente como infrações de sonora gravidade. Na realidade, não se tem ideia da extensão de seus danos à coletividade.

O economista norte-americano James Willian Coleman afirma que os entes governamentais são controlados por uma “elite do poder”, uma classe dominante

razoavelmente unificada, composta por indivíduos com grande poder econômico e prestígio social, que “exerce o poder de uma forma tão avassaladora ao ponto de controlar e não permitir as propostas legislativas que ameacem sua dominação”. Complementa seu pensamento com a assertiva de que as normas penais que definem os “crimes de colarinho branco” são meramente simbólicas, voltadas para controlar o descontentamento público, sem ameaçar os poderes existentes.<sup>111</sup>

Por consequência, o Direito Penal acaba por se direcionar contra aqueles indivíduos que praticam crimes comuns (homicidas, roubadores, furtadores), pertencentes a uma classe social desfavorecida. Tais pessoas, além de socialmente marginalizadas, porque o Estado não lhe deu oportunidades, são também alvos da repressão exercida pelo próprio Estado, que assim agindo mantém o *status quo* dos que o dominam econômica e politicamente.

Segundo dados publicados pelo Sistema de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça (INFOPEN), em 2004, quase 73% dos presos no Brasil eram analfabetos ou possuíam apenas o ensino fundamental incompleto. Apenas 1,5% possuíam nível superior completo ou incompleto. No mais, o último censo penitenciário realizado demonstra que 95% dos presos eram pobres e que quase 76% tiveram assistência judiciária gratuita.

Tais estatísticas falam por si só e deixam evidente que o sistema punitivo brasileiro é voltado às camadas sociais mais baixas, fomentando a desigualdade material de classes e afrontando de forma direta e incontestável o princípio da isonomia previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Note-se que a preocupação do atual sistema mantenedor do *status quo* gira em torno da punição aos crimes em que, no mais das vezes, a classe dominante é sujeito passivo e não ativo.

---

<sup>111</sup> COLEMAN, James William. *A elite do crime: para entender o crime de colarinho branco*. Tradução de Denise R. Sales. 5. ed. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 173.

A seletividade do receptor das normas penais é realizada na criminalização primária (elaboração legislativa) e também na criminalização secundária (aplicação da lei).

Na criminalização primária, encontramos leis que são puro simbolismo no tocante à macrocriminalidade.

Como veremos no próximo capítulo, os *crimes contra a ordem tributária*, embora sejam aparentemente combatidos por meio da Lei n. 8.137/90, efetivamente não o são, devido a inaceitáveis benefícios que levam à extinção da punibilidade ou à suspensão do processo de grandes sonegadores (pagamento ou parcelamento do tributo), complacência legal que não existe para os criminosos clássicos (furtadores, por exemplo), que praticam crimes bem menos danosos à sociedade.

Citamos também a Lei n. 9.983/2000, que inseriu a apropriação indébita previdenciária no Código Penal (art. 168-A) e trouxe uma causa extintiva da punibilidade em seu parágrafo 2º. Esse benefício, dirigido a uma camada social elevada, que sonega contribuições sociais, não é previsto para os indivíduos que praticam a apropriação indébita clássica, cuja ofensa aos valores de um Estado Democrático de Direito é muito menor. A mesma lei criou a sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A do CP), que igualmente prevê a hipótese de extinção da punibilidade pelo pagamento do valor devido (§ 1º).

Vale recordar também da Lei n. 9.714/98, que modificou o texto do Código Penal, passando a prever a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, quando a pena não for superior a quatro anos, não houver violência ou grave ameaça e reincidência específica. Embora necessária a mudança ocorrida em 1998 no sistema punitivo (até como medida de desafogamento do sistema carcerário), ela tende a beneficiar determinados grupos sociais. Segundo Fábio Roque Sbardelotto, a reincidência específica ocorre, sobretudo, na prática de crimes contra o patrimônio; “*a contrario sensu*, é extremamente incomum dentre os sonegadores de tributos, os administradores públicos desonestos, aqueles que promovem evasão de divisas ou lavagem de

dinheiro, enfim, a criminalidade dourada ou do colarinho branco. Estes, sem qualquer exceção, serão sempre beneficiados”.<sup>112</sup>

É certo que a lei possibilita ao juiz negar a substituição se a medida não for socialmente recomendável, o que, salvo melhor juízo, ocorreria em grande parte dos *crimes de colarinho branco*, por serem fomentadores de desigualdade social substancial. Todavia, sabemos que, na prática, os benefícios são quase sempre concedidos a esses indivíduos, que preenchem os demais requisitos legais.

A seletividade também ocorre na criminalização secundária.

O racismo racial e social ainda existente presseleciona os “clientes” do sistema penal. Bairros mais pobres têm menor segurança pública, sendo palco, portanto, de um maior número de crimes. Além disso, já existe um preconceito de que o indivíduo de classe social desfavorecida, marginalizado socialmente, teria maior potencial para ser um infrator penal.

A própria mídia tem um maior interesse por crimes violentos, que podem ser mais bem explorados na televisão, jornais e revistas. Como o criminoso dessa espécie tende a ser pessoa de classe socialmente inferior, por vezes sem estudo e sem oportunidades, cria-se o estereótipo do criminoso (*homem lombrosiano*).

Não podemos esquecer ainda que os crimes econômicos são de difícil apuração. A maioria deles não chega ao crivo da Justiça, o que é facilitado pelo prestígio, pelo poder, pelo dinheiro e pela influência de seus sujeitos ativos. Os que são levados à instância judicial são mal instruídos (a maioria dos operadores do direito infelizmente não possui conhecimento suficiente para lidar com tais tipos de delitos) e poucas são as hipóteses de condenação. Ademais, existe uma complacência da maioria dos aplicadores do direito – juízes, promotores, advogados, delegados – com os delitos econômicos.

---

<sup>112</sup> SBARDELOTTO, Fábio Roque, *Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras*, cit., p. 144-145.

Imperioso, ainda, mencionar a desigualdade existente no campo processual, porque a Defensoria Pública não possui em seus quadros profissionais, em especial nas cidades do interior, um número suficiente para atender a toda a demanda de acusados que necessitem de justiça gratuita (os quais representam cerca de 76% dos presos condenados), acusados que respondem a ações penais por crimes “comuns”. A Defensoria Pública não comporta a defesa de todas essas pessoas, delegando funções, por meio de convênio, às subseções da Ordem dos Advogados do Brasil. O problema é que, embora os advogados nomeados efetivamente atuem na defesa dos assistidos, os contatos entre eles não raramente ocorrem por curto espaço de tempo. Na prática, no mais das vezes, a primeira conversa se dá minutos antes da primeira audiência, fator que dificulta, em muito, a produção da prova e, por decorrência, a ampla defesa.

Ao contrário, indivíduos pertencentes às camadas mais abastadas da sociedade, quando delinquem (no mais das vezes praticam crimes econômicos), de pronto contratam e selecionam seus defensores, que os acompanham desde o inquérito policial até os julgamentos perante os Tribunais Superiores, fortalecendo a produção da prova e realizando estratégias de defesa muito mais eficazes.

A consequência disso tudo é a de que as condenações e os cumprimentos de pena acabam se dirigindo às pessoas menos abastadas financeiramente, razão pela qual se faz bastante diminuta a existência de processos por crimes econômicos e praticamente inexistentes as condenações por tais delitos.

Aliás, sequer se tem conhecimento estatístico do número de pessoas processadas e condenadas por crimes econômicos. O que se sabe é que o número de presos cumprindo penas por tal espécie de crimes é irrisório.

## **5.8 O processo de relegitimação do Direito Penal**

Inegável, após o que aqui abordamos, que o Direito Penal necessita de mudanças, para deixar de ser uma mera ferramenta do sistema punitivo – tutelando interesses de certos grupos sociais – e passar a ser um instrumento de mudança

social, de alteração do *status quo*, buscando proteger estritamente os bens jurídicos de fundamental importância para a sociedade, no escopo de buscar a justiça social.

Mais uma vez citamos as palavras de Márcia Dometila Lima de Carvalho, a respeito da imprescindível relegitimação do Direito Penal: “Dentro da ótica de que a constituição dos ordenamentos jurídicos hodiernos é uma constituição dirigente, voltada à transformação da sociedade para a consecução da justiça social – sua ideologia – temos que o Direito Penal, como parte do ordenamento jurídico, necessita ser integrado nesse processo de transformação social, não podendo permanecer, ao contrário, como um seu obstáculo, um propulsor de injustiças sociais (...). A eleição de bens jurídicos dignos de proteção pela lei penal deve guardar relação com os bens jurídicos existentes na Constituição, haja vista ser dela deduzível o conceito de direito, a ideia de justiça que deverá informar todo o ordenamento jurídico, conformando toda a legislação infraconstitucional (...). Vigente a Constituição de 1988, necessária se faz a revisão do Direito Penal anterior, com vistas a uma compatibilização deste com a Lei Maior. Disto deverá resultar um processo de descriminalização e suavização de penas e outro, simultâneo, de criminalização, à luz, sempre, dos interesses mais significativos visados pela Lei Maior. (...) A Constituição de 1988, como valor superior a serviço do cidadão e da justiça social, se corretamente aplicada, contribuirá para a modificação da face injusta do atual Direito Penal.”<sup>113</sup>

Dois caminhos hão de serem traçados: o primeiro é promover uma deflação de condutas que hoje são penalmente punidas, que, por serem inexpressivas ou muito pouco expressivas, ou ainda desproporcionais (descompasso entre conduta e sanção), deslegitimam o Direito Penal (exemplos: arts. 161, 162, 164, 169, 176, 233, 234, 235/239 do Código Penal, basicamente todas as contravenções penais, entre outros). Neste ponto, indispensável considerar que o Direito Penal é a última instância de aplicação e que um sistema punitivo justo não se constrói somente com penas criminais, mas também, e principalmente, com políticas públicas e com sanções administrativas que, no mais das vezes, possuem satisfatória eficácia.

---

<sup>113</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, *Fundamentação constitucional do direito penal*, cit., p. 161-165.

O segundo, em um caminho diverso, consiste em promover uma penalização mais rigorosa e acentuada, sem benesses legais, a comportamentos ainda não suficientemente punidos, e que são colidentes com a ordem constitucional traçada. Trata-se aqui das condutas que afrontam o Estado Democrático de Direito, impedem os objetivos almejados pelo constituinte e que, no corpo da Constituição, aparecem como mandados de criminalização expressos ou implícitos (neste diapasão, é essencial que o Direito Penal atue eficazmente no combate aos *crimes do colarinho branco*).

Interessante, em aliança com os caminhos acima traçados, a adoção do princípio da codificação, defendido por Luigi Ferrajoli, mediante o qual toda infração penal deveria de estar no Código Penal. Para tanto, seria imprescindível a definição dos bens jurídicos constitucionais (fundamentais), que seriam os únicos protegidos. As demais possíveis infrações passariam a ser objeto de sanções administrativas, a fim de não deslegitimar o Direito Penal como *ultima ratio*.

Por derradeiro, as mudanças devem ocorrer na esfera do Poder Legislativo (com uma revisão do sistema jurídico vigente, incongruente com a Constituição Federal) e do Poder Executivo (com a realização de políticas públicas buscando assegurar os direitos sociais). Na omissão deles, cabe o controle pelo Poder Judiciário, que deve ser instado pelo Ministério Público (a partir de sua incumbência constitucional de garantir o Estado Democrático de Direito), no afã de legitimar o Direito Penal na busca da justiça social.



## CAPÍTULO VI – CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

### 6.1 Introdução

Nos termos já expostos, os crimes contra a ordem tributária, também chamados de *crimes tributários* ou *crimes fiscais*, constituem uma subespécie dos *crimes econômicos* ou da *macrocriminalidade*.

Não que os crimes tributários sejam exclusivos das classes sociais mais altas (*colarinho branco*). Eles podem e são praticados por todas as classes sociais, mas é bastante comum seu cometimento por pessoas de camadas sociais elevadas, pois são aquelas que pagam, ou deveriam pagar, maiores valores de tributação (maior alíquota sobre a renda, maior volume de circulação de mercadorias e serviços, etc.).

No mais, são os grandes empresários e os contribuintes de alta riqueza os potencialmente responsáveis pelos maiores danos sociais advindos dos atos lesivos contra a ordem tributária.

Já verificamos, no capítulo anterior, que os autores de delitos econômicos não são socialmente estigmatizados e que não sofrem as consequências do Direito Penal, devido a múltiplos fatores. Todos esses fatores estão presentes nos crimes contra a ordem tributária. Desse modo, não obstante as sanções previstas legalmente, a impunidade nessa espécie de delito é uma realidade no contexto nacional.

Podemos destacar as seguintes causas da impunidade dos autores de crimes fiscais: forte poder econômico e social dos agentes; cumplicidade das autoridades; complexidade da legislação que regula os fatos, diga-se, muito mal elaborada; despreparo dos órgãos de execução penal e do Poder Judiciário para perseguição e julgamento dessa estirpe de criminoso (falta de conhecimento das leis tributárias que permitam uma investigação adequada); falta de atuação conjunta dos órgãos estatais; escassa reprovabilidade social das condutas que lesam o Fisco;

organização dos autores (sujeitos ativos), que no mais das vezes se valem de pessoas jurídicas para a prática dos ilícitos.

## **6.2 Ordem tributária: bem jurídico relevante**

A ordem tributária é indubitavelmente um bem jurídico de relevância social, com amparo na Constituição Federal. Nesse compasso, deve ser protegida penalmente de forma eficiente.

Existem duas acepções bem aceitas doutrinariamente no que tange ao caráter do bem jurídico denominado ordem tributária.

A primeira acepção é a de que se trata de um bem jurídico de caráter meramente patrimonial. Busca-se proteger o patrimônio do Estado, vítima dos crimes contra a ordem tributária.

Essa definição merece nossas críticas, já que ela é característica de um Estado Liberal, no qual se tem uma mínima intervenção do Estado, razão pela qual o seu patrimônio é comparado a uma propriedade particular, recebendo semelhante proteção penal (visão privativa ou individualista). Tal acepção não coaduna com o Estado Democrático de Direito estabelecido no artigo 1º da Constituição de 1988.

A segunda acepção é a de que a ordem tributária é um bem jurídico de caráter funcional. Analisa-se a *função social do tributo*. Nessa linha, estão inseridas dentro dos valores contemplados pelo bem jurídico as metas que devem ser atingidas pelo Estado e que somente são realizáveis se ele tiver recursos financeiros para sua concretização. São as chamadas *necessidades públicas*, como saúde, segurança, educação, lazer, transporte, etc., cujo fornecimento é um dever estatal e um direito fundamental de cada indivíduo.

Consoante tal teoria, o não pagamento do tributo, além de causar prejuízo patrimonial ao erário (a vítima é o Estado), gera o que pode ser apontado como seu principal dano: a impossibilidade de concretização das necessidades públicas essenciais, gerando mazelas à população em geral (a vítima é a sociedade).

Conclui-se, pois, que os crimes contra a ordem tributária têm como vítima primária e principal a sociedade, altamente afetada pelas fraudes e sonegações fiscais, e como vítima secundária o Estado, que deixa de dispor de recursos para a realização dos projetos sociais e das políticas públicas que visem à justiça social.

Por isso, a ordem tributária é um bem jurídico de suma relevância. Tem caráter difuso, na medida que interessa a toda a sociedade. Por isso, deve receber uma proteção penal adequada e suficiente.

Num Estado Democrático de Direito, os bens jurídicos relevantes estão necessariamente inseridos na Constituição, expressa ou tacitamente, porquanto ela determina os valores sociais de maior importância, em um dado momento, para uma dada sociedade. A própria Constituição, então, determina que tais bens sejam objeto de tutela pelo Direito Penal (mandados de criminalização expressos ou implícitos).

A ordem tributária tem previsão constitucional (Título VI, Capítulo I, arts. 145 e seguintes). Vários são os dispositivos constitucionais que rezam sobre a utilização da receita advinda da tributação para o custeio de medidas de necessidade pública, que se voltam para o atingimento da *justiça social distributiva* e da *dignidade da pessoa humana*.

São exemplos os artigos 7º, IV, VII e XXV (direitos sociais), 195 (seguridade – saúde e assistência social), 211 (educação), 216, parágrafo 6º (cultura), 217, II (desporto), 218, parágrafo 5º (ciência), 225 (meio ambiente), 227, I (assistência materno-infantil) e 230 (idosos).

## **6.3 Princípios constitucionais penais aplicáveis aos crimes contra a ordem tributária**

### **6.3.1 Introdução**

Já estudamos no Capítulo IV o *princípio da proporcionalidade* e sua dupla face: proibição do excesso e proibição da proteção deficiente. Tratou-se desse princípio em um capítulo próprio, dada a sua grande importância para o tema em pauta, uma vez que buscamos demonstrar que a alta relevância do bem jurídico *ordem tributária* exige uma proteção penal estatal muito mais eficiente do que a atual.

Assim, reportamos ao referido capítulo, no que se refere especificamente ao *princípio da proporcionalidade*, bem como quanto ao estudo da diferenciação entre *princípios e regras*, para melhor compreensão do tema.

Passamos à análise dos demais princípios constitucionais penais aplicáveis ao estudo dos crimes contra a ordem tributária.

### **6.3.2 Princípio da dignidade da pessoa humana**

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III, da CF). Ela é definida por Alexandre de Moraes como "um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar".<sup>114</sup>

---

<sup>114</sup> MORAES, Alexandre de, *Direito constitucional*, cit., p. 16.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello, “o respeito à dignidade humana, estampado entre os fundamentos da República no artigo 1º, III, é patrimônio de suprema valia e faz parte, tanto ou mais que algum outro, do acervo histórico, moral, jurídico e cultural de um povo. O Estado, enquanto seu guardião, não pode amesquinhá-lo, corroê-lo, dilapidá-lo ou dissipá-lo”.<sup>115</sup>

Como ensina Antonio Carlos da Ponte, a dignidade humana é o “fundamento maior” da Constituição Federal. Ela não consta no rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º pelo simples fato de que “a pessoa humana deve ser considerada alicerce e objetivo maior da sociedade, ou seja, a razão da existência do Estado são as pessoas”<sup>116</sup>. Logo, não é apenas um direito ou garantia dos indivíduos, mas sim uma meta do Estado, que deve buscar a dignidade de todos.

Nas palavras de Flávia Piovesan, “o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”.<sup>117</sup>

A dignidade humana é inerente à existência de qualquer ser humano. Basta existir para possuir dignidade. Por isso, o princípio correlato é extremamente abrangente e envolve o respeito que o Estado e toda a comunidade deve dirigir a cada pessoa individualmente. Possui íntima relação com os conceitos de democracia e justiça social.

Todos os direitos individuais, sociais e coletivos assegurados na nossa Constituição Federal são facetas da dignidade humana, isto é, foram previstos para que o fim maior, ou seja, o alcance do respeito à dignidade da pessoa humana, seja atingido.

---

<sup>115</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*, cit., p. 36.

<sup>116</sup> PONTE, Antonio Carlos da, *Crimes eleitorais*, cit., p. 65.

<sup>117</sup> PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 27.

A dignidade da pessoa humana também funciona como freio ao exercício abusivo de direitos, de forma que os direitos individuais têm campo de atuação limitado, não podendo afetar os direitos de terceiros (haverá choque de direitos a ser resolvido com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade), muito menos o bem comum.

Antonio Carlos da Ponte trabalha com a ideia de que, dentro de um sistema jurídico fechado, proposto por Hans Kelsen, o princípio da dignidade humana é a *norma hipotética fundamental*, ou seja, o ápice da pirâmide, dotada de um valor supremo que dirige e fundamenta todo o sistema. Abaixo desse “megaprincípio” estariam a Constituição Federal (com todos os demais princípios e valores nela transcritos, explícita ou implicitamente), depois as leis, os decretos, as portarias, etc. Na base, estariam os conflitos envolvendo relações individuais e coletivas.<sup>118</sup>

A dignidade humana é entendida por Immanuel Kant como algo *transcendental*, que não tem preço.

Esse megaprincípio é de fundamental importância para o ordenamento jurídico brasileiro. Ele é a base do sistema, pois não podemos conceber um Estado Democrático de Direito sem respeito à dignidade de seus cidadãos.

A ordem tributária tem como objetivo redirecionar a receita auferida com o pagamento de tributos em proveito da comunidade, visando com isso a garantir que todos possam ter uma vida mais digna.

### **6.3.2.1 Princípio da humanidade (ou da humanização da pena)**

Este princípio decorre do princípio maior (megaprincípio) que é a dignidade da pessoa humana e encontra aplicação na questão afeta ao cumprimento da pena.

---

<sup>118</sup> PONTE, Antonio Carlos da, *Crimes eleitorais*, cit., p. 65-67.

Possui previsão constitucional no artigo 5º, XLVII, XLIX e L, da Constituição Federal.

O sentenciado (condenado) é pessoa humana e, por isso, tem direitos inerentes a tal condição. Como corolário lógico de tal situação, não são admitidas penas de morte, cruéis, perpétuas, de banimento ou de trabalhos forçados (inc. LXVII). Ademais, o sentenciado deve ter respeitada sua integridade física e moral (inc. XLIX) e à condenada mulher é assegurado o direito de permanecer com os filhos durante o período de amamentação (inc. L).

O princípio deve ser observado durante a aplicação da pena pelo juiz e durante o cumprimento da pena propriamente dito, inclusive na aplicação de sanções administrativas.

### 6.3.3 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade é essencial dentro de um Estado Democrático de Direito. Ele é a garantia do cidadão frente à atuação do Estado, por limitar o poder estatal em matéria penal, obstando a analogia em prejuízo do réu e a imposição de penas não previstas no ordenamento (significado político). Ademais, ele determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, da CF – significado jurídico).

José Afonso da Silva define *princípio da legalidade* como “um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática”<sup>119</sup>. Para Christiano Jorge Santos, “trata-se de uma condição fundamental de segurança e liberdade, pois impede que o Estado, arbitrariamente, invada a liberdade individual, que somente poderá ser tolhida após a inobservância da lei”.<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 421.

<sup>120</sup> SANTOS, Christiano Jorge, *Direito penal: parte geral*, cit., p. 18-19.

No Brasil, o citado princípio é previsto constitucionalmente desde a nossa primeira Constituição, de 1824 (art. 179, XII), sendo repetido nas Constituições de 1891 (art. 72, § 15), 1934 (art. 113, inc. 26), 1937, 1946 (art. 141, § 25), 1967 (art. 150, § 16) e Emenda n. 1/69 (art. 153), e na atual Constituição de 1988.

Quanto à origem do princípio da legalidade, surgem divergências. Para Nelson Hungria<sup>121</sup>, ele advém da Magna Carta Inglesa de 1215, do Rei João Sem Terra, por dispor que nenhum homem livre poderia ser preso ou privado de sua propriedade, a não ser pelo julgamento de seus pares. Para José Frederico Marques<sup>122</sup>, o princípio surgiu pela primeira vez no período medieval, nas cartas editadas pela Corte de León.

Para Luis Luisi<sup>123</sup>, o princípio da legalidade, sob a ótica da reserva legal, nasceu efetivamente com a *teoria do contrato social do iluminismo*, para a qual o Estado surgiu para garantir os direitos dos homens. Essa teoria foi uma reação ao absolutismo monárquico e tinha por objetivo limitar o poder do Estado, garantindo aos cidadãos uma faixa de ação, consistente na ideia de que somente é ilícito aquilo que a lei expressamente proíbe, e, mais especificamente no Direito Penal, somente lei anterior ao fato pode estabelecer delitos e penas.

Em 1764, Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, escreveu que: “A primeira consequência desses princípios [refere-se ao fato de que os homens abdicaram de parte de sua liberdade para viver com segurança e tranquilidade, sob a administração de um soberano, representante da nação, e sob a égide da lei] é que só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social; nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, infligir penas contra outro membro desta mesma sociedade”.<sup>124</sup>

---

<sup>121</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*, arts. 1º-10. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 1, t. 1, p. 117.

<sup>122</sup> MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1954. v. 1, p. 131-132.

<sup>123</sup> LUISI, Luiz, *Os princípios constitucionais penais*, cit., p. 20.

<sup>124</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana, *Dos delitos e das penas*, cit., p. 40-42.



Com a derrocada das monarquias absolutistas e a implementação de regimes democráticos, o princípio ganhou relevo, sendo expressamente previsto nas Constituições americanas de Filadélfia (1784), Virgínia (1786) e Maryland (1786), e na legislação toscana de Pedro Leopoldo (1786). Também em 1786, o princípio foi inserido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, que foi um marco para a universalização da legalidade, que passou a constar da quase totalidade das Constituições posteriormente promulgadas.

Entendemos, na forma propugnada por Luiz Luisi, que o *princípio da legalidade* desdobra-se em três postulados: reserva legal, determinação taxativa (ou taxatividade) e irretroatividade.

### **6.3.3.1 Princípio da reserva legal (ou da anterioridade)**

Está previsto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988 que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Assim, somente as leis (e não decretos, portarias, resoluções, medidas provisórias, etc.) podem tipificar as condutas delitivas. Além disso, a previsão legal da conduta como fato delituoso deve ser prévia, ou seja, anteriormente estabelecida, não se admitindo a elaboração de leis para aplicação a fatos pretéritos (anterioridade).

A reserva legal ou anterioridade é um postulado comum entre quase todos os povos civilizados e também é previsto nos textos internacionais. Está inserido no artigo II, item 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 10.12.1948: “Ninguém será condenado por atos ou omissões que no momento em que se cometerem não forem crimes segundo o direito nacional ou internacional. Tão pouco se imporá pena mais grave que a aplicável no momento da comissão do delito.”

Distingue-se entre “reserva legal absoluta” e “reserva legal relativa”. A primeira é aquela consoante a qual somente a lei pode disciplinar a matéria legal, em todo e qualquer aspecto (é a aplicável no nosso ordenamento). A segunda é aquela na qual a lei fixa as linhas fundamentais, cabendo ao decreto do Poder Executivo complementá-la nos aspectos secundários.

Em decorrência do princípio da reserva legal, proíbe-se a utilização dos costumes e da analogia em prejuízo do réu, admitindo-os somente quando usados *in bonam parte*.

### **6.3.3.2 Princípio da taxatividade (ou da determinação taxativa)**

Este postulado, dirigido ao legislador, exige que as leis penais devam ser “claras e o mais possível certas e precisas”.<sup>125</sup>

O tipo penal não pode, portanto, ter expressões ambíguas, imprecisas, equivocadas e vagas, que provoquem entendimentos diversos e contrastantes.

Quanto mais clara e precisa a lei, do ponto de vista linguístico, menor será o coeficiente de variabilidade subjetiva de seu aplicador, garantindo-se a segurança jurídica.

Vale mencionar ainda que a norma penal deve se fazer clara aos seus destinatários, de forma que se faça irrefutável que todos entendam o seu conteúdo. Somente assim ela poderá ser aplicada e somente assim poderá causar intimidação (função intimidadora das normas penais).

O postulado da taxatividade tem forte índole política, na medida que “a exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre do propósito de

---

<sup>125</sup> LUISI, Luiz, *Os princípios constitucionais penais*, cit., p. 24.

proteger o cidadão do arbítrio judiciário, posto que fixada com a certeza necessária a esfera do ilícito penal”.<sup>126</sup>

### 6.3.3.3 Princípio da irretroatividade

Este postulado é um complemento lógico ao postulado da reserva legal. Exige especificamente a atualidade da lei, que somente alcançará os fatos cometidos após a sua vigência (entrada em vigor), não incidindo sobre os fatos pretéritos.

O princípio tem por objetivo fornecer segurança ao cidadão e evitar que, ante as mudanças valorativas do Poder Legislativo, seja ele punido por um fato que, na época em que cometido, não era fato típico ou era um fato menos grave (com penas mais brandas).

A irretroatividade foi prevista constitucionalmente pela primeira vez na Constituição Federal de 1934 (art. 113, inc. 27), sendo repetida nas Constituições de 1937, 1946, 1967 e na Emenda n. 1/69. Na atual Constituição, ela vem prevista no artigo 5º, XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Tem-se, no Brasil, portanto, duas regras: a da irretroatividade da lei penal, se for prejudicial ao réu; e a da retroatividade, para beneficiá-lo (ainda que já exista trânsito em julgado da sentença condenatória).

A irretroatividade da lei maléfica ao réu gera o fenômeno da ultra-atividade da lei anterior mais benéfica, isto é, a lei anterior, revogada por outra mais severa, permanecerá sendo aplicada para os casos concretos cometidos na sua vigência, uma vez que a lei mais severa não pode retroagir em prejuízo do agente.

---

<sup>126</sup> LUISI, Luiz, *Os princípios constitucionais penais*, cit., p. 25.

Como exceção ao fenômeno da ultra-atividade da lei anterior mais benéfica, o artigo 3º do Código Penal prevê que as leis excepcionais e as leis temporárias se aplicam aos fatos ocorridos na sua vigência, mesmo após já decorrido esse período.

As leis excepcionais são as eficazes somente durante a permanência de fatos e situações especiais (exemplo: normas aplicáveis no período de guerra; cessada a guerra, elas perdem a eficácia, mas continuam vigentes para aqueles que praticaram crimes durante a guerra). Assim, essas leis continuam existindo, são vigentes e, portanto, aplicáveis sem qualquer problema para os fatos ocorridos durante o período de eficácia.

Já as leis temporárias são as que possuem período certo e determinado. Iniciam sua vigência em certa data e perduram até outra data, também previamente definida. Decorrido o prazo estabelecido, elas perdem não só a eficácia, mas também deixam de vigor. Para Luiz Luisi, essas leis, por não serem mais vigentes, não mais deveriam ser aplicadas em prejuízo do réu, concluindo que o artigo 3º do Código Penal, no tocante à previsão da ultra-atividade das leis temporárias, viola a Constituição Federal, por determinar a aplicação de uma lei não vigente (inexistente no mundo jurídico), em prejuízo do réu.

Entendemos, com todo respeito, que não há violação ao princípio da irretroatividade. O fato foi cometido durante a vigência de uma lei que já possuía prazo certo para deixar de vigorar. Não punir seus infratores após o decurso de sua vigência seria dar a eles a oportunidade de praticar um fato, por exemplo, no último dia de vigência de lei, com a certeza da impunidade.

Além disso, não estamos falando de retroatividade de lei posterior em prejuízo do réu, mas da aplicação de uma lei vigente à época dos fatos, não havendo, por isso, salvo melhor juízo, violação ao artigo 5º, XL, da Constituição Federal.

### 6.3.4 Princípio da segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica é de grande importância dentro de um Estado Democrático de Direito, por estar diretamente relacionado com os direitos fundamentais e por ser uma decorrência lógica dos princípios da legalidade e da proporcionalidade.

Ele está estampado no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, que define que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

O princípio implica que, ao elaborar as normas jurídicas, o legislador, como representante eleito do povo, deve buscar aos anseios da sociedade naquele determinado momento. Todavia, como já estudado, ele tem limites, não podendo interferir nos direitos individuais já previamente conquistados ou no ato jurídico já aperfeiçoado, tampouco pode atingir questões já definitivamente decididas pelo Poder Judiciário.

Esse óbice ao Poder Legislativo visa à preservação dos direitos dos cidadãos e, por colorário, à manutenção da ordem e à realização de justiça, pois, devido ao dinamismo social, seria impensável alterar constantemente aquilo que já se encontra consolidado com base em leis que estiveram regularmente vigentes.

Ademais, é preciso considerar que muitas normas jurídicas são editadas em atendimento a interesses de um determinado grupo ou mesmo de uma minoria que se encontra no poder, razão pela qual o princípio da segurança jurídica traçado pela Constituição Federal tem o objetivo essencial de proteger a sociedade como um todo contra os possíveis abusos e desvios do próprio Poder Legislativo.

Dessa forma, tendo por meta a segurança jurídica, possíveis desvirtuamentos legislativos deverão ser interpretados teleológica e sistematicamente pelos aplicadores da lei, a fim de compatibilizar a nova norma com a Constituição Federal, buscando-se a preservação da ordem e da justiça e, no caso extremo, se necessário

for, deverá o Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade da norma que atingir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

### 6.3.5 Princípio da igualdade (ou da isonomia)

O princípio da igualdade ou da isonomia está previsto no artigo 5º, *caput* e inciso XLI, da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (*caput*) e “a lei punirá qualquer discriminação atentória dos direitos e liberdades fundamentais” (inc. XLI).

O princípio da igualdade preconiza que nenhum cidadão brasileiro pode sofrer qualquer espécie de discriminação, seja por razões de natureza social, política, religiosa ou racial.

Esse princípio é plenamente aplicável ao campo penal, no qual a lei deve ser igual para todos, não podendo realizar discriminações.

Como já vimos, o princípio tem duas vertentes: a igualdade formal, ou seja, igualdade prevista abstratamente (nos textos legais) e a igualdade substancial (ou material), que é aquela existente de fato, em concreto, de forma efetiva.

No Brasil temos, de forma incontestável, a igualdade formal, já que a própria Carta Magna, no *caput* do artigo que prevê os direitos e garantias fundamentais, estampa que todos devem ser iguais perante a lei. Contudo, a crassa desigualdade social, política e econômica existente na dura realidade prática tornam evidente que não temos a igualdade substancial.<sup>127</sup>

Como já expusemos, nosso Direito Penal seletivo traz a igualdade apenas no campo formal e não no material. De uma forma aparente, os tipos penais são aplicáveis a todos sem qualquer distinção, mas basta uma análise mais acurada para verificar a marcante desigualdade.

---

<sup>127</sup> A máxima aristotélica de que os iguais devem ser tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual, no limite de suas desigualdades, é uma expressão que revela a igualdade substancial.

Citamos o exemplo comparativo dos crimes patrimoniais com os crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social. Nos primeiros, nos quais a classe economicamente mais abastada é geralmente vítima, não se prevê a extinção da punibilidade pela reparação do dano; já nos delitos tributários ou previdenciários, nos quais a classe social economicamente mais abastada é geralmente sujeito ativo (sendo vítima toda a sociedade, devido à grande extensão dos danos causados), existem previsões legais de extinção da punibilidade pela reparação do dano.

Temos, pois, dois pesos e duas medidas: um direito penal altamente repressor contra os indivíduos de pouca renda e pouco *status* social (sempre marginalizados pelo Estado) e um direito penal altamente liberal, praticamente simbólico, contra os criminosos de *colarinho branco*.

Como tivemos a oportunidade de estudar no capítulo anterior, e voltaremos a abordar neste capítulo, no que tange especificamente à ordem tributária, o direito penal atual, nos moldes como é atualmente traçado (igualdade meramente formal), é característico de um liberalismo acentuado, não condizente com o Estado Democrático de Direito que, no afã de buscar a justiça social e a dignidade de todos os cidadãos, tem que partir para a realização da igualdade substancial.

### **6.3.6 Princípio da culpabilidade**

No Direito Penal, a culpabilidade corresponde ao juízo de reprovabilidade acerca de determinada conduta do agente. Ela é composta por três elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Para a teoria causal, a culpabilidade integra o próprio conceito analítico de fato (fato típico, antijurídico e culpável). Para a teoria finalista, para a qual o crime é fato típico e antijurídico, a culpabilidade atua como pressuposto para a aplicação da pena.

O princípio da culpabilidade tem gabarito constitucional, sendo previsto no artigo 5º, XVII, da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”; ou seja, somente será imposta uma pena àquele que cometer ou participar de um fato criminoso. Além disso, é um princípio que claramente decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida que somente pode ser imputada a sanção penal àquele que agir com dolo ou culpa (responsabilidade subjetiva), vedando-se a responsabilidade objetiva.

A presença da culpabilidade também é notória no texto dos incisos XLVI e XLVIII do artigo 5º da Constituição Federal, que consagram o *princípio da individualização da pena*. Noutras palavras, “é inquestionável que a individualização da pena, no seu aspecto judicial, ou seja, na aplicação da pena a um réu, tem como base fundamental a culpabilidade”.<sup>128</sup>

O princípio da individualização da pena é orientativo da imposição, da aplicação e da execução da reprimenda, isto é, ela se processa em três fases distintas: individualização legislativa (o legislador, durante elaboração da lei, deve fixar penas proporcionais à importância do bem jurídico e à gravidade da conduta), individualização judiciária (o juiz fixa, dentre os limites em abstrato, a pena justa ao caso concreto, levando em consideração as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, dentre as quais a culpabilidade) e individualização executória da pena (a pena será cumprida de acordo com a natureza do delito e com as condições pessoais do condenado, visando sua harmônica reintegração social).

O princípio da culpabilidade é também um limitador da atuação punitiva do Estado, pois ele somente poderá impor a pena caso se constate a reprovabilidade da conduta do indivíduo, que tenha agido com dolo ou culpa, executando um delito.

Nas palavras de Antonio Carlos da Ponte, “o aludido princípio possui uma função formal-garantidora, assegurando o primado da segurança jurídica, a justiça material e a proibição de qualquer tipo de arbitrariedade, atuando como um dos pilares do Estado Democrático de Direito”.<sup>129</sup>

---

<sup>128</sup> LUISI, Luiz, *Os princípios constitucionais penais*, cit., p. 37.

<sup>129</sup> PONTE, Antonio Carlos da, *Crimes eleitorais*, cit., p. 73.



Consoante Nilo Batista, “em primeiro lugar, o princípio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe em Direito Penal uma responsabilidade objetiva, derivada tão só de uma associação causal entre conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade (...). Em segundo lugar, temos a personalidade da responsabilidade penal, da qual derivam duas consequências: a intranscendência e a individualização da pena. A intranscendência impede que a pena ultrapasse a pessoa do autor do crime (...). Por individualização se entende aqui especialmente a individualização judicial, ou seja, a exigência de que a pena aplicada considere aquela pessoa concreta à qual se destina”.<sup>130</sup>

### **6.3.7 Princípio da adequação social**

O princípio da adequação social foi concebido por Hans Welzel, precursor da teoria finalista da ação. Sustenta que uma conduta somente será típica se for socialmente adequada ou reconhecida. Assim, ainda que ela se encaixe formalmente na descrição do tipo penal, ela não será criminosa, se for considerada adequada (normal) do ponto de vista social. Esse princípio atua, destarte, como uma causa de exclusão da tipicidade.

O primeiro juízo de ponderação é feito pelo legislador, que leva em consideração o interesse de uma atividade social e os riscos que dela decorrem.

O segundo juízo de ponderação será feito pelo juiz, que deve observar se o comportamento, estritamente necessário, ainda que tido como fato típico, gerou um risco que é socialmente permitido, aceito.

A teoria da adequação social é imprecisa, pois não há condições de determinar quais os limites de liberdade de atuação social, sendo elas reduzidas a um critério de interpretação absolutamente subjetivo do julgador.

---

<sup>130</sup> BATISTA, Nilo, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, cit., p. 102-105.

No mais, conforme ensinamento de Antonio Carlos da Ponte, “cabe observar, por fim, que a adequação social não pode ser invocada para justificar condutas que, embora toleradas socialmente, constituem infrações penais”.<sup>131</sup>

Cita-se o exemplo do “jogo do bicho”, que grande parte da sociedade considera como atividade normal, razão pela qual, segundo alguns adeptos da teoria da adequação social, não mais deveria ser considerado como um ilícito penal. Esse fundamento é extrajurídico e não pode prevalecer. A jogatina, embora algumas pessoas não percebam, é socialmente danosa, levando muitas pessoas à miséria, enriquecendo, no mais das vezes, o crime organizado. Não se pode, no mais, como alguns fazem, comparar jogos de azar com jogos oficiais do Governo Federal, pois estes últimos visam gerar recursos que serão destinados à sociedade.

No que tange aos *crimes contra a ordem tributária*, muito se ouve da população em geral que a sonegação fiscal seria prática justificável, já que os valores pagos em tributos são endereçados aos bolsos dos políticos corruptos.

Esse argumento á completamente absurdo.

Não olvidamos que a corrupção é uma prática infelizmente muito comum em nosso país. Não se deve, contudo, compensar um mal com outro, pois, se assim for, teremos sonegadores e corruptos cada dia mais abastados financeiramente, esmagando uma maioria socialmente excluída, que não se corrompe, não sonega e que não tem revertida em seu proveito a receita obtida com a arrecadação de tributos e contribuições sociais.

Precisamos combater, de forma árdua e acentuada, a corrupção e a prática de crimes tributários, a fim de concretizar a verdadeira justiça social.

Não há o mínimo embasamento em se utilizar da teoria da adequação social para concluir que a sonegação fiscal é aceita socialmente porque a população não tem revertido em seu favor o montante arrecadado.

---

<sup>131</sup> PONTE, Antonio Carlos da, *Crimes eleitorais*, cit., p. 83.

Primeiro, porque, como já defendemos, tal teoria é extremamente imprecisa, razão pela qual é inaplicável para a exclusão de infrações penais tipificadas em lei.

Segundo, porque não se pode aceitar a prática de graves crimes fiscais, que causam grande lesão social, sob o fundamento de que parte desse dinheiro arrecadado alimenta políticos corruptos (seria um “mal” para compensar outro).

Os crimes tributários ofendem a sociedade e impedem a concretização dos direitos sociais previstos na Constituição, razão pela qual não podem ser considerados “normais”.

Sendo inegável que parte da arrecadação tributária é ilegalmente desviada de sua finalidade, deve-se combater a corrupção com o devido rigor e não aceitar passivamente a sonegação fiscal, sob pena de se criar um Estado anárquico, sem qualquer controle, gerando-se um caos social que cada vez mais alargará o enorme fosso existente entre as classes socioeconômicas.

### **6.3.8 Princípio da inderrogabilidade (ou inevitabilidade)**

Significa ele que toda sanção penal deve ser efetivamente cumprida, salvo exceções legalmente previstas (prescrição, perdão judicial, etc.). Dessa feita, cometido um crime, inicia-se a persecução penal, conforme o devido processo legal e, após a condenação, a pena é inevitável.

Nosso sistema punitivo é falho. Há, de um lado, acentuada proteção a bens jurídicos de pouca relevância e, de outro, proteção inefetiva a bens muito mais importantes do ponto de vista social.

Além do mais, o sistema de cumprimento das sanções penais muitas vezes é benevolente demais. Tome-se, por exemplo, o baixo *quorum* de cumprimento de pena exigível para a progressão de regime e o total descaso do Estado com o regime aberto de execução da reprimenda (embora a Lei de Execuções Penais já

tenha sido promulgada há 25 anos, existe um número irrisório de casas de albergado, o que implica no cumprimento da pena relativa ao regime aberto em regime domiciliar, sem nenhum tipo de fiscalização).

Se a pena, por um lado, não pode ser excessiva (desproporcional à importância do bem jurídico), para não impossibilitar o atingimento de um de seus objetivos, qual seja a reinserção social do condenado, ela igualmente não pode ser aplicada por pura forma (simbólica), sob pena de causar o descrédito do ordenamento jurídico e do sistema punitivo.

O descrédito faz com que o sentenciado volte a delinquir e incentiva outros indivíduos a fazer o mesmo, tomados pelo sentimento de impunidade.

Por esses motivos, a pena imposta deve ser cumprida, senão integralmente, ao menos por um tempo razoável. A certeza da punição inibe o cometimento de novos crimes, fazendo com que a pena tenha um caráter de intimidação necessário para garantir a ordem e a paz social.

Nos crimes contra a ordem tributária, percebe-se à evidência o descumprimento ao princípio em tela, que é previsto de forma implícita na Constituição Federal (decorre, sobretudo, dos princípios da legalidade e da proporcionalidade). Isso porque, como veremos neste capítulo (nos itens subsequentes), a previsão de causas de extinção da punibilidade, de suspensão do processo-crime em virtude do parcelamento do débito tributário e o reconhecimento pelos Tribunais de que o processo administrativo-fiscal é uma condição objetiva de punibilidade, tornam praticamente inaplicável a punição para os infratores desse importante bem jurídico de caráter difuso.

No mais, reconhece-se atualmente que o pagamento do tributo, ainda que após a condenação definitiva, é causa extintiva da punibilidade do agente, evitando-se assim a imposição de pena para o indivíduo que lesou o bem jurídico e que, embora tenha reparado o dano, não o fez espontaneamente, mas somente após ser condenado pelo Estado.

## 6.4 Objetivos e razões da proteção penal da ordem tributária

Ao contrário do que é comumente exposto, o objetivo da Lei n. 8.137/90 não é a tipificação do não pagamento do tributo, pois a inadimplência é mero ilícito administrativo-fiscal, objeto do Direito Tributário, solucionável por meio da ação de execução fiscal. O escopo da norma penal é a previsão e consequente punição das *condutas dolosas que importem na supressão ou redução do tributo*, que provocam extensos danos sociais.

A razão da proteção é garantir a integridade e eficácia da Ordem Jurídica Tributária (bem jurídico transindividual), e não a busca do pagamento de débitos de contribuintes.

Dados do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) revelam que entre 2006 e 2008, as fraudes e sonegações fiscais (e não mera inadimplência) no Brasil ultrapassaram R\$ 200 bilhões, o que equivaleria ao montante de 32% do Orçamento da União previsto para 2009.<sup>132</sup>

Vislumbra-se, então, que o valor total sonegado dos cofres públicos nos últimos anos seria suficiente para investimentos em necessidades públicas fundamentais para o desenvolvimento do país e para prover a dignidade da população, tais como construção de escolas, hospitais públicos, fomento de empregos, destinação de verbas para segurança pública, transporte, etc.

Por esse motivo, considerando a função social do tributo e a alta taxa de fraudes e sonegações tributárias, primaz a existência de um Direito Penal que seja suficiente e capaz de tutelar, de forma efetiva, o bem jurídico.

---

<sup>132</sup> Fonte: *Folha de S. Paulo*, de 09.03.2009, Caderno Dinheiro.

## 6.5 Alguns conceitos importantes de Direito Tributário

Os tipos penais da Lei n. 8.137/90 são normas penais em branco, que dependem de conceitos relevantes do Direito Tributário. Por essa razão, necessário conferirmos alguns deles.

**A - Hipótese de incidência:** é a descrição legal (em abstrato) da regra jurídica de tributação.

**B - Fato gerador** (fato impositivo ou fato tributável): é a realização concreta do fato previsto na hipótese de incidência (art. 114 do CTN).

Essa é a definição de *fato gerador da obrigação principal*, ou seja, o fato que gera, em concreto, o pagamento de um tributo ou de uma penalidade; porém, ainda pode ocorrer uma situação que imponha a prática ou abstenção de ato que não configure a obrigação principal, a qual pode ser chamada de *fato gerador da obrigação acessória* (art. 115 do CTN).

**C - Obrigação tributária:** é o vínculo jurídico pelo qual o Estado (sujeito ativo da obrigação) pode exigir do particular (sujeito passivo) uma prestação pecuniária (objeto), nas condições previstas legalmente (hipótese de incidência). A obrigação nasce com a ocorrência do fato gerador.

A obrigação tributária divide-se em principal e acessória. A obrigação principal tem caráter patrimonial, surge com a ocorrência do fato gerado, e tem por objeto o pagamento do tributo ou de uma penalidade pecuniária (multa) e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente (art. 113, § 1º, do CTN).

A obrigação acessória decorre da legislação tributária e seu objeto é uma obrigação de fazer ou não fazer, com vistas à arrecadação ou à fiscalização do tributo (art. 113, § 2º, do CTN). São acessórias, assim, todas as demais relações entre o Fisco e o particular, não previstas na hipótese de incidência (exemplo:

declaração do isento no imposto sobre a renda, preenchimento de guias, exibição de livros fiscais, entre muitas outras).

Note-se que a obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária (art. 113, § 3º, do CTN).

**D - Sujeitos da obrigação tributária:** o sujeito ativo da obrigação tributária é o Estado, representado pela pessoa jurídica titular da competência para exigir o cumprimento da obrigação (art. 119 do CTN). É comumente chamado de Fisco, Tesouro, Erário ou Fazenda Pública. Observa-se, aqui, que o Estado é encarregado da arrecadação do tributo, cuja finalidade será o custeio de necessidades públicas, em prol de toda a sociedade.

O sujeito passivo é, como regra geral, o contribuinte, chamado de sujeito passivo direto, pois é aquele que tem relação pessoal e direta com o fato gerador.

Em algumas ocasiões, outra pessoa, com vinculação indireta ao fato gerador, pode ser obrigada por lei a efetuar o pagamento do tributo, por razões de conveniência (simplificar a arrecadação) ou de necessidade (viabilizar a arrecadação). São os chamados sujeitos passivos indiretos, divididos em:

**D.1 - Responsável por substituição** (ou substituto legal tributário): é o terceiro que ocupa o lugar do contribuinte antes da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 7º, do CTN), como por exemplo, o empregador no caso do recolhimento do imposto sobre a renda na fonte pagadora.

**D.2 - Responsável por transferência:** é o terceiro que substitui o contribuinte originário, quando a responsabilidade deste último é excluída em decorrência de um fato concreto que surge após o fato gerador.

Pode ocorrer em três hipóteses: *sucessão*, quando o contribuinte falece (pessoa física) ou se extingue (cisão, incorporação, transformação ou fusão de empresas) e a pessoa sucessora passa a responder pela obrigação tributária;

*responsabilidade solidária* (solidariedade), quando duas ou mais pessoas são abrangidas por um mesmo fato gerador, possuindo obrigação tributária em comunhão de interesses (exemplo: coproprietário de um imóvel no pagamento do IPTU), não havendo benefício de ordem para exigência do crédito pelo Fisco; *responsabilidade subsidiária*, quando o terceiro é chamado a responder pela obrigação tributária subsidiariamente, ou seja, quando não cumprida pelo sujeito passivo direto (exemplo: responsabilidade pessoal dos sócios em relação à obrigação tributária da empresa).

**D.3 - Terceiros responsáveis:** estão elencados nos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional. Na realidade, as hipóteses configuram caso de responsabilidade solidária do terceiro em relação ao contribuinte que não puder pagar o tributo.

Estão neste rol os pais, os tutores, os curadores, o inventariante, o antigo síndico da falência, os sócios no caso de liquidação da sociedade, e, por derradeiro, as pessoas que ajam com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatuto (mandatários, prepostos, diretores, gerentes, etc.).

**E - Crédito tributário:** é o que decorre da obrigação tributária principal (art. 139 do CTN). Corresponde ao valor do tributo ou da penalidade pecuniária, cujo credor é o Estado.

O crédito tributário extingue-se, como regra, pelo *pagamento* do tributo e/ou da penalidade imposta. Todavia, ele também pode ser extinto pela: *compensação* de créditos, se houver expressa autorização legal (art. 170 do CTN); *transação*, que é o acordo entre a autoridade administrativa e o contribuinte, possível somente se autorizada em lei; *dação em pagamento de bens imóveis* (art. 156, XI, do CTN); *remissão*, que é o perdão total ou parcial da dívida, formalizado pela autoridade administrativa com expressa autorização legal, nas hipóteses do artigo 172 do Código Tributário Nacional; *decadência* do direito do Fisco de efetuar o lançamento (prazo legal de cinco anos, contados da data do fato gerador nos lançamentos por homologação, ou do primeiro dia do exercício seguinte nas demais formas de lançamento); *prescrição* da possibilidade de cobrança judicial do débito (o prazo



também é de cinco anos, a contar do decurso do prazo do pagamento espontâneo do contribuinte ou do abandono da ação de execução fiscal); *consignação em pagamento* (art. 164 do CTN); ou através de decisão ou judicial definitiva, que reconheça a inexigibilidade da obrigação.

**F - Lançamento:** é a constituição do crédito tributário, que confere liquidez e certeza à obrigação tributária, a qual passa a ser exigível (art. 142 do CTN). Ele é o ato declaratório da obrigação tributária e, simultaneamente, o ato constitutivo do crédito tributário.

O lançamento pode ser de três espécies: *direto* (de ofício), quando é feito pela autoridade administrativa sem qualquer colaboração do contribuinte; *por declaração*, quando é elaborado pela autoridade administrativa a partir de declaração prestada pelo contribuinte ou por terceiro (art. 147 do CTN); ou *por homologação* (autolancamento), quando o contribuinte calcula o tributo e antecipa seu pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, à qual caberá fazer a homologação (art. 150, § 1º, do CTN), que será o ato extintivo do crédito tributário (art. 156 do CTN).

**G - Elisão fiscal:** economia de imposto obtida ao se adotar práticas que visem a diminuir, postergar ou extinguir o pagamento do tributo. É uma forma lícita do contribuinte adotar um caminho menos oneroso dentro do sistema tributário. O meio utilizado não é vedado e o escopo é sofrer uma menor carga fiscal. Ruy Barbosa Nogueira cita como exemplo o contribuinte que, lícitamente, não pratique a situação prevista como fato gerador do tributo<sup>133</sup>. Assim, a elisão, por si só, não é um ilícito, já que, como ninguém a obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei, é lícito ao contribuinte realizar um planejamento tributário para obter uma carga menor, desde que ele não empregue simulação, abuso de direito ou fraude.

---

<sup>133</sup> NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 202.

**H - Evasão fiscal:** é o ilícito tributário (gênero) apoiado na fraude, na sonegação, no abuso do direito (ocorre quando há excesso nos meios adotados para a elisão, extrapolando-os ilicitamente), ou simplesmente na falta ou atraso no pagamento do tributo (espécies do gênero). A evasão sempre será um ilícito tributário, mas somente será ilícito penal se caracterizadas a fraude, a simulação ou a sonegação. Portanto, a mera inadimplência tributária, divorciada de atos fraudulentos ou dissimulados, é um ato de evasão, mas não um ato criminoso, pois não configuradas as condutas típicas da Lei n. 8.137/90.

**I - Fraude fiscal:** é definida no artigo 72 da Lei n. 4.502/65, que trata do IPI, da seguinte forma: “Toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir seu pagamento.”

Destarte, são as ações dolosas destinadas a subtrair o fato imponible ou furtar-se do pagamento do tributo devido. São exemplos de fraude a falsificação de documentos, a prestação de informações falsas ou a inserção de elementos inexatos em livros fiscais, com o objetivo de suprimir ou reduzir tributo. Existe o dolo de enganar o Fisco, razão pela qual se trata, necessariamente, de ilícito penal, combatido pela Lei n. 8.137/90.

**J - Sonegação fiscal:** É a ocultação dolosa da ocorrência do fato gerador, visando ao não pagamento do tributo. Há uma descaracterização indevida do fato imponible, que parece inexistir, quando de fato existe.

Há o dolo de enganar o Fisco, motivo pelo qual se trata necessariamente de ilícito penal, igualmente combatido pela Lei n. 8.137/90.

## 6.6 Análise da Lei n. 8.137/90

### 6.6.1 Crimes em espécie

Artigo 1º - Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas (...)

O crime é suprimir, que significa *fazer desaparecer*, e reduzir, que significa *diminuir*.

São crimes que ocorrem após o fato gerador do tributo, porque antes dele o tributo ainda não fora lançado, existindo apenas uma previsão hipotética de incidência, não havendo como identificar a pessoa do contribuinte ou o valor devido.

A pena prevista para todas as condutas previstas nos incisos I a V e parágrafo único é de *reclusão de dois a cinco anos e multa*.

O elemento subjetivo do crime é o dolo específico de supressão ou redução do tributo, sem o qual não há que se falar em crime contra a ordem tributária (podem existir outros delitos).

Além disso, trata-se de crime material, ou seja, exige-se o resultado naturalístico: *supressão ou redução do tributo*.

Entendemos, contudo, que a conduta criminosa prevista no parágrafo único não gera qualquer resultado naturalístico, configurando, pois, um crime de mera conduta. Como veremos, refere-se a uma mera desobediência, bastando o não atendimento à ordem emanada pela autoridade competente para se atingir a imediata consumação do crime. Observa-se que se faz necessária a intenção e a vontade de reduzir ou suprimir o tributo, mas o resultado não é exigível, diante da própria redação dada ao parágrafo.

O tipo penal tem como elementos objetivos as expressões *tributo, contribuição social e acessórios*.

A definição de *tributo* está no artigo 145 da Constituição Federal e no artigo 5º do Código Tributário Nacional. Assim, são tributos *os impostos, as taxas e contribuições de melhoria*. A doutrina acrescenta o *empréstimo compulsório* (art. 148 da CF) e as *contribuições sociais*.

As *contribuições sociais* dividem-se em *previdenciárias* (art. 195 da CF, objeto da Lei n. 9.983/2000, que alterou o CP), as *sociais gerais* (arts. 212, § 5º, e 240, da CF) e as *especiais – intervenção no domínio econômico e corporativas* (art. 149 da CF).

O sujeito ativo do crime do artigo 1º da Lei n. 8.137/90 é em geral o contribuinte, mas também pode ser o substituto tributário (exemplo, o empregador que retém o imposto de renda na fonte), o responsável tributário (exemplo, o sucessor no pagamento do tributo), o terceiro responsável (previsto no art. 134 do CTN) e até um terceiro estranho à relação tributária, se agir em concurso de pessoas com o contribuinte.

Os sujeitos passivos, repita-se, são a sociedade (sujeito primário de todo crime tributário) e o Estado (sujeito secundário). Eventualmente, também pode ser vítima do crime o próprio contribuinte (exemplo: quando o empregador retém o imposto na fonte e não repassa à autoridade fazendária) ou um particular diretamente prejudicado.

As condutas são especificadas nos incisos. Vejamos:

I - omitir informações, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

O tipo traz como núcleos uma conduta omissiva, qual seja omitir, que significa silenciar informações que deveria prestar; e uma conduta comissiva, que é a de prestar declaração inverídica

Deve-se atentar aqui que a falsidade deve ser apta a enganar, caso contrário ficar-se-á na esfera da tentativa ou, se a falsidade for de extrema grosseria, na seara do crime impossível.

Tendo em vista a redação do *caput*, é necessário o dolo de redução ou supressão do tributo. Se inexistente essa finalidade, incidirá o crime tipificado no artigo 299 do Código Penal (falsidade ideológica).

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

Este inciso também traz uma conduta comissiva, que é inserir elementos inexatos, e uma conduta omissiva, que é a de omitir operação que deveria constar.

Para configuração do tipo penal, é necessário que as condutas ludibriem a fiscalização, fraudando-a; caso contrário, haverá tentativa.

Se não houver dolo de redução ou supressão do tributo, incidirá o artigo 299 do Código Penal (falsidade ideológica).

A elementar “livros fiscais” é uma norma penal em branco, pois haverá necessidade de verificação de várias outras normas legais ou regulamentares para alcançar sua definição. São livros fiscais, por exemplo, o livro de registro de entradas e de saídas de mercadorias, o livro de apuração do IPI e do ICMS, os livros do ISSQN, etc.

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

Aqui temos um tipo penal semelhante à falsidade material (art. 297 e 298 do Código Penal). Difere do inciso anterior, pois lá havia alteração de conteúdo (falsidade ideológica), enquanto aqui há contrafação de documento verdadeiro ou alteração em sua forma

São exemplos de falsidade material no campo tributário a “nota fria” (aquela que não corresponde a qualquer venda ou serviço), a “nota calçada” (aquela cuja via remetida ao Fisco ostenta valor diverso do valor da via utilizada na operação financeira) e a “nota sanfona” (que ocorre quando a mesma nota fiscal é usada mais de uma vez em operações diferentes).

Se não houver dolo de redução ou supressão do tributo, incidirá o tipo legal do artigo 172 do Código Penal (“duplicata simulada”).

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

Possui cinco ações possíveis: elaborar (preparar, fazer o documento); distribuir (espalhar, repartir); fornecer (promover, abastecer); emitir (produzir, expedir); e utilizar (empregar, usar).

O elemento subjetivo é o dolo. Admite-se o dolo eventual, devido à expressão “deva saber”.

Se não houver dolo de redução ou supressão do tributo, podem incidir os tipos dos artigos 297, 298 e 304 do Código Penal.

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Também temos aqui uma conduta comissiva, que é *negar*, isto é, recusar-se a entregar; e uma conduta omissiva, que é *deixar de fornecer* documento fiscal obrigatório.

Neste caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que não se exige a prévia notificação do sujeito passivo da obrigação tributária (sujeito ativo do crime fiscal) para a consumação do crime, como poderia parecer da leitura dasatenta do parágrafo único do artigo 1º. Basta, portanto, que o contribuinte realize a operação

tributável e não comunique a autoridade fazendária, como deveria fazer, que o delito já estará consumado.

Nesse sentido:

O crime definido no inciso V do artigo 1º da Lei n. 8.137/90, sob a modalidade de emissão quanto à expedição da nota fiscal ou documento obrigatório, pode consumir-se independente da pretendida providência administrativa de intimação prévia do contribuinte, para que, em prazo não excedente a dez dias, venha atender sua obrigação fiscal, a que se refere o parágrafo único do citado dispositivo. (TJSP – rel. Djalma Lofrano, 5ª Câmara, RT 708/309).

Se não houver dolo de supressão ou redução de tributo, não há crime contra a ordem tributária. Pode haver outro delito, a depender da situação, uma vez que geralmente existirá a prática do crime-meio de falsidade (registro omissivo ou incorreto de operações).

Parágrafo único - A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Com redação bastante confusa, o parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 8.137/90 aplica-se àquele que é regularmente intimado a atender a alguma exigência do Fisco, como por exemplo, a entrega de documentos, e mantém-se inerte, deixando ultrapassar *in albis* o prazo da notificação, criando-se com isso um obstáculo à ação do Fisco.

Parece-nos que aqui há um crime de mera conduta. Noutras palavras, basta o simples ato de desatendimento da exigência da autoridade competente para a consumação do crime, que se opera imediatamente após o término do prazo estabelecido.

A autoridade competente, como regra, é a autoridade fazendária, que determina a entrega do documento para instauração de ação fiscal ou para instrução de ação fiscal já proposta. Nada impede, contudo, que a autoridade seja um juiz (se

houver ação judicial instaurada) ou o promotor de justiça (se existir inquérito civil ou procedimento criminal para apuração dos fatos).

Por derradeiro, o parágrafo deve ser estudado em conjugação com o *caput*, de maneira que, se não houver dolo de suprimir ou reduzir tributo, configura-se o crime de desobediência (art. 330 do CP).

#### Artigo 2º - Constitui crime da mesma natureza (...)

A expressão “mesma natureza” significa que são condutas que também violam a ordem tributária, devendo igualmente existir a vontade livre e consciente de suprimir ou reduzir tributo. Assim, o elemento subjetivo é o mesmo do dispositivo anterior.

Todavia, não mais se exige o resultado “supressão” ou “redução”, já que ele não é descrito no *caput* nem nos incisos. Trata-se, pois, de crime formal (o resultado naturalístico – supressão ou redução de tributo – é possível, mas não é exigível).

Os comportamentos delitivos previstos nos incisos do referido dispositivo legal ocorrem no momento do lançamento tributário, ou entre ele e o efetivo pagamento do tributo.

O legislador considerou menos graves as condutas do artigo 2º, cominando pena em abstrato de detenção, variável de *seis meses a dois anos, além da multa*. Desta feita, presente o requisito legal objetivo para a aplicação do instituto despenalizador da transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/95), que somente pode ser recusado, dentro do caso concreto, se estiverem ausentes os requisitos subjetivos do autor dos fatos ou se a medida não for socialmente recomendável.

As condutas previstas são as seguintes:

I - fazer declaração falsa ou omitir declarações sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento do tributo;



O inciso I prevê uma conduta comissiva, que é *declarar falsamente* e uma conduta omissiva, que é *omitir informações relevantes*.

O dispositivo penal incide nas hipóteses de lançamento por declaração do contribuinte. Um exemplo claro da deflagração do tipo penal se dá na hipótese de declaração do imposto sobre a renda, quando contribuinte inclui falso dependente ou falsas despesas médicas, visando com isso a suprimir ou reduzir o pagamento devido à Receita Federal.

Conforme doutrina praticamente pacífica, este crime é subsidiário (“tipo reserva”) ao artigo 1º, I, da mesma norma legal. Assim, se o agente, a partir da declaração falsa, lograr êxito na supressão ou redução do tributo, estará configurado o crime mais grave, do artigo 1º, I; se não conseguir sucesso em sua empreitada dolosa (não havendo supressão ou redução), incidirá o tipo legal em comento.

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.

Este tipo penal possui apenas uma conduta omissiva (deixar de recolher), que é própria do *substituto tributário*, o qual desconta o tributo do contribuinte e não repassa o valor ao Fisco, embora esteja obrigado a tanto. O exemplo clássico é o do empregador que retém, na fonte, imposto sobre a renda do assalariado e posteriormente não o recolhe à Fazenda.

Aqui, o contribuinte originário (no exemplo dado, o assalariado que paga o imposto diretamente na fonte) é vítima, ao lado da sociedade e do Estado, pois teve uma parcela de seu salário deduzida para pagamento do tributo e o valor acabou por ter outro destino.

O elemento subjetivo é o dolo de não efetuar o devido recolhimento do tributo. Nesse sentido, destaca-se a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

Basta, para configurar o dolo inerente ao crime capitulado no artigo 2º, II, da Lei n. 8137/90, a vontade livre e consciente de não recolher, aos cofres públicos, o produto dos valores descontados, a título de imposto sobre a renda, dos salários da empresa de que são os pacientes diretores (...) Impossibilidade financeira não demonstrada (...). (STF – HC n. 76.044/RS, 1ª Turma, rel. Min. Octávio Gallotti, v.u., DJU, de 19.12.1997).

No tocante ao estudo desta figura penal, Roberto dos Santos Ferreira discorre que “por incidir o tributo ou contribuição social sobre fatos geradores próprios do contribuinte, e não do substituto tributário, a alegação de dificuldades financeiras não pode servir como causa excludente da tipicidade, sob alegação de impossibilidade fática de atuar conforme a norma”.<sup>134</sup>

Há quem sustente, todavia, que embora seja típico o fato, pode incidir causa excludente da ilicitude, qual seja o estado de necessidade, quando o substituto responsável alegar que o recolhimento do tributo retido na fonte seria oneroso demais à empresa, que não teria recursos suficientes para pagar os empregados e fatalmente seria levada à falência.

Todavia, diante do disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal, caberá ao substituto tributário provar o que alega, invertendo-se o ônus da prova. Noutras palavras, o Ministério Público deverá demonstrar a materialidade e autoria do fato típico (incluindo-se a qualidade de substituto tributário do acusado e a vontade livre e consciente de deixar de recolher o tributo), ao passo que a defesa deverá comprovar a prova do estado de necessidade.

Nesse diapasão:

Dificuldades financeiras muito graves podem justificar a conduta de quem não cumpre a obrigação de recolher as contribuições devidas no prazo legal, tendo em vista o interesse social, igualmente relevante, de manter a empresa em funcionamento. Nessa hipótese, em casos extremos, parece aceitável dar prioridade ao pagamento da folha de salários e dos fornecedores, em detrimento dos tributos. O ônus da prova, contudo, é inteiramente da defesa, afastando-se, em princípio, a prova testemunhal que, por si só, nesses casos, não tem qualquer valor. (TRF-4ª Região – ACR n. 0454456/96, 1ª Turma, rel. Amir José Finocchiaro Sarti).

---

<sup>134</sup> FERREIRA, Roberto dos Santos. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. Malheiros: São Paulo, 2002. p. 94.

Neste caso, há um choque de valores bastante relevantes: de um lado a proteção da ordem tributária, de interesse social; de outro, a proteção da empresa, de interesse dos funcionários, dos credores e também da sociedade, tendo em vista a função social de uma empresa, geradora de empregos e fomentadora do comércio. Deverá então o julgador analisar o caso concreto, decidindo de acordo com o princípio da proporcionalidade, já estudado.

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;

Os verbos do tipo penal são os mesmos da concussão e da corrupção passiva (arts. 316 e 317 do CP). Entretanto, no delito em apreço, o sujeito ativo é um particular.

O contribuinte não executa os verbos do tipo (o autor pratica os fatos “para si ou para o contribuinte”), porém pode ser coautor.

Três são as ações previstas: *exigir* (obrigar, impor), a qual se consuma com a mera exigência, independentemente do recebimento do valor, que é mero exaurimento do crime; *pagar* (entregar dinheiro, valores) e *receber* (ter entregue, para si, dinheiro ou valores).

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

Também possui uma conduta omissiva e uma comissiva. A primeira é a de *deixar de aplicar* e a segunda é a de *aplicar indevidamente*.

O sujeito ativo pode ser o contribuinte, o substituto ou o responsável tributário que recebe um benefício fiscal e promove um desvio de sua finalidade.

Alécio Adão Lovatto bem explica a hipótese fática que dará azo à incidência deste tipo penal: “Por política de desenvolvimento econômico de determinadas regiões, muitas vezes, são criados incentivos fiscais para desenvolvê-las. Contudo, o

contribuinte recebe o benefício e não aplica de acordo com o estatuído ou aplica-o em desacordo. Há, na aplicação do incentivo fiscal, desvio de finalidade. Dessa forma, se o incentivo fiscal, v.g., for para possibilitar a renovação da frota de ônibus e caminhões, possibilitando um melhor transporte para a Amazônia Legal, o registro de caminhões ou ônibus para aproveitar o benefício, mas circularem fora da região prevista, constitui desvio de finalidade”.<sup>135</sup>

A obrigação de aplicar recursos pode advir de lei ou contrato.

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.

O tipo estabelece dois núcleos: o primeiro é *utilizar*, que significa usar, empregar *software* criado com o fim de propiciar supressão ou redução de tributo, sendo necessário que o programa seja capaz de alterar dados contábeis relevantes. O segundo núcleo é *divulgar*, ou seja, propagar, anunciar as qualidades de tal *software*, levando-o ao alcance do público.

Entendemos que tal tipo penal é subsidiário (“tipo de reserva”), porquanto se por meio do programa o agente conseguir omitir informações ao Fisco, reduzindo ou suprimindo tributo, estará configurado o crime do artigo 1º, I, da Lei, de forma que o tipo em análise somente incidirá se a utilização ou divulgação do programa tiver o objetivo de supressão ou redução de tributo, mas o resultado não se consumar.

Artigo 3º - Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal (título XI, Capítulo I) (...)

Este tipo penal criou *crimes funcionais especiais*. São crimes próprios, que só podem ser praticados por funcionários públicos (aplica-se aqui o conceito do art. 327 do CP) no exercício da função ou em razão dela, ainda que antes de assumi-la. Citamos o exemplo de agentes fazendários ou funcionários que atuem em processo fiscal ou criminal.

---

<sup>135</sup> LOVATTO, Alécio Adão. *Crimes tributários: aspectos criminais e processuais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 130.

Importante trazer à tona que a condenação por tais crimes tem como efeito automático da sentença a perda do cargo (art. 92, I, "a", do CP), já que estará configurado o *abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública*.

A pena cominada é de *reclusão de um a quatro anos, e multa*.

As condutas são as seguintes:

I - extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social;

As condutas são *extraviar* (fazer desaparecer, perder propositadamente), *sonegar* (ocultar de forma intencional) e *inutilizar* (frustrar, tornar inaproveitável).

O delito possui como elemento objetivo a *ocorrência de pagamento indevido ou inexato*. Caso contrário, subsiste o crime do artigo 314 do Código Penal.

II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente;

Perceptível que o legislador realizou uma fusão dos tipos penais dos artigos 316 e 317 do Código Penal.

O tipo penal exige a finalidade especial de *frustrar total ou parcialmente o pagamento do tributo*.

Os núcleos são *exigir* (impor, mandar, ordenar), *solicitar* (pedir, provocar) e *receber* (aceitar e obter). Nos dois primeiros verbos do tipo, a obtenção da vantagem é mero exaurimento, pois o delito estará consumado com a simples exigência ou solicitação.

A corrupção ativa não foi prevista como crime específico na lei dos crimes tributários. Assim, o particular que oferecer ou prometer vantagem indevida ao funcionário público (como regra, um agente fazendário) para que ele deixe de lançar ou cobrar tributo ou contribuição, cometerá o ilícito do artigo 333 do Código Penal.

III - Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público.

Temos aqui uma modalidade especial de advocacia administrativa (prevista no art. 321 do CP), incidente especificamente sobre a Administração Fazendária.

O núcleo do tipo é *patrocinar*, que significa advogar, defender, “apadrinhar”.

Importante fazer a ressalva de que o interesse patrocinado pode ser legítimo ou ilegítimo. Ilegal é o fato de o funcionário público patrocinar o particular, conduta vedada em lei.

### **6.6.2 Pena de multa (arts. 8º e 10 da Lei n. 8.137/90)**

A pena de multa prevista para os crimes definidos nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei n. 8.137/90 é de 10 a 360 dias-multa.

O valor do dia-multa varia entre 14 e 200 BTN (Bônus do Tesouro Nacional).

Considerado o valor do dano e a situação econômica do acusado, o juiz pode diminuir a pena até um décimo, se verificar uma excessiva onerosidade ao condenado; ou aumentá-la em dez vezes, se verificar sua ineficiência diante do poderio econômico do agente.

### 6.6.3 Concurso de pessoas (art. 11 da Lei n. 8.137/90)

A Lei n. 8.137/90 trouxe a mesma regra do artigo 29 do Código Penal (“quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade”), com o acréscimo do termo “inclusive por meio de pessoa jurídica”.

O dispositivo legal nos parece desnecessário, já que a regra geral do artigo 29 do Código Penal resolveria a questão. Entretanto, a intenção do legislador foi chamar a atenção para a possibilidade da utilização de pessoas jurídicas para a prática dos crimes, deixando clara a responsabilização penal do agente que deles se valem para cometer a fraude fiscal.

Observamos, todavia, que a pessoa jurídica não pode ser sujeito ativo do crime. Nos moldes legais, ela é somente o meio (instrumento) utilizado pelo acusado para a prática do ilícito.

Como já frisado, o artigo 173, parágrafo 5º, da Constituição Federal de 1988 prevê a possibilidade de a lei responsabilizar a pessoa jurídica pela prática de crimes contra a ordem econômica e contra a economia popular. Embora o crime contra a ordem tributária seja classificado doutrinariamente como espécie de *crime econômico*, a Lei n. 8.137/90 (que também prevê delitos contra a ordem econômica) não previu a responsabilidade penal.

Salientamos que não há responsabilidade penal objetiva no direito pátrio. Assim, para responsabilização de sócios, gerentes e diretores, é necessário comprovar que efetivamente participaram, de alguma forma, no cometimento de crimes fiscais por intermédio da empresa.

#### 6.6.4 Causas de aumento (art. 12 da Lei n. 8.137/90)

As causas de aumento são aplicáveis somente para os crimes dos artigos 1º e 2º. Estarão presentes, nas seguintes hipóteses:

I - ocasionar grave dano à coletividade;

A majorante é cabível quando o resultado do crime causar considerável prejuízo à sociedade, como por exemplo, a sonegação de alto valor.

II - ser o crime cometido por servidor público no exercício de suas funções;<sup>136</sup>

Aplica-se ao servidor público que age em coautoria com o particular, nos crimes dos artigos 1º e 2º.

#### 6.6.5 Delação premiada (art. 16, parágrafo único, da Lei 8137/90)

O artigo 16, parágrafo único, da Lei n. 8.137/90 prevê uma diminuição de pena de um terço a dois terços, no caso da chamada *delação premiada*. Eis a redação do dispositivo:

Parágrafo único - Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

Da redação do artigo de lei, extraímos os dois requisitos fundamentais para que ocorra a diminuição: pluralidade de agentes e confissão espontânea com revelação da trama criminosa.

---

<sup>136</sup> O artigo 12 da Lei n. 8.137/90 prevê ainda um inciso (“III - ser o crime praticado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde”) inaplicável aos crimes contra a ordem tributária.



A redação é clara no sentido da concessão do benefício, caso exista mera coautoria, ou seja, duas ou mais pessoas praticando o crime em concurso, ou seja, com ajuste prévio e unidade de desígnios. Não se exige a existência de “quadrilha” (mais de três autores, associados para a prática de crimes), porém a sua configuração também permite o benefício.

Para Marcelo Batlouni Mendroni, é preciso fazer uma interpretação lógica e sistemática do citado dispositivo legal, coadunando-o, pois, com as demais normas que tratam da delação premiada, chegando-se à conclusão que somente será cabível o instituto se os autores dos crimes contra a ordem tributária, econômica ou relações de consumo forem integrantes de organização criminosa voltada à prática de delitos de tal espécie.<sup>137</sup>

Quanto à confissão, deve ela ser espontânea, o que significa, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, “admissão da prática do crime de maneira sincera, com o real espírito de colaboração”<sup>138</sup>. Portanto, exige-se mais do que a simples voluntariedade.

Além disso, é necessário que a confissão revele a trama delituosa, isto é, o fornecimento de informações sobre o planejamento do crime em todos os seus detalhes, com aptidão para levar as autoridades a desvendar integralmente os fatos e desvendar os demais coautores e partícipes do crime. Não exige a lei a existência de informações que levem à recuperação do produto do delito, mas entendemos que tal fator deve ser levado em conta para a fixação do *quantum* da minorante.

---

<sup>137</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 99.

<sup>138</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 680.

## 6.7 Aspectos processuais

### 6.7.1 Medidas cautelares

O Decreto-Lei n. 3.240/41 trata do sequestro de bens de pessoa indiciada por crime que cause prejuízo à Fazenda Pública. Trata-se de norma especial, que prevalece sobre a norma geral (sequestro do art. 125 do CPP).

Além do sequestro, são cabíveis outras medidas previstas na legislação processual: quebra de sigilos bancário, fiscal e telefônico, busca e apreensão, prisão preventiva, etc., desde que presentes os requisitos legais.

No tocante à prisão preventiva, o artigo 312 do Código de Processo Penal traz quatro requisitos que possibilitam a decretação da custódia.

Há controvérsias se o juiz pode decretar a medida extrema com base na garantia da ordem econômica. Alécio Adão Lovatto explicita que “a hipótese da ordem econômica não abrange a ordem tributária em sentido estrito. Em sentido lato, há uma decisão de juiz singular de Porto Alegre, decretando a prisão preventiva sob semelhante fundamento. Daí que, pela simples natureza do delito, não cabe a prisão preventiva nos crimes contra a ordem tributária”.<sup>139</sup>

A adoção do termo “ordem econômica” em sentido amplo abrange os crimes contra a ordem tributária. Já a adoção do termo em seu sentido estrito abrange apenas os crimes contra a ordem econômica.

Entendemos que por estarmos diante de um requisito que ensejará na adoção de uma medida extrema e excepcional, restritiva de liberdade do sujeito, o mais correto é a adoção do termo em seu sentido estrito (embora não se negue que os crimes tributários são aptos a causar grandes prejuízos à economia de um país).

---

<sup>139</sup> LOVATTO, Alécio Adão, *Crimes tributários: aspectos criminais e processuais*, cit., p. 183.

Isso não obsta, contudo, a decretação da prisão com fundamento na *garantia da ordem pública*, termo mais abrangente, quando o agente estiver praticando sonegação de grande vulto, que cause extensos danos sociais.

A *garantia da ordem pública* é um fundamento que frequentemente é usado pelos tribunais para justificar prisões cautelares nas seguintes hipóteses: grande repercussão social do delito; periculosidade do agente (quando o crime for cruel ou violento); quando existir uma prognose negativa sobre o réu (perspectiva de que poderá cometer novos crimes de estiver em liberdade); garantir a credibilidade da Justiça e do próprio ordenamento, servindo a prisão do agente como forma de se proceder a uma prevenção geral coletiva de que outros não deverão tomar a mesma atitude. Portanto, embora o crime contra a ordem tributária não seja praticado com violência física, caberá a prisão preventiva para garantia da ordem pública quando houver necessidade de pôr fim à atividade criminosa do acusado.

O fundamento da “conveniência da instrução criminal” também pode existir nos processos por crimes fiscais, se o acusado, abusando de seu poder político e/ou econômico, subornar, coagir, intimidar testemunhas ou peritos, ou quando houver indicativos de que ele esteja tentando ocultar provas, como por exemplo, através da destruição de documentos.

O último fundamento, qual seja “asseguração da aplicação da lei penal”, também é possível no caso concreto, se existirem elementos indicativos de que o agente (autor de crime tributário) esteja tentando empreender fuga do distrito da culpa.

### **6.7.2 Competência**

A competência das Justiças Federal e Estadual será determinada em razão da competência para instituir o tributo ou contribuição.

Se a competência for da União (art. 153 da CF), competente será a Justiça Federal (art. 109, inc. IV, da CF). Se a competência for dos Estados (art. 155 da CF) ou dos Municípios (art. 156 da CF), competente será a Justiça Estadual (residual).

## 6.8 Extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo

A Lei n. 4.729/65, que dispõe sobre os “crimes de sonegação fiscal”<sup>140</sup>, previa, no seu artigo 2º, a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo. Esse dispositivo legal foi revogado pelo artigo 98 da Lei n. 8.383/91.

A Lei n. 8.137/90 previa a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo no seu artigo 14, o qual igualmente foi revogado igualmente pelo artigo 98 da Lei n. 8.383/91.

Todavia, a Lei n. 9.249/95, em seu artigo 34, previu novamente a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, para qualquer crime da Lei n. 8.137/90 (arts. 1º, 2º e 3º), com a condição de que ele fosse feito antes do recebimento da denúncia. *In verbis*:

Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promove o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

A Lei n. 9.249/95 trouxe de volta ao ordenamento jurídico o instituto da extinção da punibilidade nos crimes tributários pelo simples pagamento do débito fiscal. Ela não deixou dúvidas de que o pagamento integral do principal e acessórios é causa extintiva da punibilidade, mas muitas controvérsias foram geradas acerca do pagamento parcial, notadamente em razão do parcelamento da dívida com a Fazenda Pública.

---

<sup>140</sup> Esta lei não foi revogada expressamente pela Lei n. 8.137/90, mas entendemos que foi tacitamente, pois a última é norma posterior que trata do mesmo assunto, o esgotando. Parece-nos que o único dispositivo ainda em vigor da Lei n. 4.729/65 é seu artigo 5º, que trouxe nova redação ao artigo 334 do Código Penal.

A dúvida persistiu até o ano de 2000, com a edição da Lei n. 9.964/2000, que instituiu o programa de parcelamento de recuperação fiscal, chamado de “REFIS I”. Essa norma legal, em seu artigo 15, parágrafo 3º, fez a mesma previsão de extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário, mas se reportou ao pagamento integral, antes do recebimento da denúncia. Note-se, contudo, que a Lei n. 9.964/2000, diferentemente da Lei n. 9.249/95, fez referência tão somente aos crimes dos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/90 (excluiu o art. 3º) e prevê a extinção da punibilidade (pelo pagamento pleno) somente para aqueles que ingressaram no regime de parcelamento. Vejamos:

Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo (arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90) 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 antes do recebimento da denúncia criminal.

Três anos depois, foi promulgada a Lei n. 10.684/2003, que instituiu o programa de recuperação fiscal chamado “REFIS II”. Essa norma legal, em seu artigo 9º, também prevê a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, para os crimes dos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/90, mas, dessa vez, *sem nenhum limite temporal* (não se reporta ao recebimento da denúncia como um marco limitador) e sem a condição de que a pessoa jurídica relacionada ao agente esteja incluída em algum programa de parcelamento (recuperação fiscal). Transcrevemos abaixo:

Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo (arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90) quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Discute-se se as Leis ns. 9.964/2000 e 10.684/2003 somente seriam aplicáveis aos agentes que tenham ingressado nos específicos regimes de parcelamento do tributo por elas tratados (REFIS I e II, respectivamente), ou se elas seriam aplicáveis a todos que parcelassem a dívida tributária, independentemente do regime ou do programa em que ingressaram.

Caso se adote o entendimento de que elas seriam aplicáveis a todos, atualmente seria possível, nos termos legais, aos autores dos crimes dos artigos 1º

e 2º da Lei n. 8.137/90, pagar o tributo a qualquer momento, mesmo após a condenação, para serem beneficiados pela extinção da punibilidade. Aos funcionários públicos acusados da prática dos crimes funcionais do artigo 3º seria possível o pagamento e a extinção da punibilidade, mas somente até o recebimento da denúncia (já que o art. 3º não é mencionado nas Leis ns. 9.964/00 e 10.684/03), mas somente na Lei n. 9.249/95.

Caso se adote o entendimento contrário, de que a extinção da punibilidade prevista nas Leis dos REFIS seria aplicável somente aos que aderiram aos respectivos programas, então incidiria para todos os demais (que não ingressaram no programa de recuperação fiscal) o disposto no artigo 34 da Lei n. 9.249/95, ou seja, a previsão de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, até o recebimento da denúncia.

O primeiro entendimento é o que vem sendo adotado pelos Tribunais Superiores:

A norma agora vigente [refere-se à Lei n. 10.684/2003] introduziu, pois, nova disciplina geral, para os efeitos de pagamento e do parcelamento na esfera de punibilidade dos crimes tributários. Isto quer dizer que esta nova disciplina, a do artigo 9º da Lei n. 10.684/2003, se aplica, indistinto, a todos os crimes tributários e a todas as formas de parcelamento, qualquer que seja o programa ou o regime que, instituído pelo Estado, sob este ou aquele nome, no exercício de sua competência tributária, possibilite o pagamento parcelado do débito tributário. (STF – HC n. 85.643/RS, 1ª Turma, rel. Min. Cezar Peluso, *DJU*, de 28.06.2005).

Nessa mesma decisão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Lei n. 10.684/2003, por ser mais benéfica ao réu, uma vez que suprimiu o termo final da eficácia do parcelamento (qual seja, o limite temporal do recebimento da denúncia), retroage em seu favor, ainda que já exista trânsito em julgado, de forma que essa norma legal passou a ser aplicada a todos aqueles que ingressarem em algum programa ou regime de parcelamento estatuído pelo Estado.

Nesse mesmo sentido se manifesta o Superior Tribunal de Justiça:

Evidenciado ter sido o parcelamento do débito deferido já na vigência da Lei n. 10.684/2003, aplica-se ao caso o disposto no artigo 9º do referido diploma legal, afastando-se a incidência da Lei n. 9.249/95. (STJ – HC n. 18.484, rel. Min. Gilson Dipp).

Alécio Adão Lovatto resume assim o entendimento firmado pelos nossos Tribunais Superiores: “Em conclusão, no parcelamento, o STJ e o STF aplicam o artigo 9º da Lei n. 10.684/2003, independentemente do momento e da espécie do tributo em que ocorre o parcelamento: a) suspende-se a pretensão punitiva; b) não corre a prescrição durante o período de parcelamento; c) com o pagamento da última prestação, extingue-se a punibilidade, verificando-se, inclusive, a aplicação retroativa quando havia coisa julgada”.<sup>141</sup>

Destarte, se o agente ingressar em qualquer dos regimes de parcelamento instituídos pelo Fisco, não importando qual seja seu débito (ainda que pretérito à instituição dos programas) e *independentemente de que espécie de fraude ou sonegação tenha praticado*, e pagar o tributo integralmente, a qualquer momento, terá declarada a extinção de sua punibilidade (ela se dará com o pagamento da última prestação ajustada).

Se o agente não ingressar em nenhum regime de parcelamento, terá que quitar o débito tributário integralmente, até o recebimento da denúncia, por força do artigo 34 da Lei n. 9.249/95.

A Lei n. 9.964/2000 prevê expressamente que a inclusão no programa de parcelamento REFIS deve ocorrer até o recebimento da denúncia criminal (art. 15, *caput*, parte final). Em contrapartida, a Lei n. 10.684/2003 silenciou-se a respeito de qual seria esse momento limite.

Entendemos que a inclusão no regime deve ocorrer antes do recebimento da denúncia, assim como previsto na Lei n. 9.964/2000, pois não teria sentido conceder privilégio maior àquele que parcelar o pagamento do débito (estará apenas dando início à reparação do dano causado) do que àquele que não está no regime de parcelamento e pagar integralmente o valor (sujeito ao disposto na Lei n. 9.249/95).

---

<sup>141</sup> LOVATTO, Alécio Adão, *Crimes tributários: aspectos criminais e processuais*, cit., p. 171.

Noutras palavras, se o recebimento da denúncia é o limite máximo para pagamento integral do débito por parte daquele que não ingressou no regime de parcelamento, ele também deve ser o marco temporal para o ingresso no referido regime, sob pena de se dar um privilégio maior ao que pagará a dívida em prestações, em detrimento daquele que a quitará de uma só vez.

Ocorre que, conforme entendimento dos Tribunais Superiores, do qual discordamos, o agente poderá ingressar *a qualquer momento* no regime de parcelamento e, por consequência, poderá a qualquer momento quitar integralmente o valor do débito e ver extinta sua punibilidade. Isso se aplicaria ainda a qualquer programa ou regime de parcelamento, já que a lei posterior (Lei n. 10.684/2003) é mais favorável e retroage em benefício do agente.

Alécio Adão Lovatto expressa sua discordância com esse entendimento: “Critica-se, pois, o posicionamento dos Tribunais Superiores, porque contraria toda a legislação anterior, em especial a Lei n. 9.249/95, de forma a efetivar a impunidade dos crimes de colarinho branco. A omissão de uma especificidade<sup>142</sup> (momento em que deve ocorrer o início da reparação do dano) não tem o condão de revogar norma expressa (art. 34 da Lei n. 9.249/95), nem têm os Tribunais Superiores poder de estabelecer nova causa de suspensão da prescrição, nem de transferir para a Administração Pública o direito de ela estabelecer (e não o agente) o momento consumativo do delito ou de declarar a existência do crime”.<sup>143</sup>

## **6.9 Análise crítica da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo**

A ordem tributária é bem jurídico de alta relevância, mas, como buscamos demonstrar no decorrer deste trabalho, não é objeto de proteção eficiente pelo Direito Penal pátrio.

---

<sup>142</sup> Essa omissão refere-se à não previsão do limite temporal para ingresso no regime de parcelamento.

<sup>143</sup> LOVATTO, Alécio Adão, *Crimes tributários: aspectos criminais e processuais*, cit., p. 172-173.



Sem contar a insuficiência da fiscalização, a corrupção de alguns agentes fiscais e a dificuldade nas investigações, o benefício da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo torna a Lei n. 8.137/90 praticamente inaplicável. Temos, então, o chamado *Direito Penal simbólico* na proteção do bem jurídico (atendimento insatisfatório ao mandado de criminalização).

A previsão legal de extinção da punibilidade afronta o princípio da proporcionalidade, na sua segunda vertente (proibição da proteção deficiente), uma vez que aniquila a possibilidade de imposição de uma sanção suficiente para reprimir uma conduta extremamente lesiva à sociedade.

Ora, a ordem tributária não se destina à simples busca de pagamentos individualizados de tributos, mas principalmente à formação de um sistema escoado, em que todos recolham o tributo e em que o montante arrecadado seja revertido em proveito da sociedade, na busca da justiça social distributiva.

Portanto, o bem jurídico penal é altamente relevante e, quando violado, o Estado não oferece uma resposta penal suficiente. A pena não é apenas insuficiente; ela é inexistente, o que é muito pior.

Por tal motivo, o Direito Penal acaba por ser utilizado para fins de mera arrecadação, a qual deve ser objeto, exclusivamente, do Direito Tributário.

A extinção da punibilidade acaba ainda por vulnerar as funções preventivas da norma penal e gera descrença social quanto à importância do bem jurídico, já que o agente continuará delinquindo, pois nada lhe aconteceu, e outros indivíduos passarão a delinquir também, mirados no exemplo de impunidade absoluta. Outrossim, a benesse legal incentiva novos atos de sonegação, à medida que os sonegadores assumem o risco da prática do ato e, se forem descobertos, basta o pagamento do débito para que não sejam processados.

Reprovável, no mais, que a extinção da punibilidade não gere qualquer efeito penal para o criminoso, que poderá utilizar desse mesmo benefício de forma livre,

não importando o número de vezes que isso ocorra, tampouco o grau de ofensa ao bem jurídico.

E nunca é demais repetir que os delitos pressupõem fraude ou sonegação e a extinção da punibilidade também atinge a falsidade (crime-meio), que não é punida.

Vale lembrar, por derradeiro, que a nossa legislação não exige sequer a voluntariedade do agente no pagamento, pois ele pode reparar o dano a qualquer momento, ou seja, após o recebimento da denúncia, e mesmo depois de condenado.

Em estudo de direito comparado, notamos que essa complacência não existe em nenhum lugar do mundo. Nos Estados Unidos, na Argentina, na Espanha e na Alemanha existe a figura da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, mas se exige a espontaneidade do devedor, bem como a primariedade. Na Itália, não existe a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento, mas mera causa de diminuição de pena (queda pela metade, conforme o art. 13 do DLGS n. 74/2000).<sup>144</sup>

A medida de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo também viola o princípio da igualdade, porquanto o mesmo benefício não é previsto para crimes patrimoniais que são, em tese, menos graves, por afetarem o patrimônio particular de uma pessoa.

Damos como exemplo o furtador de um bem patrimonial de valor mediano. Se ele se arrepender e reparar o dano, receberá uma diminuição de pena (se o fizer até o recebimento da denúncia) ou atenuante genérica (se o fizer depois de recebida a inicial acusatória).

Já o grande sonegador fraudará os cofres públicos até ser descoberto. Se ele pagar o débito, ainda que de forma parcelada, terá extinta sua punibilidade, mesmo

---

<sup>144</sup> ALENCAR, Romero Auto de. *Crimes contra a ordem tributária: legitimidade da tutela penal e inadequação político-criminal da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo*. São Paulo: Impactus, 2008. p. 155-156.

que não demonstre nenhum arrependimento (só reparará o dano após ser indiciado, denunciado ou até condenado).

Em resumo, temos um benefício extremamente largo (extinção da punibilidade) para o “criminoso de colarinho branco”, que ostenta prestígio social e pertence a uma classe abastada economicamente, ao passo que uma benesse muito menos abrangente (diminuição ou atenuação de pena) ao criminoso comum, integrante das camadas sociais marginalizadas.

## 6.10 Representação fiscal

Os crimes contra a ordem tributária procedem-se mediante ação penal *pública* (art. 15 da Lei n. 8.137/90) e *incondicionada*.

Nestes termos é a Súmula n. 609 do STF: “É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal”.

Nos termos do artigo 16 da Lei n. 8.137/90, qualquer pessoa pode provocar a ação do Ministério Público, com informações sobre o fato e a autoria. A lei refere-se a informações “por escrito”, mas entendemos que nada impede que qualquer do povo compareça perante o promotor de justiça e preste informações verbais, que naturalmente serão reduzidas a termo.

O artigo 83 da Lei n. 9.430/96 reporta-se à chamada “representação fiscal” ao Ministério Público, “após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente”.

A partir desse dispositivo legal, surgiram dois posicionamentos acerca da representação.

O primeiro deles, defendido por David Teixeira de Azevedo, é o de que aludida representação fiscal é “expressa condição de procedibilidade”, entendendo

que ela foi uma “clara opção político-criminal, coordenada à pretensão do recebimento do tributo no âmbito administrativo e à economia processual”. Diz ainda que “a lesão ao bem jurídico (capacidade de arrecadação do Estado) é determinada definitivamente com a resolução final do processo administrativo da legitimidade do crédito tributário”.<sup>145</sup>

O segundo deles é o de que a norma do artigo 83 da Lei n. 9.430/96 tem cunho eminentemente administrativo. A “representação fiscal” não tem natureza de representação penal, não condicionando a ação do Ministério Público, que é incondicionada. Isso ocorre porque as instâncias administrativo-tributária e penal são distintas, de forma que a primeira não vincula a segunda (decisão administrativa não faz coisa julgada na seara penal). Noutras palavras, se o promotor de justiça tiver subsídios para ajuizamento de denúncia, ele poderá fazê-lo. Logo, o artigo de lei supracitado tão apenas impõe um dever ao funcionário público competente que, no término do processo administrativo, deverá encaminhar a *notícia criminis* ao Ministério Público.

Esse segundo entendimento, com o qual concordamos, é majoritário na doutrina e também na jurisprudência. Além da já aludida Súmula n. 609 do STF, decisões desse mesmo Tribunal (ADI n. 1571, RT 751/700) e do Superior Tribunal de Justiça (RHC n. 5.805/SP, 6ª Turma, rel. Min. Vicente Leal, j. 02.12.2996; RHC n. 6.851/SP, 5ª Turma, rel. Min. Félix Fischer, j. 18.06.1998) reiteram esse posicionamento.

Contra o primeiro posicionamento, de que a ação é condicionada à representação fiscal, podemos citar dois fundamentos basilares para não adotá-lo.

O primeiro é o de que o bem jurídico tutelado não é a mera arrecadação do Estado, mas sim a ordem tributária, bem de caráter difuso, destinado a promover o custeio de vários interesses de toda a sociedade.

---

<sup>145</sup> AZEVEDO, David Teixeira. A representação penal e os crimes tributários: reflexões sobre o art. 83 da Lei 9430/96. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 739, p. 477- 480, maio 1997.

O segundo é o de que os crimes contra a ordem tributária envolvem fraudes, não havendo por isso nenhum sentido em aguardar uma decisão administrativa, que discute questões afetas ao Direito Tributário (como irregularidades no lançamento ou o próprio pagamento anterior da obrigação), se a falsidade material ou ideológica já se encontra consumada. Com efeito, ainda que inexigível o tributo, permaneceria o crime-meio utilizado.

## 6.11 Parcelamento do tributo e seus efeitos

A Lei n. 9.964/00, que instituiu o programa de recuperação fiscal denominado “Refis I”, prevê no artigo 15 a *suspensão da pretensão punitiva* e de sua prescrição nos crimes contra a ordem tributária durante o período em que a pessoa jurídica relacionada ao agente estiver incluída no programa de parcelamento, desde que a inclusão tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia:

Artigo 15 - É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no artigo 95 da Lei n. 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.

§ 1º - A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

(...)

§ 3º - 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, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.

Por seu turno, o artigo 9º da Lei n. 10.684/2003, que instituiu o programa de recuperação fiscal chamado de “Refis II”, trouxe a mesma regra, mas com a *supressão do limite temporal*:

Artigo 9º - É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos artigos 168-A e 337-A do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 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.

Consoante doutrina e jurisprudência majoritárias, a supressão do limite temporal (recebimento da denúncia) significa que o parcelamento, assim como o pagamento integral, podem ocorrer a qualquer tempo, mesmo após a condenação.

## **6.12 O processo administrativo-fiscal como condição objetiva de punibilidade**

A atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firma o entendimento de que *na pendência de decisão administrativa acerca do lançamento definitivo do tributo (discutido em processo administrativo)*, faltaria justa causa para a ação penal, por ausência de *condição objetiva de punibilidade*.

Nesse sentido:

Crime material contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADI MC n. 1.571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no artigo 1º da Lei n. 8.137/90 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo do tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (Lei n. 9.249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que

dependa do lançamento definitivo. (STF – HC n. 81.611-8, rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 10.12.2003).

No mesmo sentido, citamos o RHC n. 83.717 (rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.03.2004), o HC n. 84.262-3 (rel. Min. Celso de Mello) e o HC n. 84.423 (rel. Min. Carlos Britto, j. 24.08.2004).

Em todos esses acórdãos, o Supremo entendeu que não há justa causa para a ação penal, que deve ficar suspensa até a decisão final do (demorado) processo administrativo, assim como a prescrição que ainda não poderia fluir, pois sequer estaria consumado o delito.

Segundo esse entendimento, o crime tributário seria uma espécie de *crime condicionado*, ou seja, aquele que somente existe se preenchida uma determinada condição, que nesse caso seria a decisão final do processo fiscal, pois somente a partir dela é que surge o lançamento definitivo.

O Superior Tribunal de Justiça vem seguindo a mesma linha do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a discussão da exigência do tributo na esfera administrativo-fiscal impediria a discussão da lide penal, porque somente haveria consumação do delito com o lançamento definitivo do crédito fiscal (HC n. 56.799-3).

### **6.13 Análise crítica do condicionamento da punibilidade à decisão do processo administrativo-fiscal**

A impossibilidade do processamento da ação penal (óbice até a decisão do processo administrativo), seja pelo parcelamento do débito, seja porque se discute a exigibilidade ou não do tributo no campo administrativo-fiscal, é inadequada e, tal como a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, no nosso ponto de vista, afronta a Constituição Federal.

Ousamos discordar, neste trabalho, do posicionamento adotado pelos Tribunais Superiores, no sentido de que o crime contra a ordem tributária seria uma

espécie de *delito condicionado*, que se consumaria apenas com a decisão definitiva do processo administrativo (a qual conclui pela exigibilidade do lançamento). Entendemos, de forma diversa, que o crime contra a ordem tributária consuma-se com a prática dos atos fraudulentos previstos nos tipos penais acima estudados, destinados a suprimir ou reduzir o tributo. Dessa maneira, não tem nenhuma lógica aguardar uma decisão administrativa para poder processar o fraudador.

No tocante ao término do processo administrativo como o momento consumativo do delito contra a ordem tributária, posição firmada pelos Tribunais Superiores, Alecio Adão Lovatto tece uma crítica muito pertinente a esse posicionamento, que é a de que se desloca o domínio da ação, do agente para a Administração Pública, ou seja, a consumação do crime não dependeria de quem o pratica, mas da Administração Pública, que poderia retardá-la por anos. Ora, se o crime exige ato do agente (conduta humana), ele se consuma com o ato, isto é, com a prática da falsidade, e não após o término do processo que discute o débito.

Adiciona-se, também, que o prazo prescricional do Direito Tributário é diverso do prazo prescricional do Direito Penal, de forma que a extinção da punibilidade fiscal (que extinguiria o feito na seara administrativa) não pode produzir reflexos no processo-crime. A posição do Supremo Tribunal Federal, também adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, de que a prescrição penal ficaria suspensa até a conclusão do processo administrativo, cria uma confusão entre instâncias independentes e, o principal, *não há norma que suspenda o prazo prescricional da pretensão punitiva em razão da existência de processo administrativo, o qual é sabido levar alguns anos*. Se não há norma que preveja expressamente a suspensão da prescrição, ela não pode ser suspensa por decisão do Judiciário.

Além disso, é sabido que a decisão do processo administrativo não vincula o Poder Judiciário, pois não faz coisa julgada na esfera penal. Ora, se a discussão na área administrativo-fiscal for prejudicial à discussão da lide penal (exemplo: dúvida sobre a elementar “tributo”), poderá o juiz determinar a suspensão do processo penal com base no Código de Processo Penal, até a solução definitiva do processo administrativo. Caso contrário, se o que se discute na esfera administrativa não tem qualquer relevância para o julgamento na seara penal, não há nenhum motivo



plausível para obstar o oferecimento e o recebimento da denúncia, óbice esse que viola flagrantemente o artigo 5º, XXXV, Constituição Federal (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito).

Reitera-se aqui que o crime não se perfaz com a inadimplência do tributo, mas com prática da fraude destinada a suprimi-lo ou reduzi-lo, não havendo como excluir do Poder Judiciário a discussão sobre a falsidade cometida (atente-se que se ela não configurasse crime tributário, configuraria outro delito).

## **6.14 Necessidade de alterações**

Para que a ordem tributária receba uma proteção penal suficiente, proporcional à importância do bem jurídico, de caráter difuso, e com isso atenda integralmente ao mandado constitucional (implícito) de criminalização, são necessárias algumas mudanças legislativas que, se adotadas, farão do Direito Penal um instrumento de reforma da atual e triste realidade, na busca da justiça social.

Deixamos aqui consignadas algumas sugestões:

A - responsabilização administrativa da pessoa jurídica utilizada para a prática de crimes tributários, com imposição de pesadas multas aos seus representantes legais e com o fechamento, em hipótese de reincidência na conduta delitiva.

Entendemos que a responsabilidade penal não seria possível, já que a Constituição não estipulou a possibilidade de previsão pela lei ordinária, como o fez para os crimes contra o meio ambiente, a ordem econômica e financeira e a economia popular. É certo que os crimes contra a ordem tributária são espécies do gênero “crimes econômicos” ou “macrocriminalidade”, mas a responsabilização penal não pode ser aplicada analogicamente, exigindo previsão inequívoca.

Ademais, como já enfrentamos acima, a responsabilidade penal da pessoa jurídica ainda é um problema a ser vencido no Direito pátrio, o qual não se encontra, ao menos por ora, estruturado nem material nem processualmente, para a punição.

B - Efetiva imposição, aos autores dos delitos tributários, da pena restritiva de direito consistente na perda de bens e valores, prevista na legislação específica (Dec. n. 3.240/45), quando os bens foram antecipadamente sequestrados, ou mesmo no Código Penal (arts. 43, II, e 45, § 3º), se não houve o sequestro. Além disso, a pena de multa deve ser estipulada em patamar proporcional à sonegação fiscal praticada, como forma de inibir a prática do crime (caráter preventivo). A pena restritiva de direito atingiria o patrimônio lícito do agente (já que a perda do ilícito é efeito automático da condenação) e teria por escopo a reparação do dano causado.

C - aumento das penas do artigo 2º da Lei n. 8.137/90, para que não seja possível a transação penal. Ora, não é razoável que uma norma que proteja um bem jurídico de importância coletiva preveja sanções de menor potencial ofensivo. Esse é um exemplo de ofensa ao princípio da proporcionalidade, mais precisamente do elemento *proporcionalidade em sentido estrito*, uma vez que não existe equilíbrio entre a conduta lesiva e a pena cominada.

D - fim da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, ressalvando-se a aplicação do arrependimento posterior, previsto no artigo 16 do Código Penal, se a quitação for integral (reparação total do dano), antes do recebimento da denúncia e desde que se dê por ato voluntário do agente. Poderiam ser acrescidos ainda dois requisitos: primariedade e adequação da medida (nesse último requisito, analisar-se-ia a suficiência da benesse para os casos de sonegações alarmantes).

E - possibilidade do processamento da ação penal independentemente do trâmite do processo administrativo, seja este motivado pelo parcelamento da dívida fiscal, seja porque se discute alguma pendência na esfera administrativa. Ressalva-se aqui a possibilidade de suspensão do processo penal, caso exista uma questão prejudicial que deva ser resolvida na seara administrativo-fiscal.

F - Tendo em vista a alta carga tributária hoje existente no país, que infelizmente não é revertida na sua íntegra em proveito da população, seja pela malversação das receitas tributárias, seja pela corrupção em alta escala, é preciso pensar na reforma tributária. Uma quantia justa de tributação, que não prejudique ninguém em excesso, possivelmente acarretaria um considerável decréscimo nas sonegações e fraudes fiscais.

G - Imprescindível também uma maior transparência na aplicação do montante arrecadado, a fim de que o contribuinte saiba para onde os valores dos tributos estão sendo direcionados. Ademais, muito oportunas seriam campanhas publicitárias, a fim de demonstrar à população em geral a finalidade e a utilidade dos tributos, bem como sua destinação social. Essas medidas ajudariam a diminuir o número de sonegações e fraudes fiscais.

## CONCLUSÃO

A Constituição Federal vigente, promulgada em 1988, estabeleceu que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

O Estado Democrático de Direito agrega aos conceitos de Estado Liberal e de Estado Social de Direito o valor “democracia”, de forma que “todo o poder emana do povo” (art. 1º, parágrafo único), é exercido direta ou indiretamente pelo povo e, principalmente, para o povo. Não se concebe uma democracia sem que as políticas de governo e de estado sejam exercidas em benefício de todos os cidadãos.

A democracia exige igualdade material (substancial) entre todos os indivíduos e o absoluto respeito à dignidade da pessoa humana, o que se busca, fundamentalmente, com o alcance do que chamamos de *justiça social*.

Nesse contexto, o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito não deve atuar como uma simples ferramenta punitiva, que esmague uma população visivelmente marginalizada socialmente, mas deve atuar sobretudo como um instrumento de modificação do *status quo* atual.

Isso significa que o nosso atual Direito Penal, composto por um Código Penal de 1940 e por legislações especiais esparsas (elaboradas sem qualquer preocupação com o ordenamento jurídico como um todo), e baseado quase que integralmente na proteção dos direitos individuais, em especial do patrimônio, precisa ser readequado.

Noutras palavras, é preciso fazer uma releitura do Direito Penal, em consonância com a ordem constitucional vigente, para que sejam compatíveis e que ele busque a tutela dos bens e interesses fundamentais de um Estado Democrático de Direito, garantindo, assim, a promoção da almejada justiça social.

Para que se proceda a essa releitura do Direito Penal, é imprescindível a eleição dos bens jurídicos, ou seja, os bens e interesses que atualmente sejam os de maior importância para a nossa sociedade. São esses bens jurídicos (e não outros) que merecem guarida do Direito Penal. Tal seleção dos bens juridicamente relevantes é encontrada na própria Constituição Federal, ou seja, todos os valores essenciais que fazem parte, explícita ou implicitamente, da ordem constitucional em vigor, devem ser objeto de proteção penalística.

Portanto, a própria Constituição Federal (e não as normas infraconstitucionais) impõe o que deve ou não ser tutelado penalmente, fazendo-o pelo que chamamos de *mandados constitucionais de criminalização*, que podem ser expressos, quando algum dispositivo da Constituição explicitamente ordenar ao legislador que penalize as condutas atentórias a determinado bem jurídico, ou tácitos, quando tal mandamento decorrer implicitamente de uma análise sistemática dos princípios e valores nela estampados.

Se a própria Constituição Federal determina o que deve ser objeto de tutela pelo Direito Penal, cabe ao legislador ordinário produzir, respeitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, os textos legais que concretizem os postulados constitucionais. Não pode o Poder Legislativo exceder as determinações do constituinte (haveria ofensa ao princípio da proporcionalidade, na modalidade *proibição do excesso*), mas também não pode proteger de forma deficiente os bens jurídicos que o próprio constituinte tratou como socialmente relevantes (haveria, igualmente, violação ao princípio da proporcionalidade, mas dessa feita sob a ótica da *proibição da proteção deficiente*).

Essa proteção penal deficiente (e portanto desproporcional) de alguns bens jurídicos é notável, sobretudo quando se trata de bens jurídicos difusos ou coletivos. O bem jurídico difuso e o bem jurídico coletivo são os de interesse de toda a sociedade. Eles não pertencem a um único indivíduo (como a intimidade ou o patrimônio, por exemplo), mas a todos. Sua proteção é de natureza social, é um interesse público. Porém, o Direito Penal atual é pouquíssimo eficiente na sua tutela.

A criminalidade econômica (também chamada de *macrocriminalidade*) ataca a própria estrutura, o próprio sistema econômico-social traçado pela Constituição Federal. Adotando-se o conceito mais amplo, delitos econômicos são os que ofendem a ordem econômica, o sistema financeiro nacional, a economia popular, as relações de consumo, o meio ambiente e a ordem tributária (objeto específico deste trabalho). Por isso, violam de maneira significativa os pilares do Estado Democrático de Direito, ofendendo sobremaneira bens e interesses transindividuais.

Especificamente quanto à ordem tributária, ela é notoriamente um bem difuso. O tributo tem uma função social das mais importantes, uma vez que sua arrecadação pelo Estado tem por meta a redistribuição da renda, isto é, a destinação de verbas para o suprimento das *necessidades públicas*. É a receita tributária que proporciona meios para investimentos nas áreas da educação (exemplo, construção de escola, compra de materiais didáticos, etc.), saúde (exemplo, construção de hospitais e ambulatórios, aquisição de medicamentos, etc.), transporte (exemplo, investimento em ônibus, metrô, trens, etc.), emprego (exemplo, criação de novas frentes de trabalho) e segurança pública (exemplo, contratação de policiais, aquisição de viaturas), além de muitas outras, como investimentos em iluminação pública, água, esgoto, asfaltamento de ruas, etc.

Conclui-se, portanto, que o tributo tem uma inegável finalidade social e que a proteção da ordem tributária interessa a toda a sociedade. É por esse motivo que os crimes tributários têm, em última análise, a sociedade como vítima, e causam extensos danos sociais. Por isso, o bem jurídico é de extrema importância e merece proteção eficiente do Direito Penal.

Ocorre que a proteção à ordem tributária é praticamente inexistente, ferindo-se o princípio da proporcionalidade (proteção estatal deficiente) e deixando a sociedade à mercê dos praticantes de tal espécie de delito, em geral criminosos das camadas socioeconômicas mais elevadas (*colarinho branco*), que multiplicam seu patrimônio, em detrimento do povo.

Tal inefetividade do Direito Penal, cuja atuação no tocante aos crimes tributários é meramente simbólica, é fruto de inconcebíveis beneplácitos, como a

extinção da punibilidade pelo pagamento, ainda que não espontâneo, do tributo (que pode ocorrer de forma ilimitada e sem qualquer critério quanto às condições pessoais do infrator) e pela criação de uma condição objetiva de punibilidade, consistente no desfecho de um processo administrativo-fiscal, inaceitável, diante de verdadeiras fraudes previamente consumadas. Tudo isso sem contar a corrupção na fiscalização, a ineficiência das investigações, a existência de crimes tributários de menor potencial ofensivo, fatores que, aliados aos já mencionados benefícios, impedem uma responsabilização necessária para os violadores de tão importante bem jurídico.

A tutela deficiente é inconstitucional, seja por violar a proporcionalidade, seja por violar a isonomia (as benesses existentes para os criminosos do “colarinho branco” não existem para os criminosos “clássicos”), pois deixa desprotegida toda a sociedade, que não vê atendidas as suas necessidades públicas, uma vez que as receitas que nelas seriam investidas acabam por alimentar os bolsos dos sonegadores.

Com isso, impede-se a igualdade substancial (o fosso existente entre as classes socioeconômicas se alarga), não se respeita o princípio da dignidade da pessoa humana e não se faz a justiça social, razão pela qual concluímos que a proteção deficiente nos crimes contra a ordem tributária é um real impeditivo à implementação do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Romero Auto de. *Crimes contra a ordem tributária: legitimidade da tutela penal e a inadequação político-criminal da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo*. São Paulo: Impactus, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teorias dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, David Teixeira. A representação penal e os crimes tributários: reflexões sobre o art. 83 da Lei 9430/96. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 739, p. 475-486, maio 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.



BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Lucia Guidicini; Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BITENCOURT, César Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 2001.

BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Direito constitucional tributário*. 24. ed. rev., ampl. e atual. até a Emenda constitucional n. 56/2007. São Paulo: Malheiros, 2008

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional: Lei n. 7492 de 16.06.86*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. v. 10.

COLEMAN, James William. *A elite do crime: para entender o crime de colarinho branco*. Tradução de Denise R. Sales. 5. ed. Barueri, SP: Manole, 2004.

CORREIA, Belize Câmara. *O Controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIA JÚNIOR, César de. *O processo administrativo fiscal e as condições da ação penal nos crimes tributários*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2006.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução do estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Roberto dos Santos. *Crimes contra a ordem tributária*. Porto Alegre: Malheiros, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Sobre a impunidade da macro-delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 3, n. 11, p. 166-174, jul./set. 1995.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento: límites de la prisión preventiva*. Traducción de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad Hoc, 1995.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, arts. 1º-10*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 1, t. 1.

JALIL, Mauricio Schaun. *criminalidade econômica e as novas perspectivas de repressão penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LOVATTO, Alécio Adão. *Crimes tributários: aspectos criminais e processuais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1954. v. 1.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Almedina, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo*. Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. Função motivadora da norma penal e marginalização. *Revista Ciência Penal*, Rio de Janeiro, Forense, ano 6, n. 2, p. 38-46, 1981.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1989.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. São Paulo: Javoli, 1980.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIRES, Armando de Azevedo Caldeira; GATTI, Thérèse Hoffman. A reinserção social e os egressos do sistema prisional por meio de políticas públicas, da educação, do trabalho e da comunidade. *Inclusão Social*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 75-82, abr./set., 2006. Disponível em: <[www.publicacoes.inep.gov.br](http://www.publicacoes.inep.gov.br)> e <<http://www.inep.gov.br/PESQUISA/BBE-ONLINE/det.asp?cod=66958&type=P>>. Acesso em: 15 ago. 2009.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Christiano Jorge. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Título. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso ("übermassverbot") à proibição de proteção deficiente ("untermassverbot") ou como não há blindagem contra normas inconstitucionais. *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, Porto Alegre, ano 32, n. 97, p. 171-202, mar. 2005.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração econômica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolsan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TORON, Alberto Zacharias. Crimes de colarinho branco: os novos perseguidos? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 7, n. 28, p. 73-84, out./dez. 1999.

VELLOSO, Ricardo Ribeiro. *Crimes tributários e econômicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)