

DOUGLAS FISCHER

**DELINQUÊNCIA ECONÔMICA
E ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO -
UMA TEORIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO**

**Porto Alegre
2006**

DOUGLAS FISCHER

**DELINQUÊNCIA ECONÔMICA
E ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO
UMA TEORIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO**

Dissertação de Mestrado em Direito
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Faculdade de Direito
Instituições de Direito do Estado

Orientador: Professor Doutor Juarez Freitas

Porto Alegre

2006

DOUGLAS FISCHER

**DELINQUÊNCIA ECONÔMICA
E ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO -
UMA TEORIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO**

Dissertação apresentada no Curso de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito para a obtenção do grau de mestre.

Aprovada em 28 de agosto de 2006, pela Banca Examinadora.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. JUAREZ FREITAS

Prof. Dr. CLÊMERTON MERLIN CLÈVE

Prof. Dr. PAULO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA

F529D FISCHER, DOUGLAS
 Delinquência econômica e estado social e democrático de
direito [manuscrito] : uma teoria à luz da Constituição / Douglas Fischer.
– 2006.

252 f.

Dissertação (mestrado) -- Pontifícia Universidade
Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito,
2006.

“Orientador : Professor Doutor Juarez Freitas”.

1. Crime econômico. 2. Constituição. 3. Princípio
constitucional. 4. Estado de direito. I. Título.

CDU – 343.37

Para Nicholas, meu pequeno pedaço de gente.
Para Syomara.
Os meus amores.

AGRADECIMENTOS

É momento de registrar agradecimentos. São muitos, mas necessários, na medida em que o resultado deste trabalho se deve especialmente aos nominados.

Em primeiro lugar, à Syomara, esposa e amiga: teve paciência para aceitar tantas horas que lhe privei, sempre me incentivando a perseguir meus objetivos.

A Noemia e Luiz Fischer, meus pais, idealizadores de vida, que me despertaram o ânimo para estudar, e desta vez não foi diferente. Bem assim, pelos mesmos motivos, ao Roger e à Cynthia, meus irmãos.

À Maria Marlene Alberto e Inez Voltolini Bastian, que uma vez mais se dispuseram a propiciar tranquilidade para eu dedicar esforços apenas no desenvolvimento deste estudo.

Aos colegas de Ministério Público Federal Ângelo Roberto Ilha da Silva, Ricardo Luís Lenz Tatsch e Paulo Gilberto Cogo Leivas, pelos inúmeros auxílios desde antes do início do mestrado até o presente momento. Aos também colegas de instituição Carlos Augusto da Silva Cazarré, Luiz Felipe Hoffmann Sanzi, Marcelo Veiga Beckhausen, Maria Emília Corrêa da Costa, Rodrigo Valdez de Oliveira e Vitor Hugo Gomes da Cunha, pelo constante apoio.

A todos os colegas da área criminal da Procuradoria Regional da República na 4ª Região, que suportaram carga de trabalho superior durante minha ausência por determinado período para conclusão deste trabalho.

Ao Claiton Renato Macedo Marques, ao José Ricardo Fernandes e à Luciane Caon Bragaglia, que, especialmente durante o curso de mestrado, sempre me deram todo e irrestrito apoio no desenvolvimento de minhas atividades na Procuradoria Regional da República na 4ª Região. Também pelo auxílio na elaboração desta dissertação, ao Luiz Reimer Rodrigues Rieffel. Às Cláudias, Zanenga e Sanguin, da Biblioteca da PRR4ª Região, e também à Marta Roberto, da Biblioteca da PRRS, que foram incansáveis e eficientes em minhas solicitações. Ainda ao Klaus Blumel, da PRRS, que me auxiliou quando necessitei.

À Edmar Vianeí Marques Daudt, que sempre me incentivou à academia, dando inúmeras sugestões para o desenvolvimento deste trabalho.

Também ao Andrei Pitten Velloso, expoente da magistratura federal, que contribuiu com sua opinião crítica em muitos tópicos desenvolvidos.

Ao Conselho Superior do Ministério Público, por continuar permitindo que os integrantes da classe possam, em determinado período, ter dedicação exclusiva para elaboração da dissertação de mestrado, acreditando no crescimento profissional individual e institucional.

E especialmente ao Professor Juarez Freitas, Mestre desde meus tempos de ingresso na faculdade e maior incentivador para que eu realizasse o mestrado, que me tem ensinado o verdadeiro sentido e melhor caminho dos estudos e da discência. Suas críticas e conselhos, sempre construtivos, têm sido da mais alta valia para minha vida pessoal e profissional.

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade abordar a criminalidade econômica à luz de um Estado Social e Democrático de Direito, partindo das premissas de que a Constituição Brasileira fixa diretrizes para o atendimento da justiça social e estabelece como objetivos da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Sustenta-se que a força normativa da Constituição somente será revelada em sua plenitude a partir de uma adequada interpretação de seu conteúdo material, bem assim da devida conformação das normas infraconstitucionais aos seus comandos. Por intermédio de uma hermenêutica sistemática, propõe-se haver novos paradigmas influentes em matéria penal e processual penal, reconhecendo-se existir, também nestas searas, uma *Constituição Dirigente*. Vinculando os Poderes Legislativo e Judiciário, os princípios fundamentais influentes nestas áreas repercutem na dignidade penal de determinados bens jurídicos, desvelando os limites para a criminalização ou descriminalização das condutas. O Direito Penal não mais pode ser compreendido apenas sob a ótica de controle social mediante proteção de bens individuais, mas também daqueles de cunho supra-individual. Defende-se que os efeitos danosos da delinquência econômica, como regra, são maiores do que os resultantes dos delitos patrimoniais *tradicionais*, bem assim que os delinquentes econômicos devem ser considerados mais perigosos que o *infrator comum*. Em regra, as penas mais eficazes para a proteção dos bens jurídicos relacionados aos delitos econômicos são as privativas de liberdade. Por fim, propugna-se haver a inconstitucionalidade material de normas que permitem a extinção da punibilidade em delitos econômicos mediante a devolução ao Estado das quantias objeto das práticas criminosas, por violação dos Princípios da Proporcionalidade e da Proibição de Proteção Deficiente.

Palavras-chave: direito constitucional – hermenêutica – delinquência econômica – novos paradigmas – princípio da proporcionalidade – princípio da proibição de proteção deficiente (*untermaßverbot*)

ABSTRACT

This work proposes the analysis of economic criminality under the perspective of a welfarist Rule of Law, starting from the premises that the Brazilian Constitution establishes for the implementation of social justice and dictates as objectives of the Republic the development of a free, just and solidary society. It is argued that the normative force of the Constitution will only be revealed in its plenitude through an adequate interpretation of its material content, by means of a due conformation of all non-formal constitutional rules to the Constitution commands. By reason of systematic hermeneutics, this work offers for consideration the thesis that exists new influential paradigms in both criminal and criminal procedure law. Also, in both mentioned areas, the thesis recognizes the existence of a "Driving Constitution". The fundamental principles that influence these fields bind the Legislative and the Judiciary branch, reflecting themselves in the notion of dignity in criminal law of some particular legal goods, revealing the limits to the criminalization or not of certain actions. Criminal law can not remain being understood as a social control only enabled by the protection of individual goods, but by an emphasis in the protection of goods that look beyond the individual. This study maintains that the harmful effects of economic delinquency, as a rule, are greater than the ones caused by traditional property crimes. Therefore, economic offenders must be considered more dangerous than the usual offender. Generally, the most efficient punishments for the protection of legal goods related to economic crimes are the ones which deprive the offender of liberty. Finally, the argument aims to defend the existence of a material unconstitutionality of rules that excuse the liability for an economic criminal act through the return to the State of the monetary amount involved in the crimes. The above mentioned unconstitutionality is based upon the violation of the principles of proportionality and prohibition of deficient protection.

Key Words:

constitutional law – hermeneutics – economic delinquency – new paradigms – principle of proportionality – principle of prohibition of deficient protection

LISTA DE ABREVIÇÕES

- ADI – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
- BVerfGE – (Bundesverfassungsgericht) Tribunal Constitucional Alemão
- CF/88 – Constituição Federal de 1988
- CP – Código Penal Brasileiro
- CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito
- DJU – Diário da Justiça da União
- MS – Mandado de Segurança
- RE – Recurso Extraordinário
- REsp – Recurso Especial
- Rel. – Relator
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STJ – Superior Tribunal de Justiça
- TRF/4ª Região – Tribunal Regional Federal da 4ª Região
- V.G. – *verbi gratia*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: UMA PROPOSTA DE DESENVOLVIMENTO SISTEMÁTICO	17
1.1 Diretrizes para o desenvolvimento do mister exegetico	17
1.1.1 Interpretação sistêmica e aberta: da vedação de hierarquização prévia e rígida das regras, valores e princípios constitucionais	23
1.1.2 A eficácia imediata, na maior medida possível, dos princípios, das regras e dos valores constitucionais	26
1.1.3 Os Princípios fundamentais e o metacritério da Justiça como condutores de uma interpretação tópico-sistemática	30
1.1.4 A lógica do razoável e a inexistência de uma única resposta correta	32
1.1.5 O desenvolvimento de um círculo hermenêutico e dialético: do todo para as partes, das partes para o todo	36
1.2 O tempo dos Direitos e o tempo dos Deveres: uma conexão necessária, hodierna e para o futuro ancorada nos princípios constitucionais	38
1.3 Constituição Dirigente e vinculação do legislador	41
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS E INFLUENTES EM MATÉRIA PENAL E PROCESSUAL PENAL	48
2.1 Princípios e Regras: da superação dos dissensos doutrinários em direção à fixação de parâmetros suficientes acerca de suas diferenças e semelhanças	48
2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	53
2.3 Princípio do Devido Processo Legal	58
2.4 Princípio da Legalidade	60
2.5 Princípio da Inocência	61
2.6 Princípio da Igualdade	61
2.7 Princípio da Solidariedade	64
2.8 Princípio da Proporcionalidade	69
2.8.1 Subprincípio Adequação entre Meios e Fins	72
2.8.2 Subprincípio da Necessidade	76
2.8.3 Subprincípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito	77
2.9 Considerações finais tópicas	77
3 O PODER-DEVER DE PUNIR DO ESTADO	79
3.1 Teorias das Penas: Uma constante evolução	79
3.1.1 Do fim dos períodos das penas cruéis ao surgimento da Escola Clássica	79
3.1.2 Teorias Absolutas ou Retributivas	80
3.1.3 Teorias Relativas	83
3.1.4 Teoria Unificadora (ou mista) das Penas	86
3.1.5 Teoria da Prevenção Geral Positiva	86
3.2. O garantismo: sua compreensão e fundamentos à luz da doutrina de Luigi Ferrajoli	89
3.2.1 Os princípios fundantes do Garantismo	91

3.2.2 Bens Jurídicos Fundamentais e a compreensão das propostas e dos limites do Direito Penal Mínimo e do Direito Penal Máximo.....	92
3.3 A "expansão do Direito Penal" e a sua aplicação em velocidades diversas.....	94
3.4 A função da pena no Estado Social e Democrático de Direito	97
3.5 Conclusões parciais.....	101
4 DELITOS ECONÔMICOS: UMA TEORIA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE UM ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO	103
4.1 Delinquência econômica: da concepção-percepção de Sutherland e a delimitação da discussão em face do tema proposto	103
4.2 Princípios Constitucionais e Direito Penal Econômico	107
4.3 Penalização em face dos Delitos Econômicos sob a ótica constitucional vigente	112
4.3.1 Bem jurídico nos delitos econômicos.....	116
4.3.2 O Dever fundamental de pagar tributos	121
4.3.3 As conseqüências dos delitos econômicos	127
4.3.4 A periculosidade do delinquente econômico.....	132
4.3.5 A questão penitenciária e a ressocialização dos agentes que praticam delitos econômicos: um novo paradigma	136
5 DELITOS ECONÔMICOS: UMA PROPOSTA DE CONTROLE E FILTRAGEM CONSTITUCIONAL EM QUESTÕES PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS.....	143
5.1 Das penas mais adequadas: uma contextualização hodierna necessária.....	143
5.2 O mito da eficácia das penas pecuniárias e das penas restritivas de direitos como forma de prevenção e repressão eficaz dos delitos econômicos	145
5.2.1. Considerações gerais	145
5.2.2. Considerações específicas	154
5.3 Prisões preventivas e Delitos Econômicos: quais os pressupostos ?.....	157
5.3.1 Considerações específicas	161
5.4 O exaurimento da esfera administrativa como condição de punibilidade nos crimes tributários	166
5.5 A extinção da punibilidade em Delitos Econômicos	178
5.5.1 A disposição do artigo 34 da Lei nº 9.249/95.....	179
5.5.2 A disposição do artigo 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003	184
5.5.3 O dispositivo do artigo 15 da Lei nº 9.964/2000	185
5.5.4 A Medida Provisória nº 303/2006 (Refis III)	188
5.5.5 O Projeto de Lei nº 5.228/2005	191
5.5.6 O Princípio da Proporcionalidade e regras despenalizantes.....	192
5.5.7 A Proibição da Proteção Deficiente e o argumento de que de regras despenalizantes em delitos econômicos têm finalidade de política criminal ou arrecadatória	201
CONCLUSÃO.....	220
OBRAS CONSULTADAS	233

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal assenta seus pilares nos princípios ordenadores de um Estado Social e Democrático de Direito, tendo como fundamentos, dentre outros, o da cidadania e o da dignidade da pessoa humana. Os objetivos fundamentais consistem na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e também na erradicação da pobreza e da marginalização, buscando-se, ainda, a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e III, CF/88). Há também reconhecimento dos direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, à segurança e à previdência social. Ao mesmo tempo, assenta ser necessária a defesa de uma “ordem econômica” (art. 170, CF/88) com a observância dos princípios da livre concorrência e da redução das desigualdades regionais e sociais. Através do prisma da sustentação do sistema financeiro nacional (art. 192, CF/88), deve ele estar estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, sem descuidar da ordem social (art. 193, CF/88), que tem como “*objetivo o bem-estar e a justiça sociais*”.

Presentes de maneira cada vez mais intensa no cenário pátrio, mas não sendo *novidade* suas existências, pensa-se que os delitos econômicos têm características próprias que demandam uma averiguação mais detalhada acerca de sua etiologia, especialmente diante de um ordenamento jurídico que apresenta as características mencionadas.

Utilizando-se especialmente de procedimento indutivo, a pesquisa foi realizada a partir de considerações teóricas gerais e específicas do tema, bem assim levando em conta questões práticas atinentes aos delitos econômicos à luz de decisões jurisprudenciais, coletadas também no decorrer do exercício funcional.

A proposta do estudo que ora se submete a debate está distribuída em cinco capítulos, todos interligados e interpenetrados.

Estando na Constituição o ponto de partida da investigação, no primeiro capítulo apresentou-se uma abordagem teórica para o desenvolvimento do processo hermenêutico. Estabeleceram-se diretrizes para a interpretação, e, ao tempo em que se reconheceu não haver fórmulas rígidas, partiu-se do pressuposto de que é possível se fixarem premissas básicas para tal finalidade mediante uma teoria argumentativa. Considerou-se que a hermenêutica mais adequada necessita ser realizada de forma dialógica, aberta e tópico-sistêmica, buscando-se na

concretização das normas a melhor eficácia dos princípios, regras e valores insertos no ordenamento jurídico. Para interpretar o sistema é fundamental compreendê-lo, levando-se em conta todas as normas integradas e costuradas por fios seguros e suficientemente fortes para que se possam solucionar as tensões existentes em documento político marcado pela pluralidade. Sem pretender a fixação de um *panconstitucionalismo*, reconheceu-se que a Constituição ocupa função central no sistema vigente, irradiando efeitos sobre o ordenamento infraconstitucional, que precisa ser com ela harmonizado. Pela hierarquia que apresentam, os comandos constitucionais traduzem-se como *ordenadores* e *dirigentes* aos criadores e aos aplicadores das leis.

Tendo em vista a correlação vertical que se estabeleceu entre os vetores constitucionais e a delinqüência econômica, no capítulo segundo procurou-se fazer uma abordagem dos princípios constitucionais fundamentais e influentes em matéria penal e processual penal. Na primeira parte, tentou-se encontrar solução para dissensos doutrinários relativos à fixação de parâmetros de diferenças e semelhanças entre princípios e regras. Depois, a partir do Princípio maior da Dignidade da Pessoa Humana, trilhou-se caminho pelos Princípios do Devido Processo Legal, Legalidade, Inocência, Solidariedade e Proporcionalidade, este sob a ótica dos subprincípios da Adequação entre Meios e Fins, da Necessidade e da Proporcionalidade em Sentido Estrito.

Fixadas essas bases, para que se pudesse compreender e desenvolver uma teoria relacionada direta e especificamente aos delitos econômicos, fez-se mister uma demonstração de quais teorias justificam o agir (poder) do Estado em punir criminalmente infratores do ordenamento jurídico, bem como se assentou qual a função da pena em um Estado que se considere Democrático e Social de Direito. Esse foi o objetivo delineado e desenvolvido no capítulo terceiro. Sedimentando que o Direito Penal deve-se desvelar como espelho da realidade e segundo os paradigmas aceitos socialmente como relevantes, iniciou-se referindo o pensamento fundamentador das Teorias Absolutas, também chamadas de Retributivas. Sob o enfoque das Teorias Relativas, abordaram-se as denominadas funções de prevenção geral e especial. A Teoria da Prevenção Geral Positiva foi apresentada sob seu enfoque bidimensional: Fundamentadora e Limitadora. Acreditou-se ser essencial, por igual, delinear quais são os verdadeiros pedestais do *garantismo*, e quais seus princípios fundantes. Procurou-se fixar os parâmetros para a incidência do Direito Penal Mínimo e do Direito Penal Máximo, tema que se encontra umbilicalmente relacionado aos bens jurídicos fundamentais. Por fim, fez-se uma abordagem da *expansão* do Direito Penal e sua aplicação em *velocidades diversas*.

Traçados esses elementos fundamentais, evoluiu-se para uma abordagem teórica da *delinqüência econômica* diante dos princípios anteriormente referidos. No capítulo quarto, realizou-se exordialmente um esboço histórico relacionado com os delitos econômicos, a partir da concepção-percepção de Edwin Sutherland. Fixaram-se, também, quais os pressupostos para penalização de *delitos econômicos* sob a ótica constitucional vigente, com ênfase para o bem jurídico protegido, as conseqüências deles advindas e a periculosidade dos agentes que os praticam. Reconheceu-se também existir um dever fundamental de pagar tributos. Por último, abordou-se a questão referente aos problemas penitenciários e propôs-se um novo paradigma para a abordagem da ressocialização quanto aos agentes que praticam tais crimes.

No quinto e último capítulo, apresentou-se teoria de controle e filtragem constitucional em questões penais e processuais penais. Propondo-se uma contextualização hodierna, trouxe-se uma idéia de quais penas criminais são as mais adequadas e idôneas para que cumpram seus objetivos. Abordaram-se as penas privativas de liberdade, de multa e restritivas de direitos. No mesmo diapasão, avançou-se para uma *releitura* dos pressupostos para determinação de prisões preventivas envolvendo delinqüentes econômicos, considerando-se os princípios constitucionais que norteiam o problema. A seguir, fez-se uma abordagem específica, objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu ser necessário o exaurimento da instância administrativo-tributária para que se possa instaurar ação penal por crimes previstos no artigo 1º da Lei nº 8.137/90 (e também em correlatos de natureza *material*). Na seqüência, sob o paradigma do Princípio da Proporcionalidade, analisaram-se topicamente três situações que envolvem a extinção da punibilidade em delitos econômicos mediante a restituição dos valores objeto da prática criminosa aos cofres públicos (artigo 34 da Lei nº 9.249/95, artigo 9º e § 2º da Lei nº 10.684/2003 e artigo 15 da Lei nº 9.964/2000). Fez-se referência, ainda, ao projeto de lei que pretende autorizar o reingresso de valores mantidos de forma ilícita no exterior mediante o atendimento de alguns requisitos nele estabelecidos, e também fez-se destaque às novéis disposições da Medida Provisória nº 303/2006, que trata do denominado Refis III. Por fim, propôs-se uma abordagem da Proibição de Proteção Deficiente em face das regras despenalizantes em delitos econômicos, procurando-se fixar quais são os parâmetros para a criminalização, não-criminalização ou descriminalização à luz da ordem constitucional.

Em suma, a pretensão teve como núcleo essencial trazer uma proposta de interpretação sistemática dos princípios, regras e valores constitucionais para tentar justificar que, a partir da Constituição Federal de 1988, há novos paradigmas influentes em matéria penal e

processual penal, contexto dentro do qual merecem ser analisados, *concomitantemente à delinqüência tradicional*, também os *delitos econômicos*, mas conforme suas características e diferenças, obedecendo-se especialmente à proporcionalidade (dignidade penal). Propôs-se uma interpretação atual a delitos que, do que se percebe, não têm sido objeto de tratamento razoável, sobretudo jurisprudencial, pois ancorado ainda em premissas sistêmicas de um modelo ilustrado, que hoje se encontra superado.

“[...]a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade, mas também a vontade da Constituição”. (Konrad Hesse)

1 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: UMA PROPOSTA DE DESENVOLVIMENTO SISTEMÁTICO

1.1 DIRETRIZES PARA O DESENVOLVIMENTO DO MISTÉRIO EXEGÉTICO

Para uma compreensão da tarefa hermenêutica, deve-se ter consciência de que não existe uma teoria dos métodos preestabelecida para a realização da interpretação constitucional. Interpretar o Direito em sua completude não se resume na simples tarefa de ler o conteúdo literal dos textos ¹, sob pena de se desconsiderar e subestimar a complexidade fenomênica em que se vive, razão pela qual a interpretação não pode dar-se de forma desvencilhada do rigor crítico. O texto legal exige que se vá além dele ². Interpretar o direito significa, essencialmente, compreendê-lo. Não se interpreta para compreender, mas se compreende para interpretar ³.

O direito é alográfico na medida em que o texto normativo não se completa no sentido impresso pelo legislador, mas sim quando o seu sentido é produzido pelo intérprete. Do texto, interpretando-o, chega-se ao conteúdo de algo novo, a norma ⁴. Há uma constante e reinvenção da essência dela. Nesta linha, com percuciência, José Adércio Leite Sampaio salienta ⁵ que a Constituição [o sistema jurídico como um todo] precisa ser vista como “uma

¹ Como diz Alexy, a aplicação do direito “é algo mais que mera subsunção de um fato a uma regra”. ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2 reimpresión. Colonia del Carmen: Biblioteca de Ética, Filosofía del derecho y política, 2002, p. 33.

² “O direito positivo não é o direito no papel, mas aquele que se manifesta na realidade social”. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 458.

³ STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 179 (nota de rodapé n. 10). Defendendo ainda não se poder utilizar a hermenêutica jurídica como uma ferramenta para a organização do pensamento, propugna que “se a filosofia passou a ser compreendida como hermenêutica, a hermenêutica passou a ser compreendida como filosofia. Do fundamental, passamos para o compreender. E a interpretação não se faz mais em etapas [...]. Interpretar é compreender”. Op. cit., p. 181.

⁴ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 26, 78 e 176. Grau define *interpretação* como sendo “um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo. Atividade voltada ao discernimento de enunciados semânticos veiculados por preceitos (enunciados, disposições, textos). O intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (o texto); neste sentido, o intérprete produz a norma”. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 79. Humberto Ávila, reportando-se a Guastini, destaca que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.

⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 19.

simbiose que assume as formas jurídicas e se limita às suas contingências, ao seu tempo e ao seu povo. É uma obra inacabada, e que tende a se rebelar contra os seus criadores. A tarefa do jurista é pôr em marcha essa tendência dispersiva do texto sem permitir que se esvaia o sentido de norma ou que se destrua a engenharia original dos fundadores”. Assevera que o trabalho reconstutivo da jurisdição constitucional é dominado “pela ambigüidade de aplicar, criando, o direito. E de resolver, em código jurídico, a tensão diária entre a Constituição-papel e a Constituição-real, sendo, ao mesmo tempo, habitante dos dois mundos”.

Procurando determinar o conteúdo normativo e debruçado sobre o direito legislado, deve o intérprete perscrutar os caminhos e desvendar as riquezas que dele advêm, especialmente aquelas que se encontram ocultas sob a superfície ⁶. Contudo, a atribuição de sentido ao texto pelo intérprete “nem de longe pode significar a possibilidade deste estar autorizado a *dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados”.⁷ Hermenêutica não se coaduna com decisionismo.

Como propõe Gadamer ⁸, para compreender um texto é fundamental estar disposto e admitir que ele possa lhe dizer algo, pois “uma consciência formada hermenêuticamente deve, desde o princípio, se mostrar receptiva à alteridade do texto”. A compreensão do que está posto em um texto consiste exatamente na elaboração de um projeto preliminar acerca de seu conteúdo (com considerações axiológicas que se tem sobre ele e também com uma apropriação de opiniões em contrário), de forma que essa prospecção deve ser constantemente revisada na medida em que se avança e se descobre o sentido do texto ⁹. Daí a razão de se falar em pensamento circular, pois o intérprete trava um diálogo com o texto: a partir de suas (pré)compreensões, abre-se para ele, procurando dar-lhe voz, *criando* ao final a norma ¹⁰.

Uma interpretação jurídica que se tem por mais adequada ¹¹, *mais razoável*, necessita ser contemporânea, motivo pelo qual, como dito, não basta lançar os olhos ao que plasmou de forma impressa o legislador, apegando-se inclusive à sua literalidade. É fundamental saber, no

⁶ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 23.

⁷ STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 191.

⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5 ed. rev. Rio de Janeiro: Vozes, 2003, p. 358.

⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5 ed. rev. Rio de Janeiro: Vozes, 2003, p. 356.

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 107.

¹¹ “A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma [...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 22-3.

momento de sua aplicação, o que a realidade dos fatos revela e reclama, mormente diante dos valores axiológicos vigentes insertos na ordem maior, a Constituição.

Uma advertência prudente: a Constituição é um conjunto normativo que reside em posição hierárquica superior, mas essa premissa não significa a adoção de um *panconstitucionalismo*, senão apenas sedimentar que a Constituição ocupa a função central do sistema vigente, como reconhece Clève¹². Na mesma trilha, José Adércio diz que não se pode advogar a presunção de uma *Constituição de tudo*, embora seja necessário se reforçar a importância da simbologia de uma *Constituição de todos*, centro de referência de um imaginário fundacional da sociedade¹³.

Além disso, o intérprete não pode lançar mão de uma baixa pré-compreensão da Constituição, limitando-se a um (vetusto) sistema interpretativo pelo simples cotejo de textos jurídicos especialmente no plano infraconstitucional, que se traduziria em inversão lógico-sistêmica.

Significa que, diante de todas as exigências que se apresentam entrelaçadas, o hermeneuta precisa encontrar a *solução que melhor se amolda* ao caso em observância aos ditames constitucionais. Como firma García de Enterría¹⁴, “la supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación [...] en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate”. Em sua compreensão, este “principio es una consecuencia derivada del carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo y está reconocido en los sistemas que hacen de ese carácter un postulado básico. Así, en Estados Unidos, todas las Leyes y los actos de la Administración han de interpretarse *in harmony with the Constitution*; en Alemania el mismo principio impone *die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, la interpretación de las Leyes conforme a la Constitución”.

Nesta evolução, assiste razão a Juarez Freitas¹⁵ ao defender, de modo perspicaz, que “o intérprete deve auscultar os fins para os quais restou erigido, na atualidade, um sistema”, definindo que um qualificado intérprete sistemático “será aquele que nunca decide

¹² CLÉVE, Clémerson Mérlin. *O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 387.

¹³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Retorno às Tradições: A Razoabilidade como parâmetro Constitucional*, p.95.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. 3 ed. Madrid: Civitas, 2001, p.95.

¹⁵ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 24.

contrariamente ao Direito, mas, *sem temor*, emite juízos a favor da eficácia direta e imediata, no núcleo essencial, dos princípios e direitos fundamentais" ¹⁶.

Daí o motivo pelo qual se tem por pertinente, em complemento, a observação de Konrad Hesse: "quanto mais conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente [incorporando o estado espiritual de seu tempo, tarefa da qual é incumbido o seu intérprete], tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa"¹⁷.

Reconhecendo que ela se constitui em documento normativo do Estado e da sociedade, Clève destaca ¹⁸, com peculiar capacidade, que a Constituição não só impõe diretrizes específicas a serem adotadas, mas "opera força normativa, vinculando, *sempre*, positiva ou negativamente, os Poderes Públicos". Essa força normativa, insiste, expande-se "até aos terrenos da ordem econômica e social, mesmo nos domínios em que a Constituição tradicionalmente não penetrava ou em relação aos quais costumada ser olhada apenas como mensagem ou utopia" ¹⁹. Refere ainda que *a Constituição* é fundamento e centro do sistema, agindo como *filtro*, que retém e repele o que não pode integrar a ordem jurídica recomposta, de modo que qualquer estudo jurídico, independentemente do ramo a que estiver vinculado, deverá começar levando em conta a Constituição do ponto de vista formal e material ²⁰.

Não basta reconhecer que a Constituição tem força normativa: é fundamental se compreender e sedimentar que sua verdadeira força dependerá de uma adequada interpretação de seu conteúdo material²¹.

Na aplicação do direito, portanto, não há como o intérprete ficar afastado do mundo e dos fatos que o circundam. Não há como desenvolver um pensamento abstrato, distante da realidade. A hermenêutica está ancorada na faticidade e na historicidade. O intérprete não tem como se separar de sua cultura jurídica, suas crenças, sua inserção socioeconômica e todas as

¹⁶ Na linha de Bilbao Ubillos, "el protagonismo o el éxito de los derechos fundamentales en la cultura jurídica actual radica en que las normas que los reconocen son de aplicación directa e inmediata, pero tienen un contenido principal, un sustrato muy abierto, por lo que tienden a expandirse, a penetrar y rellenar impetuosamente todos los intersticios del ordenamiento". BILBAO UBILLOS, Juan María. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales ?* In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 306.

¹⁷ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 20.

¹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2 ed. rev. e amp. São Paulo: RT, 2000, p. 22.

¹⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2 ed. rev. e amp. São Paulo: RT, 2000, p.28.

²⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 39, p. 25.

²¹ STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 209.

demais circunstâncias que integram a sua personalidade ²². É preciso reconhecer que neutralidade do intérprete só existe em teorias. Na prática, ela se dissolve ²³. Efetivamente, no exercício de seu papel de aperfeiçoador-elaborador do direito, deve o intérprete acorrer a juízos de valor ²⁴, que se encontram no centro dos problemas criados pela interpretação e aplicação do direito ²⁵. Precisa examinar os fenômenos multidimensionais, ao invés de isolar cada uma de suas dimensões, respeitando as diferenças, ao mesmo tempo em que reconhece a unicidade sistêmica ²⁶.

Eros Grau lembra que a norma é produzida não apenas a partir dos elementos do texto normativo (mundo do dever-ser), mas também levando em conta determinada situação histórica, em face dos elementos concretos do caso ao qual está sendo aplicado: a partir da realidade (mundo do ser) ²⁷, cujo ponto de partida deve ser a Constituição – com sua ínsita vocação prospectiva e transformadora ²⁸-, tendo como norteador o sistema por ela delineado. Nessa senda, “o sentido do texto se dá a partir do modo de ser-no-mundo no qual está inserido o intérprete. Não se percebe o texto primeiramente enquanto ‘ser-objeto’. Há um mundo circundante onde acontece a manifestação. Ao vislumbrar o texto, já há um ter-prévio, um ver-prévio e um pré-conceito acerca da Constituição”²⁹.

Impende reconhecer desde já que um (mas não apenas este) dos graves problemas da hermenêutica jurídica hodierna está na simples reiteração e reprodução acrítica de decisões anteriores, sem que o intérprete se atenha – e, muitas vezes, sequer se dê o trabalho de se ater - se efetivamente são aplicáveis ao caso concreto que reclama solução, e, especialmente, se aqueles paradigmas efetivamente são os melhores, os mais razoáveis, estando (ou não)

²² Embora seja de relevo jurídico na obra em que a apresenta, pensa-se que a proposta procedimentalista de Rawls de se lançar mão de um véu da ignorância (*veil of ignorance*) não pode ser conducente para a solução dos problemas decorrentes da hermenêutica jurídica como forma de fomentar a equidade. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 149. Como destaca Höffe, abordando a Teoria da Justiça de Rawls, o véu da ignorância "assegura uma escolha na qual ninguém é influenciado por circunstâncias ou acasos da natureza". HÖFFE, Otfried. *O que é Justiça ?* Porto Alegre: Edipucrs, 2003, p. 79.

²³ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.51.

²⁴ Segundo defende Barroso, ao abordar a aplicabilidade das normas constitucionais e reportando-se aos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, o jurista tem o dever de perquirir no sistema normativo todas as possibilidades abertas em favor do atendimento de valores socioculturais incorporados ao patrimônio da sociedade e abrigados nas respectivas constituições contemporâneas. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. 7 ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 143.

²⁵ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 408 e 464.

²⁶ MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. 7 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 88-9.

²⁷ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 31 e 93.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. 7 ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 89.

²⁹ STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 175.

consentâneos com a realidade da matriz embasadora do pensamento complexo e sistêmico que emana da ordem constitucional. O automatismo e a ausência de crítica têm sido a tônica em boa parte do procedimento hermenêutico atual. Há uma conformidade em simplesmente *repetir* o que já foi dito por outros intérpretes. O *ementismo* – no qual a ementa se transformou em super-regra, um conceito universal, uma *pauta geral*³⁰ – tem sido procedimento recorrente de reiterados precedentes jurisprudenciais. Está-se solidificando um "*hermentismo*", procedimento que se traduz em limitada hermenêutica das ementas. Essa "*fala falada* decorre de uma *hermenêutica de bloqueio*, que impede que o novo – o sentido da Constituição que aponta para o resgate das promessas da modernidade – venha à tona"³¹.

Enfim, a compreensão do sistema jurídico mediante o processo interpretativo (que, ratifica-se, culmina em *criação* do direito) requer a humildade de se admitir que há antinomias e proposições contrárias ao pensamento que se desenvolve, tanto assim que as respostas eventualmente obtidas na exegese não são as únicas possíveis. Mas é fundamental a busca constante das *melhores respostas*.

Em uma organização social heterogênea, social e democrática, é natural – senão inafastável – a existência no ordenamento jurídico de interesses contraditórios, com eventuais conflitos daí decorrentes³². Entretanto, por mais paradoxal que possa parecer, pensa-se ser do *equilíbrio* desses opostos pólos que se firma a própria estabilidade constitucional e do sistema vigorante. Eventuais colisões entre si não geram enfraquecimento dos princípios, mas seu mútuo fortalecimento. Como destaca Barroso³³, "com certa elasticidade, a Constituição sustenta esta tensão dialética, fonte constante de mudanças sociais e políticas".

Se não há métodos preestabelecidos para a exegese, ao menos se pode admitir que existem alguns lugares-comuns interpretativos que permitem se traceje o caminho desse processo hermenêutico por intermédio de uma teoria argumentativa. Inviável é a abordagem e levantamento de quais seriam todas essas diretrizes, mas se trará ao debate aquelas consideradas como norteadoras fundamentais para a tarefa hermenêutica.

³⁰ Streck, Lênio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 174 e 216.

³¹ STRECK, Lênio. *Teoria da Constituição e Jurisdição Constitucional*. Porto Alegre, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 31 mar. 2006. Palestra conferida no módulo V do Curso de Direito Constitucional, p. 59.

³² "La Constitución pluralista presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas introduce aquellos principios que se corresponden con sus ideales de justicia. [...] El pluralismo de las fuerzas políticas y sociales en liza, admitidas todas a la competición para que puedan afirmar sus pretensiones en las estructuras del Estado democrático y pluralista, conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las leyes". ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 6 ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 37 e 97.

³³ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. 7 ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 52.

1.1.1 Interpretação sistêmica e aberta: da vedação de hierarquização prévia e rígida das regras, valores e princípios constitucionais

Bonavides visualiza que os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo, considerando que, graças a eles, "os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa"³⁴.

Compreendendo-se que conceito de sistema jurídico deve ser desenvolvido a partir da função do pensamento sistemático, Canaris adverte que todos os conceitos acerca de sistema que não tenham a capacidade de expressar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica são inutilizáveis³⁵.

Reportando-se à decisão da Corte Constitucional Alemã, José Adércio Sampaio pondera que a compreensão sistemática, harmônica e lógica do texto constitucional conduz à sua unidade, na medida em que "uma disposição constitucional particular não pode ser considerada isoladamente e nem pode ser interpretada em si [...]. Ela se encontra dentro de um conjunto de sentido com as outras disposições constitucionais, exprimindo uma unidade interior. Do conteúdo complexo da Constituição, nós retiramos os princípios determinados e as decisões constitucionais aos quais as disposições constitucionais são subordinadas"³⁶.

Por se considerar como sendo a mais objetiva, precisa e que se preocupa com essas premissas, declina-se a proposta conceitual de Juarez Freitas, para quem sistema jurídico consiste em uma "rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos, cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificantes do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição"³⁷.

A compreensão da Constituição como sendo uma ordem de valores tem sua origem, no entendimento de Forsthoff, na Teoria da Integração de Rudolf Smend, cuja construção parte da concepção do Estado como uma entidade dinâmica em permanente transformação e renovação, como um processo de integração em uma comunidade de valores, de culturas e de

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 288.

³⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 280.

³⁶ Alemanha. Corte Constitucional Federal. *BverfGE*1,14(32); também: 7, 198 (205); 33,23. Apud SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 785-6.

³⁷ FREITAS, Juarez. *A interpretação Sistemática do Direito*. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 54, 61 e 291.

vivências. Os direitos fundamentais apresentam-se precisamente como fatores constitutivos determinantes deste processo. Para Smend, o conteúdo decisivo de uma Constituição são as representações valorativas que se encontram nos direitos fundamentais ³⁸.

Para Canotilho, a abertura, incompletude e imperfeição são as características de uma Constituição ³⁹, especialmente a "abertura material, a abertura ao tempo, que é um dos *topoi* centrais da moderna teoria da constituição" ⁴⁰. Ainda na senda de Canotilho ⁴¹, cumpre gizar que "uma das concepções que parece lograr mais sufrágios na moderna juspublicística é aquela que pretende conciliar a idéia de constituição com duas exigências fundamentais do Estado Democrático-Constitucional: (1) a legitimidade material, o que aponta para a necessidade de a lei fundamental transportar os princípios materiais caracterizadores do Estado e da sociedade; (2) a abertura constitucional, porque, não obstante a constituição ser uma ordem material, ela deve possibilitar o confronto e a luta política dos partidos e das forças políticas, portadoras de projectos alternativos de realização dos fins constitucionais".

Sob uma ótica substancialista, há se compreender que as teses materiais colocam freios às vontades de maiorias eventuais, reforçando a relação entre Constituição e democracia, "porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos e valores substantivos afigura-se como condição de possibilidade de validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo conteudístico que une política e direito" ⁴², enquanto a visão procedimentalista enfraquece a democracia pela falta de legitimidade da justiça constitucional.

Bonavides defende ⁴³ que a Constituição aberta significa que se deve pôr termo a uma ordem constitucional assentada sobre formalismos rígidos, que somente se institucionalizará se a sociedade for franqueada à supremacia popular.

Reconhecendo de modo simétrico a necessidade de se atender à dimensão material da Constituição (porque o conteúdo do direito não pode ser desatendido pela regulação infraconstitucional), Clève novamente irrompe com notável clareza ao afirmar que a noção de abertura do texto magno se relaciona com uma necessária interação com a realidade. Ao tempo em que "a baixa densidade normativa da Constituição e a alta abstração de seus

³⁸ CRUZ, Luís M. *La Constitución como orden de valores*. Granada: Comares, 2005, p. 59.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 116.

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 146.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5 ed., rev. e aum. Coimbra: Almedina, 1992, p. 88-9.

⁴² STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 262.

comandos constituem meios adequados para garantir a constante evolução de seu significado e o ajustamento de seu sentido às exigências da realidade”, a abertura constitucional permite uma evolução permanente do sentido do ordenamento maior para o efeito de acompanhar a história e seu progresso. Em outras palavras, “a Constituição conforma a realidade, mas ao mesmo tempo é, de certo modo, também pela realidade conformada”⁴⁴.

Para Lucas Verdú, a abertura constitucional exige uma adequação dos postulados da cultura político-constitucional, vinculando-a aos valores de liberdade, de justiça, de igualdade, de pluralismo e de respeito à dignidade humana. Em sua compreensão, o mais importante é que toda Constituição democrática avançada deve sempre estar aberta aos valores superiores da sociedade.

Coello Nuño considera como característica de toda Constituição aberta que sempre será dinâmica devido ao necessário movimento da força das sociedades, cambiantes por natureza, e os conteúdos e valores constitucionais serão aperfeiçoados mediante a interpretação e aplicação do ordenamento maior. São três as funções que desempenham os valores nas sociedades abertas: a) dão coerência e sentido ao direito positivo; b) fornecem coesão de forma psíquica às pessoas que vivem em sociedade; c) contribuem para formar uma solidariedade ou fraternidade social. Por fim, compreende que a abertura constitucional como categoria dogmática importa em que somente poderá ser observada e respeitada quando a sociedade (também aberta) assim perceba e sinta a constituição.⁴⁵

Na busca de soluções sistematicamente melhores, ao desenvolver a hierarquização dos princípios, regras e valores, o intérprete deve estar imbuído em seu espírito da prudência⁴⁶ e da necessidade de agir com temperança⁴⁷. Também deve considerar a premissa de que não existem princípios, regras ou valores absolutos⁴⁸, atentando para o fato de que essa relativização não significa debilidade, ao contrário, demonstra o fortalecimento mútuo dos princípios, bem como de suas dimensões.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 16.

⁴⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2 ed. rev. e amp. São Paulo: RT, 2000, p. 26-7.

⁴⁵ COELLO NUÑO, Ulises. *La Constitución Abierta como categoría dogmática*. Barcelona: J.M. Bosch, 2005, p. 111, 116 e 290.

⁴⁶ “Es a la prudencia a la que compete resolver los problemas jurídicos de contenido, lo mismo en el plano de la legislación que al nivel de los jueces. Los problemas que la realidad social plantea requieren una solución rápida y decisiva y no pueden ser tratados manejando los métodos científicos, sino que deben ser enfocados y resueltos mediante los métodos de la prudencia”. RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. 2 ed. México: Porrúa, 1973, p. 120.

⁴⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 132-3.

⁴⁸ COELLO NUÑO, Ulises. *La Constitución Abierta como categoría dogmática*. Barcelona: J.M. Bosch, 2005, p. 121.

Como doutrina Juarez Freitas ⁴⁹, “cada um dos princípios vale à proporção que se insere na enriquecedora totalidade dialética [...] do ordenamento democrático. Sublinhe-se que se constituem mutuamente e não se excluem, vale dizer, não se eliminam jamais”.

1.1.2 A eficácia imediata, na maior medida possível, dos princípios, das regras e dos valores constitucionais

Em razão da extensão do tema, pensa-se ora não caber o desenvolvimento detalhado de todas as concepções e classificações acerca da eficácia das normas constitucionais. Pela excelência da síntese, cumpre reportar-se à abordagem do tema efetuada por Ingo Sarlet, ao destacar os posicionamentos mais relevantes ⁵⁰. Para Ruy Barbosa, a dicotomia a se fazer é entre normas auto-aplicáveis e normas não-auto-aplicáveis. Pontes de Miranda propôs terminologia diferenciada para dois grupos: normas que independem de concretização legislativa para alcançarem a plena eficácia, e normas incompletas, reclamando estas a atuação suplementar do legislador infraconstitucional. Pontes de Miranda, diversamente de Ruy Barbosa, admite a existência de normas constitucionais programáticas. Para José Horácio Meirelles Teixeira, partindo da premissa de que toda e qualquer norma constitucional possui algum tipo de eficácia, a classificação também se dá em dois grupos: normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada (estas subdivididas em normas programáticas e normas de legislação). José Afonso da Silva formula a conhecida teoria tricotômica: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada (que englobam as normas declaratórias de princípios programáticos e de princípios institutivos e organizatórios). Celso Bastos e Carlos Ayres Britto propõem uma classificação (partindo do modo de incidência das normas) entre normas inintegráveis (de mera aplicação) ou normas integráveis. Maria Helena Diniz, pós-Constituição Federal de 1988, apresenta uma divisão em quatro classificações: normas com eficácia absoluta; normas com eficácia plena; normas com eficácia relativa restringível e normas com eficácia relativa dependente de complementação legislativa. Celso Bandeira de Mello as classifica em normas concessivas de poderes, normas concessivas de direitos e normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida. E Luís Roberto Barroso, em normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas.

⁴⁹ FREITAS, Juarez. *“O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais”*. 3 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004, p. 33.

Respeitando-se eventuais posicionamentos em contrário, há uma consideração prefacial da qual o raciocínio ora desenvolvido não se afasta: *todas as normas constitucionais são sempre dotadas de um mínimo de eficácia*, devendo-se buscar, assim, de modo contínuo, a melhor eficácia de cada preceito da Carta Constitucional no exercício da interpretação⁵¹.

Não obstante as diferentes terminologias e classificações das normas constitucionais, por um prisma fático-jurídico é necessário reconhecer e fixar parâmetros comuns a essas concepções e, a partir daí, visualizar e dar vida ao contexto das normas superiores do ordenamento. Divergências conceituais ou doutrinárias não podem caracterizar-se como empeco, mesmo que indireto, para o trabalho de revelação dos comandos insertos na ordem constitucional. A Constituição existe, é composta por princípios, valores e regras, e necessita ter sua aplicação otimizada.

Concordando com a percepção de Sarlet⁵², correlacionados à questão da eficácia jurídica das normas há (no mínimo) dois aspectos a respeito dos quais todas as formulações guardam identidade: a) *não há* normas constitucionais destituídas de eficácia; b) determinadas normas não estão aptas, desde já, a irradiar seus *principais* efeitos.

Clève também é enfático ao assentar que todos os dispositivos insertos na Constituição servem de parâmetro para que se possa aferir – materialmente – a constitucionalidade dos atos normativos. Reconhecendo a riqueza do preâmbulo da Constituição vigente, indicador de importantes princípios, é objetivo: “os princípios, mesmo os implícitos, [...] dispõem de funcionalidade. [...] Eles cimentam a unidade da Constituição, indicam o conteúdo do direito de dado tempo e lugar e, por essa razão, fixam *standarts* de justiça, prestando-se como mecanismos auxiliares no processo de interpretação e integração da Constituição e do Direito infraconstitucional”⁵³.

Dalmo Dallari é até mais incisivo ao defender que as normas constitucionais são as que têm o máximo de eficácia, e, por isto, condicionam todo o sistema jurídico, “daí

⁵⁰ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2.ed., rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 218-28.

⁵¹ Sob a ótica do direito comparado, observação relevante de Antonio López Pina, em prólogo à obra de Grimm, ao assentar que, embora a Constituição de Bonn tenha renunciado aos direitos sociais plasmados originariamente na Constituição de Weimar, reforçou consideravelmente os direitos fundamentais clássicos. O artigo 1.3 da Constituição (*Grundgesetz*) estabelece a validade imediata das normas, que obriga aos poderes públicos, aí incluso o Legislativo. GRIMM, Dieter. *Constitutionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006, p.11.

⁵² SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2.ed., rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 228.

⁵³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2 ed. rev. e amp. São Paulo: RT, 2000, p. 44.

resultando a exigência absoluta de que lhes sejam conformes todos os atos que pretendam produzir efeitos jurídicos dentro do sistema”⁵⁴.

Porque vinculada de forma intrínseca com a eficácia, tem-se, então, que a solução passa pela análise da densidade normativa das normas constitucionais, terminologia esta que – se não resolve todas as questões referentes ao tema sob enfoque ⁵⁵ – ao menos se apresenta como fator decisivo para o desiderato pretendido. Nesse quadrante, considerando que todas sempre apresentam um mínimo grau de eficácia, o ponto nodal está em aferir quais normas constitucionais possuem alta densidade normativa (podem gerar todos os seus principais efeitos, prescindido da atuação do legislador infraconstitucional) e aquelas portadoras de uma baixa densidade normativa (não têm o condão de gerar seus principais efeitos sem a *interpositio legislatoris*).

Abalizando-se também nos ensinamentos de García de Enterría - em sintonia ainda com Sarlet ⁵⁶ - cumpre enfatizar que, sob uma concepção substancial da Constituição e o caráter reforçado e geral de suas normas, "na Lei Fundamental não existem declarações destituídas de conteúdo normativo, sendo que apenas o conteúdo concreto de cada norma poderá precisar, em cada caso, qual o alcance específico de sua carga eficaz".

Para García de Enterría, a Constituição é portadora de valores materiais, e todos os preceitos orgânicos constitucionais são de aplicação imediata por todos os poderes públicos. Havendo ou não normas complementares ou de explicitação dessa regulação, ela é plenamente eficaz por si mesma, decorrendo daí importante consequência: todas as normas constitucionais que imponham atuações aos órgãos por ela regulados são normas de aplicação imediata ⁵⁷.

Valendo-se em parte de ponderações de Bilbao Ubillos, Eugênio Facchini Neto ⁵⁸ traz argumento de extremo valor jurídico, salientando que “caso a eficácia de um direito fundamental dependesse de uma legislação infraconstitucional que o implementasse, correr-

⁵⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Renascer do Direito*. São Paulo: Saraiva: 1980, p. 76-7. Também em CARVALHO, Márcia Dometila de Lima. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 95.

⁵⁵ Como revela uma vez mais Ingo Sarlet, para Canotilho a densidade da norma constitucional diz com sua proximidade da norma em relação aos seus efeitos e condições de aplicação. *Enquanto mais densa a norma, menor a liberdade de conformação do legislador*. Porém, para ele, mesmo uma norma mais densa que outra pode reclamar uma interposição do legislador. SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2.ed., rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 230, em nota de rodapé.

⁵⁶ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2.ed., rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 232.

⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. 3 ed. Madrid: Civitas, 2001, p.80.

se-ia o risco de a omissão do legislador ordinário ter mais força eficaz do que a ação do legislador constituinte. Isso significaria que a criatura (legislador ordinário) teria mais poder do que seu criador (legislador constituinte). Daí a razão de se sustentar a idéia de que, quando inexistente a *interpositio legislatoris*, 'as normas constitucionais podem aplicar-se diretamente. O que não posso compartilhar é a postura de quem exclui, de início, qualquer possibilidade de eficácia imediata”.

Streck igualmente insiste "que todas as normas da Constituição têm eficácia, e que as denominadas *normas programáticas* – como as que estabelecem a busca da igualdade, a redução da pobreza, a proteção da dignidade, etc. – comandam a atividade do legislador [...] buscando alcançar o objetivo do constituinte”⁵⁹. Reportando-se a Arango, adverte ainda que “os sistemas jurídicos que incorporam princípios substantivos ou materiais como normas básicas valorativamente decisivas (princípios como o Estado Democrático de Direito, o Estado Social, a dignidade da pessoa, a solidariedade social, a liberdade, a obrigação de erradicar a pobreza, a função social da propriedade) elevam ao patamar de obrigação jurídica a realização aproximativa de um ideal moral”⁶⁰.

Nessa parte, coerente com o que anteriormente assentado, convém vincar que as normas de cunho programático igualmente possuem o caráter de autênticas normas jurídicas, no sentido de que, mesmo sem qualquer ato concretizador, se encontram aptas a desencadear algum efeito jurídico. Não se olvide, ainda, que normas dessa natureza correspondem às exigências do moderno Estado Social de Direito⁶¹.

No âmbito dos direitos fundamentais, Sarlet sedimenta suas conclusões no sentido de que “todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia”. No “caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) [também dos deveres] a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos

⁵⁸ NETO, Eugênio Facchini. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 49.

⁵⁹ STRECK, Lênio. *Da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Porto Alegre. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2, 2004, p. 243-284.

⁶⁰ STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 212.

fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição”.⁶²

Partindo dessas premissas⁶³ e atentando (sempre) ao agir com prudência é que o intérprete deve desenvolver sua atividade, buscando, frente aos casos concretos, a melhor efetividade das normas-princípios, normas-regras e valores⁶⁴ estampados, explícita ou implicitamente, na Constituição. Oportuno é ressaltar, ainda, que a busca da *ótima efetividade* não significa se extrair a *máxima* efetividade das normas, na medida em que há uma ordenação no sentido de que seja realizado algo na melhor medida possível⁶⁵. Em outras palavras, há de se manter um vínculo com a excelência ou otimização do discurso normativo da Constituição, conferindo-lhe coerência interna⁶⁶.

1.1.3 Os Princípios fundamentais e o metacritério da Justiça como condutores de uma interpretação tópico-sistemática⁶⁷

Conquanto se tenha como correta a premissa de não se poder estabelecer uma hierarquização prévia entre princípios, valores e regras, isso não significa que não existam alguns parâmetros prévios para a condução do desenvolvimento do pensamento sistemático.

⁶¹ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2.ed., rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 245 e 270.

⁶² SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2.ed., rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 250.

⁶³ Chaïm Perelman adverte que “os problemas específicos de lógica jurídica não surgem quando se trata de deduzir as conseqüências que resultam logicamente de um conjunto de premissas, mas quando se trata de estabelecer essas próprias premissas, dando às normas jurídicas seu alcance exato”. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 496. Em sintonia, Ricaséns Siches, para quem “el verdadero meollo de la función judicial no radica ni remotamente en el silogismo que pueda formularse, sino que consiste en la elección de premisas, por parte del juez.” RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. 2 ed. México: Porrúa, 1973, p.237.

⁶⁴ “Os valores constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.87.

⁶⁵ ALEXY, Robert. *Epílogo a La Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional, año 22, número 66, 2002, p. 26.

⁶⁶ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 68 e 223.

⁶⁷ “Sistemático porque atuante o “metacritério” racionalizador da hierarquização, que tende a propiciar fundamentação ao processo de compreensão para além da dicotomia ortodoxa de sujeito e de objeto. Tópico porque a interpretação acontece como processo empírico e aporético, sendo que o sistema somente ganha contornos definitivos por força da intervenção do intérprete na decisão eletiva entre os sentidos necessariamente múltiplos”. FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 151.

Eles existem ⁶⁸ e se encontram no cerne dos princípios e diretrizes fundamentais firmados pela Constituição Federal.

Se a atuação do intérprete não pode ser passiva e mecanicista (e muitas vezes tem sido), cumpre a ele, então, buscar nos valores e direitos fundamentais a base para o desenvolvimento de seu mister. Nesse processo, sua função precípua está no reconhecimento da preponderância de determinado(s) valor(es), princípio(s) ou regra(s) em detrimento de eventual(is) outro(s), sempre com os olhos focados na realização da Justiça. E as lentes que lhe propiciarão encontrar a melhor visão (solução) têm sua convergência para o pensamento tópico-sistemático, pois qualquer hiperdimensionamento da tópica ou que a tome por preponderante peca pela incompreensão do pensamento jurídico complexo ⁶⁹.

Sem o intuito de desenvolver uma Teoria da Justiça, mas reconhecendo em obra de Höffe excelentes paradigmas para esse objetivo ⁷⁰, comunga-se do pressuposto de que uma racionalidade dialética não tem como coexistir com um sistema jurídico que não tenha compromisso com a *justiça* ⁷¹. Conquanto seja extremamente difícil se determinar ou conceituar o que seja *justiça*, ao menos parece ser razoável e menos árduo considerar-se que, mediante um procedimento racional, se possa aferir se, no caso concreto, houve injustiça em decorrência da concreção da norma.

Bem resume a questão, vez mais, Juarez Freitas ⁷² ao lecionar que “a interpretação sistemática realiza sempre hierarquização axiológica, de sorte a fazer preponderar, inclusive e exclusivamente, ora a regra superior, ora, em caso de antinomia pendente, o princípio

⁶⁸ Compreende-se que Streck critica tal pensamento, ao doutrinar no sentido de que “uma hermenêutica jurídica que se pretenda crítica, hoje, deve [...] procurar corrigir o equívoco freqüentemente cometido por diversas teorias críticas (teorias da argumentação, teorias analíticas, tópica jurídica, para citar apenas estas), que, embora reconheçam que o direito se caracteriza por um processo de aplicação a casos particulares, incorrem no paradigma metafísico, ao elaborarem um processo de subsunção a partir de conceitualizações [...] que se transformam em significantes-primordiais-fundantes ou universais jurídicos, acopláveis a um determinado caso jurídico. Isso ocorre nas mais variadas formas no *modus* interpretativo vigorante na doutrina e na jurisprudência, como o estabelecimento de *topoi* ou de metacritérios para a resolução de conflitos entre princípios, além das fórmulas para ‘regrar’ a interpretação, propostas pelas diversas teorias da argumentação jurídica.” STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 170-1.

⁶⁹ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 154.

⁷⁰ HÖFFE, Otfried. *O que é Justiça ?* Porto Alegre: Edipucrs, 2003. HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Sem embargo, também, dos méritos da proposta (procedimentalista) de John Rawls, concentrada em dois princípios condutores fundamentais (que devem obedecer a uma ordenação serial), a saber: “Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos”. Para Rawls, destaque-se ainda, a injustiça se constitui de “desigualdades que não beneficiam a todos”. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 64 e 66.

⁷¹ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 141.

⁷² FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 145.

superior. Recorre-se, em todas as hipóteses, expressa ou ocultamente, ao princípio da hierarquização, até mesmo ao lidar com princípios e regras de prioridade, tendo em vista as exigências teleológicas do sistema, que reclama – para além de relativismos niilistas – solução das controvérsias, de maneira a concretizar a máxima justiça possível em face da dialética e saudável coexistência dos princípios fundamentais."

O que se afirma, portanto, é que não há como se descurar da validade deste princípio (superior) de Justiça, verdadeiro metacritério interpretativo, revelador de uma prioridade frente aos princípios fundamentais da ordem sistêmica.

1.1.4 A lógica do razoável e a inexistência de uma única resposta correta

Pretender a busca de uma única resposta correta pode inviabilizar a melhor interpretação, adverte Juarez Freitas⁷³. Nessa quadra, se a pretensão da interpretação está em solucionar conflitos decorrentes de uma sociedade aberta e democrática, não se pode exigir a obtenção de uma única resposta como correta⁷⁴ para o problema apresentado, pois, do contrário, se estaria negando a própria base do sistema: o pluralismo⁷⁵.

Inclusive Kelsen, à luz de sua teoria, ao abordar tema que denomina de *moldura fática* para aplicação do direito⁷⁶, direciona seu posicionamento, de certa forma, para este caminho, ao reconhecer que a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma solução como sendo a única correta, mas a várias soluções⁷⁷.

⁷³ FREITAS, Juarez. *A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta*. In: SILVA, Virgílio Afonso da Silva (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 317.

⁷⁴ Conforme defende Eros Grau, "nem mesmo o juiz Hércules (Dworkin 1987:105) estará em condições de encontrar, para cada caso, a única resposta correta". GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 103.

⁷⁵ "Só um autêntico pluralismo jurídico permitirá compor uma ordem do direito mais legítima, por estar de acordo às representações jurídicas do povo. A expansão pluralista implica em cada vez mais democracia participativa". DOBROWOLSKI, Sílvio. *O pluralismo jurídico na Constituição de 1988*. Revista Forense, v. 318, p. 138-42, 1998.

⁷⁶ É o se compreende defenderem também Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos: "as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido". BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História – a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 472.

⁷⁷ "Se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar, e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. [...] Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das

Desse modo, se diferentes intérpretes podem produzir, a partir do mesmo texto, distintas normas jurídicas (sendo ambas, por isso, autênticas⁷⁸), o ideal na interpretação de um texto está em se procurar, dentre as várias interpretações possíveis, aquela mais adequada para o caso concreto, na senda de Larenz, pois "a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao direito; no direito há apenas o aceitável (justificável)"⁷⁹. Como diz, em complemento, Recaséns Siches, "las tesis y los juicios en el Derecho son formulados dentro de determinados márgenes de posibilidad, con pretensiones de probabilidad y nunca de un modo exacto, antes bien, sólo de un modo aproximadamente adecuado"⁸⁰. Não existem verdades apodíticas⁸¹, mas escolhas mais razoáveis⁸².

O que se deve perseguir, então, é o que se denomina de *melhor resposta*, aquela que se apresenta de forma mais *racional, mais razoável* para a solução do impasse⁸³.

várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como "correta". KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 390-1.

⁷⁸ Interessante a metáfora – bastante elucidativa, porém – de Eros Grau, ao pontuar que, na interpretação de textos normativos, se dá algo análogo ao que se passa numa interpretação musical. Em suas palavras, "não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven: a Pastoral regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas – e corretas". GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.102.

⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.34, 84 e 101. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 185.

⁸⁰ RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. 2 ed. México: Porrúa, 1973, p.120.

⁸¹ "En el tratamiento y en la solución de los problemas humanos, y entre ellos de los problemas jurídicos, no se puede conseguir nunca una exactitud, ni una evidencia inequívoca". RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. 2 ed. México: Porrúa, 1973, p.282.

⁸² SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 125 e 133.

⁸³ Streck estabelece premissas de raciocínio pouco diversas, embora sua doutrina ataque o procedimentalismo para a busca da melhor resposta. Para ele, o constitucionalismo coloca freios à discricionariedade interpretativa (ao que se adere, gize-se), mas "mostra-se equivocado, assim, dizer que 'dentre as diversas opções colocadas ao seu dispor, o exegeta escolhe aquela que lhe afigurar como a mais satisfatória', podendo valer-se, para tanto, 'dos recursos que estiverem ao seu dispor', como sustenta, por exemplo, Lammego Bulos". Entretanto, defende (e esta é a proposta que ora se sustenta, a busca da melhor resposta correta sob a ótica material) que "a partir da hermenêutica filosófica[...]é possível alcançar aquilo que pode ser denominado de *a resposta hermeneuticamente adequada à Constituição*, que, se assim se quiser, também pode ser chamada de *resposta correta*. Observe-se que há uma diferença entre a resposta correta que proponho e a resposta correta proposta pelo procedimentalismo habermasiano, para o qual esta não é apurada de forma conteudística. [...] Nas palavras de Habermas, a resposta correta, ou melhor, a aceitabilidade da resposta tida como correta, dependerá 'não da qualidade dos argumentos, mas, sim, da estrutura do processo argumentativo'. Convém anotar, ainda, que Streck sustenta ser "possível dizer, sim, que uma interpretação é correta, e a outra é incorreta". Essa afirmativa, porém, precisa ser compatibilizada com outras duas observações suas: a) uma, no sentido de que não está simplesmente aderindo à teoria de Dworkin (*the one right answer*); b) outra, na "medida em que o caso concreto é irrepitível, a resposta é, simplesmente uma (correta ou não) para aquele caso. [...] Portanto, não será a única resposta; será, sim, 'a' resposta". Em síntese, diz ainda, "a afirmação de que sempre existirá uma resposta constitucionalmente adequada – que, em face de um caso concreto, será a resposta correta (nem a melhor e nem a única) - decorre do fato de que uma regra somente se mantém se estiver em conformidade com a Constituição, seja a partir de uma parametricidade *stricto sensu*, seja a partir de uma parametricidade decorrente da resolução de conflitos de princípios". STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso-Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 166, 183-4, 194, 211, 213 e 245.

Para Perelman, o *razoável* não remete a uma solução única, implicando, em verdade, uma pluralidade de soluções possíveis, pois nenhum direito pode ser exercido de uma forma desarrazoada. Concebe que o que é desarrazoado não é de direito ⁸⁴. Segundo defende, decorreria da lógica jurídica a disponibilização de ferramentas para permitir que o intérprete concilie, em cada caso, o respeito pelo Direito com a aceitabilidade da solução que se apresenta. A decisão com solução mais justa é decorrência da resposta mais razoável, que corresponde, por sua vez, ao atendimento dos interesses materiais da sociedade ⁸⁵, que deitam suas bases na Constituição.

Segundo Ricaséns Siches ⁸⁶, a lógica do razoável apresenta algumas características principais: a) está limitada e é influenciada pela realidade concreta do mundo em que se desenvolve; b) está impregnada de considerações; c) desenvolve-se mediante valorações concretas; d) é regida, sobretudo, por razões de adequação entre a realidade social e os valores (quais são os apropriados para a ordenação de uma determinada realidade social), entre os valores e os fins (quais são os fins valiosos e adequados), entre os fins e a realidade social concreta, e entre os fins e os meios no que se refere à eficácia dos meios.

Aarnio admite certa dificuldade em se estabelecer precisamente o que seria racional ou razoável ⁸⁷. Partindo da idéia dialógica da justificação dos pontos de vistas interpretativos, se pode extrair de seus ensinamentos relevante colaboração ao propor que a solução tráfegaria pelo seguinte raciocínio: se a maioria dos membros da comunidade jurídica chegasse à conclusão [fundamentadamente] de que é racional e razoável aceitar a posição apresentada ⁸⁸, então essa posição tem maior relevância social que qualquer outra correspondente, sendo que a relevância não está baseada na pressão dos argumentos persuasivos ou na mera autoridade formal, senão na *força racional da justificação* ⁸⁹.

⁸⁴ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 437.

⁸⁵ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 219.

⁸⁶ RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. 2 ed. México: Porrúa, 1973, p.287-8.

⁸⁷ Para Perelman, "o razoável não remete a uma razão definida como reflexo ou iluminação de uma razão divina, invariável e perfeita, mas a uma situação puramente humana, à adesão presumida de todos aqueles que consideramos interlocutores válidos no que tange às questões debatidas." PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 399. Sobre esse tema, sem adentrar no exame detalhado da discussão, cumpre apenas referir que Atienza lança críticas a Perelman, dizendo que sua noção de razoabilidade seria *confusa*. ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 83.

⁸⁸ Em complemento à posição de Aarnio, crê-se que esta expressão do convencimento da maioria deva decorrer de posição efetiva e devidamente fundamentada, e não mediante simples repetição de posicionamentos anteriores, caracterizando, como já referendado, na linha de Streck, uma *fala falada* decorrente de uma *hermenêutica de bloqueio*.

⁸⁹ AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable. Um tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p.287.

É isso também que discorre Juarez Freitas⁹⁰ ao sustentar ser possível existir uma "melhor interpretação, estabelecida de maneira não-coativa, isto é, por meio da persuasão racional e dialógica"⁹¹.

Streck critica esse posicionamento, especificamente o de Freitas, defendendo, em linhas gerais, que se estaria conferindo ao sujeito da relação excessiva concentração de poder para a escolha da melhor resposta⁹². Contudo, nessa quadra, parece que Streck não apanhou bem a extensão do escólio de Freitas. Do que se compreende, Juarez Freitas não impõe destaque *tão-superior* ao intérprete como diz Streck, embora reconheça, o primeiro, ser do hemerneuta a obrigação de buscar a solução que melhor se coadune com os conteúdos normativos constitucionais. E não poderia ser de modo diverso, na medida em que a solução do caso concreto, frente à dinamicidade conteudística da ordem maior, não pode se dar de forma automática, como se fosse possível prescindir de uma ação do sujeito que desenvolve este mister.

Para concluir, convém referir, ainda na linha de Perelman, que, se restar inviável apontar com certa precisão o que seja *o mais razoável*, ao menos há se perscrutar acerca da possibilidade de reconhecer o que é desarrazoado, para, por exclusão, aproximar-se do razoável⁹³.

⁹⁰ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 3 ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 31.

⁹¹ No mesmo sentido, Daniel Sarmiento, ao declinar que "não há interpretação jurídica certa ou errada, do ponto de vista absoluto. A interpretação mais adequada é aquela que convence, pelos seus argumentos, o auditório a que se destina, e não a que pode ser demonstrada, de modo inobjetével, através de um raciocínio linear, do tipo axiomático-dedutivo". SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 126.

⁹² Nas palavras de Streck, "Freitas coloca demasiada ênfase no intérprete (sujeito), a quem comete o papel de hierarquizar o sistema, que se revelaria indeterminado e, por essa razão – a indeterminabilidade –, é que tornaria 'nítida a implausibilidade de soluções únicas e excludentes' (op. cit., p. 322). Esse deslocamento em direção ao sujeito aparece, também, na questão da 'eleição das premissas' e quando Freitas assinala a função do intérprete 'de ir além do texto' (op. cit.), dando a entender que o texto é apenas um enunciado lingüístico (além do que, neste caso, o autor parece cindir a interpretação da aplicação, como se fossem fases ou etapas distintas). Por outro lado, o autor admite que a melhor resposta deve ser extraída de uma multiplicidade de respostas possíveis, quando assevera que 'uma melhor interpretação tópicosistemática' deve ser retirada dentre as 'n' possibilidades interpretativas", o que parece indicar, também, essa mesma ênfase conferida pelo jusfilósofo ao sujeito da relação, que estaria encarregado dessa *escolha*". STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 217-8.

⁹³ PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 463.

1.1.5 O desenvolvimento de um círculo hermenêutico e dialético: do todo para as partes, das partes para o todo

Na elaboração do silogismo jurídico, o processo dialógico torna-se nota marcante e paramétrica de um democrático e pluralista sistema de persuasão⁹⁴. Esse processo de desenvolvimento do pensamento dialético deve-se apresentar amalgamado com uma linha de pensamento complexo⁹⁵, marcado indelevelmente por um círculo hermenêutico de natureza aberta⁹⁶, em que, como já referido, a compreensão do mundo fático-jurídico no qual se está imerso não pode ser afastada.

Para Gadamer⁹⁷, regra hermenêutica essencial alicerça-se na circunstância de se compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo, cujo movimento de compreensão vai, de modo constante, do todo para a parte, e desta para o todo⁹⁸. Em suas palavras, a tarefa a ser empreendida "é ir ampliando a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos. O critério correspondente para a justeza da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo. Se não houver tal concordância, significa que a compreensão malogrou".

Em sintonia com esse posicionamento, especialmente com os de Canaris⁹⁹, Betti¹⁰⁰, Morin¹⁰¹, Pascal¹⁰² e Grau¹⁰³, de forma percuciente expõe Juarez Freitas¹⁰⁴ que "cada

⁹⁴ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 51.

⁹⁵ Morin reconhece que "a dialógica permite assumir racionalmente a inseparabilidade de noções contraditórias para conceber um mesmo fenômeno complexo". MORIN, Edgar. *A Cabeça Bem-Feita*. 9 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004, p. 98.

⁹⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 109.

⁹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5 ed. rev. Rio de Janeiro: Vozes, 2003, p.385-6.

⁹⁸ Como diz Streck, "para interpretar necessitamos compreender; para compreender, temos que ter uma pré-compreensão, constituída de estrutura prévia do sentido [...] que há une todas as partes do sistema." STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 170.

⁹⁹ "Já disse que os pensamentos tópico e sistemático não são opostos exclusivistas, mas antes se complementam mutuamente. Assim, eles não estão [...] isolados um frente ao outro, antes se interpenetrando mutuamente". CANARIS Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 273.

¹⁰⁰ "Da premissa de que a totalidade do discurso como de qualquer manifestação do pensamento é gerada por um único espírito e a um único espírito tende a retornar e limitar-se, extrai-se uma ilação fundada na correspondência entre *iter* genético e *iter* hermenêutico: o critério de extrair dos elementos singulares o sentido do todo e de entender o elemento singular em função do todo de que é parte integrante". Apud PESSÓA, Leonel Cesarino. *A Teoria da Interpretação Jurídica de Emilio Betti. Dos Métodos Interpretativos à Teoria Hermenêutica*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 6, abr./jun/2001, p. 69.

¹⁰¹ "Hoje em dia, admite-se cada vez mais que [...] o conhecimento das partes depende do conhecimento do todo, como o conhecimento do todo depende do conhecimento das partes. Por isso, em várias frentes do conhecimento, nasce uma concepção sistêmica, onde o todo não é redutível às partes. MORIN, Edgar. *A Cabeça Bem-Feita*. 9 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004, p. 88.

preceito deve ser visto como parte viva do todo, eis que apenas no exame de conjunto tende a ser melhor equacionado qualquer caso, quando se almeja uma bem-fundamentada hierarquização tópica dos princípios tidos como proeminentes”¹⁰⁵, na medida em que, conclui, “interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro, pois qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito, para além de sua dimensão textual”. Em outras palavras, “ainda quando se esteja examinando, em aparência, uma norma isolada, esta só poderá ser bem compreendida na relação mútua com as demais”¹⁰⁶.

Sendo a Constituição complexa e plural, demandando uma interpretação sistêmica e mediante uma compreensão circular, há de se atentar para a advertência de Laurence Tribe e Michael Dorf¹⁰⁷, que destacam que o intérprete não pode incidir em duas falácias argumentativas fundamentais (*two interpretive fallacies*): a *dis-integration* e a *hyperintegration*. Incide-se na falácia da *dis-integration* quando se analisa a Constituição como sendo um feixe desconectado de princípios, valores e regras. A *hyperintegration* se verifica quando o intérprete tem uma visão limitada da amplitude do conjunto da obra constitucional, restringindo-se a compreendê-la como uma rede, porém sem qualquer costura, decorrente de nítida postura reducionista.

Deflui dessas considerações, então, que uma interpretação constitucional mais consentânea deve considerar todas as normas integradas entre si, não isoladas nem dispersas, compreendendo-se que todos os comandos nela insertos (unidade) estão costurados por fios seguros, e por isso suficientemente fortes para sustentar as tensões dialéticas que naturalmente dela defluem (pluralidade).

¹⁰² Blaise Pascal sustentava que “não se pode conhecer as partes sem conhecer o todo, nem conhecer o todo sem conhecer as partes”. Apud MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Disponível em <<http://www.centrorefeducacional.com.br/setesaberes.htm>>. Acesso em 20 abr. 2006.

¹⁰³ “A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.40.

¹⁰⁴ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 70.

¹⁰⁵ O que Morin denomina de “Princípio Holográfico”. MORIN, Edgar. *A Cabeça Bem-Feita*. 9 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004, p. 94.

¹⁰⁶ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p.75 e 77.

¹⁰⁷ “In effect, we want to offer some negative observations about ways *not* to read the Constitution, before turning in the remaining chapters to the more affirmative project of reading the Constitution, against the backdrop of several actual as well as hypothetical cases. We have already rejected originalism as one way not to read the Constitution. Two additional ways not to read the Constitution are readily apparent; we will call them reading by *dis-integration* and reading by *hyper-integration*” Excerto do capítulo *How not to read the Constitution*. TRIBE, Laurence, e DORF, Michael. *On reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 20.

1.2 O TEMPO DOS DIREITOS E O TEMPO DOS DEVERES: UMA CONEXÃO NECESSÁRIA, HODIERNA E PARA O FUTURO ANCORADA NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Segundo preconiza Hesse ¹⁰⁸, se uma Constituição quiser preservar sua força normativa em sistema caracterizado por constantes mudanças político-sociais, não pode ter assento em uma estrutura apenas unilateral, devendo incorporar, mediante ponderação muito meticulosa, parte de uma estrutura contrária. De seu entendimento aflora que direitos fundamentais não podem existir sem correlatos deveres.

Para Zagrebelsky, a realização da Justiça está vinculada diretamente a um *ethos* dominado pelos deveres e não (apenas) por direitos individuais ¹⁰⁹, na medida em que não se pode pretender alcançar a justiça e pensar em construí-la apenas sobre direitos, rechaçando-se os deveres ¹¹⁰. Seu posicionamento é bastante explícito no sentido de que "son los deberes de todos hacia los demás los que estan destinados a asentarse de una manera estable, como situación empírica permanente. En otras palabras, *en las sociedades justas la categoria dominante es la de los deberes, no la de los derechos*".

Segundo Nabais, os deveres fundamentais se caracterizam como deveres jurídicos do homem e do cidadão, que, por fixarem a posição fundamental do indivíduo, "têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos" ¹¹¹. Decomposta em certo paralelismo com os direitos fundamentais, reconhece que essa noção permite ver os deveres fundamentais como posições jurídicas passivas, autônomas, subjetivas, individuais, universais, permanentes e essenciais.

Luisi recorda ser necessário compreender que o *individuo* foi substituído, agora, pela *pessoa*, que não é apenas um titular de direitos, mas também, por viver em comunidade, tem deveres para os seus consociados, bem como para com a sociedade, titular de seus próprios direitos, de natureza transindividual e coletiva ¹¹².

Enquanto os direitos fundamentais se traduzem em situação de prevalência do indivíduo face ao Estado (verdadeiras posições jurídicas ativas dos cidadãos em relação ao Estado ou comunidade), Nabais atribui uma função passiva aos deveres. Eles se apresentam como posições subjetivas, porque são imputados ao indivíduo pela própria Constituição,

¹⁰⁸ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 21.

¹⁰⁹ Para Háberle, há de se partir da tese de que a totalidade de garantias relacionadas com a pessoa, de um lado, e de outro, os deveres a elas associados, devem viabilizar os homens a se tornarem, serem e permanecerem pessoas. HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 123.

¹¹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 6 ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 95.

¹¹¹ NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 64.

vinculados com a organização política e/ou econômica do Estado. A individualidade decorre de que os deveres são posições de cada indivíduo (aí compreendidas também as pessoas jurídicas). A universalidade significa que, sendo os deveres fundamentais encargos para com a comunidade nacional, valem para todos os indivíduos e não apenas para alguns. Noutras palavras, os deveres fundamentais pautam-se pelo princípio da generalidade ou da universalidade, porque não são admissíveis discriminações com base neles, sem perder de vista que nem todos os cidadãos têm os mesmos deveres diante de suas situações jurídicas próprias. Em suma, o que essa característica regula é a vedação de tratamento que viole a isonomia. A permanência dos deveres fundamentais se traduz com a característica da irrenunciabilidade tanto para o legislador ordinário como para o legislador da revisão constitucional. Por derradeiro, são posições essenciais porque têm o “mais elevado significado para a comunidade”, na medida em que se revelam como “importantíssimas para a existência, subsistência e funcionamento da comunidade organizada num determinado tipo constitucional de estado ou para a realização de outros valores comunitários com forte sedimentação na consciência jurídica geral da comunidade”¹¹³.

Tais como os direitos, os deveres fundamentais encontram seus suportes e suas justificativas nos princípios norteadores do sistema constitucional – expressões dos valores da sociedade –, podendo-se reconhecer ora de forma mais marcante, sem excluir quaisquer outros que venham a ser declinados, o Princípio Democrático, o Princípio do Estado Social, o Princípio Republicano, o Princípio da Igualdade, o Princípio da Solidariedade e o Princípio da Proporcionalidade.

Calham ao caso, no momento, ponderações de Cruz¹¹⁴:

[...] Los derechos fundamentales son concebidos según una estructura dual: junto a su concepción tradicional como derechos subjetivos frente al poder público, aparecen como normas objetivas que expresan un contenido axiológico de validez universal y que, tomadas en conjunto, dan origen a un sistema de valores. Dicho sistema de valores afecta no sólo al ordenamiento constitucional, sino también al ordenamiento jurídico en su conjunto. De ahí que exista no sólo una obligación del Estado de abstenerse de injerencias en el ámbito que aquéllos protegen, sino también una obligación, en este caso positiva, de llevar a cabo aquello que sirva a la realización de los derechos fundamentales, incluso cuando no conste una pretensión subjetiva de los ciudadanos.

Vez por todas há de se superar a concepção tradicional (liberal) de que existem (unilateralmente) apenas direitos. Pelo prisma de uma sociedade plural e do Direito

¹¹² LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: SAFE, 2003, p. 30.

¹¹³ NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 65-73.

¹¹⁴ CRUZ, Luís M. *La Constitución como orden de valores*. Granada: Comares, 2005, p. 17.

Constitucional vigente, a idéia de Justiça também está vinculada diretamente à imposição de deveres¹¹⁵.

Os deveres fundamentais são, portanto, posições que se traduzem como quotas-partes constitucionalmente (por isso, deveres materialmente fundamentais) exigidas de cada um e, conseqüentemente, do conjunto dos cidadãos para o bem comum¹¹⁶.

Sistemicamente falando, compreende-se que a todos os direitos se apresentam correlatos e necessários deveres constitucionais¹¹⁷, de modo que não se imagina o desenvolvimento de um pensamento jurídico que não leve também em consideração essa dupla face interligada e conexa de preceitos¹¹⁸, estejam ou não explícitos nos princípios, regras e valores constitucionais. Crê-se que os direitos têm por fundamento ético-jurídico os deveres e como fundamento histórico-social as necessidades¹¹⁹.

Importante se frisar que a defesa desta dupla face interligada e conexa de preceitos não significa retirar a autonomia – que permanece íntegra e inatacada – dos direitos fundamentais. Em momento algum se está *condicionando* seus reconhecimentos unicamente se houver uma *contrapartida* de deveres do *mesmo* cidadão, mas sim que se deve fazer uma compreensão do sistema *também* com a consideração dos *deveres*.

Conclui-se, assim, que a violação dos deveres fundamentais ou das disposições que venham a afastar ou prejudicar a realização deles (e dos correlatos direitos fundamentais,

¹¹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 6 ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 86.

¹¹⁶ NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 73. Também PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 110.

¹¹⁷ Canotilho guarda reservas a tal premissa, especialmente em face do sistema constitucional lusitano. Não concorda com a assertiva de que “um direito fundamental, enquanto protegido, pressuporia um dever correspondente”. Diz que essa perspectiva deve ser afastada, pois os direitos, liberdades e garantias vinculam também entidades privadas, porque “o carácter não relacional entre direitos e deveres resulta ainda da compreensão não funcionalística dos direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa”. Nada obstante, reconhece que “ao lado de deveres conexos com direitos fundamentais existem também deveres autónomos (exs: art. 106º, dever de pagar impostos)”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 548.

¹¹⁸ “Não há direitos sem deveres, porque não há garantia jurídica ou fáctica dos direitos fundamentais sem o cumprimento dos deveres do homem e do cidadão indispensáveis à existência e funcionamento da comunidade estadual, sem a qual os direitos fundamentais não podem ser assegurados nem exercidos. E não há deveres sem direitos, porque é de todo inconcebível um estado de direito democrático assente num regime unilateral de deveres, já que contra ele se levantariam as mais elementares exigências de justiça e de respeito pelos direitos humanos, como demonstra à saciedade a específica dimensão histórica dessa fórmula, que simultaneamente teve por objectivo e constituiu a base fundamental da instituição do estado constitucional democrático [...] Em suma, os direitos e deveres fundamentais não constituem categorias totalmente separadas nem domínios sobrepostos, encontrando-se antes numa relação de ‘conexão funcional’, que, por um lado, impede o exclusivismo ou a unilateralidade dos direitos fundamentais, como em larga medida aconteceu durante a vigência do estado de direito liberal em que um tal entendimento tinha subjacente a concepção dualista do estado então dominante e, por outro lado, não constitui obstáculo à garantia da primazia ou primacidade dos direitos fundamentais ou da liberdade face aos deveres fundamentais, uma vez que estes ainda servem, se bem que indirectamente, o objectivo constitucional da liberdade”. NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 119-20.

¹¹⁹ BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos, paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 9.

direta ou indiretamente) na melhor medida (deficiência) tem como consequência a mesma dimensão daquela decorrente de violação dos direitos fundamentais.

1.3 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E VINCULAÇÃO DO LEGISLADOR

Ao abordar os problemas decorrentes das relações entre a Constituição¹²⁰ e a lei em sua "Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador", Canotilho reconhece¹²¹ que o núcleo essencial do debate que propõe está no "que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais"¹²². Sendo inviável esgrimir todos os argumentos embaixadores da proposta de Canotilho, a abordagem que ora se fará está centrada no tópico referente aos limites do legislador à luz de sua discricionariedade.

É em Konrad Hesse que o doutrinador lusitano encontra o elemento primaz de sua contribuição dogmática ao reconhecer que a força normativa da Constituição se traduz em uma vinculação, como direito superior, de todos os órgãos e titulares dos poderes públicos. Em suas palavras, "a idéia de 'vinculação constitucional' é, nos seus contornos gerais, extremamente simples e, segundo se crê, indiscutível: no Estado de Direito Democrático-Constitucional todos os poderes e funções do Estado estão juridicamente vinculados às normas hierarquicamente superiores da constituição"¹²³. Porém, admite Canotilho, "precisar o

¹²⁰ É pressuposto de seu raciocínio que, por Constituição, se compreende a "lei fundamental de um Estado que contém a regulamentação jurídica mais importante sobre a ordem social e estadual para a respectiva classe dominante". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 125.

¹²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 11.

¹²² Streck reconhece que o que se convencionou chamar de dirigismo constitucional ou Constituição Dirigente partiu de tese inicialmente elaborada por Peter Lerche (*dirigierende Verfassung*), em sua obra *Übermass und Verfassungsrecht: [...]*. STRECK, Lênio. *Teoria da Constituição e Jurisdição Constitucional*. Porto Alegre, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 31 mar. 2006. Palestra conferida no módulo V do Curso de Direito Constitucional, p. 29.

¹²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 248. García de Enterría expõe seu pensamento na mesma linha, ao sustentar que "la vinculación normativa de la Constitución afecta a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos, sin excepción, y no sólo al Poder legislativo como mandatos o instrucciones que a éste sólo cumpliese desarrollar – tesis tradicional del carácter 'programático' de la Constitución –; y entre los poderes públicos, a todos los Jueces y Tribunales – y no sólo al Tribunal Constitucional". GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. 3 ed. Madrid: Civitas, 2001, p.63-4. Diz também, noutro estudo, que "la interpretación de una norma conforme a la Constitución es, pues, acomodar su contenido a los principios y preceptos de la Constitución". GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución Española de 1978 como Pacto Social y como Norma Jurídica*. Revista de Direito do Estado, ano 1, nº 1, jan./mar/2006, p. 21. Para Streck, "a força normativa da Constituição – e, se assim se quiser, o seu papel dirigente e compromissário – sempre teve, assim, uma direta relação com a atuação da justiça constitucional na defesa da implementação dos

conteúdo e extensão desta vinculação jurídico-constitucional é que levanta problemas complexos".¹²⁴

Afirmando haver uma incompreensão teórica em relação à Constituição dirigente quando se utiliza da expressão *direito diretamente aplicável* – originária da Constituição de Bohn, e que se encontra também plasmada na Constituição Brasileira, artigo 5º, § 1º¹²⁵ -, explica significar que a Constituição se impõe como lei mesmo no âmbito dos direitos fundamentais, assinalando ainda "que o livre desenvolvimento da personalidade e da defesa da dignidade da pessoa humana postulam ética e juridicamente a positivação constitucional dos chamados *direitos sociais*"¹²⁶.

Sustenta que os princípios fornecem diretivas materiais de interpretação das normas constitucionais, gerando, assim, uma vinculação ao legislador, de "modo a poder dizer-se ser a liberdade de conformação legislativa positiva e negativa vinculada pelos princípios jurídicos"¹²⁷.

É esse mesmo caminho que percorre Cruz ao defender que a jurisdição constitucional vincula o legislador, pois as leis não são constitucionais apenas quando são promulgadas segundo o procedimento formal devido. Por igual, devem concordar de forma material com os valores fundamentais e com os princípios constitucionais elementares não escritos, particularmente com os princípios do Estado de Direito e do Estado Social¹²⁸.

É no desenvolvimento do problema dos desvios (*lato sensu*) do Poder Legislativo que se pretende aqui firmar a análise argumentativa de sua doutrina. Nessa quadra, Canotilho destaca que, diante de situações de *manifesto arbitrio, irracionalidade e discriminação injustificada*, é corrente a admissibilidade do controle de constitucionalidade arrimada (comumente) em violação do Princípio da Proibição do Arbitrio, do Princípio da Proibição do

valores substanciais previstos na Lei Maior. *Teoria da Constituição e Jurisdição Constitucional*. Porto Alegre, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 31 mar. 2006. Palestra conferida no módulo V do Curso de Direito Constitucional, p. 25.

¹²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 248.

¹²⁵ Art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, Prefácio à 2 ed., XX. "No que concerne aos direitos sociais, temos apenas deveres do estado, cujo titular é o legislador e que são: os deveres (negativos) de não pôr em causa a consagração e o conteúdo constitucional dos direitos (ou seja, o *an*, o *quid* e o *quantum* constitucional), o dever (positivo) de concretização jurídico-política do respectivo conteúdo, e ainda o dever (negativo) de, uma vez concretizado o direito social, não revogar pura e simplesmente a respectiva lei concretizadora e de não afectar aquele nível de concretização legal que haja obtido uma clara sedimentação na consciência jurídica comunitária." NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 80.

¹²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5 ed., rev. e aum. Coimbra: Almedina, 1992, p. 178. No mesmo sentido, BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los derechos fundamentales*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 61.

¹²⁸ CRUZ, Luís M. *La Constitución como orden de valores*. Granada: Comares, 2005, p. 13.

Excesso [também do Princípio da Proibição de Proteção Deficiente) e do Princípio da Igualdade¹²⁹.

Enquanto a proibição de excesso depende da aferição de estar sendo restringido excessivamente um direito fundamental, a proibição de proteção deficiente está em se apurar quando direitos fundamentais – em face de condutas que os atinjam – não estão sendo suficientemente protegidos, ou ainda quando se está afastando indevidamente o cumprimento dos deveres fundamentais.

Abordando a temática dos abusos e fraudes à Constituição por intermédio de leis (em sua expressão) *subconstitucionais*, Canotilho¹³⁰ defende que a fiscalização rigorosa da inconstitucionalidade “pressupõe que, não estando em causa o ‘mérito da escolha política’, se questione a ‘causa’ e o ‘fim da lei’ e a ‘medida’ da restrição por meio de princípios como os da igualdade, da proibição do excesso, da exigibilidade, da oportunidade e da proporcionalidade, o que, de forma mais ou menos intensa, sempre postula uma indagação da adequabilidade substancial do acto legislativo ao seu fim.” Com base em tais premissas, sustenta que os “princípios jurídico-constitucionais se afirmariam positivamente como determinantes heterônomas, comandando a satisfação dos fins constitucionais através dos actos legislativos. Desta forma, os problemas não seriam sempre problemas de ‘limites’ negativos - ‘arbítrio’, ‘discriminação’ - mas também problemas de limites positivos – relação de meios e fins (proporcionalidade) e oportunidade do acto (exigibilidade).”

Não significa que o legislador tenha perdido a discricionariedade ao considerar e valorar as determinantes autônomas correlatas e naturais de sua atividade. Ele as mantém, mas não de forma insindicável. Se a Constituição fixar princípios e parâmetros para a obtenção de determinados fins, torna-se imperioso que se analise eventual desconformidade do ato legislativo ante os paradigmas diretivos materiais da ordem superior.

Especificamente na seara penal, sendo a Constituição a norma fundamental de cada comunidade, é de seus princípios e fundamentos que se deve extrair a orientação que fixará os nortes do legislador na criminalização e na descriminalização¹³¹.

Falar em Constituição dirigente *não* significa sustentar um normativismo constitucional capaz de, por si só, “operar transformações emancipatórias”¹³². O que se deve

¹²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 261.

¹³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 262.

¹³¹ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 19.

apreender da noção de Constituição dirigente ¹³³ “é a vinculação do legislador aos ditames da materialidade da Constituição, pela exata razão de que, nesse contexto, o Direito continua a ser um instrumento de implementação de políticas públicas”. Compreendendo-se certo grau de dirigismo da Constituição, é necessário haver o “cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais-Sociais e ao núcleo político do Estado Social imanente ao paradigma do Estado Democrático de Direito” ¹³⁴.

Assim, prossegue Canotilho, se houver determinantes heterônomas constitucionais (não podem estar fora dela ¹³⁵) e determinantes legislativas autônomas, aquelas comandando positivo-materialmente estas, e o legislador, ao adotar suas determinantes autônomas, não considerar os fins constantes das heterônomas, haverá o vício de discricionariedade legislativa ou excesso de poder legislativo.

Nesse passo, reconhece ainda que os princípios constitucionais são dotados de comandos suficientes para que sejam tomados como determinantes heterônomas constitucionais ¹³⁶. Adverte que *não* apenas os princípios *declarados* expressamente pela Constituição podem ser utilizados para esta *parametrização*, senão também aqueles constitutivamente positivados pela Constituição.

Defende ainda ser nas ordens constitucionais com determinações de fins e fixação de tarefas do Estado que se pode captar “o sentido da *pirâmide dirigente* e a especificidade do caráter vinculado da legiferação concretizadora”, pois “os fins constitucionais requerem uma legislação ‘actualizadora’ e concretizadora das ‘tarefas’ por ele ‘determinadas’”. Assim como em relação aos princípios, a “densidade normativa” e a determinabilidade das normas-fim não podem ser fixadas linearmente, pois elas tanto surgem na conformação do ‘âmbito normativo’

¹³² STRECK, Lênio. *Teoria da Constituição e Jurisdição Constitucional*. Porto Alegre, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 31 mar. 2006. Palestra conferida no módulo V do Curso de Direito Constitucional, p. 31.

¹³³ Impende ressaltar que Streck defende uma (que assim denomina) Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT), que, de modo objetivo, consistiria numa *teoria da Constituição dirigente-compromissária adequada a países periféricos*. STRECK, Lênio. *Teoria da Constituição e Jurisdição Constitucional*. Porto Alegre, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 31 mar. 2006. Palestra conferida no módulo V do Curso de Direito Constitucional, p. 31. Também em sua obra *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, uma nova crítica do Direito*, 2 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 95 e ss. Segundo sustenta, uma “Constituição dirigente continua a ser o suporte normativo do desenvolvimento deste projeto de modernidade”. STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 261.

¹³⁴ STRECK, Lênio. *Teoria da Constituição e Jurisdição Constitucional*. Porto Alegre, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 31 mar. 2006. Palestra conferida no módulo V do Curso de Direito Constitucional, p. 40.

¹³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 267.

¹³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 277.

de imposições constitucionais como nos preceitos referentes à actuação global do Estado e dos poderes públicos" ¹³⁷.

Em razão do conteúdo conclusivo do mestre de Coimbra no prefácio da segunda edição de sua obra ¹³⁸, interpretações doutrinárias – notadamente no Brasil - começaram a apontar no sentido de que, hodiernamente, não mais permaneceriam hígdas as proposições do mestre lusitano acerca da vinculação do legislador a uma Constituição dirigente.

O cerne do pensamento permanece. A assertiva é do próprio Canotilho, que apenas admite que as condições sociopolíticas que inspiraram a edição da obra no ano de 1982 se modificaram ¹³⁹. Contudo, ratificando que uma Constituição dirigente representa um projeto de limitação do legislador, da liberdade de conformação do legislador, e de vinculação deste aos fins que integram o programa constitucional, enfatiza que "continuamos a ter algumas dimensões de programaticidade: o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, antes tem de mover-se dentro do enquadramento constitucional" ¹⁴⁰. Reconhece, ainda, a necessidade de constar na Constituição a afirmação da dignidade da pessoa humana, exatamente para exercer o papel de limitador-mor (mas não só dele) do legislador democrático ¹⁴¹.

Não enveredando para a senda procedimentalista, Canotilho sustenta a necessidade de se manter firmes os princípios, tornando-os operacionais, e continuar considerando-os como diretivos de qualquer comunidade, na medida em que uma de suas idéias fundantes é a de que os princípios ou são princípios materiais ou não são nada.

Eros Grau ¹⁴² assenta que é nas essências dos artigos 1º e 3º da Constituição Brasileira que se encontram os fundamentos e os fins da sociedade brasileira, a cujos preceitos, na senda

¹³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 286-7.

¹³⁸ "Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, XXIX. Como especifica Eros Grau, em primeira pergunta formulada a Canotilho em videoconferência realizada em Curitiba no dia 21/02/2002, "a impressão que fica, numa primeira leitura do seu Prefácio à segunda edição de "Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador", é que o sentido diretivo teria acabado na Constituição, mas teria sido transferido para os Tratados Internacionais, especificamente aqueles tratados que servem de alicerce à União Européia". COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 13.

¹³⁹ Pouco após a elaboração da Constituição Portuguesa de 1976, com feições sociais e cumho programático.

¹⁴⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 15.

¹⁴¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 21. Sarlet também afirma entender que a dignidade da pessoa humana atua como atividade restritiva do legislador. SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 122.

¹⁴² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ainda de Canotilho, está o legislador necessariamente vinculado. Propugnando o abandono da expressão *normas programáticas*¹⁴³, Grau reconhece que os textos normativos insertos na Constituição – transformados em normas por conta de suas aplicações/interpretações – produzem conseqüências jurídico-normativas dotadas de eficácia vinculante¹⁴⁴. Por relevante, insiste que a Constituição dirigente não deve substituir a política. Em realidade, o dirigismo constitucional sujeita a política à fundamentação constitucional.

Diante dessas considerações, há se sedimentar pressuposto argumentativo no sentido de que todos os poderes do Estado estão juridicamente vinculados, no exercício de suas funções, ao conteúdo material das normas (hierarquicamente superiores) da Constituição. Qualquer desvirtuamento, para mais (excesso) ou para menos (deficiência), implicará inconstitucionalidade do ato.

Especificamente sob as óticas penal e processual penal, significa que, diante de uma Constituição que preveja, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de determinados bens jurídicos, incumbe o dever de se utilizar da pena enquanto outros meios não se mostrarem suficientes e adequados para tal desiderato¹⁴⁵.

Antes de se procurar externar os fundamentos teóricos que justificam o Estado a se utilizar dessa pena criminal, é essencial fazer-se uma abordagem de alguns princípios constitucionais sensíveis ao Direto Processual Penal e ao Direito Penal.

¹⁴³ Canotilho também diz que “hoje não há normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que impõem uma actividade e dirigem materialmente a concretização constitucional”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5 ed., rev. e aum. Coimbra: Almedina, 1992, p. 189-90.

¹⁴⁴ Embora Luís Roberto Barroso defenda um delineamento tripartite das normas constitucionais (Normas Constitucionais de Organização, Normas Constitucionais Definidoras de Direitos e Normas Constitucionais Programáticas), importa destacar de seu pensamento, quanto às normas programáticas (independentemente do adjetivo que se lhes atribua), que elas “vinculam o legislador, de forma permanente, à sua realização” e “informam a interpretação e aplicação da lei pelo Poder Judiciário”. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. 7 ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 94 e 156.

¹⁴⁵ DOLCINI, Emílio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e escolha de bens jurídicos*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 4, fascículo 2, abr.-jun./2004, p. 198.

“Uma verdadeira viagem de descobrimento não é encontrar novas terras, mas ter um olhar novo”. (Marcel Proust)

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS E INFLUENTES EM MATÉRIA PENAL E PROCESSUAL PENAL

2.1 PRINCÍPIOS E REGRAS: DA SUPERAÇÃO DOS DISSENSOS DOUTRINÁRIOS EM DIREÇÃO À FIXAÇÃO DE PARÂMETROS SUFICIENTES ACERCA DE SUAS DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴⁶, *princípio* é, por definição, um "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 por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico".

Na concepção de Clèmerson Clève, os princípios têm a função de cimentar a unidade da Constituição, indicando o conteúdo do direito de dado tempo e lugar, fixando, assim, *standarts* de justiça, "prestando-se como mecanismos auxiliares no processo de interpretação e integração da Constituição e do direito infraconstitucional"¹⁴⁷.

Comungando do posicionamento de que princípios não são "normas" e não podem ser aplicados de forma imediata, Canaris diz que os princípios se revestem de um cunho axiológico explícito, com grau de concretização maior do que os valores¹⁴⁸.

Partindo do pressuposto de que princípios e regras são normas (porque ambos dizem o que *deve ser*¹⁴⁹), Dworkin, em manifesto ataque ao Positivismo, especialmente a Hart (para quem os sistemas jurídicos seriam constituídos de regras secundárias e primárias¹⁵⁰), propugna que as regras jurídicas são aplicáveis no sistema de *tudo ou nada* (*all-or-nothing*), de modo que, havendo colisão entre elas, uma deverá ser considerada inválida. Já em relação

¹⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 450-1.

¹⁴⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: RT, 2000, p. 44.

¹⁴⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 87. VELLOSO, Andrei Pitten. *Conceitos e Competências Tributárias*. São Paulo: Dialética, 2005, p.151.

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 83.

¹⁵⁰ VELLOSO, Andrei Pitten. *Conceitos e Competências Tributárias*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 151.

aos princípios, sustenta que possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), reclamando uma ponderação, sem que nenhum perca sua validade ¹⁵¹.

Sob a ótica de Jean Boulangier ¹⁵², embora geral, porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos, a regra é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada, enquanto os princípios são destinados a uma série indefinida de aplicações.

Segundo Zagrebelsky ¹⁵³, as regras fixam o que é ou não devido nos casos por elas determinados, e os princípios estabelecem orientações gerais para situações não especificadas. Verte sua doutrina no sentido de que "solo los principios desempeñan un papel propriamente constitucional, es decir, 'constitutivo' del orden jurídico", enquanto que as regras, ainda que escritas na Constituição, "no son más que leyes reforzadas por su forma especial", e se "agotan en si mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan". Assim, "a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, solo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles 'reaccionar' ante algún caso concreto"¹⁵⁴. Pode-se dizer, então, que para Zagrebelsky os significados dos princípios não podem ser determinados de forma abstrata, senão apenas nos casos concretos, e somente neles é que se podem compreender seus alcances.

Para Alexy, o ponto nodal de diferenciação está em que os princípios são normas que ordenam a realização de algo na melhor medida possível, atuando como mandados de otimização ¹⁵⁵, enquanto as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não

¹⁵¹ Streck tem pensamento dissonante ao defender que "o princípio é elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele instituiu. Só que está encoberto. Por tais razões, é necessário, nesse ponto, discordar de Dworkin, quando diz que as regras são aplicáveis à maneira do *tudo ou nada* e que os princípios enunciam uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas ainda assim necessitam de uma decisão particular (*Taking Rights Seriously*). [...] Em síntese: há uma essencial diferença – e não separação – entre regra e princípio. Podemos até fazer a distinção pela via da relação sujeito-objeto, pela teoria do conhecimento. Entretanto, essa distinção será apenas de grau, de intensidade; não será, entretanto, uma distinção de base entre regra e princípio. No fundo, o equívoco da(s) teoria(s) da argumentação está em trabalhar com os princípios apenas com uma diferença de grau (regrando os princípios), utilizando-os como se fossem regras de segundo nível (equívoco que se repete ao se pensar que, além dos princípios, existem metaprincípios, metacritérios ou postulados hermenêuticos). STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 167-8.

¹⁵² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 174.

¹⁵³ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 176-7.

¹⁵⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 6 ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 110-1.

¹⁵⁵ Embora se discorde nessa parte, cumpre referir que Streck tece críticas a este pensamento: "Por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir "múltiplas respostas"; portanto, "fecham" a interpretação (e não a "abrem"). A partir disso é possível dizer que é equivocada a tese de que os princípios são mandatos de otimização e de que as regras trazem especificidades [...] Nada mais antidemocrático que delegar ao juiz o preenchimento conceitual das assim chamadas *cláusulas abertas*" [...] Por conseguinte, há que se discordar daqueles que querem descaracterizar a noção de princípio, transformando-o em um mero "postulado" ou "mandato de otimização". Por trás disso está um projeto positivista, pretendendo resgatar a abstratidade da

cumpridas. Na ótica de Alexy, o ponto que dista os princípios das regras relaciona-se com uma questão de qualidade, e não de graduação.

Canotilho¹⁵⁶, em seu viés, destaca alguns critérios para diferenciar princípios e regras, dentre os quais se tem como relevantes aqueles que levam em consideração o grau de abstração e a determinabilidade. Sob a ótica do grau de abstração, os princípios têm-na mais elevada, enquanto as regras possuem uma abstração relativamente reduzida. Partindo do grau de determinabilidade de aplicação no caso concreto, os princípios carecem de mediações concretizadoras, já as regras são suscetíveis de aplicação direta.

Humberto Ávila sustenta que a ponderação de razões não é privativa da aplicação dos princípios, e sim uma qualidade geral de qualquer aplicação de normas¹⁵⁷. Segundo pensa, os princípios não possuem uma dimensão de peso, mas "às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser atribuída uma dimensão de importância". Refere ainda que a dimensão de peso não é um atributo apenas dos princípios (também das regras), mas resultado de um juízo valorativo do aplicador¹⁵⁸. É o intérprete quem atribui dimensão de peso seja aos princípios, seja às regras. Sintetiza seu pensamento defendendo que a diferença entre princípios e regras não está no fato de que as regras devam ser aplicadas *no todo* e os princípios só *na medida máxima*. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de tal modo que seu conteúdo de dever-ser seja realizado totalmente. Tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser. A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: os princípios não determinam diretamente (por isso, *prima-facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma.¹⁵⁹

A contribuição de Ávila tem relevo em razão do fato de que avança para tentar demonstrar que a evolução do pensamento crítico não pode ficar presa a simples e reiteradas repetições de pensamentos precedentes.

regra e afastar a razão prática insita aos princípios. STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 142-45.

¹⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 279-80. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5 ed., rev. e aum. Coimbra: Almedina, 1992, p. 172.

¹⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 50.

¹⁵⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 51.

¹⁵⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 54.

Nada obstante, compreende-se que foi Juarez Freitas, sem discordar de Ávila na essência do tema retromencionado, quem mais avançou neste campo de caminhos ainda não bem sulcados, na medida em que, também saindo do lugar-comum das prescrições doutrinárias, avaliou, estipulou e amalgamou de forma mais minuciosa as características comuns e dissidentes entre as normas-princípios e normas-regras, com a advertência prefacial de que, em sua compreensão, não há um conflito de regras que não se resolva à luz dos princípios ¹⁶⁰.

Cumprir vincar que não se está simplesmente reproduzindo acriticamente sua proposição doutrinária. Após detida reflexão acerca de seu pensamento, sem que se tenha conseguido afastar dialogicamente seus pressupostos – senão apenas sintetizando-os -, a excelência de seu escólio reclama a manutenção da originalidade de sua "tábua de diferenças e semelhanças entre princípios e regras" ¹⁶¹.

Das semelhanças, colhem-se as principais, no sentido de que normas-princípios e normas-regras:

a) devem ser interpretadas de modo tópico-sistemático, mediante uma compreensão circular e dialética: significa que tanto diante de normas-regras como de normas-princípios é fundamental que o intérprete realize uma hierarquização com visão global do sistema em que elas se encontram, justificando, dialeticamente, a aplicação de determinada norma, sem que, com isso, haja uma "eliminação" (invalidade) do ordenamento jurídico das outras reconhecidas como não preponderantes no caso concreto. Não se pode cogitar na aplicação de princípios ou regras no sistema do "tudo ou nada" ¹⁶².

¹⁶⁰ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p.291.

¹⁶¹ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p.228-30.

¹⁶² Demonstração de que não há de se aplicar este sistema *all-or-nothing* inclusive às regras verifica-se em decisões do Supremo Tribunal Federal onde se reconhece a denominada "inconstitucionalidade progressiva" - situação em que se reconhece que determinada lei (regra) "ainda é constitucional" -, v.g.:

"LEGITIMIDADE - AÇÃO "EX DELICTO" - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal).

INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles

b) possuem força normativa produzida pelo intérprete/aplicador: as forças decorrentes dos comandos existentes (implícita ou explicitamente) nas normas somente serão integralmente exteriorizadas a partir da aplicação diante do caso concreto;

c) quando se contradizem não obrigatoriamente se contrariam: a circunstância de o intérprete fazer preponderar determinados princípios em detrimento de outros, ou de regras em face de outras, não significa que as normas, entre si, necessariamente se eliminem, mas sim que, no caso concreto, diante da antinomia decorrente da multiplicidade dos fatos reais, regras ou princípios que em tese deveriam ser vistos como complementares entre si apresentam colisão, demandando uma escolha preferencial de aplicação;

d) se encontram no plano do dever-ser: as normas-princípios e as normas-regras possuem elementos insertos em seus textos, e, ulteriormente, serão concretizadas;

e) requerem uma visão complexa, não-unidimensional: tal semelhança está vinculada diretamente à necessária visão sistêmica do intérprete, que precisa analisar os fenômenos de forma multidimensional, respeitando as adversidades e, conjuntamente, reconhecendo a unicidade do sistema jurídico;

f) precisam ser interpretadas à luz da historicidade e da faticidade: é indeclinável que o aplicador das normas recorra a valores, a conteúdos axiológicos vigentes quando da concretização, não podendo apegar-se aos fundamentos existentes apenas quando da criação das normas.

Das principais diferenças, colhe-se que:

a) os princípios são diretrizes axiológicamente superiores, a fonte máxima para o intérprete; as regras são normas estritas, destinadas a propiciar a concreção¹⁶³;

b) os princípios são fundamentais e fundantes, enquanto as regras são instrumentais e condicionadas à preservação máxima dos princípios interligados;

que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento.” (Recurso Extraordinário nº 135.328-SP, Tribunal Pleno, unânime, DJU de 20/04/2001, p. 137)

“HABEAS CORPUS. NULIDADES. INTIMAÇÃO PESSOAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS E PRAZO EM DOBRO PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS. 1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 52 do art. 1 da Lei nº 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei nº 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública. [...] Habeas corpus deferido para tais fins, devendo o novo julgamento se realizar com prévia intimação pessoal do Defensor Público, afastada a questão da tempestividade da apelação do réu, interposto dentro do prazo em dobro.” (Habeas Corpus nº 70.514-6-RS, Plenário, julgado em 23/03/1994)

¹⁶³ Há entendimentos em sentido diverso, defendendo que não se pode manter a compreensão de que a violação de um princípio seria mais grave do que a de uma regra. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Paulo: Malheiros, 2003, p. 83 e 85. VELLOSO, Andrei Pitten. *Conceitos e Competências Tributárias*. São Paulo: Dialética, 2005, p.157.

- c) ao menos no sistema pátrio, os princípios possuem em seu núcleo eficácia direta e imediata, ao tempo em que as regras procuram dar a máxima eficácia aos princípios e valores;
- d) princípios e regras se relativizam mutuamente, porém estas podem ser afastadas para preservar a relatividade e a mútua constituição dos princípios;
- e) nem princípios, nem regras podem ser lidos sob a lógica do *tudo ou nada*, porém o eventual afastamento da regra estrita somente se justifica para a preservação (unidade, abertura e eficácia) dos princípios.

2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Embora seja difícil conceituar com precisão o que seja a dignidade da pessoa humana (mormente por sua natureza polissêmica), consoante Häberle, sem perder de vista a necessidade de não se utilizar dela como fórmula vazia de conteúdo¹⁶⁴ ou de modo inflacionário (evitando-se assim sua desvalorização)¹⁶⁵, pode-se pelo menos reconhecer neste intróito que a dignidade da pessoa humana se constitui em uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado (como limite e tarefa dos poderes estatais¹⁶⁶) e da comunidade. Implica um complexo de *direitos e de deveres fundamentais* que assegurem a pessoa contra qualquer ato de cunho degradante e que lhe garantam as condições existenciais mínimas para uma vida saudável¹⁶⁷.

Acolhendo pensamento de Cruz, em sintonia, “pese a que el concepto jurídico de la dignidad humana resulta bastante indeterminado, su contenido puede ser fijado por via negativa, estableciendo cuándo ésta resulta lesionada. De esta forma, puede afirmarse que la dignidade humana resulta lesionada *cuando el hombre concreto es denigrado como objeto, como un mero medio*”¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Apud SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2.ed., rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 102, nota de rodapé n. 189.

¹⁶⁵ HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 102.

¹⁶⁶ “Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade [...]”. SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 48.

¹⁶⁷ SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

¹⁶⁸ CRUZ, Luís M. *La Constitución como orden de valores*. Granada: Comares, 2005, p. 22.

De modo mais direto: se não houver respeito pela vida e pela integridade do ser humano, se não se vislumbrarem condições mínimas de existência digna, se não houver (sobretudo) limitação de poderes, se não se verificar que a liberdade e a igualdade (material) e os direitos fundamentais não forem efetivamente reconhecidos e assegurados, é inviável falar-se em dignidade da pessoa humana ¹⁶⁹.

A dignidade humana não foi incluída no rol dos direitos e das garantias fundamentais, mas, pela primeira vez na história legislativa pátria, o constituinte de 1988 inseriu-a como princípio fundamental ¹⁷⁰, verdadeiro alicerce da ordem jurídica democrática ¹⁷¹.

Segundo doutrina de Fernandez Segado, o disposto no artigo 10.1 da Constituição Espanhola ¹⁷² - que permite paralelismo ao sistema brasileiro, artigo 1º, III, da Constituição da República - , “desde el punto de vista axiológico, eleva la dignidade de la persona a la categoria de *Grundnorm* em sentido lógico, ontológico y deontológico” ¹⁷³.

Como alerta Bonavides ¹⁷⁴, se a norma do artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal vigente precisa ser interpretada conjuntamente com o disposto no § 1º do art. 5º (*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*), é de se concluir que também aquelas outras normas do art. 3º da Carta Constitucional, bem como todas as demais já referidas e que se constituem como fundamentos de um Estado Social ¹⁷⁵ e de Direito (também os valores) têm aplicabilidade imediata, cabendo destaque, por evidência, no tópico,

¹⁶⁹ SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 61.

¹⁷⁰ Acerca de objetiva e precisa abordagem do Princípio da Dignidade Humana em ordenamentos constitucionais de vários países, remete-se à abordagem de Peter Häberle, no subitem *Direito constitucional comparado no plano internacional*, em seu *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 94-7.

¹⁷¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 115.

¹⁷² *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*.

¹⁷³ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *Constitución y Valores – La dignidad de la Persona como valor supremo del Ordenamiento Jurídico*. Porto Alegre, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 31 mar. 2006. Palestra conferida no módulo V do Curso de Direito Constitucional, p. 14.

¹⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. Porto Alegre, Escola da Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul, 28 mai. 2004.

¹⁷⁵ Mailard o denomina de *Estado Providência*, no qual se executam programas de intervenção social para se compensar as desigualdades sociais. “O Estado Providência faz prevalecer o princípio da igualdade sobre o da liberdade”. MAILARD, Jean de. *Crimes e Leis*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, , p. 134. Por igual, adequadas as considerações de Carmona Cuenca: “El Estado está constitucionalmente obligado a actuar en el sentido de la consecución de una mayor justicia social, aunque las formas concretas de hacerlo requieran un constante replanteamiento. [...] Así, pues, la cláusula del Estado social há de ser interpretada como una norma definidora de los fines del Estado, que obliga e justifica al legislador a actuar en términos de configuración social. Su misión está dirigida, ante todo, a asegurar un mínimo existencial de cada persona”. CARMONA CUENCA, Encarnación. *El Estado Social de Derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Economico y Social, 2000, p. 75.

à dignidade da pessoa humana ¹⁷⁶. Nessa quadra, impende referir ainda que a Constituição brasileira aponta para a construção de um Estado Social intervencionista ¹⁷⁷, que deve-se pautar por políticas públicas distributivistas. Em sua compreensão, ainda, a regra do artigo 3º da Constituição Federal é o “conceito-chave do Estado Social, cujo papel é o de promover a integração da sociedade nacional”¹⁷⁸.

Sarlet ensina ¹⁷⁹ que nossa Carta Maior tem uma abertura material do catálogo constitucional dos direitos e das garantias fundamentais, de modo que sua interpretação, a partir dos princípios e regras (e também valores), se deve dar de forma sistemática, tendo como parâmetro o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que serve, em verdade, amalgamado à justiça ¹⁸⁰, como diretriz material para a identificação de direitos implícitos sediados em outras partes da Constituição¹⁸¹. Se não houver uma interpretação sistemática, consoante bem discorre Juarez Freitas, há tudo, menos interpretação¹⁸².

Para Maria Celina de Moraes, quatro princípios jurídicos decorrem do substrato da dignidade da pessoa humana: igualdade, solidariedade, liberdade e integridade física e moral¹⁸³. Ainda sob sua compreensão, “o legislador constituinte, apoiado nos princípios da dignidade humana e da solidariedade social, teve a pretensão de enfrentar as desigualdades concretas do contexto da sociedade brasileira contemporânea, ao propugnar, como objetivo

¹⁷⁶ "Para além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo Constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do Título II)[...]". SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2.ed., rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 100.

¹⁷⁷ Carmona Cuenca alinha-se a esta premissa: “Frente a la tradicional separación del Estado y la sociedad en la ideología del Estado liberal, el Estado social se proclama como un Estado intervencionista en la sociedad [...] el nuevo Estado social adopta un papel activo en la regulación de la economía con la finalidad de lograr una mayor justicia social que la que se produciría espontáneamente dejando actuar a los diversos agentes sociales.” CARMONA CUENCA, Encarnación. *El Estado Social de Derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000, p. 120 e 122.

¹⁷⁸ STRECK, Lênio. *Teoria da Constituição e Jurisdição Constitucional*. Porto Alegre, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 31 mar. 2006. Palestra conferida no módulo V do Curso de Direito Constitucional, p. 32.

¹⁷⁹ SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 99-100. SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2.ed., rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 87-9.

¹⁸⁰ Para Recaséns Siches, “el Derecho debe inspirarse en unos valores básicos de altísimo rango: justicia, dignidad de la persona humana individual, libertades fundamentales del hombre, bienestar general, paz, orden y seguridad”. RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. 2 ed. México: Porrúa, 1973, p. 284.

¹⁸¹ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2.ed., rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 103.

¹⁸² FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 49.

¹⁸³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 117.

fundamental da República – artigo 3º, III -, a erradicação da pobreza e da marginalização social, impondo o atingimento da igualdade substancial e da justiça social" ¹⁸⁴.

Importante reiterar que *não há um direito fundamental à dignidade* da pessoa humana como algo que possa ser objeto de concessão pela ordem estatal ou comunitária ¹⁸⁵. Leciona Fernandez Segado, ancorado no entendimento do Tribunal Constitucional Espanhol: "si es claro que en nuestro ordenamiento constitucional [também ao brasileiro] la dignidade de la persona no puede ser entendida como derecho fundamental, no lo es menos que la dignidad puede ser considerada como la fuente de todos los derechos" ¹⁸⁶.

Assim, a dignidade da pessoa humana precisa ser analisada e considerada como *mandado de otimização*, ordenando algo que deva ser realizado na melhor medida possível frente às possibilidades fáticas e jurídicas ¹⁸⁷, sem descurar que, na senda de Alexy ¹⁸⁸, mesmo à dignidade da pessoa humana, conquanto se traduza em *valor jurídico supremo* ¹⁸⁹, não se lhe pode conferir grau absoluto ¹⁹⁰.

Pode-se dizer, então, que a dignidade da pessoa humana atua como elemento fundante e informador de todos os direitos, deveres e garantias fundamentais (explícitas ou implícitas)

¹⁸⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 124-5.

¹⁸⁵ SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 105.

¹⁸⁶ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *Constitución y Valores – La dignidad de la Persona como valor supremo del Ordenamiento Juridico*. Porto Alegre, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 31 mar. 2006. Palestra conferida no módulo V do Curso de Direito Constitucional, p. 25-6.

¹⁸⁷ SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 76 e 101.

¹⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 109.

¹⁸⁹ HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 99.

¹⁹⁰ "A dignidade pessoal poderia ceder em face de valores sociais mais relevantes, designadamente quando o intuito for salvaguardar a vida e a dignidade pessoal dos demais integrantes de determinada comunidade". SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 125. "Com efeito, não há como deixar de reconhecer – acompanhando Kloepfer – que mesmo em se tendo a dignidade como o valor supremo do ordenamento jurídico, daí não segue, por si só e necessariamente, o postulado de sua absoluta intangibilidade. Assim, também nas tensões verificadas no relacionamento entre pessoas igualmente dignas, não se poderá dispensar – até mesmo em face da necessidade de solucionar o caso concreto – um juízo de ponderação ou (o que parece mais correto) uma hierarquização, que, à evidência, jamais poderá resultar – e esta a dimensão efetivamente absoluta da dignidade – no sacrifício da dignidade, na condição de valor intrínseco e insubstituível de cada ser humano que, como tal, sempre deverá ser reconhecido e protegido, sendo, portanto – e especificamente neste sentido – imponderável". SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 132. Ainda, Häberle entende que a dignidade humana é resistente à ponderação, motivo pelo qual vale uma proibição absoluta de tortura. HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 129.

do sistema vigente ¹⁹¹, vinculando e obrigando as políticas públicas e todas as ações (positivas e de abstenção), privadas ou públicas.

Desses nortes decorre uma bipartição de conseqüências primordiais. A primeira, em que se verifica uma dúplice dimensão, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impõe limites à atuação estatal (no sentido de impedir que o poder público venha a violá-la), bem como implica que o Estado deverá ter como meta permanente a proteção, a promoção e a realização concreta de uma vida com dignidade para todos. Quanto a essas, há uma imposição de dever ao Estado em promover as condições que viabilizem e removam os obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade ¹⁹². A segunda, em tempos de globalização econômica ¹⁹³, com níveis alarmantes de exclusão social, no qual o Estado não pode mais ser visto como principal inimigo das liberdades e de direitos fundamentais ¹⁹⁴, há obrigação do respeito do referido comando-maior também pela sociedade civil ¹⁹⁵.

Da dignidade da pessoa humana decorre uma obrigação geral de respeito pelo semelhante, obrigação esta que se traduz em um feixe de deveres e direitos correlativos de bens indispensáveis para o crescimento do homem ¹⁹⁶.

Encerrando – mas não exaurindo – o tópico, cumpre, sem pretensão absoluta, aderir à conceituação trazida por Sarlet ¹⁹⁷ acerca da dignidade da pessoa humana, que consistiria na “qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua

¹⁹¹ SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 84.

¹⁹² SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 112.

¹⁹³ Streck impõe relevo na circunstância de que o atendimento aos fins sociais e econômicos previstos especialmente no artigo 3º da Constituição se constitui numa “condição de possibilidade da própria inserção do Estado Nacional na seara da pós-modernidade globalizante”. STREK, Lênio. *Teoria da Constituição e Jurisdição Constitucional*. Porto Alegre, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 31 mar. 2006. Palestra conferida no módulo V do Curso de Direito Constitucional, p. 33.

¹⁹⁴ SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 113-4.

¹⁹⁵ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *Constitución y Valores – La dignidad de la Persona como valor supremo del Ordenamiento Jurídico*. Porto Alegre, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 31 mar. 2006. Palestra conferida no módulo V do Curso de Direito Constitucional, p. 38.

¹⁹⁶ SARLET, Ingo. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 24.

¹⁹⁷ SARLET, Ingo. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37.

participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

2.3 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Um dos pilares de sustentação de um sistema jurídico de Estado que se compreenda Social e Democrático de Direito está no denominado Princípio do Devido Processo Legal, preconizado, no caso pátrio, no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República, segundo o qual ninguém poderá ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal¹⁹⁸.

Deflui de sua essência a necessária observância da proteção substancial dos direitos fundamentais – explícitos ou não – dos cidadãos frente ao ordenamento constitucional, sendo que a dignidade da pessoa humana, na concepção anteriormente analisada, está amalgamada também ao conteúdo axiológico do princípio em voga. Tem como função primaz balizar os limites da ação do Estado (*lato sensu*).

A dimensão é dúplice.

Em primeiro lugar, partindo-se de sua concepção mais moderna, impõe-se uma rígida observância das diretrizes fundamentais da Constituição na construção do ordenamento infraconstitucional, encontrando-se no Princípio da Proporcionalidade suporte teórico para que não sejam editadas normas impregnadas de excessos normativos ou então com dispositivos irrazoáveis (aqui compreendidas aquelas com *insuficientes* conteúdos normativos, conforme adiante analisado). Na verdade, é da diretriz da proporcionalidade que decorre a vocação para inibição ou neutralização dos abusos do Estado no exercício de suas funções. Como já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, “a norma estatal que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade [bem assim aquela que atende a este comando] presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive *due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo,

¹⁹⁸ Brindeiro destaca que foi a quinta Ementa à Constituição Americana de 1787 que introduziu no sistema norte-americano a expressão *due process of law*, sendo que somente a partir de 1890 é que se incorporou, já na vigência da 14ª Emenda, o sentido de proteção substantiva dos direitos e das liberdades civis. Acresce que, a partir das decisões da Corte Suprema nos casos *Griswold v. Connecticut*, em 1965, e *Roe v. Wade*, em 1973, o renascimento do *substantive due process* voltou a enfatizar a importância da proteção dos valores fundamentais contra a ação arbitrária e irrazoável. BRINDEIRO, Geraldo. *Jurisdição Constitucional e o devido processo legal*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 425-6.

ênfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.”¹⁹⁹ A teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometam e afetem os fins que regem a prática da função de legislar.²⁰⁰

A outra face está calcada em sua dimensão procedimental. É dizer, encontra-se vinculada embrionariamente aos Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, os quais têm previsão expressa no inciso LV do artigo 5º da Constituição da República, em que se assegura aos litigantes, em esfera judicial ou administrativa, bem como aos acusados de forma geral, o exercício de todos os meios de prova e defesa.

Ao tempo em que é possível se ter uma noção muito clara das ordens impostas por intermédio desses comandos, paradoxalmente, pela fluidez conceitual, decorre certa impossibilidade de se dizer objetivamente no que consistem. Contudo, a premissa basilar está em que existe uma inafastável obrigação de que, na resolução de conflitos, se permita aos lados antagônicos a utilização de todos os *suficientes* meios inerentes ao sistema para que defendam seus direitos e se contraponham aos argumentos opostos.

A parte mais *sensível* desses conteúdos axiológicos está exatamente em encontrar o ponto que se caracterize como *justa medida* para não só fazer valer os comandos em suas plenitudes, como também para evitar que, de maneira desvirtuada, sejam invocados de forma a gerar excessos. Quer-se dizer com isto: ampla defesa e contraditório precisam ser entendidos como princípios delineadores das deficiências e também dos excessos procedimentais em relação aos atos de ambas as partes que se encontram defendendo direitos em conflito. De modo mais explícito: também é a proporcionalidade que regulará esta *justa medida*, garantindo que os litigantes possam exercer seus direitos constitucionais de forma adequada, impedindo-os que, de forma desvirtuada, invoquem os comandos constitucionais apenas como forma retórica. Em última instância, é ao Poder Judiciário que incumbe fazer

¹⁹⁹ Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.407-DF, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/1996, publicado no DJU em 24/11/2000. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 02 mai.2006.

²⁰⁰ Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade nº 2667-DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 19/06/2002, Plenário, publicado no DJU em 12/03/2004. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 02 mai.2006.

essa ponderação. Especificamente no procedimento processual penal, tem-se que garantir não só a higidez do próprio processo, evitando-se que irregularidade formais ocorram, mas também prover medidas que assegurem a correta aplicação da lei e princípios constitucionais²⁰¹.

2.4 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A punição de determinado agente que pratica um delito representa uma reação do Estado em face da ação contrária à lei. Entretanto, como corolário de um sistema democrático, verdadeiro dogma do moderno Estado de Direito, para fins de responsabilização criminal de quem eventualmente descumpra as regras, exige-se a previsão legal antecipada, definindo quais condutas e em que circunstâncias são consideradas crimes, bem como as penas a eles cominadas.

Como reconhece García Rivas, a exigência de uma lei prévia que defina a conduta como delito e preveja uma pena respectiva traduz-se no conteúdo mais fundamental do Princípio da Legalidade²⁰², que, no sistema constitucional vigente, está consubstanciado no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal.

Sendo o Direito Penal uma das formas de controle social, somente se poderá fazer incidir a regulação aos fatos porventura cometidos após a existência e validade jurídica das proibições. Nenhuma lei poderá retroagir sobre fatos acontecidos preteritamente, salvo se importar em benefício ao réu (inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal). Desse modo, se pode conceber que o princípio em voga abarca a irretroatividade, a taxatividade e a reserva de lei propriamente dita.

²⁰¹ Na linha do que já sustentado em outra oportunidade, o processo é uma atividade ordenada no sentido de chegar ao ato final que é a sentença. É um caminhar para a frente, não para os lados, nem para trás. Está moldado segundo determinados ritos e não admite atos írritos, isto é, fora do rito estabelecido, nem se compadece com atos inúteis ou onerosos (economia processual), nem solertes (*chicana*), nem insinceros (*deslealdade*). Está, por isso, disciplinado segundo determinada *regulamentação*. Cabe ao juiz prover a sua *regularidade*. Ele o faz com dupla ação: positiva, ao determinar o que há de ser feito; negativa, ao desfazer o mal feito por seus auxiliares, pelas partes ou por terceiros que intervenham no processo. FISCHER, Douglas. *O princípio da ampla defesa e as condutas com intuito meramente protelatório no procedimento processual penal*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 761, mar.1999, p. 509-12. Disponível também em www.anpr.org.br/boletim/boletim09/boletim09.htm. Acesso em 27 jun. 2006.

²⁰² GARCÍA RIVAS, Nicolas. *El Poder Punitivo em El Estado Democrático*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, p. 72.

2.5 PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA

O artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão dispõe que “todo homem é presumidamente inocente até ter sido demonstrada sua culpabilidade; se é indispensável prendê-lo, qualquer rigor que não seja *necessário* para atingir este fim deve ser severamente reprimido pela lei”.

Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 11, estabelece que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma a sua inocência, enquanto não se provar a sua culpabilidade, conforme a lei e em julgamento público no qual se hajam assegurado todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Em sintonia, o Princípio da Inocência, insculpido no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, também se identifica com o devido processo legal. Dessa maneira, concomitantemente à proibição de não se poder considerar ninguém culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, demandará levar em consideração quais são os limites de sua compreensão, bem como a ponderação, especificamente no presente estudo, quando do tratamento dos requisitos para a determinação de prisões cautelares, ora limitada à subespécie preventiva. Por isso a prisão de alguém que não seja considerado definitivamente culpado será sempre possível, desde que haja provas suficientes para a razão acautelatória em razão da eficiência da jurisdição penal, mediante devida fundamentação²⁰³.

2.6 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A Constituição brasileira, ao enunciar os direitos e as garantias fundamentais, reconhece também como vetor paradigmático que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Saber o significado de tal ordenação e qual sua extensão é tarefa que reclama ao menos mínima explicitação e compreensão, nada obstante já há muito se venha enfrentando tema de difícil parametrização e conceituação.

²⁰³ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 176. Como diz o autor, especificamente, “presente, à evidência, uma tensão entre princípios constitucionais (inocência x efetividade da jurisdição penal), identificados nas normas do art. 5º, LVII (da inocência) e inciso LXI (que autoriza a prisão do inocente por ordem fundamentada da autoridade judiciária), a única solução possível somente poderia ser dada pela via constitucional, e, em tese, pela adoção de critérios de proporcionalidade ou de ponderação para a escolha da norma mais adequada no caso concreto”.

Sem realizar um levantamento histórico, faz-se elementar reconhecer não ser possível uma concepção do Princípio da Igualdade como decorrente de um inquebrantável tratamento idêntico a todas as pessoas e fatos²⁰⁴. Há *iguais* e, em relação a estes, *desiguais*, bem assim reciprocamente. Na senda de Borowski, “es bien sabido que del principio general de igualdad no sólo se deriva un deber de trato igual sino también un deber de trato desigual”²⁰⁵.

A *pedra de toque* está em saber qual o critério racional e razoável - sem arbitrariedade²⁰⁶ -, devidamente justificado, que, atendendo estrita e materialmente aos ditames constitucionais, permita estabelecer discriminações entre pessoas e fatos de modo não a fragilizar o princípio em voga, mas, do contrário, reforçá-lo²⁰⁷.

Deve-se perscrutar quais discriminações são tidas como compatíveis com a cláusula da igualdade apenas e exclusivamente quando se demonstrar a existência de um vínculo de correlação lógica entre “a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida” (correlação lógico-abstrata). Também é necessário que essa discriminação atenda aos valores maiores insertos na Constituição (correlação lógico-material).

Bandeira de Mello²⁰⁸ sintetiza em cinco os cânones caracterizadores da violação ao preceito constitucional da isonomia, que se dá quando: a) a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, em vez de abranger uma categoria de pessoas ou uma pessoa futura e indeterminada; b) a norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não-residente nos fatos, situações ou pessoas desequiparadas; c) a norma atribui tratamentos jurídicos diversos em atenção a fator de discrimen adotado que não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes

²⁰⁴ “Coexisten una serie de igualdades y desigualdades que no pueden ni deben ser soslayadas. Si no tuviera presentes esas condiciones estructurales de la realidad vital, la igualdad sería una noción vacía, inútil e injusta. Es más, la igualdad entendida mecánicamente y aplicada de modo uniforme, como un criterio formal y abstracto, podría degenerar en una sucesión de desigualdades reales. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 108.

²⁰⁵ BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los derechos fundamentales*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 191.

²⁰⁶ A fórmula utilizada pelo Tribunal Constitucional Alemão, neste diapasão, é a de que o legislador está vinculado ao princípio geral da igualdade no sentido de que não pode tratar arbitrariamente de forma desigual o que é essencialmente igual, como não pode tratar arbitrariamente igual o que é essencialmente desigual. BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los derechos fundamentales*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 191.

²⁰⁷ “O debate sobre as diferenças relevantes ou irrelevantes que permitem julgar se uma desigualdade é justificada ou não, [...] se uma desigualdade justifica ou legitima uma discriminação, constitui a ponte que faz a passagem do conceito puramente formal de igualdade [...] para os diferentes modos de conceber a igualdade segundo os diferentes critérios que são adotados para distinguir os iguais dos desiguais. Trata-se da passagem da regra de justiça aos critérios de justiça”. BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 315.

²⁰⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 47-8.

outorgados; d) a norma supõe relação de pertinência lógica em abstrato, mas a discriminação estabelecida conduz a efeitos contrapostos ou dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente; e) a interpretação da norma extrai distinções, discriminações, desequiparações que não foram assumidas por ela, seja implícita seja explicitamente.

Concatenada umbilicalmente com o Princípio da Justiça²⁰⁹, a equidade funciona como uma metanorma que tem por escopo estruturar a aplicação de outras, estando direcionada tanto ao legislador quanto ao aplicador da lei.

Sendo o juiz o último destinatário da norma da equidade para a solução de controvérsias trazidas a lume – por isso, compreende-se, com função mais importante e destacada²¹⁰ –, convém lembrar Bobbio, para quem “a lei deve ser imparcialmente aplicada, e deve ser imparcialmente aplicada porque apenas desse modo assegura igual tratamento dos iguais. A lei, enquanto norma geral e abstrata, estabelece qual seja a categoria à qual deve ser reservado um determinado tratamento. Cabe ao juiz estabelecer em cada situação quem deve ser incluído na categoria e quem deve ser dela excluído”²¹¹.

Em síntese, a equidade, vista sob a dimensão substancial²¹² (e não puramente formal²¹³), precisa ser compreendida como distribuição proporcional de ônus e vantagens. Está ligada ao razoável, ao que convém ao bem comum e aos fins sociais a que se destina a

²⁰⁹ “O princípio generalíssimo que prescreve o igual tratamento dos iguais (e o desigual dos desiguais) recebe o nome de regra de justiça”. BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 311. Analisando o pensamento Aristotélico, sintetiza Elaine Nassif: “Para Aristóteles, há três modos de ser injusto: quando se viola a lei; quando se toma mais do que devido e quando se falta com a igualdade. [...] Então cumpre perguntar o que é aplicar uma lei de forma justa? A resposta de Aristóteles a essa questão está em praticar a equidade. A equidade é a justiça não segundo a lei, mas sim como um corretivo da justiça legal. É que sendo a lei uma disposição genérica e abstrata, sua aplicação sem a consideração dos elementos específicos do caso concreto levaria a uma aplicação rígida, porém, injusta. Uma aplicação flexível da lei consiste em proceder à subsunção do fato à lei, e depois dos fundamentos dessa lei ao fato, de modo a se conseguir a tão desejada proporcionalidade, característica da justiça. Uma forma de se chegar ao meio-termo, à realização da prudência, da sabedoria prática, do discernimento [...]”. NASSIF, Elaine Noronha. *A phrónesis Aristotélica, a Equidade e a atividade do juiz na racionalidade do discurso processual*. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, ano 1, n. 3, abr./jun.2002, p. 36-7.

²¹⁰ Como salienta Recaséns Siches, reportando-se a Carnelutti, “no os dejéis seducir por el mito del legislador. Más bien pensad en el Juez, que es verdaderamente la figura central del Derecho. Un ordenamiento jurídico se puede conseguir sin reglas legislativas, pero no sin jueces. [...] Es el Juez, no el legislador, quien tiene ante sí al hombre vivo, mientras que el hombre del legislador es desgraciadamente una marioneta o un títere. Y sólo el contacto con el hombre vivo y auténtico, con sus fuerzas y debilidades, con sus alegrías y sus sufrimientos, con su bien y su mal, pueden inspirar esa visión suprema que es la intuición de la justicia”. RECASÉNS SICHES, Luís. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. 2 ed. México: Porrúa, 1973, p. 130.

²¹¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 313.

²¹² “La interpretación material de los principios de libertad e igualdad en un Estado social exige encomendar al Estado la misión de hacer realidad esos principios”. CARMONA CUENCA, Encarnación. *El Estado Social de Derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000, p. 146.

²¹³ “La igualdad formal de la democracia política, aplicada a situaciones jurídicas desiguales, produce un Derecho material desigual, contra el cual declara su hostilidad la democracia social”. H. Heller, apud CARMONA CUENCA, Encarnación. *El Estado Social de Derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000, p.146.

norma legal²¹⁴. Perelman, já se declinou, defende que o irrazoável não é de direito. Em consonância, Recaséns Siches enceta: “el problema de la equidad no es propriamente el de *corregir la ley* al aplicarla a determinados casos particulares. No se trata de *corregir la ley*. Se trata de otra cosa: se trata de *interpretarla razonablemente*”²¹⁵. E prossegue: “el juez debe atenerse no tanto al texto de la regla - lo qual frecuentemente le llevaria a disparates o injusticias - sino sobre todo y principalmente a las valoraciones efectivas sobre las cuales la regla está de hecho fundada”²¹⁶.

2.7 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

O êxodo do tópico sob exame – vinculado ao anterior - há de partir da lembrança de Häberle²¹⁷ no sentido de que na (programática) Declaração Universal dos Direitos Humanos consta, em seu preâmbulo, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os homens, e, em seu artigo 1º, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Eles são portadores de razão e de consciência e devem tratar uns aos outros com espírito de fraternidade”. Diz-se, com outra expressão: com espírito de solidariedade.

Pelo prisma dos direitos inerentes à dignidade humana, Fernandez Segado²¹⁸ compreende que “el progreso de la civilización humana se mide sobre todo en la ayuda dada por el más fuerte al más débil, en la limitación de los poderes naturales de aquél como reconocimiento de las exigencias morales de éste, en el aumento del sentido de una fraternidade humana sin la cual los derechos a la libertad se convierten en privilegios egoístas y el principio de igualdad jurídica, en una nivelación basada en el sometimiento al poder del más fuerte”.

Nesse diapasão, idêntico é o pensamento de Eros Grau²¹⁹, que, ao criticar as imperfeições do sistema liberal (isoladamente visto, complementa-se), compreende que a

²¹⁴ PRATA, Edson. *Equidade*. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 51, 3º trimestre, Rio de Janeiro, 1986, p. 37-8.

²¹⁵ RECASÉNS SICHES, Luis. *Equidad*. Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, Tomo X, p. 427-37.

²¹⁶ RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. 2 ed., México: Porrúa, 1973, p. 289, apud BARBIERO, Louri Geraldo. *Lei 9.099/95. Cabe suspensão condicional do processo*. Disponível em: <http://www.conjur.estadao.com.br/>. Acesso em 06 mai 2006.

²¹⁷ HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 91.

²¹⁸ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *Constitución y Valores – La dignidad de la Persona como valor supremo del Ordenamiento Jurídico*. Porto Alegre, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 31 mar.2006. Palestra conferida no módulo V do Curso de Direito Constitucional, p. 34.

²¹⁹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 18.

fraternidade “não poderia ser lograda no seio de uma sociedade na qual compareciam o egoísmo e a competição como motores da atividade econômica”.

Cabo Martín põe em relevo que toda a história do direito ocidental registra uma construção subjetivista do Direito (não sem razão, é verdade), sendo necessário haver, em sua compreensão, uma hodierna ruptura desse individualismo ²²⁰. Sua proposta não afasta os Direitos Fundamentais, mas apenas rechaça a exclusividade dos subjetivismos como fundamentos do Direito. Esse rompimento paradigmático revela-se como consequência de um “constitucionalismo del Estado Social en virtud de lo cual el Derecho constitucional adquiere una especial relevancia como articulador y *construtor* social, bien distinto del mero reconocimiento y traslado mecánico de la pura individualidad al mundo del Derecho” ²²¹. Prossegue aduzindo que “lo mas propio del Estado social en esta su aportación a la entrada de lo colectivo en el Derecho y donde desarrolla a partir de ello esa capacidad de articulación social en que se traduce el principio de Solidariedad es en el ámbito socioeconómico”²²².

Discorre ainda que, no sistema italiano, sem formulação similar no direito comparado, o Princípio da Solidariedade alcança especial relevância quando é admitido como princípio constitucional vinculado ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, estando plasmada no artigo 2º da Constituição Italiana – em contrapartida dos direitos nela reconhecidos e garantidos - a exigência do cumprimento dos inderrogáveis deveres de solidariedade política, econômica e social ²²³.

Malgrado inexistir disposição expressa no artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal, que a República Federativa do Brasil se constitua (além de Democrático) em um Estado *Social*, não se pode conceber que, por isso, o princípio norteador deixe de encontrar supedâneo na Carta Magna ²²⁴.

²²⁰ A respeito dessa tensão entre individualismo e solidariedade, sentencia que “en las sociedades actuales son precisamente sujetos no personales o individuales (como las grandes corporaciones, es decir, *los fuertes*) los que están en las mejores condiciones y disponen de todas las posibilidades para beneficiarse de también todas las potencialidades del sistema tan completo de protección alcanzado en el constitucionalismo actual por los derechos y libertades. La perversión del sistema se manifiesta no solamente en este aspecto, que hace que las múltiples y cada vez más modernas técnicas de protección de los derechos fundamentales se conviertan en mecanismos de defensa de intereses extraindividuales, sino que esta defensa se hace precisamente en *detrimento* de los sujetos individuales, que pasan a ser más el objeto de los derechos ejercidos por otros que el sujeto de los mismos”. CABO MARTÍN, Carlos de. *Teoría Constitucional de La Solidaridad*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 76-7.

²²¹ CABO MARTÍN, Carlos de. *Teoría Constitucional de La Solidaridad*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 67.

²²² CABO MARTÍN, Carlos de. *Teoría Constitucional de La Solidaridad*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 73.

²²³ CABO MARTÍN, Carlos de. *Teoría Constitucional de La Solidaridad*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 58.

²²⁴ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2001, p. 65.

Para Zagrebelsky²²⁵, o conceito de Estado Social de direito se expressa em uma dupla caracterização da regulação constitucional do *econômico*: constitucionalização dos direitos de propriedade e de livre iniciativa e valoração pelo Estado de exigências de Justiça, tanto sob a forma de proteção de direitos, como pela afirmação imediata de necessidades objetivas de índole geral.

Carmona Cuenca também discorre nesse sentido, referindo que “el denominado *principio de solidaridad* legitima una normativa sociopolítica a través de la cual se distribuyen justamente las cargas y se suavizan perjuicios de determinados grupos sociales com la conseguiente carga para otros estratos”²²⁶. Em sua concepção, o Estado Social não consiste unicamente em prestações do Estado que são distribuídas para os cidadãos, mas requer – em primeiro lugar – um sentido de *responsabilidad do individuo*, na medida em que cada um deve agir em favor dos demais antes mesmo de invocar a ajuda estatal. Defende que as propostas embasadoras de um Estado Social seguem sendo válidas, ou, pelo menos, são as que trazem a melhor solução para controlar a denominada exclusão e discriminação sociais²²⁷.

Abordando os bens jurídicos de matizes econômico-sociais, com características supra-individuais, Ferreira da Cunha salienta que tal decorre da dimensão solidarística das atuais Constituições de Estados de direito material social²²⁸.

Na medida em que a Constituição Brasileira fixa diretrizes para o atendimento da justiça social (artigo 170, CF/88), estabelece como objetivos da República Brasileira (artigo 3º, I, CF/88) a construção de uma sociedade livre, justa²²⁹ e *solidária*²³⁰, Maria Celina de Moraes sustenta daí defluir que “os incisos do artigo 3º conclamam os Poderes a uma atuação promocional, através da concepção de justiça distributiva, voltada para a igualdade substancial”²³¹.

²²⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 6 ed. Madrid: Trotta, 2005, p.95.

²²⁶ CARMONA CUENCA, Encarnación. *El Estado Social de Derecho en la Constitucion*. Madrid: Consejo Economico y Social, 2000, p. 76.

²²⁷ CARMONA CUENCA, Encarnación. *El Estado Social de Derecho en la Constitucion*. Madrid: Consejo Economico y Social, 2000, p. 198.

²²⁸ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 324.

²²⁹ “A justiça constitui um valor fundamental da sociabilidade, pois viver em sociedade é viver em débito. O exercício dos direitos deve levar em consideração as exigências da justiça, afirmada como valor supremo (Preâmbulo): ‘a justiça constitui o conteúdo de equilíbrio de todos os direitos’”. BARZOTTO, Luis Fernando. *A Democracia na Constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 197.

²³⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração. Revista Trimestral de Direito Público, n. 39, p. 32.

²³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 138.

Na seqüência desse pensamento sistêmico, é forçoso reconhecer que a *solidariedade* se traduz como *princípio inovador* no sistema pátrio, inclusive no âmbito penal, e deverá ser considerada não somente na elaboração das leis e execução das políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do direito, pois “deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral “de não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito”²³².

A busca da igualdade substancial mediante a observância ao Princípio da Solidariedade – diretriz da qual também decorrem deveres constitucionais - tem previsões mais específicas. Está-se referindo às normas inseridas no título constitucional relativas à *ordem social*, que encontram paradigma também no artigo 6º da Constituição Federal: “São *direitos sociais* a educação, a *saúde*, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a *previdência social*, a proteção à maternidade e à infância, a *assistência* aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Na senda de Sarlet, nunca é demais sulcar que existe uma “íntima vinculação entre os direitos à saúde, previdência e assistência social e os direitos à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana”²³³.

Fixando disposição geral de que a ordem social tem como objetivo o bem-estar e as justiças sociais, já no artigo 194 da Constituição se encontra comando no sentido de que a seguridade social é um conjunto de integrado de ações destinadas a assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social, cuja iniciativa não é apenas dos Poderes Públicos, mas também da sociedade.

Relevante para o tema em debate, quando adiante se tratar notadamente da abordagem dos crimes econômicos e suas conseqüências, o artigo 195 da Constituição preconiza que a seguridade social será financiada por toda a sociedade (respeitada a equidade na forma de participação no custeio – inciso I do artigo 194 da Constituição), na forma prevista na legislação específica, mediante recursos orçamentários próprios e, sobremaneira, pelas contribuições sociais de que tratam os incisos relativos, especialmente aquelas elencadas no

²³² MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 138-9.

²³³ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2.ed., rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 289.

segundo e nas alíneas do primeiro ²³⁴. Dentro ainda do mesmo contexto, mas com previsão mais ampla da solidariedade, consta no artigo 203 da Carta que a assistência social deverá ser prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, cujas ações, para sua concretização, serão realizadas substancialmente a partir do orçamento da seguridade social, sem embargo de outras que sejam fixadas nos moldes do artigo 204 subsequente. Nessa trilha, Cabo Martín, vez mais, bem observa que o regime de Seguridade Social está vinculado diretamente ao Estado Social ao ponto de que seja considerado “la plasmación institucional del mismo” ²³⁵.

Também não se pode perder de vista que, no artigo 196 da Constituição, há previsão de a saúde ser um direito de todos os cidadãos e que, a partir das previsões orçamentárias do Estado - guiadas preponderantemente pelas disponibilidades financeiras -, se deverá obedecer ao primado do acesso universal e igualitário às ações e serviços.

Derradeiramente, avulta a obrigação inscrita no artigo 192 da Constituição Federal, ao impor que o sistema financeiro nacional está estruturado – e desse paradigma é proibido o afastamento na concretização de seus programas e regras – de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade.

Possuindo contornos de um princípio constitucional que tem por norte a igual dignidade social, a solidariedade – nas palavras de Höffe, esse “senso comunitário” ²³⁶ - é fundante e fundamental para que se possa cogitar da busca, viabilização e desenvolvimento de um Estado Democrático que deite raízes sob o primado de uma *ordem social*, como corolário dos Princípios da Justiça e da Dignidade da Pessoa Humana.

²³⁴ Trata das contribuições do empregador, empresa e entidade a ela equiparada e que incidem sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados a qualquer título à pessoa física que lhe preste serviço, sobre a receita ou o faturamento, bem assim sobre o lucro, e também as contribuições dos trabalhadores e demais segurados da previdência social.

²³⁵ CABO MARTÍN, Carlos de. *Teoría Constitucional de La Solidaridad*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 102.

²³⁶ HÖFFE, Otfried. *O que é Justiça ?* Porto Alegre: Edipucrs, 2003, p. 141-3.

2.8 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Originariamente ligado ao exercício do poder de polícia administrativa²³⁷, o Princípio da Proporcionalidade²³⁸, que hoje se inter-relaciona de modo muito intenso com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana²³⁹, tem seu campo mais amplo de atuação na seara dos direitos fundamentais²⁴⁰, e também, sustenta-se aqui, no âmbito dos deveres fundamentais. É essencial tanto para valorar as restrições que se possam impor aos cidadãos pelo Estado, como para a consecução de seus fins²⁴¹.

Derivando do Estado de Direito, tem-se que o Princípio da Proporcionalidade, que, malgrado não previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, está umbilicalmente ligado – e dele derivado – ao Princípio do Devido Processo Legal Substancial, preconizado no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal.

²³⁷ Santana Vega refere que há autores que opinam no sentido de que o Princípio da Proporcionalidade surgiu como um limite do poder de polícia, para em seguida se converter num princípio de direito público, que rege o estabelecimento e a aplicação de todas as espécies de medidas restritivas de liberdade. Outros, porém, defendem que o princípio nasceu no seio do Direito Penal com a finalidade de limitar as medidas de segurança. Por fim, há autores que sustentam que o princípio em voga sempre esteve vinculado ao âmbito das penas. Essa última corrente seria seguida pelo Tribunal Constitucional Espanhol, que considera como “precedente mais antigo” do Princípio da Proporcionalidade as idéias que se “desarrollan en Europa a partir del siglo XVIII, dentro de la preocupación humanitaria que aparece en la doctrina penal de esa época y que se refleja en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que proclama en su artículo 8 que ‘la Ley no debe establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias’”. SANTANA VEGA, Dulce Maria. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 179.

²³⁸ Adverte-se que Humberto Ávila compreende que o Princípio da Proporcionalidade não consiste num princípio, mas num “postulado normativo aplicativo”, que estabelece uma “estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos em colisão”. ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*, Revista de Direito Administrativo n. 215, Rio de Janeiro, jan./mar.1999, p. 153. Ávila propõe a adoção de um modelo tripartite de dissociação entre regras, princípios e postulados. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 62. Sem embargo, reconhecendo-se o valor da proposta, prefere-se a expressão *Princípio da Proporcionalidade* por se pensar, salvo melhor juízo, que dos dissensos terminológicos inexistem implicações hermenêuticas fáticas que impeçam a compreensão e a solução material dos problemas que decorram de sua aplicação. A propósito, confira-se abordagem de Kátia Cibele Graeff Perius, em monografia de pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil na Universidade de Santa Cruz do Sul, 2006, intitulada *Antecipação de Tutela contra a Fazenda Pública para a concessão de medicamentos: ‘Reserva do Possível’ versus ‘Núcleo Essencial’ do Direito Fundamental à Saúde*.

²³⁹ Bonavides destaca que foi após a conflagração de 1939-1945 que se passou a desenvolver princípio da proporcionalidade com feição constitucional. Assenta ainda que, entre os juristas de língua alemã, especialmente os da Alemanha e Suíça, prevalece o entendimento de que o princípio da proporcionalidade é, em verdade, um princípio geral de Direito Constitucional, ao lado do princípio do Estado de Direito. BONAVIDES, Paulo *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 398-9 e 401.

²⁴⁰ Alexy refere que “os direitos fundamentais têm o caráter de princípios e que os princípios são ordens de otimização.” ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 22, n. 66, septiembre-Diciembre 2002, p. 13-64.

²⁴¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 35.

Como ensina Juarez Freitas ²⁴², e destacado por Ingo Sarlet ²⁴³, “o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros, para mais [excessos] ou para menos [deficiência], configuram irretorquíveis violações ao princípio”. Ocorre violação ao princípio quando, existindo (no mínimo) dois valores a serem sopesados, escolhe-se aquele que cause um sacrifício exagerado aos demais²⁴⁴, ou então desproteção demasiada em relação a um deles. Para Freitas, ao que se adere, sendo meta do intérprete na hierarquização, a proporcionalidade significa “fazer concordar os valores e princípios jurídicos e, quando um tiver que preponderar sobre outro, mister salvaguardar, justificadamente, o que restou relativizado, preservando, no íntimo, os valores em colisão” ²⁴⁵. Dito de outra maneira, implica “sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos fundamentais” ²⁴⁶. Defende-se, em complemento: dos deveres fundamentais de igual modo e em mesma intensidade.

Na esteira dos ensinamentos de Alexy, é fundamental ter-se como paradigma que o Princípio da Proporcionalidade não conduz a um único resultado possível, a uma resposta única correta, porque se trata de um procedimento aberto. Segundo sua *Teoría dos Principios*, “una buena Constitución tiene que combinar estos dos aspectos: debe ser tanto un orden fundamental como un orden marco. Esto es posible, si, en primero lugar, la Constitución ordena y prohíbe algunas cosas, es decir, establece un marco; si, en segundo lugar, confía otras cosas a la discrecionalidad de los poderes públicos, o sea, deja abiertos márgenes de acción; y, en tercer lugar, si mediante sus mandatos y prohibiciones decide aquellas cuestiones fundamentales para la sociedad que pueden ser decididas por una Constitución. La pregunta que se plantea es si estos postulados pueden ser satisfechos cuando se acepta que los derechos fundamentales tienen la estructura de principios” ²⁴⁷.

Para Alexy, uma das teses fundamentais expostas na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* é que essa definição implica o Princípio da Proporcionalidade com seus subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre seus elementos, não há possibilidade de

²⁴² FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 3 ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 38.

²⁴³ SARLET, Ingo. *Constituição e Proporcionalidade. O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a Proibição de Excesso e de Insuficiência*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 3, n. 12, 2003, p. 111.

²⁴⁴ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 3 ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 39.

²⁴⁵ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 195.

²⁴⁶ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 194.

²⁴⁷ ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 22, n. 66, septiembre-Diciembre 2002, p. 23.

se cogitar na aplicação do Princípio da Proporcionalidade em seu caráter tríptico ²⁴⁸. Em seu entendimento, o caráter de princípios dos direitos fundamentais segue-se logicamente do Princípio da Proporcionalidade.

Bonavides ²⁴⁹ lembra que foi em decisão datada de 16 de março de 1971 ²⁵⁰ que o Tribunal Constitucional Alemão pela primeira vez se expressou com clareza acerca do entendimento sobre a natureza e a essência do Princípio da Proporcionalidade, consignada na seguinte fórmula: “O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental.”

Sarmiento refere ²⁵¹ que o Supremo Tribunal Federal pátrio só veio a reconhecer de forma explícita a aplicabilidade do Princípio da Proporcionalidade na decisão do pedido de liminar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 855-2 ^{252 253}. Mas o que importa, destaca ainda Sarmiento, é que “a partir sobretudo do advento da Constituição de 1988, o STF vem reconhecendo o princípio da proporcionalidade/razoabilidade no direito brasileiro ²⁵⁴,

²⁴⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 105.

²⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 409-10.

²⁵⁰ BVerfGE 30, p. 292.

²⁵¹ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 93.

²⁵² Na qual se discutia a constitucionalidade de lei do Estado do Paraná que criara a obrigação de pesagem de botijões de gás. Cumpre anotar que essa decisão, dentre outras, é criticada veementemente por Virgílio Afonso da Silva – pois a Corte Suprema entendeu como desproporcional a exigência da pesagem dos botijões de gás -, para quem “a medida pode ser considerada adequada para promover a defesa do consumidor, porque fomenta a realização dos fins visados”.

²⁵³ Gilmar Mendes diz que a primeira referência de algum significado ao princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está relacionada com a proteção ao direito de propriedade, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 18.331, da relatoria do Ministro Orozimbo Nonato. MENDES, Gilmar Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas Leituras*. Revista Diálogo Jurídico, Ano 1, v. 1, n. 5, ago.2001.

²⁵⁴ Virgílio Afonso da Silva sustenta que “proporcionalidade, em sentido técnico-jurídico, não é sinônimo de razoabilidade”, e que “o termo mais apropriado, então, é ”regra de proporcionalidade”. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 798, abril de 2002. Humberto Ávila igualmente defende a necessidade de se diferenciar os institutos. Doutrina que “a aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim. Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como o faz o postulado da proporcionalidade”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 102. Wilson Steinmetz diz que “é possível afirmar que, no direito constitucional brasileiro, no atual momento, há uma clara tendência de consolidação do *due process of law* como justificativa constitucional principal do princípio da proporcionalidade. Um traço comum entre os autores brasileiros citados é a postulação de intercambialidade ou fungibilidade entre os princípios da proporcionalidade (de origem germânica) e da razoabilidade (de origem norte-americana). Ambos são concebidos como princípios idênticos, equivalentes, com a mesma finalidade”. STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 166. Barroso e Barcellos também defendem um emprego fungível dos termos princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História – a nova interpretação constitucional e o papel*

localizando a sua sede na cláusula do devido processo legal, albergada no artigo 5º, LIV, do texto fundamental”²⁵⁵.

Há se assentar também que, em sua aferição, é desnecessária a violação concomitante aos três subprincípios. Conquanto se deva fazer uma análise seqüencial e de forma subsidiária, apenas a afronta a um deles já basta para caracterizar a transgressão do comando maior²⁵⁶.

2.8.1 Subprincípio Adequação entre Meios e Fins

Na análise desse subprincípio, também denominado de Princípio da Idoneidade ou Princípio da Conformidade, exige-se uma relação de pertinência entre os meios escolhidos e os fins colimados pela Constituição.

dos princípios no direito brasileiro. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 496. José Adércio Sampaio, por sua vez, verte sua doutrina no sentido de não se poder confundir “o princípio da proporcionalidade em sentido amplo (*übermaßverbot*), aplicado pelo *Bundesverfassungsgericht*, com a ‘razoabilidade’ da Corte Constitucional italiana ou da Suprema Corte dos Estados Unidos”, especialmente em face de um argumento metodológico: “a razoabilidade se alia em regra ao princípio da igualdade ou, como nos Estados Unidos, ao devido processo legal, enquanto a proporcionalidade se destina à aferição de meios e fim. Mas essa técnica, desenvolvida sobretudo na proteção dos direitos de liberdade, tem sido usada funcionalmente, pela Corte alemã, para cobrir a exigência argumentativa ocupada, em grande escala, pela razoabilidade. As suas máximas de adequação, necessidade e proporcionalidade estrita – ou ‘tolerabilidade’ (*zumutbar*) – foram adaptadas assim para atender a uma demanda da ‘proporcionalidade no Estado de Direito’ que não se contém apenas e diretamente na esfera dos direitos fundamentais”. SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 803. José Adércio Sampaio, noutra abordagem, ao tempo em que traz detalhadas referências doutrinárias sobre a polêmica, complementa que “o estudo crítico da jurisprudência constitucional comparada, com o respaldo do trabalho doutrinário e filosófico, dá-nos fôlego para a defesa de tese que enxerga a proporcionalidade como aspecto da razoabilidade”. SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Retorno às Tradições: A Razoabilidade como parâmetro Constitucional*, p. 63 e 65.

²⁵⁵ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 95.

²⁵⁶ “A análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito. A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, este pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade.” SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 798, abril de 2002, p. 34.

Guardando simetria com o Princípio da Proibição de Excesso (*übermaßverbot*²⁵⁷) e do afastamento de prescrições irrazoáveis²⁵⁸, compreende-se que a idéia é que a medida implementada pelo Poder Público tem de se evidenciar não apenas conforme os fins almejados, mas também apta, útil e idônea a realizá-los. Citando Zimmerli, Bonavides

²⁵⁷ FREITAS, Juarez. *Princípio da Precaução: vedação de excesso e de inoperância*. Revista de Interesse Público, Porto Alegre, jan. 2005. Também em seu *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 3 ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 40, nota de rodapé n. 32. No mesmo sentido, Steinmetz destaca ter-se assentado que o “princípio da proporcionalidade em sentido amplo e a proibição de excesso (*Übermaßverbot*) referem-se a uma mesma coisa e que ambos os princípios compreendem os princípios parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.” STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 148. Reconhecendo haver dificuldades terminológicas, Bonavides assinala que os termos mais usuais na linguagem jurídica são “proporcionalidade” (*Verhältnismässigkeit*) e “proibição de excesso” (*Übermaßverbot*) via de regra empregados para designar o conjunto de conceitos parciais denominados de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. De outro bordo, salienta que foi Peter Lerche, em 1961, quem tratou separadamente os princípios da proporcionalidade e da necessidade, embora sob denominador comum da designação coletiva de “proibição de excesso” (*übermaßverbot*). BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2004, p.403 e 405. Borowski também defende que a proibição de excesso é uma variante do princípio da proporcionalidade. BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los derechos fundamentales*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 128. Gilmar Mendes diz que “a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermaßverbot*), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermaßverbot*) qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de Direito.” MENDES, Gilmar Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas Leituras*. Revista Diálogo Jurídico, Ano 1, v. 1, n. 5, ago.2001. Diz, ainda, Gilmar Mendes, em complemento, que, acerca do Princípio da Proporcionalidade, o entendimento do Supremo Tribunal Federal “evoluiu para reconhecer que esse princípio tem hoje a sua *sedes materiae* no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal”. MENDES, Gilmar Ferreira. *A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Repertório IOB de Jurisprudência, São Paulo, 1ª quinzena dez.1994, p. 469. Humberto Ávila refere que o postulado da proibição de excesso é “muitas vezes denominado pelo Supremo Tribunal Federal como uma das facetas do princípio da proporcionalidade”. Entende, porém, que “a proibição de excesso está presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido. Por isso, *deve ser investigada separadamente do postulado da proporcionalidade*: sua aplicação não pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre um meio e fim. O postulado da proibição de excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 89.

²⁵⁸ Tratando de matéria tributária (especificamente a ausência de proporção entre o valor de uma taxa cobrada e o serviço respectivo prestado), decisão recente do Supremo Tribunal Federal reconheceu, na parte que interessa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - TAXA DE EXPEDIENTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS - DPVAT - [...] INOBSERVÂNCIA, NA ESPÉCIE, DA RELAÇÃO DE RAZOÁVEL EQUIVALÊNCIA QUE NECESSARIAMENTE DEVE HAVER ENTRE O VALOR DA TAXA E O CUSTO DO SERVIÇO PRESTADO OU POSTO À DISPOSIÇÃO DO CONTRIBUINTE - OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA NÃO—CONFISCATORIEDADE (CF, ART. 150, IV) E DA PROPORCIONALIDADE (CF, ART. 5º, LIV). [...] TRIBUTAÇÃO E OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. O Poder Público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. *O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público*. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. (Questão de Ordem em Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.551-1-MG, Relator Ministro Celso de Mello, Plenário, por maioria, liminar

reconhece ²⁵⁹ que representa “o meio certo para levar ao cabo um fim baseado no interesse público”.

Na linha de Afonso da Silva ²⁶⁰, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido. Para Borowski, “si la acción ejecutada se encuadra dentro de la clase de las acciones que el Estado puede considerar plausiblemente como medios para cumplir el deber, debe estimarse que el derecho fundamental de protección ha sido satisfecho; de otra manera, no” ²⁶¹.

Destacando que a *adequação* exige uma *relação empírica entre o meio e o fim* (o meio deve levar à realização do fim, exigindo-se que seja utilizado um “meio cuja eficácia, e não o meio, ele próprio, possa contribuir para a promoção gradual do fim), de modo analítico Ávila²⁶² discorre no sentido de que a compreensão da relação ora tratada exige respostas a três perguntas essenciais: a) o que significa um meio ser adequado à realização de um fim? b) como deve ser analisada a relação de adequação? c) qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas para o Poder Público?

Para solucionar a primeira, faz-se mister analisar as espécies de relações existentes entre os vários meios disponíveis e o fim que se quer promover, circunscritas em três aspectos: quantitativo (determinado meio pode promover mais, menos ou igual que outro), qualitativo (um meio pode promover pior, melhor ou igualmente que outro) e probabilístico (um meio pode promover com menos, mais ou igual certeza que outro meio). Reconhecendo nem sempre ser possível ou plausível saber qual dentre todos os meios igualmente adequados é o mais seguro, melhor e mais intenso na realização do fim, basta assentar, nessa primeira fase interrogativa, que a escolha recaia sobre um meio que promova minimamente o fim, mesmo que não seja o mais intenso, o melhor, nem o mais seguro.

Para resposta ao segundo questionamento, impende verificar a adequação em três dimensões: abstração/concretude (sob a ótica da abstração, a medida será adequada se o fim for possivelmente realizado com sua adoção, sendo irrelevante se for atingido ou não; de outro bordo, à luz da concretude, a medida será adequada se o fim for efetivamente realizado no caso concreto); generalidade/particularidade (exigir que uma medida seja geralmente

deferida, vencidos os ministros Celso de Mello, Ellen Gracie e Maurício Corrêa, publicado no DJU de 20/04/2006).

²⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2004, p.396.

²⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 798, abril de 2002, p. 37.

²⁶¹ BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los derechos fundamentales*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p 163, nota de rodapé n. 277.

adequada implica que o fim será realizado na maioria dos casos de sua adoção; será individualmente adequada se somente todos os casos individuais demonstrarem a realização do fim); antecedência/posterioridade (a medida será adequada se foi avaliada e projetada bem a promoção do fim no momento da adoção da medida; ou então se, no momento em que adotada, se verificar que promove o fim). Nesse quadrante teórico, assenta que, “nas hipóteses em que o Estado estiver atuando para uma generalidade dos casos [...], a medida será adequada se, abstrata e geralmente, servir para a promoção do fim”. Se os atos forem individuais, porém, “a medida será adequada, se, concreta e individualmente, funcionar como meio para a promoção do fim”. Mas em ambas as situações a adequação deverá ser valorada antecipadamente.

Por fim, é indeclinável a análise de dois níveis de controle: um controle forte (qualquer demonstração de que o meio não permite atingir o fim é suficiente para declarar a invalidade do ato), outro fraco (apenas uma demonstração objetiva e fundamentada pode conduzir à declaração de invalidade). Firmando haver sintonia do sistema pátrio com o controle fraco, Ávila pontua que só haverá a declaração de invalidade do ato nas situações em que houver manifesta incompatibilidade entre o meio e o fim. Se isso não se verificar, deve prevalecer a opção adotada pela autoridade competente.

Wilson Steinmetz²⁶³ resume como o Tribunal Constitucional Alemão, criador do sistema de aferição da proporcionalidade, procede no exame da adequação:

A resposta é dada pelo TCF alemão, tanto na formulação negativa, quanto na positiva do princípio, embora de forma mais clara nesta do que naquela. Segundo a fórmula negativa, uma medida é não-idônea se o for completamente. Significa que, do ponto de vista do controle de constitucionalidade da restrição por meio do princípio da adequação, nem sempre há um único meio idôneo, mas que pode haver vários. Ou seja, o Tribunal admite que pode haver vários meios para se atingir o objetivo ou finalidade pretendida. Nesse sentido, o juízo de adequação nada diz sobre qual dos meios idôneos deve prevalecer, pois não diz qual é mais ou menos eficaz. Apenas diz se um determinado meio é ou não idôneo, útil, apto, apropriado. Assim, tomando como exemplo uma restrição legislativa a direito fundamental, o TCF, para declaração de inconstitucionalidade, examina se ela (a restrição, o meio) é plenamente inadequada. A fórmula positiva do princípio de adequação diz que um meio é adequado quando com ele é possível alcançar o resultado perseguido.

²⁶² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 108-13.

²⁶³ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 149-50.

2.8.2 Subprincípio da Necessidade

O Subprincípio da Necessidade implica que, havendo mais de uma alternativa, o Estado deve optar por aquela que afete ou restrinja o menos possível os interesses e as liberdades em jogo. Está em pauta, também aqui, a existência de um meio mais benigno e igualmente idôneo que possa melhorar uma posição, sem que isso represente custo para a outra. Possui simetria com o Princípio da Intervenção Mínima.

Tal como sob a ótica do Subprincípio da Idoneidade, mediante esse subprincípio se leva em consideração uma seleção de meios. Significa que, pela necessidade, não se questiona a escolha realizada, mas o próprio meio, que deve ser dosado para chegar ao fim pretendido²⁶⁴. Assim, o legislador somente pode adotar o meio mais benigno, ou um meio igualmente benigno, ou um meio um pouco mais benigno. Ávila afirma²⁶⁵ que somente há de se afastar o meio se ele for manifestamente menos adequado que outro. Não se trata de uma otimização até um “ponto máximo”²⁶⁶, senão simplesmente a proibição, por ação ou omissão, de sacrifícios desnecessários para os direitos (e também, diz-se, *para os deveres*) fundamentais.

Gavara de Cara informa²⁶⁷ que “el Tribunal Constitucional Alemán ha establecido que una medida legislativa es necesaria cuando no puede ser elegida otra medida igualmente efectiva que limite menos el derecho fundamental o que suponga una menor carga para el titular”.

Steinmetz²⁶⁸ alerta que, nesse quadrante, identificam-se pelo menos quatro notas essenciais. A primeira, que deve haver uma ingerência mínima no exercício do direito fundamental pelo seu titular. A segunda parte de hipótese de que pode haver uma medida alternativa menos gravosa. Em terceiro, comparam-se os meios ou as medidas de restrição. Por fim, uma dimensão empírica, na qual se indica qual é o meio menos prejudicial.

²⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2004, p.397.

²⁶⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 115.

²⁶⁶ “A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. [...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 22-3.

²⁶⁷ Em sua obra *Derechos Fundamentales e desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, apud STEINMETZ, Wilson A. *Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.151.

2.8.3 Subprincípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito

A cláusula da proporcionalidade *stricto sensu* decorre do reconhecimento de que os meios podem ser idôneos para atingir o fim, entretanto desproporcionais em relação ao chamado custo/benefício. Examina-se uma relação de racionalidade entre o ato e a finalidade perseguida. Sem incorrer em cálculo utilitário ou em uma análise econômica do Direito, a proporcionalidade em sentido estrito indaga, ao final, qual o *preço a pagar*. Os meios escolhidos devem manter uma relação razoável com o resultado pretendido. É o Princípio da Justa Medida ²⁶⁹.

O Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito é idêntico ao da Lei da Ponderação, que se resume na seguinte sentença: quanto maior é o grau da não-satisfação ou de afetação de um dos princípios, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro.

Essa aferição deve ser realizada mediante a definição: a) do grau de não-satisfação ou de afetação de um dos princípios; b) da importância da satisfação do princípio que é utilizando como contrabalanço no sopesamento; c) e, por fim, se a importância da satisfação do princípio contrário justifica a afetação ou a não-satisfação do outro.

Significa que há de se perquirir se as vantagens trazidas pelo fim são proporcionais às desvantagens ocasionadas pela adoção do meio.

2.9 CONSIDERAÇÕES FINAIS TÓPICAS

Traçadas as linhas tidas como as melhores para desenvolver o mister hermenêutico, no presente capítulo analisou-se a temática referente aos princípios constitucionais que se consideram como (mais) influentes e fundamentais ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal.

Para que se possa compreender e sustentar uma teoria para o tratamento dos delitos econômicos nessas searas, é fundamental demonstrar quais as teorias que justificam a ação do Estado punir os infratores do sistema legal, bem como qual a função da pena criminal em um Estado que se considere Democrático e Social de Direito.

²⁶⁸ STEINMETZ, Wilson A. *Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.151.

²⁶⁹ FREITAS, Juez. *A responsabilidade extracontratual do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 241, jul./set.2005, p. 28.

“A grande miséria da Criminologia é de ter sido somente uma Criminologia da miséria”. (Lola Aniyar de Castro)

3 O PODER-DEVER DE PUNIR DO ESTADO

3.1 TEORIAS DAS PENAS: UMA CONSTANTE EVOLUÇÃO

Tal como todos os ramos das Ciências Jurídicas, também o Direito Penal deve-se desvelar no tempo como verdadeiro espelho da realidade social vigente e segundo os paradigmas tidos pela sociedade como relevantes. Por esse motivo, o Direito Penal está em constante evolução, procurando amoldar-se ao contexto dos valores das mais variadas ordens insertas no seio social em que se faz presente sua aplicação. Importa frisar que, conquanto no âmbito do Direito Penal vigore o chamado princípio da legalidade estrita, é da Carta Maior que advêm todos os princípios norteadores de sua interpretação e aplicação.

Valendo-se dos escólios de Claus Roxin e de Anabela Rodrigues, Cipriani ²⁷⁰ constata que, apesar da importância do passado, “as novas situações constitucionais e sociais, como um todo, exigem um novo entendimento respeitante não mais às teorias das penas e de como elas são transmitidas ao longo do tempo”, mas a uma indagação que se centre em buscar quais pressupostos que justificariam o Estado vir a privar da liberdade ou intervir de algum outro modo na vida de alguns dos integrantes da sociedade – os que infringem a legislação –, causando danos aos demais.

Sem embargo dessas considerações, cumpre-se fazer, mesmo que de forma apenas expositiva, uma análise histórico-evolutiva e a compreensão das teorias das penas, com suas características e pressupostos.

3.1.1 Do fim dos períodos das penas cruéis ao surgimento da Escola Clássica

À época do absolutismo estatal, quando todos os poderes estavam concentrados nas mãos dos soberanos, as punições dos infratores tinham características cruéis e arbitrárias, quase sempre realizadas em forma de vingança estatal de forma pública e sem observância

²⁷⁰ CIPRIANI, Mário Luís Lirio. *Das Penas, Suas Teorias e Funções no Moderno Direito Penal*, Canoas: Editora da Ulbra, 2005, p. 53.

dos princípios hodiernos norteadores do processo penal, notadamente os da ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

Em face dos ideais iluministas, preconizados sobremaneira a partir da Revolução Francesa e da consolidação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, estabeleceram-se novos paradigmas como forma de evitar o arbítrio até então vigente.

Antes mesmo desses eventos históricos, no ano de 1764, em sua clássica obra *Dos Delitos e das Penas*, sob a influência de Rosseau ²⁷¹, foi Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, quem anunciou estes novos pilares que vieram a ancorar o desenvolvimento da Escola Clássica. Defendendo que a pena teria a finalidade de impedir a prática de novos delitos pelo criminoso e afastar os demais cidadãos do cometimento de infrações, com manifesto caráter utilitarista, sua premissa central era a de que “a medida da pena deveria seguir o critério da necessidade para a salvaguarda da sociedade atingida pelo crime, dentro do escopo da prevenção geral”²⁷². Reconhecia que a pena infligida ao delinqüente deveria ser aplicada sem demora e pautar-se pela observância da necessidade, que nada mais era à época do que a consideração, mesmo que de forma incipiente, da proporcionalidade ²⁷³.

3.1.2 Teorias Absolutas ou Retributivas

Com o fim do absolutismo, as sanções perderam a função de reafirmar o poder do rei, e passaram a constituir uma represália em nome da própria sociedade. O “delinqüente, por sua vez, passou a ser considerado violador do pacto social, tornando-se inimigo da sociedade”²⁷⁴. O cidadão que contrariasse esse pacto era tido como traidor, pois deixara de cumprir com seu compromisso em manter a organização da sociedade. Assim, deveria ter uma retribuição, que consistia na imposição de uma pena.

²⁷¹ Bitencourt refere que Beccaria menciona claramente o contrato social nos dois primeiros capítulos de sua obra. Em síntese, os homens se reúnem e, de modo livre, criam a sociedade civil, sendo que as penas eventualmente impostas pelo Estado têm a finalidade de assegurar a sobrevivência dessa sociedade. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 34. Silveira também destaca que Beccaria é um *contratualista*, embasando seu pensamento no contrato social de Rosseau. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. *Direito Penal Supra-individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 24.

²⁷² MARQUES, Oswaldo Henrique Duck. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2000, p. 52.

²⁷³ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 15.

²⁷⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duck. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2000, p. 51-2.

Surgiram, então, as Teorias Absolutas da Pena ²⁷⁵, cujas raízes estavam em que, em face da culpa do agente criminoso, a ele se imporia uma pena. Pelo ideal dessa corrente, a pena tinha a tarefa de realizar a justiça, defluindo daí que seu caráter era eminentemente retribucionista e intimidativo. Na medida em que a conduta ilícita atingia o próprio Estado, a pena servia para restaurar a autoridade estatal.

Pode-se sintetizar o pensamento da Escola Clássica na assertiva de que a pena era um sofrimento imposto pelo Estado em face da execução de uma sentença em decorrência de condenação criminal por ato ilícito, privando-se ou restringindo-se o condenado dos bens jurídicos inerentes a ele. Essa pena deveria ser sempre pública, para que os demais cidadãos pudessem constatar que se estava conservando ou restaurando-se a ordem jurídica atingida pela conduta reprovada. Na imposição dessa pena absoluta, o único fim seria o de se realizar a justiça ²⁷⁶.

Os fundamentos desse castigo podiam ser encontrados especialmente em razões éticas e jurídicas ²⁷⁷. Dentre os defensores das teses absolutistas, os nomes mais destacados foram Kant e Hegel.

3.1.2.1 Kant e sua tese retributiva com fundamentação ética

O prisma da argumentação ética da retribuição se deve, de modo especial, a Immanuel Kant, para quem, sendo o homem um fim em si mesmo, não seria eticamente admissível sustentar a penalização do criminoso em razões de utilidade social. Rejeitava toda e qualquer pretensão de se atribuir à pena fins utilitários ou de conveniência política. Aos olhos de sua clássica obra, a lei penal se apresentaria na forma de imperativo categórico, como exigência da realização da justiça. Kant defendia que o castigo imposto ao réu decorria de seu delito, não se atendo à utilidade da sanção para o infrator ou então para os demais cidadãos, negando

²⁷⁵ Recebiam tal nome por verem a pena como um fim em si mesmo. A pena, “quer como realização da justiça, quer como expiação de um mal, quer por razões de outra índole, se justifica pura e simplesmente pela verificação de um fato criminoso, cuja punição se impõe categoricamente, independentemente, portanto, de considerações finais”. QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal – Legitimação versus Deslegitimação no Sistema Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 17. Cipriani destaca que “Zugaldía Espinar, ao abordar as teorias absolutas, pensa que justamente as teorias absolutas têm seu nome devido ao fato de essa teoria tender a fins ou valores absolutos como a “realização da justiça” ou “o império do direito”, verificando duas versões fundamentais: a teoria da retribuição moral e a teoria da retribuição jurídica”. CIPRIANI, Mário Luís Lírio. *Das Penas, Suas Teorias e Funções no Moderno Direito Penal*, Canoas: Editora da Ulbra, 2005, p. 60.

²⁷⁶ CIPRIANI, Mário Luís Lírio. *Das Penas, Suas Teorias e Funções no Moderno Direito Penal*, Canoas: Editora da Ulbra, 2005, p. 60, p. 59.

²⁷⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 6 ed. Barcelona: Reppertor, 2002, p. 83.

hialinamente qualquer função preventiva, especial ou geral, da pena ²⁷⁸. Em resumo, para Kant a pena era uma decorrência lógica da infração à lei.

3.1.2.2 Hegel e a fundamentação jurídica da pena retributiva

De outro lado, o fundamento jurídico dessa teoria decorreu da doutrina de Hegel, para quem o caráter retributivo se justificaria em razão da necessidade de restabelecer a vigência da vontade geral, consubstanciada na ordem jurídica, que era negada em razão da ação do criminoso ²⁷⁹.

O crime se constituiria em violação do direito, decorrendo daí a necessidade de supressão desta violação por intermédio da pena. Para ele, o crime seria a negação do Direito, enquanto a pena, sendo a negação do crime, reafirmaria o Direito ²⁸⁰. Como destaca Mir Puig, “la pena se concibe solo como reacción (negación de la negación) que mira al pasado (al delito y al restablecimiento del orden jurídico) y no como instrumento de fins utilitários posteriores”. ²⁸¹ Na concepção de Hegel, a pena deveria ser utilizada para retirar da consciência humana o alarme social provocado pelo delito. Desse modo, haveria a reconstituição do equilíbrio emocional, individual ou social, da ordem coletiva, e, assim, da ordem jurídica constituída anteriormente violada ²⁸².

Para Hegel, a pena era uma questão lógica inerente à existência do direito, que não pode continuar sendo direito senão pela negação da vontade do agente criminoso pela vontade da sociedade, representada pela lei ²⁸³. Em suma, a pena consistiria em um meio de restauração positiva da validade do direito.

²⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 111.

²⁷⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 6 ed. Barcelona: Reppertor, 2002, p. 84.

²⁸⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2000, p. 62. Como refere Queiroz, “o delito é uma violência contra o direito, a pena uma violência que anula aquela primeira violência; é assim a negação da negação do direito representada pelo delito (segundo a regra, a negação da negação é a sua afirmação)”. QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal – Legitimação versus Deslegitimação no Sistema Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 21.

²⁸¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 6 ed. Barcelona: Reppertor, 2002, p. 47.

²⁸² CIPRIANI, Mário Luís Lírio. *Das Penas, Suas Teorias e Funções no Moderno Direito Penal*, Canoas: Ulbra, 2005, p. 70.

²⁸³ QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal – Legitimação versus Deslegitimação no Sistema Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 23.

3.1.3 Teorias Relativas

Diferentemente das Teorias Absolutas, as Teorias Relativas (também denominadas Teorias Preventivas), com cunho preponderantemente finalistas, têm porto de partida no pressuposto de que a pena possui a missão de prevenir delitos como meio de proteção de determinados interesses sociais, garantindo-se a sobrevivência do grupo social. A pena não tem um fim em si mesma, mas existe para permitir que se atinjam determinados fins.

Essas teorias surgiram a partir dos ideais dos integrantes da Escola Positiva, que entendiam que a pena não poderia ter a finalidade de retribuir o fato cometido, mas sim de intimidar as pessoas, evitando-se, tanto quanto possível, a prática de novos delitos no futuro. Buscava-se um fim utilitário para a pena, que não se fundava em quaisquer pressupostos antes referidos das Teorias Absolutas (embora ambas considerassem a pena como "um mal necessário"²⁸⁴), mas sim "na consideración de que la pena es necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales. [...] Mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro"²⁸⁵.

A Escola Positiva defendia que a pena não poderia ser uma retribuição – mesmo que proporcional – em face de crime cometido, mas que deveria consistir em “um conjunto de medidas sociais, preventivas e repressivas, que, correspondendo melhor à natureza do crime, seja uma defesa mais eficaz e mais humana da sociedade”²⁸⁶.

Deflui dessas ponderações que as Teorias Relativas atribuíram à pena o mister de prevenção de delitos como forma de proteção de determinados interesses da sociedade, que os erigiu à categoria de bens jurídicos com dignidade penal.

A partir dos ensinamentos de Feuerbach, as Teorias Relativas bipartiram-se em duas correntes: prevenção geral e prevenção especial.

²⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121. CIPRIANI, Mário Luís Lirio. *Das Penas, Suas Teorias e Funções no Moderno Direito Penal*, Canoas: Editora da Ulbra, 2005, p. 75.

²⁸⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 6 ed. Barcelona: Reppertor, 2002, p. 87.

²⁸⁶ CIPRIANI, Mário Luís Lirio. *Das Penas, Suas Teorias e Funções no Moderno Direito Penal*, Canoas: Ulbra, 2005, p. 73.

3.1.3.1 Prevenção Geral

Os principais defensores de tal fundamentação teórica das penas foram Bentham, Beccaria, Schopenhauer e Feuerbach²⁸⁷. Para este, a pena deveria operar como verdadeira coação psicológica (daí a razão de se denominá-la prevenção *negativa*) no momento abstrato da incriminação legal, ao passo que a efetiva execução da pena em razão de crime praticado somente teria sentido para ratificar a seriedade da ameaça originariamente estabelecida pelo legislador. Mediante essa coação - com hialino caráter neutralizador - pretendia-se evitar que potenciais delinquentes viessem a infringir a lei. A intenção era de que o pretense agente ponderasse intimamente se realmente compensaria a prática infracional²⁸⁸, na medida em que, em se concretizando o ato, seria decorrência necessária a imposição da pena, demonstrando que a fixação abstrata (coação psicológica) não se dera em vão.

Feuerbach parte da matriz filosófica de Hobbes, a denominada guerra de todos contra todos, na qual a racionalidade fez o homem criar o Estado na busca da realização e garantia da liberdade individual, e que este Estado teria a função de eliminar tais injúrias²⁸⁹.

Lesch²⁹⁰, abordando a base hobbesiana da teoria de Feuerbach, igualmente salienta que “en estados naturales sin ley, los hombres tienden a dañarse unos a otros”. Reportando-se aos ensinamentos do doutrinador alemão, destaca que “el fin del Estado es la libertad recíproca de todos sus ciudadanos, o, en otras palabras, la situación en la que todos pueden ejercer sus derechos en su totalidad, y se encuentran seguros frente a las injurias. Toda injuria contradice por tanto la naturaleza y el fin de la unión de ciudadanos, y para la realización de ese fin es necesario que no se produzcan en absoluto injurias en el estado. Por tanto la tarea es: encontrar un medio a través del cual se puedan prevenir todo tipo de injurias”.

Como reconhece Anabela Rodrigues²⁹¹

²⁸⁷ Segundo Mir Puig, Feuerbach foi o responsável pela idealização desta doutrina na Alemanha do Século XIX. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 6 ed. Barcelona: Reppertor, 2002, p. 87. No mesmo sentido, RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 145.

²⁸⁸ Cezar Bittencourt critica a prevenção geral negativa, ponderando que essa corrente não considera o fato de que, psicologicamente, o agente tem a confiança de que não será descoberto, de modo que o pretense temor que se quer no potencial criminoso não é apto a impedi-lo na prática infracional. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125. Garcia-Pablos reconhece nessa corrente verdadeira propensão ao chamado “terror estatal”, no que tem o acompanhamento de Claus Roxin, para quem “cada crime constitui, pela sua mera existência, uma prova contra a eficácia da prevenção geral”. Apud CIPRIANI, Mário Luís Lirio. *Das Penas, Suas Teorias e Funções no Moderno Direito Penal*, Canoas: Ulbra, 2005, p. 79.

²⁸⁹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. São Paulo: Manole, 2004, p. 61.

²⁹⁰ LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Madrid: Dykynson, 1999, p. 22.

²⁹¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 318, nota n. 10.

[...] de acordo com a concepção de Feuerbach, o Estado [...] deve preocupar-se em impedir psicologicamente todo aquele que tem tendências criminosas de se comportar realmente de acordo com essas inclinações [...]. Se do que se trata é de impedir que se cometam crimes, ao lado da coação física deve existir outra espécie de coação, cujo efeito se exerça antes do cometimento do crime [...]. Esta outra espécie de coação só pode ser a coação psicológica. [...]. As inclinações criminosas são refreadas psicologicamente quando os cidadãos estão conscientes de que a violação traz consigo um mal que é o maior do que o que corresponderia à insatisfação de não levar a cabo aquela violação.

3.1.3.2 Prevenção Especial

Enquanto a prevenção geral se destina a toda a coletividade, a prevenção especial – também chamada de prevenção individual – procura evitar os delitos que possam ser novamente praticados por determinada pessoa. Pela imposição da pena sustentam os defensores dessa teoria que se estará tentando impedir que o delinqüente venha a praticar novas infrações no futuro. O objetivo, em síntese, é evitar (*lato sensu*) a reincidência.

Von Liszt, considerado idealizador dessa teoria e integrante da denominada Escola Sociológica ²⁹², consolidada em seu “Programa de Marburgo” (1882), defendia que a aplicação da pena obedece a uma idéia de ressocialização e de reeducação do delinqüente, à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis²⁹³. Pode-se dizer que essa teoria concentrava seus objetivos em três ações: intimidação, correção e inocuização.

Mir Puig ²⁹⁴ resume: a) para o delinqüente ocasional que necessita de correção, a pena constitui um fato que o iniba de praticar futuros delitos; a) para o delinqüente não-ocasional, mas *corrigível*, deve-se buscar a correção e a ressocialização por intermédio de uma adequada execução da pena; c) para o delinqüente habitual *incorrigível*, a pena tem uma finalidade de inocuização mediante um afastamento da sociedade.

De outro bordo, na Itália, capitaneado por Ferri – vinculado à Escola Positiva –, delineou-se a idéia de que a prevenção especial deveria considerar que o agente criminoso era

²⁹² Paulo Queiroz diz que coube a Franz Von Liszt, pela moderação e equilíbrio de sua formação, universalizar a teoria da prevenção especial. QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal – Legitimação versus Deslegitimação no Sistema Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 55. Segundo anota também Mir Puig, “la moderna teoría del delito nace en von Liszt bajo la influencia del modelo positivista de ciencia”. MIR PUIG, Santiago. *Límites del Normativismo en Derecho Penal*. In: *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 140.

²⁹³ Cezar Bitencourt, que se reporta à doutrina de Manuel Cobo Del Rosal e V. Viés Anton. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 129. Também CIPRIANI, Mário Luís Lírio. *Das Penas, Suas Teorias e Funções no Moderno Direito Penal*, Canoas: Ulbra, 2005, p. 82-83.

²⁹⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 6 ed. Barcelona: Reppertor, 2002, p. 91.

um sujeito ligado a crime por fatores biológicos e culturais, denominando-se essa circunstância de determinismo total diante do indeterminismo dos clássicos²⁹⁵. Sustentava-se que a pena era um problema tão-só do criminoso, implicando conclusão no sentido de que deveria ser tratado pela sociedade, bem como reeducado e reinserido no âmbito social, ou então, se fosse o caso, dela retirado definitivamente (procedimento de inocuização).

3.1.4 Teoria Unificadora (ou mista) das Penas

A dialética acerca de qual seria a melhor teoria justificadora da pena não se resume aos âmbitos das (monistas) teorias da prevenção geral e da prevenção especial. As chamadas teorias unificadoras – também denominadas de mistas ou ecléticas – procuram aglutinar os conceitos acerca da finalidade da pena, assentando que a visão restrita das teorias existentes são incapazes de analisar e englobar os fenômenos sociais de que cuida o Direito Penal.

De forma sintética, pode-se afirmar que as teorias mistas reconhecem a função retributiva da pena e a culpabilidade como elementos que impõem limitação da intervenção da pena. Decorre que a pena não pode ir além da responsabilidade pelo fato praticado, além de buscar a consecução dos fins de prevenção geral e especial²⁹⁶.

Figueiredo Dias designa a teoria mista como uma concepção diacrônica dos fins da pena. Em suas palavras, "no momento de sua ameaça abstracta a pena seria, antes de tudo, instrumento de prevenção geral; no momento da sua aplicação ela surgiria basicamente na sua este retributiva; na sua execução efectiva, por fim, ela visaria predominantemente de prevenção especial"²⁹⁷.

3.1.5 Teoria da Prevenção Geral Positiva

A intimidação psicológica não é a única via da prevenção geral. Segundo a Teoria da Prevenção Geral Positiva, a prevenção não deve ser buscada por meio de uma simples intimidação (compreendida no sentido de que inibiria a tendência a praticar o delito), senão

²⁹⁵ CIPRIANI, Mário Luís Lirio. *Das Penas, Suas Teorias e Funções no Moderno Direito Penal*, Canoas: Ulbra, 2005, p 84.

²⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p 143.

²⁹⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 84. Também destaque de CIPRIANI, Mário Luís Lirio. *Das Penas, Suas Teorias e Funções no Moderno Direito Penal*, Canoas: Ulbra, 2005, p. 92.

também por uma via que venha a afirmar de modo positivo o Direito Penal, como ratificação das convicções jurídicas fundamentais, da consciência social da norma ou de uma atitude de respeito pelo Direito²⁹⁸. Mir Puig sentencia que “mientras que la prevención intimidatoria se llama también prevención general negativa, el aspecto de afirmación del Derecho penal se denomina prevención general positiva y, también, estabilizadora o integradora”.²⁹⁹

Assim, pode-se afirmar que a prevenção geral positiva tem uma função precípua de informar o que é proibido e o que se deve fazer. Depois, de reforçar e manter a confiança na capacidade da ordem jurídica em permanecer e se impor. Por fim, de criar e fortalecer na sociedade a consciência ao respeito pelos comandos jurídico-criminais. Por intermédio dessa teoria, sustenta-se que a pena não alcança o objetivo de demover potenciais delinquentes e dissuadir aqueles que eventualmente já tenham infringido a ordem jurídica, mas sim que possui o escopo de consolidar, na consciência coletiva, a necessidade de respeito a determinados valores (bens jurídicos), decorrendo daí que a sociedade exerça a fidelidade ao direito, e, por consequência, a integração social. Eis o motivo por que também esta corrente é denominada de *prevenção integradora*.

A teoria sob exame subdivide-se em: a) prevenção geral positiva fundamentadora; b) prevenção geral positiva limitadora.

3.1.5.1 Teoria da Prevenção Geral Positiva Fundamentadora

Para Welzel – um dos expoentes dessa teoria, juntamente com Jakobs -, o Direito Penal teria uma função ético-social. O móvel central na imposição da pena *não* estaria na proteção de bens jurídicos, senão na garantia dos valores de ação da atitude jurídica³⁰⁰.

²⁹⁸ De forma bastante objetiva, comparando a prevenção geral negativa e a positiva, Anabela Rodrigues enceta que o aspecto negativo da prevenção geral consiste em que se adotem penas dirigidas com o fim de intimidar, enquanto o aspecto positivo tem finalidade clara de socialização do agente infrator. Reconhece, ainda, a doutrinadora lusitana, que “da perspectiva social do Estado de direito, [...] não hesitamos em justificar uma finalidade preventiva especial em sentido positivo para a pena” (op. cit., p. 326), pois a função do Estado é oferecer ao condenado possibilidades de alcançar sua socialização. RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 321-3. Vide, também, CALLEGARI, André Luís. *A função da pena numa dogmática jurídico-penal normativista*. Revista dos Tribunais, ano 93, v. 825, p. 481-485, jul.2004.

²⁹⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 6 ed. Barcelona: Reppertor, 2002, p. 88.

³⁰⁰ WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. 4. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 2. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 145. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.139.

Jakobs, por sua vez, funda sua versão da teoria preventiva numa perspectiva de funcionalidade do sistema social. Confere-se ao Direito Penal uma missão de conformação de valores na sociedade. Segundo Luhman, utilizado por Jakobs para sedimentar seu entendimento, a sociedade deve ser entendida como um sistema de interações. O Direito é um dos subsistemas, tendo por escopo garantir a existência do sistema. Dentro desse, o Direito Penal seria o instrumento mais importante no subsistema jurídico, pois, por intermédio da pena, asseguraria a conservação do sistema contra fatos de alta nocividade social³⁰¹.

Assim, Jakobs defende que a pena tem uma necessidade funcional ou também sistêmica de estabilização das expectativas da sociedade. Sua missão é a de reafirmar o reconhecimento da validade da norma. Significa que a vida social requer certa segurança e estabilidade das expectativas de cada sujeito frente ao comportamento dos demais. Ressai de seu posicionamento que a tutela do direito penal não se centra no bem jurídico, cedendo espaço ao reconhecimento das normas e ao reforço da confiança.

Segundo compreende Bitencourt, Jakobs apresenta uma formulação um pouco diferente da prevenção positiva fundamentadora propriamente dita. “Embora coincida com Welzel em buscar na coletividade sua manutenção fiel aos mandamentos do direito, nega que com isso se quisesse proteger determinados valores de ações e bens jurídicos”³⁰², pois defendia que ao Direito Penal correspondia garantir apenas uma função orientadora das normas jurídicas³⁰³.

3.1.5.2 Teoria da Prevenção Geral Positiva Limitadora

Roxin defende que apenas dois aspectos da prevenção geral são sustentáveis: a integração (ou estabilização) e a defesa do ordenamento jurídico. Manifesta-se contrário à

³⁰¹ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: SAFE, 2003, p. 170.

³⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p 146-7.

³⁰³ Mir Puig refere que, sob a concepção de Jakobs, a única meta do Direito Penal seria garantir a função orientadora das normas jurídicas. Explicita que o jurista tedesco parte da concepção de Luhmann como instrumento de estabilização social mediante a orientação das ações através da institucionalização das expectativas sociais. Como “la vida social requiere una cierta seguridad y estabilidad de las expectativas de cada sujeto frente al comportamiento de los demás”, “las normas jurídicas estabilizan e institucionalizan expectativas sociales y sirven, así, de orientación de la conducta de los ciudadanos en su contacto social.” Refere que uma infração a uma norma não lhe retira a validade, pois, do contrário, se afastaria a confiança nela e na sua função orientadora. A pena tem a finalidade de destacar com seriedade que a conduta do infrator não obsta à manutenção da norma. Assim, “como el delito es negativo en la medida en que supone infracción de la norma, y, por tanto, defraudación de expectativas y un conflicto social consiguiente, igualmente la pena es positiva en cuanto afirma la vivencia de la norma al negar su infracción.” MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado Social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 133-4.

Teoria da Prevenção Geral *Pura* porque cada crime constituiria, pela sua própria existência, em prova da ineficácia preventiva da teoria pura. Sua construção é denominada de Teoria da Prevenção Geral Positiva Limitadora, pois a função de informação e confiança relativa à vigência da norma serve como um mecanismo a mais de limite em uma dialética com a idéia de retribuição da pena. A função limitadora daria uma característica de um Direito Penal sedimentado no respeito dos direitos individuais, na medida em que sua função intimidatória estaria limitada a obter um respeito da ordem jurídica.

Além disso, Roxin defende o denominado Direito Penal Mínimo, que significa sua incidência apenas de forma subsidiária. Se existirem outros meios suficientes para a defesa do ordenamento, não há de se reclamar soluções na seara criminal³⁰⁴.

Como observa Cipriani³⁰⁵, "o poder punitivo estatal deve ter limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Essa seria a maneira e a forma própria de um direito penal característico de um Estado plural e democrático, no qual a função limitadora da prevenção geral positiva teria relação com a idéia de um Estado democrático em que o direito penal estaria apoiado no consenso social dos cidadãos".

Sob esta visão, a pena deve ser imposta nos limites do *direito penal do fato* – de forma prudente e restritiva –, observando-se a proporcionalidade e segundo a regência de um procedimento criminal que atente a todos os princípios constitucionais.

Na senda de Mir Puig, como sinaliza Cezar Bitencourt³⁰⁶, a pena teria como fim a prevenção geral e especial, observando os limites que garantam os direitos fundamentais do cidadão, além dos quais não representaria a "afirmação de um Direito social e democrático, mas exatamente a sua negação".

3.2. O GARANTISMO: SUA COMPREENSÃO E FUNDAMENTOS À LUZ DA DOUTRINA DE LUIGI FERRAJOLI

Ao serem abordados temas relacionados às teorias das penas, ao poder, aos limites e aos procedimentos para punição de infratores ao sistema penal, mormente em um Estado Social e Democrático de Direito, imprescindível seja feita uma análise acerca da *Teoria do Garantismo Penal*. Muitas vezes, porém, tanto na doutrina como na jurisprudência, há apenas

³⁰⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duck. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2000, p. 107.

³⁰⁵ CIPRIANI, Mário Luís Lírio. *Das Penas, Suas Teorias e Funções no Moderno Direito Penal*. Canoas: Editora da Ulbra, 2005, p. 111.

³⁰⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 152.

referências à referida teoria, sem que se compreenda, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação. Sem pretensão de esgrimir todos os desdobramentos da teoria garantista – até porque incabível nos limites ora propostos, como se extrai de uma leitura mais acurada das obras de Ferrajoli -, cumpre aqui expor a essência da teoria do mestre italiano.

Como pedra de toque de seu pensamento, exsurge a necessidade de que se observem, rigidamente, os direitos fundamentais dos cidadãos, valorando-se, substancialmente, os princípios maiores estampados na Constituição. Significa que o jurista deve-se ater a uma interpretação vertical – da Constituição para as leis, de cima para baixo, estas respeitando aquela³⁰⁷ – no momento em que se verificar uma tensão no complexo universo normativo.

Segundo a fórmula garantista, a produção das leis não deve apenas observar as formas previamente estipuladas para suas aprovações e inserções no ordenamento jurídico, mas seus conteúdos materiais devem ser vinculados de forma irrestrita e obrigatória a princípios e valores estampados nas Constituições dos Estados em que vigorem³⁰⁸. Assim, todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos de substância, que, por sua vez, condicionam a validade da essência das normas produzidas, expressando, ao mesmo tempo, os fins aos quais está orientado o denominado Estado Constitucional de Direito³⁰⁹. Em sua construção, a dimensão substancial do Estado de Direito se traduz em uma dimensão substancial da própria democracia^{310 311}, em que as garantias são verdadeiras técnicas insertas no ordenamento que

³⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantias, La ley Del más débil*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 13. Também correto sob o prisma que vislumbra Eros Grau: "A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição". GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 128. E não inversamente, como diz Streck, pelo método no qual a Constituição é interpretada de acordo com os Códigos ou de acordo com as súmulas. STRECK, Lênio. *Teoria da Constituição e Jurisdição Constitucional*. Porto Alegre, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 31 mar. 2006. Palestra conferida no módulo V do Curso de Direito Constitucional, p. 5.

³⁰⁸ Neste sentido BEIRAS, Iñaki Rivera. *Política Criminal y Sistema Penal*. Barcelona: Anthropos, 2005, p.195-6.

³⁰⁹ "El modelo garantista del Estado constitucional de derecho como sistema jerarquizado de normas que condiciona la validez de las normas inferiores por la coherencia con normas superiores, y con principios axiológicos establecidos en ellas, tiene valor para cualquier clase de ordenamiento". FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantias, La ley Del más débil*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 152.

³¹⁰ "Efectivamente, las dos clases de normas sobre la producción jurídica que se ha distinguido – las formales que condicionan la vigencia, y las sustanciales que condicionan la validez – garantizan otras tantas dimensiones de la democracia: la dimensión formal de la *democracia política*, que hace referencia al *quién* y al *cómo* de las decisiones y que se halla garantizada por las normas formales que disciplinan las *formas* de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría; y la dimensión material de la que bien podría llamarse *democracia sustancial*, puesto que se refiere al *qué* es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizado por las normas sustanciales que regulan la *sustancia* o el *significado* de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquélla". FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantias, La ley Del más débil*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 23.

³¹¹ É de fácil percepção que a base do pensamento garantista de Ferrajoli decorreu sobremodo das graves infrações aos direitos fundamentais em razão do movimento fascista, consoante suas palavras ao sentenciar que "se redescubre, em suma (...) el valor de la Constitución como conjunto de normas sustanciales dirigidas a garantizar la división de poderes y los derechos fundamentales de todos, es decir, exactamente los dos principios

têm por finalidade reduzir a distância estrutural entre a normatividade e a efetividade, possibilitando-se, assim, uma máxima eficácia dos direitos fundamentais segundo determinado pela Constituição ³¹².

3.2.1 Os princípios fundantes do Garantismo

Pode-se anotar que os axiomas garantistas não expressam proposições assertivas (o ser), mas prescritivas (o dever ser). Para Ferrajoli, o sistema garantista tem pilares firmados sobre dez princípios axiológicos fundamentais que, ordenados, conectados e harmonizados sistemicamente, determinam as "regras do jogo fundamental" de que se incumbe o Direito Penal. Esses princípios, que têm a missão de evitar o arbítrio e o erro estatais, sinteticamente, são os seguintes: 1) Princípio da Retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) Princípio da Legalidade; 3) Princípio da Necessidade ou da economia do direito penal; 4) Princípio da Lesividade ou da ofensividade do evento; 5) Princípio da Materialidade ou da exterioridade da ação; 6) Princípio da Culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) Princípio da Jurisdicionariedade; 8) Princípio Acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) Princípio do Ônus da prova; 10) Princípio do Contraditório ou da defesa ³¹³.

A Teoria do Garantismo se consubstancia em verdadeira tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo

que habían sido negados por el fascismo y que son la negación de éste". FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías, La ley Del más débil*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 67.

³¹² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías, La ley Del más débil*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 25.

³¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 75. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría Del garantismo penal*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 93. Nas palavras de Ferrajoli, "el modelo garantista [...] presenta las diez condiciones, límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos". FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría Del garantismo penal*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 103-4. Confira-se, também, CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 25-6.

iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à verdade³¹⁴.

Se todos os poderes estão vinculados a esses paradigmas – como de fato estão –, especialmente é o Poder Judiciário que encontra neles sua função primordial, na medida em que tem o dever de dar garantia aos cidadãos diante das eventuais violações que eles virem a sofrer. Desse modo, a sujeição do juiz à lei não mais é – como sempre foi pelo prisma positivista tradicional – à *letra da lei* de modo acrítico e incondicionado, senão uma sujeição à lei, desde que coerente com a Constituição vista como um todo.

Dadas essas considerações, sua sentença no sentido de que "los juristas deben asumir la responsabilidad que corresponde a su oficio"³¹⁵ apenas se aproxima das ponderações de Otto Bachof³¹⁶, para quem uma jurisdição que se queira livre da sua responsabilidade pelo conteúdo jurídico da lei degrada-se necessariamente, pelo menos de maneira potencial, em auxiliar do mero poder.

3.2.2 Bens Jurídicos Fundamentais e a compreensão das propostas e dos limites do Direito Penal Mínimo e do Direito Penal Máximo

No âmbito desse tema, como assentado, são bastante comuns referências doutrinárias e jurisprudenciais³¹⁷ no sentido de que, à luz do paradigma constitucional vigente, há de se privilegiar o Direito Penal Mínimo. A assertiva é verdadeira, significando que, se existirem outras formas de controle social, suficientemente hábeis para a tutela pretendida, não se mostra adequada a criminalização da conduta. Entretanto, nem sempre essas referências compreendem a exata dimensão do escólio de Ferrajoli (também do de Baratta), decorrendo daí não raras incompatibilidades formais e materiais das soluções propostas aos casos teóricos ou firmadas aos judicializados com o pensamento fundante da teoria em voga.

Sendo a intervenção punitiva criminal uma das formas de controle social mais gravosa à liberdade dos cidadãos – independentemente da espécie da pena criminal que se imponha –, Ferrajoli defende a existência de uma dupla limitação fundamental ao poder proibitivo e punitivo do Estado.

³¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría Del garantismo penal*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000, p.271.

³¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías, La ley Del más débil*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 157.

³¹⁶ BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais ?* Reimp. Coimbra: Almedina, 1994, p. 77.

³¹⁷ V.g. Questão de Ordem no Inquérito nº 1.055-AM, STF, Plenário, publicado no DJU em 24/05/1996; Habeas Corpus nº 54.412-SP, STF, 2ª Turma, publicado no DJU em 19/11/2004; Habeas Corpus nº 54.772-PR, STJ, 6ª Turma, publicado no DJU em 26/06/2006; Recurso Especial nº 770-889-RS, 6ª Turma, publicado no DJU em 06/02/2006; Apelação Criminal nº 2003.04.01.007503-4-SC, TRF/4ª Região, publicado no DJU em 21/01/2004.

A primeira seria balizada pelo Princípio da Necessidade (ou Princípio da Economia das Proibições Penais³¹⁸), segundo o qual somente se pode acorrer ao Direito Penal como remédio extremo – *a ultima ratio* –, incidindo sobre as relações sociais quando estritamente necessário para a proteção de bens jurídicos do mais elevado grau de interesse individual ou social. A restrição em foco tem natureza quantitativa: o Direito Penal deve apontar para uma massiva deflação dos bens penais e das proibições como forma de justificar sua legitimidade política e jurídica³¹⁹.

A segunda deriva do Princípio da Lesividade, que se traduz como limitação de incidência do Direito Penal apenas para aquelas situações (o *mínimo necessário*) em que os bens fundamentais não sejam protegidos de forma eficaz de outra forma, limitação esta que, em verdade, reforça a própria legitimidade e a credibilidade do Direito Penal³²⁰. Como reconhece o publicista italiano, "la ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por estos *efectos lesivos* y solo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones. No se puede ni se debe pedir más al derecho penal"³²¹.

De modo derradeiro, pode-se sedimentar que, para a teoria garantista, os extremos do Direito Penal Mínimo e Direito Penal Máximo se referem aos maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos ao sistema, bem assim à quantidade e qualidade das proibições e das penas nele estabelecidas³²².

³¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría Del garantismo penal*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000, p.372.

³¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría Del garantismo penal*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000, p.382.

³²⁰ Importante referir que Ferrajoli assenta que "nuestro principio de lesividad permite considerar bienes sólo a aquellos cuya lesión se concreta en un ataque lesivo a otras personas de carne y hueso". FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría Del garantismo penal*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 478.

³²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría Del garantismo penal*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 464-5. Zaffaroni e Nilo Batista definem o Princípio da Lesividade como sendo aquele "segundo o qual nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo". ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro – I*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 226.

³²² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría Del garantismo penal*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000, p.83. Para que não se perca a originalidade do pensamento, sustenta Ferrajoli que "es claro que el derecho penal mínimo, es decir, condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de *racionalidad* y de *certeza*. Con ello resulta excluida de hecho la responsabilidad penal todas las veces que sean inciertos o indeterminados sus presupuestos. Bajo este aspecto existe un nexo profundo entre garantismo y racionalismo. Un derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son previsibles; y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognoscitivos de los que sea decidible procesalmente, incluso con los límites más arriba puestos de manifiesto, "la verdad formal". (...) A la inversa, el modelo de derecho penal máximo, es decir, incondicionado e ilimitado, es el que se caracteriza, además de por su excesiva severidad, por la *incertidumbre* y la *imprevisibilidad* de las condenas y de las penas; y que, consiguientemente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación. Debido a estos reflejos, el substancialismo penal y la inquisición procesal son las vías más idóneas para permitir la máxima expansión e incontrolabilidad de la intervención punitiva y, a la vez, su máxima incertidumbre e irracionalidad". FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría Del garantismo penal*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 104-5. Silva Sánchez compreende que a proposta de um Direito Penal Mínimo se define no triplo sentido da máxima redução quantitativa da intervenção penal, da mais ampla extensão de seus vínculos

Daí a procedência da premissa axiológica de que o Direito Penal somente pode ser utilizado como *ultima ratio*, amoldando-se aos vetores condutivos de um Estado Social e Democrático de Direito.

3.3 A "EXPANSÃO DO DIREITO PENAL" E A SUA APLICAÇÃO EM VELOCIDADES DIVERSAS

Silva Sánchez ³²³ diz que, nos últimos anos, a defesa do denominado minimalismo penal tem decorrido sobremaneira das teses sustentadas por doutrinadores vinculados à Escola de Frankfurt, sendo Hassemer um dos expoentes ³²⁴, cujos pilares estão na defesa de um modelo "ultraliberal" de Direito Penal, no qual se propõe a redução da incidência das regras penais para um "Direito Penal Básico", que ficaria restrito à tipificação de condutas atentatórias contra a vida, a saúde, a liberdade e a propriedade ³²⁵ (denominado também de Direito Penal *nuclear*), enquanto a regulação dos delitos econômicos e ambientais estaria circunscrita a um chamado Direito (administrativo) de Intervenção ³²⁶. Contrapondo-se a esta linha de pensamento, destaca a tendência mundial de introdução de novos tipos penais ou a reinterpretção das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal.

e limites garantistas e a rígida exclusão de outros métodos de intervenção coercitiva. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch, 2002, p. 38.

³²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La Expansión del Derecho Penal*. 2 ed. Madrid: Civitas, 2001p. 19. No mesmo sentido, e acrescentando, Gracia Martín refere que "la denominación *Derecho Penal liberal* resalta con precisión que el modelo penal de la Ilustración es la manifestación jurídica de la definición de la criminalidad por el discurso de una determinada doctrina política sobre la sociedad – el liberalismo." GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 34 e 52.

³²⁴ BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Límites objetivos e subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos*. In: MARTÍN, Víctor Gómez (coord.). *La Política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier: 2004, p. 28. Também MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del Big Crunch y la selección de bienes jurídico-penales*. In: MARTÍN, Víctor Gómez (coord.). *La Política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier: 2004, p. 94.

³²⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. *Direito Penal Supra-individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 53. Confira-se, também, GALAIN, Pablo. *Delitos Económicos*. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2004, p. 103.

³²⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *O direito Penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos ! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 53, 2005, p. 9-37. Nesse mesmo estudo, Schünemann destaca que na Alemanha, mesmo realizado enorme trabalho sob a ótica *intervencionista*, não se conseguiu afastar e prevenir os altíssimos prejuízos causados especialmente por instituições bancárias, salientando daí decorrer uma clara constatação de que não se pode prescindir do Direito Penal quando se trata de proteger bens jurídicos relevantes (op. cit., p. 22). Para Schünemann, ainda, a Escola de Frankfurt, ao propor a redução, por princípio, do Direito Penal aos delitos tradicionais, está advogando por uma negativa de modernização do Direito Penal, negativa que irá fracassar na finalidade de proteger bens jurídicos, ignorando-se as condições de atuação da sociedade moderna.

Explicando a origem da expressão “Expansão do Direito Penal”, diz que a “creación de nuevos bienes jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término “expansión”³²⁷. Decorre dessa proposta de *expansão*, em verdade, uma verdadeira *administrativização* do Direito Penal ³²⁸.

Reconhece que a criminalidade econômica tem sido objeto de discussão em primeiro plano sobre a atividade delitativa, sendo necessária uma mudança de paradigma e mentalidade em tempos hodiernos. Em suas palavras ³²⁹, “en el momento actual, el tema en el debate social no es la criminalidad de los desposeídos, *leit-motiv* de la doctrina penal durante todo el siglo XIX y buena parte del siglo XX, sino, sobre todo, la criminalidad de los poderosos y de las empresas (*crimes of the powerful-corporate and business crime*³³⁰)”. Prossegue sublinhando que “la reflexión jurídico-penal tiene, por primera vez, como objeto esencial de estudio delitos claramente diversos del paradigma clásico (el homicidio o la delincuencia patrimonial tradicional). Se trata de delitos calificados criminológicamente como “*crimes of the powerful*”³³¹.

Nessa senda, em razão de entender como limitada a capacidade do Direito Penal Clássico para combater fenômenos da criminalidade econômica ³³², sustenta ser necessário desenvolver uma teoria com características próprias e que seja eficaz na proteção preponderante de bens jurídicos coletivos, reveladores de interesses difusos.

Dentre os parâmetros de um Direito Penal amplo e flexível e um Direito Penal mínimo e rígido (segundo percebe, a sociedade atual não estaria disposta a seguir pela linha de pensamento deste último), haveria um “ponto médio” dessa configuração dualista. Defende que uma solução possível seria um Direito mais distante do núcleo criminal, no qual se imporiam penas mais próximas das sanções administrativas (privativas de direitos, multas ou

SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 33.

³²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La Expansion del Derecho Penal*. 2 ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 20.

³²⁸ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del Big Crunch y la selección de bienes jurídico-penales*. In: MARTÍN, Víctor Gómez (coord.). *La Política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004, p. 95.

³²⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La Expansion del Derecho Penal*. 2 ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 57.

³³⁰ Ainda no século XIX, Gabriel Tarde se referia a uma *criminalité de luxe*, inspirada pelo desejo artificial de libertinagem e de boa vida, em contraposição a uma criminalidade mais ou menos *necessária*, inspirada pela fome, vingança e amor. Defendia que os primeiros podiam ser contidos mediante uma adequada repressão, mas era profundamente cético quanto ao sucesso em relação aos demais. Apud RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 278-9.

³³¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La Expansion del Derecho Penal*. 2 ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 83.

³³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La Expansion del Derecho Penal*. 2 ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 73. No mesmo sentido, ZAPATERO, Luis Arroyo. *Derecho Penal Económico y Constitución*. Revista Penal, Barcelona, v. 1., n. 1, p. 15.

sanções incidentes sobre pessoas jurídicas), porém com uma flexibilização dos critérios de imputação e das garantias político-criminais. De forma mais direta e objetiva, "se trata de salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos que tienen asignada una pena de prisión"³³³.

Conquanto admita a possibilidade expressa da incidência dessa flexibilização em relação aos delitos englobados pelo Direito Penal Econômico, insiste em que "también los nuevos delitos socio-económicos tienen asignadas en nuestros cuerpos legales penas de prisión". Em relação a estes delitos, com previsão expressa de pena privativa de liberdade, excetua sua tese, pois não seria possível excluí-los do rol de crimes integrantes do que denomina de "núcleo duro do Direito Penal", rechaçando-se por consequência, em princípio, qualquer intento de flexibilização nesse âmbito das regras de imputação ou princípios de garantias.

De forma sintética, o pensamento de Silva Sánchez abordado trata da possibilidade da existência de duas velocidades do Direito Penal. Na primeira, representada pelo Direito Penal que envolva penas que atinjam a liberdade dos cidadãos, fundamental se mantenham rígidos os princípios político-criminais clássicos, as regras acusatórias e os princípios processuais. Na segunda, para as situações em que não envolvam penas privativas de liberdade, senão aquelas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam ser flexibilizados em razão da menor intensidade da sanção³³⁴.

Silva Sánchez traz ao debate ainda se seria possível a admissão de uma "terceira velocidade", na qual o Direito Penal que trate de penas privativas de liberdade (*el Derecho penal de lá cárcel*) seja também objeto de uma relativização das garantias político-criminais, regras de acusação e critérios processuais. O tema guarda estreita ligação com o denominado "Direito Penal do Inimigo", de Jakobs, para quem o inimigo é um indivíduo que, por seu comportamento, sua profissão ou, principalmente, em razão de sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo duradouro e não somente de maneira incidental³³⁵. Trata-se de uma pessoa que não garante a mínima segurança de seu comportamento pessoal e manifesta este déficit mediante sua conduta. A "passagem" da condição de cidadão para

³³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La Expansión del Derecho Penal*. 2 ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 160.

³³⁴ Confira-se, também, neste sentido, BASOCO, Juan Maria Terradillos. *Globalización, Administrativización y Expansión del Derecho Penal Económico*. In: BASOCO, Juan Maria Terradillos; SÁNCHEZ, Maria Acale (orgs). *Temas de Derecho Penal económico – III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid: Trotta, 2004, p.237.

³³⁵ BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Límites objetivos e subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos*. In: MARTÍN, Víctor Gómez (coord.). *La Política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier: 2004, p. 29.

inimigo produz-se por intermédio da reincidência, da habitualidade, da atividade delitiva de forma profissional e também pela participação em organizações delitivas estruturadas.

Silva Sánchez sumariza ³³⁶: "las características Del Derecho penal de enemigos serían entonces, siempre según Jakobs, la amplia anticipación de la protección penal, esto es, el cambio de perspectiva del hecho pasado a uno venidero; la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha; y el socavamiento de garantías procesales".

Embora acolha com reservas a possibilidade de existir espaço para esta via – porque, segundo pensa, seria inevitável –, sua utilização somente poderia ocorrer em situações excepcionais e por tempo limitado. Sob a ótica conceitual, deixa em aberto para debate se essa forma de abordagem seria mesmo uma forma de "Direito", ou, ao contrário, "um "não-Direito", caracterizado por "una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos *excluidos*"³³⁷. Sua incidência se daria na abordagem de fatos criminosos "de emergência", uma expressão de uma espécie de "Direito de Guerra".

3.4 A FUNÇÃO DA PENA NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Já abordadas as características fundamentais das principais teorias a respeito da pena, assim como da concepção da teoria garantista, é preciso reconhecer que não basta apenas indagar, abstratamente, quais são as "funções da pena". É preciso avançar, averiguando-se qual a função da pena dentro de um Direito Penal inserido na ordem constitucional vigente³³⁸.

É percuciente a ponderação de Bitencourt ³³⁹ no sentido de que "o fato de que a uma concepção de Estado corresponde, da mesma forma, uma de pena, e esta, uma de culpabilidade".

Embora existam outras formas de controle social, o Estado se utiliza da intervenção punitiva mediante a imposição da pena criminal para proteger eventuais lesões de bens jurídicos considerados relevantes, sendo que o recurso à pena somente se legitimará quando seja absolutamente necessário por não existir outra forma suficientemente eficaz de proteção

³³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La Expansion del Derecho Penal*. 2 ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 164.

³³⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La Expansion del Derecho Penal*. 2 ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 166.

³³⁸ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 6 ed. Barcelona: Reppertor, 2002, p. 99.

³³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 103.

do valor essencial em causa. Noutras palavras, a pena criminal se justifica especialmente pela idoneidade e eficácia que possui para proteger o valor jurídico eleito como relevante ³⁴⁰.

Reportando-se a Bustos Ramirez e Hormazabal Malarée, Bitencourt destaca que “a pena – sentido, funções e finalidades – deve ser analisada, para maior e mais ampla compreensão, levando em consideração o modelo socioeconômico e a forma de Estado em que se desenvolve esse sistema sancionador”.

Como já sustentado exordialmente, a Constituição Federal Brasileira se revela com nítida feição de um Estado Social e Democrático de Direito. Por esse prisma, há se reconhecer que a também pena deve ter finalidade suprema de promoção da democracia de direito ³⁴¹, inclusive como forma de se atingir os fins elencados no artigo 3º da Carta Maior.

Significa que a pena não pode ter outro fim que não a efetiva realização dos objetivos traçados pelo Estado Democrático e Social de Direito, mediante a observância das garantias insertas na Carta Maior, com a consideração essencial de que não se pode entender que a Constituição imponha ao Estado somente o dever de respeitar os direitos fundamentais, mas também de sancionar penalmente (de modo eficaz) a sua vulneração ³⁴².

Além disso, sob a ótica do Estado Social, Plural e Democrático retoma-se a discussão se, frente a novos interesses coletivos, o conjunto social deva ter igual ou até maior proteção jurídica do que os bens jurídicos dos cidadãos individualmente considerados. Sem embargo de opiniões em contrário, tem-se que, no Estado Social democratizado, há regras gerais de preponderância dos interesses coletivos, na medida em que condicionem a vida dos demais integrantes da sociedade ³⁴³. Por evidente, com as necessárias ponderações e exceções, sobretudo em casos de delitos contra a pessoa, notadamente graves.

Defende-se que a pena – de forma especial, a privativa de liberdade para os delitos econômicos - se constitui em um dos meios coativos jurídicos (sob as vestes da prevenção geral positiva limitadora) com maior eficácia de que dispõe o Estado em detrimento dos agentes que infringem as normas legais ³⁴⁴. Daí ser fundamental, diante do caso concreto, das conseqüências originadas e das características do delito praticado, estabelecer-se da melhor

³⁴⁰ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 25.

³⁴¹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. São Paulo: Manole, 2004, p. 8.

³⁴² MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado Social y democrático de derecho*, Barcelona: Ariel, 1994, p. 162.

³⁴³ MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado Social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 164.

³⁴⁴ MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado Social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 115. MUNÓZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. 2 ed. Bogotá: Temis, 1994, p. 22.

maneira possível os limites da intervenção do Estado na vida do cidadão ³⁴⁵, sempre em observância aos cânones constitucionais que se apresentem para exame.

O móvel central da norma penal não está na simples imposição de pena. O contexto é mais amplo. Em verdade, a pena se constitui em elemento fundamental para que se garanta a segurança dos cidadãos ³⁴⁶, sendo, em decorrência, o meio mais eficaz de controle social, porque “constituye una forma limitada de prevención, sometida a garantías ya irrenunciables en un Estado social y democrático de Derecho” ³⁴⁷.

O controle social é uma condição essencial da vida em sociedade, mediante o qual, frisa Muñoz Conde ³⁴⁸, se tem a possibilidade de assegurar o cumprimento das expectativas de conduta e dos interesses contidos nas normas que regulam a convivência social. Seu escopo é determinar os limites da liberdade humana em sociedade, constituindo-se, ao mesmo tempo, em um instrumento de socialização de seus membros.

O Direito Penal em um Estado Social e Democrático tem por fim assegurar a proteção de todos os membros integrantes do corpo social ³⁴⁹, mediante a efetiva prevenção (positiva) das ações que sejam consideradas, à luz da ordem constitucional, como danosas para os bens jurídicos relevantes ³⁵⁰. Significa que o Direito Penal em um Estado Social e Democrático de Direito exige que se atribua à pena uma função precípua de prevenção de delitos, missão esta que possui feições nitidamente políticas de regulação ativa da vida em sociedade.

Mesmo que, pelo prisma *tradicional*, a socialização do infrator se afigure eventualmente dispensável - situação típica dos delinquentes econômicos, cujo enfoque de socialização necessita uma releitura -, a intervenção penal justifica-se pela necessidade de proteção a bens jurídicos.

³⁴⁵ Que se revela verdadeira incidência do subprincípio da necessidade, bem como o que se pode denominar, consoante Robert Alexy, de “Ótimo de Pareto”. Diz-se que uma situação é um ótimo de Pareto ou é eficiente no sentido de Pareto se não é possível que outra situação provoque ao menos que uma pessoa melhore sem que outra piore. Refere, ainda, que essa expressão se deve ao inventor da ponderação que se refere, Wilfredo Pareto, um economista do início do século XX. ROEMER, Andrés. *Economía del Crimen*. Ciudad de México: Limusa, 2001, p. 39.

³⁴⁶ Compreendida sob o aspecto de que a insegurança social não decorre somente dos delitos contra a vida e patrimônio privado, mas também – e, em determinados casos, de forma potencializada – em razão de crimes que atinjam bens jurídicos de interesse coletivo, ocasionando danos que, muitas vezes, não têm condições de ser quantificados ou individualizados, mas que atingem a coletividade de forma direta.

³⁴⁷ MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado Social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 127.

³⁴⁸ MUNÓZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. 2 ed. Bogotá: Temis, 1994, p. 25.

³⁴⁹ Não se pode descurar que, em face do seu caráter eminentemente iluminista, ainda hoje com essas feições, sobretudo o Código Penal pátrio sempre se centrou na proteção maior do patrimônio individual, e não dos interesses sociais (aí compreendidos os bens jurídicos de índole coletiva).

³⁵⁰ MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado Social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 37.

Fundamentando sua concepção de como se poderia combinar as funções de prevenção geral e especial à luz do Direito Espanhol - sob a ótica do direito comparado, aplicável à realidade sociopolítica constitucional brasileira -, Mir Puig ³⁵¹ admite que o posicionamento (ecclético) de Roxin é o que melhor se coaduna com tempos hodiernos, embora com certos matizes.

Roxin centra a problemática da pena em três etapas. Na primeira, consistente na cominação legal, a função da pena seria de proteção de bens jurídicos e de prestações públicas imprescindíveis, proteção esta que somente se poderá buscar mediante a prevenção geral dos fatos que atentem contra esses bens ou prestações públicas. Na etapa subsequente, além de também atuar como forma de prevenção geral, a aplicação judicial da pena (limitada pela culpabilidade do criminoso) se consubstanciará na confirmação da seriedade da ameaça abstrata consignada na lei. Por fim, a execução, tendo por escopo a ratificação dos fins primeiros, objetivando a ressocialização do delinqüente (que precisa ser contextualizada, conforme ulteriormente salientado, diante de cada caso), típica situação de prevenção especial³⁵².

Utilizando as premissas de Roxin, Mir Puig ³⁵³ aponta as suas para o reconhecimento dos fins da pena em um Estado Social e Democrático de Direito. Primeiro, na cominação legal, a finalidade seria de prevenção geral, tendente a evitar ataques a bens jurídicos "en la medida de su gravedad y de su peligrosidad". De igual modo se revela a prevenção geral nas duas fases subsequentes, mas na judicial também se verifica hipótese de prevenção especial (limitada pela proporcionalidade³⁵⁴), podendo-se cogitar, se for o caso e presentes os requisitos legais, de suspensão condicional da pena se assim se garantir a efetiva prevenção geral. Por fim, na execução, consoante a legislação própria (desde que conformada à Constituição), decorre a função da prevenção especial como forma de se obter a ressocialização do delinqüente.

Conclui exortando que "solo una prevención así limitada podrá desplegar un efecto positivo e afirmación del Derecho propio de un Estado social y democrático de Derecho, y

³⁵¹ Inserido num sistema explicitamente reconhecido como de um Estado Social e Democrático de Direito, na forma do artigo 1º da Constituição Espanhola: "Artículo 1. 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad el pluralismo político". Disponível em www.tribunalconstitucional.es/constitucion.htm. Acesso em 22 mar. 2006.

³⁵² MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 6 ed. Barcelona: Reppertor, 2002, p. 96-97.

³⁵³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 6 ed. Barcelona: Reppertor, 2002, p. 104.

³⁵⁴ Em nosso sistema, situação de aplicação da pena segundo o procedimento trifásico, mas de modo enfático nas considerações das circunstâncias judiciais elencadas pelo artigo 59 do CP.

sólo así podrán conciliarse las exigencias antitéticas de la retribución, la prevención general y la prevención especial en un concepto superior de prevención general positiva³⁵⁵.

3.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

Firmada uma proposta para o mister hermenêutico, estipulados alguns princípios constitucionais para o Direito Processual Penal e Direito Penal, analisadas as correntes doutrinárias acerca da pena, as conclusões (parciais) a que se chega são no sentido de que, em um Estado Social e Democrático de Direito, o Direito Penal: a) é essencial como (uma das) forma de controle social para que se possibilite o cumprimento das expectativas de conduta, impondo-se limites à liberdade humana na convivência social; b) tem por fim precípua a proteção dos membros sociais; c) por intermédio da pena, com as características que se vislumbram mais consentâneas com o sistema, deve exercer as funções de prevenção geral limitadora e prevenção especial; d) não precisa utilizar-se de velocidades diversas para sua aplicação, mas tão-somente que seja manejado em respeito a um dúplice e equânime tratamento: do Estado em exercer seu poder-dever de punir; e do cidadão, permitindo-lhe o exercício pleno de todas as garantias constitucionais, notadamente as de defesa, em respeito ao *due process of law*.

Fixadas as premissas e estipuladas conclusões, há de se avançar para análise da apresentação de uma teoria da interpretação dos delitos econômicos perante um Estado Social e Democrático de Direito, e, na seqüência, sugerir propostas de controle e de filtragem constitucional de questões específicas atinentes ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal nessa seara.

³⁵⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 6 ed. Barcelona: Reppertor, 2002, p. 101.

“Los mayores crímenes de hoy implican más manchas de tinta que de sangre”. (Thomas Lynch)

4 DELITOS ECONÔMICOS: UMA TEORIA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE UM ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

4.1 DELINQUÊNCIA ECONÔMICA: DA CONCEPÇÃO-PERCEPÇÃO DE SUTHERLAND E A DELIMITAÇÃO DA DISCUSSÃO EM FACE DO TEMA PROPOSTO

Na abordagem de temas relacionados à criminalidade econômica, prefacialmente aflora a original concepção de Edwin Sutherland, sociólogo norte-americano, que, em 1939, no 34º Encontro da Sociedade Americana de Sociologia, apresentou exposição denominada *The White Collar Criminal*³⁵⁶.

O grande entrave inicial verificado por Sutherland para desenvolver sua pesquisa foi exatamente o fato de que nas prisões somente havia um grupo *seleto* de delinquentes, seleção esta que não compreendia o que ele denominava de *criminosos mais hábeis e inteligentes*. Segundo apurou, bastava uma mera análise da população carcerária para se verificar que se encontravam presos apenas os “delinquentes comuns”, procedentes das classes baixas e que se utilizavam fundamentalmente de métodos intimidatórios para as práticas delitivas.³⁵⁷

Afastando e invalidando as teorias tradicionais da Criminologia, Sutherland propôs um conceito para o que denominou de *crimes de colarinho branco*³⁵⁸, mas que deveria estar interligado diretamente com sua também proposição denominada *associação diferencial*, que

³⁵⁶ Depois, em 1949, amparado em pesquisas nas quais coletou dados relativos a decisões judiciais e administrativas envolvendo crimes cometidos na administração das setenta maiores empresas norte-americanas e de quinze companhias de serviços públicos, editou seu livro *White Collar Crime*, porém com muitos “cortes” impostos tanto pela editora como pela Universidade de Indiana, à qual estava vinculado. Só em 1983, depois de seu falecimento, foi publicada a obra em sua versão original e integral. SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime - The Uncut Version*. New York: Vail-Ballou Press, Binghamton, 1983, p. 13. Cfr. também RIGHI, Esteban. *Los Delitos Económicos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 79.

³⁵⁷ “Criminal statistics show unequivocally that crime, as popularly understood and officially measured, has a high incidence in the lower socioeconomic class and a low incidence in the upper socioeconomic class.” SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime - The Uncut Version*. New York: Vail-Ballou Press, Binghamton, 1983, p. 3.

³⁵⁸ Conforme noticiado no anexo nº 1 de sua obra em publicação castelhana, em texto intitulado *La Delincuencia de las grandes empresas*, Sutherland utilizou a expressão delincente de colarinho branco para se referir a uma pessoa de classe socioeconômica superior que viola as leis promulgadas para regular suas ocupações profissionais. O termo *colarinho branco* foi usado no mesmo sentido em que o foi pelo Presidente da empresa General Motors ao escrever um livro denominado *A autobiografía de um Trabalhador de Colarinho Branco*. SUTHERLAND, Edwin H. *El Delito de Cuello Blanco*. Madrid: Ediciones de La Piqueta, 1999, p. 312.

consistia em uma teoria sociológica do comportamento criminal segundo a qual a conduta desviada é resultado de um procedimento de aprendizagem ³⁵⁹.

Reconhecendo não se poder firmar um conceito definitivo, senão apenas chamar a atenção acerca de crimes que não se incluem ordinariamente dentro do campo da Criminologia, Sutherland concluiu que os crimes de colarinho branco seriam violações da lei por parte das pessoas de respeitabilidade e *status* social alto em relação às suas ocupações ³⁶⁰. Na expressão de Morris, *criminals of the upperworld*.

Um indivíduo passaria a praticar delitos porque, mediante a associação com outros, principalmente no seio de um grupo de conhecidos, o número de opiniões favoráveis à violação da lei seria claramente superior ao número de opiniões desfavoráveis à violação da lei ³⁶¹. Em suas palavras, “una persona en una situación apropiada participa de esa conducta delictiva cuando, y sólo cuando, el peso de las definiciones favorables es superior al de las definiciones desfavorables”³⁶². Assentou ainda, de modo hialino, que o *white collar crime* tem identificada sua gênese como a de qualquer outra conduta criminosa.

Constatando haver uma *implementação diferenciada* da lei em relação aos criminosos de colarinho branco, Sutherland enumerou três fatores *principais* dos quais decorreriam tal circunstância ³⁶³: a) o *status* do “homem de negócios”, que lhe confere um grau de respeitabilidade no seio social, de modo que não é visto como um criminoso; b) a tendência a

³⁵⁹ No mesmo sentido, SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O Crime do Colarinho Branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 44.

³⁶⁰ “The thesis of this book, stated positively, is that persons of the upper socioeconomic class engage in much criminal behavior; that this criminal behavior differs from the criminal behavior of the lower socioeconomic class principally in the administrative procedures which are used in dealing with the offenders. [...] These violations of law by persons in the upper socioeconomic class are, for convenience, called *white collar crimes*. This concept is not intended to be definitive, but merely to call attention to crimes which are not ordinarily included within the scope of criminology. White collar crime may be defined approximately as a crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation”. SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime - The Uncut Version*. New York: Vail-Ballou Press, Binghamton, 1983, p. 7.

³⁶¹ SUTHERLAND, Edwin H. *El Delito de Cuello Blanco*. Madrid: Ediciones de La Piqueta, 1999, p. 37.

³⁶² SUTHERLAND, Edwin H. *El Delito de Cuello Blanco*. Madrid: Ediciones de La Piqueta, 1999, p. 277. “A complete explanation of white collar crime cannot be derived from the available data. The data which are available suggest that white collar crime has its genesis in the same general process as other criminal behavior, namely, differential association. The hypothesis of differential association is that criminal behavior is learned in association with those who define such criminal behavior favorably and in isolation from those who define it unfavorably, and that a person in an appropriate situation engages in such criminal behavior if, and only if, the weight of the favorable definitions exceeds the weight of the unfavorable definitions.” SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime - The Uncut Version*. New York: Vail-Ballou Press, Binghamton, 1983, p. 240.

³⁶³ SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime - The Uncut Version*. New York: Vail-Ballou Press, Binghamton, 1983, p. 56. SUTHERLAND, Edwin H. *El Delito de Cuello Blanco*. Madrid: Ediciones de La Piqueta, 1999, p. 101. No mesmo sentido, vejamos as considerações de BRANDARIZ, José Angel. *El delito de defraudación a la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 84. Igualmente, SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O Crime do Colarinho Branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 45.

não castigar esse tipo de infração sob a ótica criminal; e c) a ausência de crítica e de compreensão dos efeitos dos delitos de colarinho branco pela sociedade³⁶⁴.

Eisele³⁶⁵ traz conclusões em sentido similar, enfocando que o Direito Penal nessa seara enfrenta preconceitos decorrentes da mudança de órbita das regras, porque atinge sujeitos ativos que estão socialmente ajustados e porque a cultura social se centra na idéia de não haver agressão (perceptível) ao bem jurídico tutelado.

Há ainda um outro fator relevante que Sutherland destacou: os criminosos de colarinho branco sentem e expressam desprezo pela lei, pelo Estado e pelas pessoas responsáveis pela administração estatal. Em suas compreensões, quanto menos o Estado atuar, melhor será para o desenvolvimento de suas atividades.

Efetivamente, a proposta de Sutherland foi – e ainda é – de grande impacto em face do (tradicional) pensamento criminológico³⁶⁶, historicamente vinculado à abordagem de crimes praticados por integrantes de estratos sociais mais baixos, tendo como norteadores penalizações impostas quando verificadas violações de bens que protejam especialmente interesses privados e individualizados, característica principal de correntes iluministas. Embora sua concepção possa trazer alguns inconvenientes científicos, como, por exemplo, que crimes deste jaez seriam cometidos *necessariamente* por integrantes das camadas sociais mais altas – premissa que não parece ser segura para todas as situações³⁶⁷ –, não se pode descartar a importância de sua contribuição no enfrentamento de uma criminalidade que, principalmente em decorrência dos danos efeitos gerados, vinha e vem tendo um tratamento diferenciado e desproporcional pela doutrina e jurisprudência.

É preciso reconhecer que não há como definir, mediante enunciado categórico, no que consistiriam todos os crimes que possam ser enquadrados na expressão *delitos de colarinho branco*. Porém, na mesma senda de Sutherland, e com ele concordando em suas premissas iniciais, há de se reconhecer ao menos que esses tipos de delitos não são praticados, como regra, por *criminosos tradicionais*. Trata-se de espécies delitivas que são marcadas,

³⁶⁴ Quanto a este último fator, também SANCTIS, Fausto Martin de. *Punibilidade no Sistema Financeiro Nacional*. Campinas: Millennium, 2003, p. 25. E RIGHI, Esteban. *Los Delitos Económicos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, P. 81.

³⁶⁵ EISELE, Andreas. *Crimes contra a Ordem Tributária*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 11.

³⁶⁶ Com certa demasia, mas não sem razão, Aniyar de Castro enceta que a “grande miséria da Criminologia é de ter sido somente uma Criminologia da miséria”. CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*, p. 78-9, Apud LIRA, Antiógenes Marques de. *Macrocriminalidade*. Revista dos Tribunais, n. 719, set.1995, p. 353. Sua contribuição pôs em debate a dualidade entre *crimes in the streets* e os *crimes in the suites*. SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O Crime do Colarinho Branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 278.

³⁶⁷ Como destaca Cruz Santos, a intenção inequívoca de Sutherland foi desmistificar o entendimento *comum* da Criminologia, chamando a atenção para a forma pela qual os delinquentes de colarinho branco eram tratados pela Justiça. SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O Crime do Colarinho Branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 54.

especialmente, pela circunstância de seus agentes, os quais, valendo-se de suas posições sociais e profissionais ³⁶⁸, praticam crimes que, também em princípio, atingem bens de interesses coletivos ou difusos, com conseqüências normalmente graves. Em face desses motivos, o delito econômico tende a se identificar com o *white collar crime*.

Por envolver espécies delitivas relacionadas a inúmeras práticas econômicas, adota-se a (genérica) expressão *delinqüência econômica* ³⁶⁹. Como percutientemente advertem Bajo e Bacigalupo, ao que se adere, a expressão em voga “se viene utilizando en un sentido *coincidente* de la delincuencia de cuello blanco” ³⁷⁰.

Como reconhece também Donini ao abordar a expressão *Direito Penal Econômico*, a amplitude da conceituação é vasta ³⁷¹, englobando delitos contra a economia em sentido amplo, dentro do qual se encontram especialmente aqueles que protegem bens supraindividuais ³⁷².

Nos limites do objeto da presente investigação, resta inviável uma abordagem exaustiva de quais seriam todos os fatos que se amoldam à expressão *delinqüência*

³⁶⁸ Abordando o tema referente a crimes de colarinho branco, Mailard os relaciona com o que denomina de *delinqüência de sobreadaptação*, na qual se verificam as práticas delitivas de agentes financeiros, de diretores de empresas e de políticos, dentre outros, que utilizam suas situações privilegiadas nas instâncias econômicas e políticas para cometer atos ilícitos, não lhes faltando nem riqueza, nem poder. MAILARD, Jean de. *Crimes e Leis*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 33-4.

³⁶⁹ Admitindo existir certa fluidez na definição do que seriam crimes econômicos, Renucci obtempera que “l’utilisation de la notion de droit penal économique est fréquente, mais la définition reste imprécise, de sorte que des questions se posent quant au contenu de ce droit, notamment par rapport au droit pénal des affaires ou encore au droit pénal financier. L’élaboration d’une définition est délicate, d’autant plus que la notion d’infraction économique est également floue”. RENUCCI, Jean-François. *Droit penal économique*. Paris: Masson, 1995, p. 5. Na mesma linha, Gracia Martín defende que se deva renunciar a pretensão de definir o delito econômico e o conteúdo do Direito Penal Econômico, mediante um único critério de validade geral, devendo-se adotar, em sua compreensão, um conceito aberto que compreenda todo fato delitivo realizado no contexto e prática de uma atividade econômica. GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 71 e 73. Diversamente, Righi diz que o conceito de *white collar crime* não apresenta similitude com uma noção jurídica de delito econômico, a qual deveria ser utilizada, na senda de Eberhard Schmidt, apenas para aquelas infrações que vulnerarem os interesses do Estado na permanência e conservação da ordem econômica. RIGHI, Esteban. *Derecho Penal Económico Comparado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, p. 317 e 319. Cruz Santos, por sua vez, aproveita a proposta de Sutherland, preservando seu núcleo essencialmente subjetivo (delitos praticados por agentes especialmente influentes), mas acresce que não se pode prescindir de considerar da *caracterização do modus operandi adotado para o cometimento do crime*. SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O Crime do Colarinho Branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 73-4.

³⁷⁰ BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 29.

³⁷¹ Remete-se também ao excelente levantamento teórico-conceitual efetuado por Antiógenes Marques de Lira LIRA, Antiógenes Marques de. *Macrocriminalidade*. Revista dos Tribunais, n. 719, set. 1995, p.351-3.

³⁷² DONINI, Massimo. Uma Nueva Edad Media Penal ? Lo Viejo y lo nuevo en la expansión del Derecho Penal Económico. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria; ACALE SÁNCHEZ, Maria (orgs). *Temas de Derecho Penal económico-III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid: Trotta, 2004, p. 197. Tratando do *conceito material* de delito econômico, Righi também enfatiza que “una precisión mayor se obtuvo cuando se advirtió que los bienes jurídicos que protegían los delitos económicos eran colectivos, o si prefiere ‘supraindividuales’”. RIGHI, Esteban. *Los Delitos Económicos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 95-6.

*econômica*³⁷³. O espectro é amplo demais para permitir uma análise individualizada de todos os dispositivos que se relacionam à matéria, até porque não é o objetivo primaz do estudo em voga.

Assim, será feita uma abordagem teórica traçando os caminhos que se tem como os mais adequados para a interpretação de inúmeras circunstâncias e características relacionadas aos delitos econômicos, valendo-se, objetivamente, de alguns dos crimes (e conseqüências deles advindas) previstos na nº 8.137/90 e na Lei nº 7.492/86, bem como no próprio Código Penal.

4.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITO PENAL ECONÔMICO

Ao tempo em que as Constituições hodiernas continuam (de modo acertado) estabelecendo cláusulas para a proteção das garantias individuais, há também novos preceitos e princípios que têm implicado o alargamento da atuação do Direito Penal, de molde a ampliar a área dos bens jurídicos que reclamam proteção nessa seara. Significa que, enquanto os princípios liberais defendem procedimentos para a descriminalização de certas condutas, as instâncias basilares do Estado Social implicam a criminalização de outras. Surge, assim, um *novo Direito Criminal*, no qual os princípios que dão supedâneo a essas correntes de pensamento se mesclam em convívio necessário - harmônico e, às vezes, tenso - para que se possa proteger valores individuais e também transindividuais.³⁷⁴

Pelo prisma das garantias constitucionais individuais, a viga-mestra encontra-se no devido processo legal, amparado pelos correlatos princípios garantidores da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, LIV e LV, CF/88). Sendo decorrentes de uma concepção garantista vigente, esses postulados devem ser potencializados para que se realize obediência estrita à Constituição. Contudo, não podem ser tão-somente direitos de defesa vistos isoladamente, pois, assim, hipertrofiados de forma monocular³⁷⁵, acabam transformando o Direito Penal e o

³⁷³ Sobre os enfoques criminológico e normativo, excelente a abordagem de Ela Castilho, a que se remete. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 61-72. Tiedemann também aborda o tema da amplitude da expressão *Direito Penal Econômico*. TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*. Barcelona: PPU, 1993, p. 31. Fausto de Sanctis, por sua vez, elenca inúmeros delitos que, sob a ótica legislativa brasileira, seriam abarcados pela expressão *delinqüência econômica*. SANCTIS, Fausto Martin de. *Punibilidade no Sistema Financeiro Nacional*. Campinas: Millennium, 2003, p. 22-4.

³⁷⁴ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: SAFE, 2003, p. 12 e 57.

³⁷⁵ Como salienta Martínez-Buján Pérez, há um certo afã garantista que se descaracteriza em sua essência por ser desmedido e desfocado. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del Big Crunch y la selección de bienes*

Direito Processual Penal ³⁷⁶ em caminhos com desvios da finalidade para os quais existem. Quer-se dizer, uma visão garantista, na concepção que se tem como a melhor, reclama que o poder-dever de o Estado punir determinada conduta esteja em plano paritário daquele em que se desenvolve a interpretação das normas definidoras das garantias individuais. O Princípio da Equidade aqui também incide para regular esta relação jurídica.

Paralelamente ao exercício do *jus puniendi*, o Estado, respeitando as garantias dos cidadãos, também há de velar para que estas não sirvam de supedâneo para encobrir condutas dissimuladas que não procuram fazer valer os princípios constitucionais em voga, mas tão-somente atentar contra o poder-dever de o Estado agir (em prol da coletividade) diante de condutas que atinjam bens jurídicos merecedores de dignidade penal ³⁷⁷. A principal tarefa do Direito Processual Penal está em compatibilizar harmonicamente a agilidade na prestação jurisdicional e as garantias dos cidadãos ³⁷⁸, sem perder que o processo há de servir como instrumento de efetivação dos valores tutelados na ordem constitucional ³⁷⁹.

Palazzo sustenta que o binômio composto pelos Princípios do Estado de Direito e do Estado Social é encontrado no conteúdo das prescrições da ordem maior relativas ao das normas penais infraconstitucionais. Refere-se, o mestre italiano, à necessária influência que as

jurídico-penales. In: GOMÉZ MARTÍN, Víctor (coord.). *La Política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004, p. 106.

³⁷⁶ Nos dizeres de Figueiredo Dias, o Direito Processual Penal nada mais é do que Direito Constitucional aplicado, sismógrafo ou espelho da realidade constitucional, sistema do espírito político-constitucional de um ordenamento jurídico. Apud CARVALHO, Márcia Dometila de Lima. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 77.

³⁷⁷ FISCHER, Douglas. *O princípio da ampla defesa e as condutas com intuito meramente protelatório no procedimento processual penal*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 761, mar.1999, p. 509-12. Disponível também em www.anpr.org.br/boletim/boletim09/boletim09.htm. Acesso em 27 jun. 2006.

³⁷⁸ SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el Proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 251.

³⁷⁹ Importantes as considerações de Márcia Dometila: “A história revelou, sempre, uma íntima conexão entre o direito político e o processo penal, exteriorizando uma eterna luta entre os interesses do Estado e do indivíduo. Tais entrechoques de interesses foram impulsionados, sempre, ao sabor das concepções políticas imperantes. Ora, o predomínio exagerado do interesse individual pendia para uma visão unilateral do processo penal, dando-lhe feição de um litígio privado, consagrado pela passividade do agente julgador. Outras vezes, contudo, o predomínio do interesse estatal sacrificou, sem piedade, os inalienáveis valores *dignidade e liberdade* humanas. Modernamente, acredita-se no justo equilíbrio do interesse coletivo e individual, na racionalidade humana conquistada a duras penas. [...] Portanto, pelo processo penal deve o Estado exercer sua pretensão punitiva, materializar a justiça, expressa em seus princípios e valores constitucionais, mas tutelar, também, a liberdade jurídica do acusado, porque esta é, igualmente, um valor constitucional inalienável para o Estado Democrático de Direito”. CARVALHO, Márcia Dometila de Lima. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 82 e 86. Corcoy Bidasolo salienta que “las dificultades, en base a los problemas de persecución, por un lado, y, en sentido opuesto, por la necesidad de mantener las garantías procesales y las garantías materiales, utilizando y aplicando las estructuras clásicas de la teoría del delito que, sin duda, generan los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales tampoco son determinantes para negar la legitimidad de la protección de estos bienes jurídico-penales sino que tienen que conducir a modernizar el sistema judicial, para superar los problemas procesales, y, en estos delitos con mayor intensidad, a que los aplicadores tengan una buena técnica jurídica y la utilicen correctamente.” CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 196.

Constituições exercem especialmente sobre a matéria objeto da tutela - e não apenas sobre os aspectos formais ou estruturais do sistema -, “penetrando, assim, em território originariamente de domínio *quase* exclusivo da política criminal, e escandindo, analiticamente, o vínculo constitucional do legislador”. Abordando as normas que impõem descriminalização, defende permanecerem, em essência, como expressão clássica das funções constitucionais, os limites ao poder punitivo, com características notas de garantias aos cidadãos. Já quanto à obrigação de incriminação de determinados fatos, surge novo papel ao Direito Penal, atuando como verdadeira mola propulsora para incluir no sistema novas matérias em fronteiras integrativas do Estado Social³⁸⁰.

Crê-se, porém, em leitura hodierna de seu pensamento, que, paralelamente às garantias dos cidadãos – que merecem obediência na íntegra -, tanto a criminalização como a descriminalização de determinadas condutas estão vinculadas também diretamente à proteção que exige um sistema democrático e social. Deve-se proteger os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos (objeto tradicional), bem assim os direitos econômico-sociais, tendo em vista que todos estão ligados diretamente ao desenvolvimento da personalidade e da dignidade humanas. Essas dimensões não se excluem, mas se complementam³⁸¹.

Exatamente nessa questão é que se invocam os preceitos atinentes à *Constituição Dirigente*, que repercutem na dignidade penal de determinados bens jurídicos, estipulando os limites para a criminalização ou descriminalização de determinadas condutas. Essa parametrização e análise conteudística extraídas dos valores dedutíveis da Constituição estão ligadas diretamente ao Princípio da Proporcionalidade³⁸², sendo que a filtragem valorativa desses limites deve ser feita tanto pelo legislador como pelo intérprete da norma.

Desse modo, as soluções para os problemas que se apresentam na discussão da delinquência econômica perante um sistema Social e Democrático devem ser buscadas no quadro de regras, princípios e valores contidos em comandos da Constituição, explicitamente em princípios *influentes* em matéria penal³⁸³, os quais irão fixar os parâmetros para a ação do Legislador e a conformação³⁸⁴, se necessária, pelo Judiciário. Disso já se falou anteriormente,

³⁸⁰ PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1989, p. 77-8.

³⁸¹ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 199.

³⁸² CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 175, 182 e 233.

³⁸³ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: SAFE, 2003, p. 13. PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1989, p. 23.

³⁸⁴ Santana Vega salienta que não se pode “olvidar que la interpretación de las leyes es la que tiene que conformarse a la Constitución y no al revés”. SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 64.

quando abordada a questão atinente aos limites diante dos comandos que obrigam cumprir, de forma adequada e oportuna, as imposições constitucionais.

A tarefa do Direito Penal, desde a decisão valorativa inserida no corpo da Constituição, consiste em que sejam adotados todos os mecanismos para se garantir as funções sociais (*lato sensu*) e os mecanismos eficazes e necessários para o convívio social.

Jungido ao Princípio da Legalidade, avulta a importância de ser atendido o denominado Princípio da Intervenção Mínima ³⁸⁵ - também compreendido como sendo Princípio da Ofensividade ³⁸⁶ -, por intermédio do qual se legitima a criminalização de determinadas condutas somente se for o melhor meio para a proteção de determinados bens jurídicos. Se existirem sanções de outra ordem que sejam suficientes para a tutela desses bens, a criminalização não encontra supedâneo jurídico-constitucional.

Sob essa ótica, a legitimidade da imposição penal somente se verificará quando, atingindo valores básicos do convívio social e de especial gravidade, seja indispensável à proteção jurídica daqueles bens eleitos como fundamentais para o interesse individual e coletivo. Como defende Dolcini, o requisito do merecimento da pena mede-se pela relevância do bem agredido e pela gravidade da ofensa, que legitima o uso da sanção penal pelo Estado ³⁸⁷.

Sob sua compreensão, Hassemer alerta que a repressão penal está vinculada a valorações que o corpo social faz dos objetos jurídicos que os comportamentos lesam ou põem em perigo ³⁸⁸. Essas valorações decorrem de três fatores: a frequência das condutas, a intensidade da necessidade de se preservar o objeto jurídico merecedor da proteção e a intensidade da ameaça contra este ³⁸⁹.

Forma análoga, Palazzo defende também, além dos explícitos, a utilização dos (implícitos) Princípios da Fragmentariedade e da Proporcionalidade como critérios orientadores do legislador (inclusive do intérprete, diz-se em complemento) na criminalização e na descriminalização de determinadas condutas em face dos bens jurídicos que protejam. Deflui que a proteção penal deve ser invocada quando imprescindível para a proteção de

³⁸⁵ “Embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas na nossa *Grundnorm*, tratando-se de um postulado nela inequivocamente implícito.” LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: SAFE, 2003, p. 40.

³⁸⁶ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *A Tutela Penal Constitucional*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 10, n. 39, p. 131.

³⁸⁷ Apud LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: SAFE, 2003, p. 45.

³⁸⁸ Nessa linha, Palazzo refere que o Tribunal Constitucional Alemão considera (BVerfGE 6, 433) que a legitimidade da intervenção penal depende do fato de que o reclamo social (*sozialbezug*) seja suficientemente intenso. PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1989, p. 86.

³⁸⁹ Apud LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: SAFE, 2003, p. 171.

determinados bens jurídicos, e igualmente deverá ser proporcional à importância desses bens, à gravidade das ofensas e à intensidade da culpabilidade do agente, limitando-se a incidência penal somente aos casos em que sejam protegidos bens de especial relevância. Bem sintetiza Luisi ao enunciar que “os ilícitos penais não abrangem a totalidade da área da ilicitude, constituindo apenas *fragmentos* da mesma. E sendo a reação penal a *ultima ratio*, ela não pode ultrapassar na qualidade e na quantidade da sanção ao dano ou perigo causado pelo crime. Há de ser proporcional. Estrita e evidentemente necessária.”³⁹⁰

Em resumo: é na Constituição que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe incumbem proteger mediante suas respectivas sanções.

Contextualizando, vez por todas há de se reconhecer que os delitos econômicos se encontram, regra geral, em nível hierarquicamente superior de gravidade ao da criminalidade clássica correlata ³⁹¹, reclamando tratamento proporcional na aplicação das normas (des)penalizadoras à luz dos comandos fundantes da Constituição³⁹². Referida premissa vai de encontro direto às arguições doutrinárias de que, também quanto a essa espécie delitativa, se deveria adotar modo de repressão e prevenção apenas nas searas cível ou administrativa, ou então, no âmbito criminal, *apenas* mediante a imposição de penas restritivas de direitos, especialmente aquelas de cunho monetário.

Nessa quadra, é precisa a observação de Corcoy Bidasolo ao defender que a intervenção do Direito Penal, em delitos desse jaez, é a única que pode ter a força necessária para motivar e conscientizar o delinqüente econômico a assim não proceder ³⁹³.

³⁹⁰ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: SAFE, 2003, p. 176.

³⁹¹ CARVALHO, Márcia Dometila de Lima. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 32.

³⁹² “Na hierarquia dos valores expressos no texto da Lei maior, capta-se a necessidade da realização de um processo despenalizador, e de outro processo de penalização, realizados, ambos, a partir de premissas constitucionais. Despenalização com referência a infrações, abrigadas nas leis penais, mas que não ofendem, significativamente, os novos interesses tutelados pela Constituição, perdendo a sua razão de ser, a sua relevância social. Penalização de fatos, até então atípicos, mas que, diante da Lei Maior, passaram a ter relevância social, fatos até então indiferentes ao legislador, mas que não poderão continuar sendo por ofenderem, significativamente, interesses tutelados constitucionalmente”. CARVALHO, Márcia Dometila de Lima. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 38.

³⁹³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 371.

4.3 PENALIZAÇÃO EM FACE DOS DELITOS ECONÔMICOS SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL VIGENTE

À luz de uma ordem constitucional com feições democráticas e sociais, exponenciada pelo Princípio da Solidariedade³⁹⁴, estando em voga delitos econômicos, que atingem frontal e intensamente interesses da coletividade³⁹⁵, fundamental é superar-se a análise do Direito Penal sedimentado em visão puramente iluminista³⁹⁶, de cunho meramente individual³⁹⁷. Esse novo paradigma decorre do fato de que os direitos fundamentais não podem mais ser vistos apenas como *direitos de defesa frente apenas ao Estado*, mas como verdadeiros princípios objetivos e direitos de defesa em face de ataques a bens jurídicos fundamentais que lhes são dirigidos por quaisquer pessoas, cabendo ao Estado a função de tornar eficaz a proteção constitucional³⁹⁸.

Não que se deva afastar os critérios vigentes até hoje em relação aos delitos que atinjam interesses individuais, mas é essencial que, *de forma paralela e concatenada*, se estabeleçam *novos paradigmas* – que devem conviver harmoniosamente com aqueles – para que, de modo substancial, se garanta a efetividade penal em relação aos crimes que atentem

³⁹⁴ Reitera-se a observação de Streck, ao se reportar a Rodolfo Arango: “os sistemas jurídicos que incorporam princípios substantivos ou materiais como normas básicas valorativamente decisivas (princípios como o Estado Democrático de Direito, o Estado Social, a dignidade da pessoa, a solidariedade social, a liberdade, a obrigação de erradicar a pobreza, a função social da propriedade) elevam ao patamar de obrigação jurídica a realização aproximativa de um ideal moral”. STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 212.

³⁹⁵ Lira sustenta que os ilícitos que se enquadrem numa conceituação de macrocriminalidade econômica tutelam bens não mais individuais, mas supraindividuais ou jurídico-sociais, “aqueles delitos que agredem ao conjunto da Sociedade no seu aspecto econômico-financeiro, na verdade, sua primeira e principal vítima”. LIRA, Antiógenes Marques de. *Macrocriminalidade*. Revista dos Tribunais, n. 719, set.1995, p. 351. Emerson Pinto traz ponderações da mesma ordem: “Os efeitos reflexos da macrocriminalidade são mediatos em relação à coletividade e imediatos em relação ao Estado, que representa a coletividade de forma abstrata. Diante das infrações penais e sua danosidade social, o Estado fica impossibilitado de efetivar os direitos fundamentais do cidadão, assegurados na Constituição face a seu prejuízo fiscal”. PINTO, Emerson de Lima. *A criminalidade econômico-tributária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 31.

³⁹⁶ Para Mailard, o Estado Liberal do século XIX impôs uma dupla perspectiva: o crime é próprio das classes pobres, e era necessário integrar a repressão da delinquência numa prática de controle dos indivíduos. Em outras palavras, sendo o Direito Penal uma forma de controle social, seu alvo foi bastante preciso: as classes desfavorecidas. MAILARD, Jean de. *Crimes e Leis*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 63 e 70.

³⁹⁷ Renato Silveira, reportando a Bustos Ramirez, é enfático no sentido de que “o Estado liberal democrático, sem dúvida, impôs uma preocupação exacerbada quanto a bens jurídicos orbitantes à pessoa. (...) Todavia, e sempre com olhos num liberalismo democrático à pessoa, não se vislumbra a necessidade de intervenção nos processos sociais e econômicos”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 56.

³⁹⁸ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 125.

contra os interesses difusos ³⁹⁹, inter-relacionados de forma umbilical com os chamados direitos fundamentais de terceira geração. Apenas é necessário ter *um olhar novo*.

Márcia Dometila defende que a proteção de bens jurídicos fundamentais se vincula diretamente ao desenvolvimento da justiça social, dignificando o homem, sendo que a proteção exacerbada de bens jurídicos individuais foge à nova ordem constitucional ⁴⁰⁰.

Tendo a Lei Maior uma função paramétrica, num Estado de direito democrático a seleção normativa do que deverá ser penalizado incumbe ao legislador democrático nos quadros da Constituição ⁴⁰¹.

Desse modo, o critério fundamental que deve guiar a seleção de condutas típicas deve ser a capacidade dos crimes para lesionar reais interesses diretos ou indiretos dos cidadãos, interesses estes que são prévios às próprias edições das normas jurídico-penais. Sob as hostes de um Estado Democrático, o Direito Penal deverá então exercer uma função de prevenção limitada apenas aos crimes que se caracterizem como fatos efetivamente danosos para os interesses dos integrantes do corpo social ⁴⁰². Como salienta Ferreira da Cunha, o conceito de dano social não substitui o de bem jurídico, mas o complementa, servindo-lhe como pano de fundo ⁴⁰³.

É preciso *corrigir o rumo* das premissas e respectivas conclusões a que se tem chegado frente à interpretação dos princípios constitucionais tão-somente sob o vértice individual. Como bem alerta Juarez Freitas, destacando a necessidade de se retificarem as distorções e assimetrias que têm impedido a realização da justiça social ⁴⁰⁴ e a valorização da dignidade da pessoa – posição marcadamente substancialista -, todos os sistemas – aí inclusos

³⁹⁹ Santana Vega leciona que, ao se tratar de bens com dimensão supraindividual, é fundamental compreender que a origem individualista do bem jurídico penal é insuficiente para captar novas realidades, como se verifica nos delitos contra a Fazenda Pública, por exemplo. SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 97. No mesmo sentido, SANCTIS, Fausto Martín de. *Punibilidad no Sistema Financeiro Nacional*. Campinas: Millennium, 2003, p. 4. Com enfoque similar, GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 87-8.

⁴⁰⁰ CARVALHO, Márcia Dometila de Lima. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 100.

⁴⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Justiça Constitucional e Justiça Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminas n. 58, p. 342, jan.-fev. 2006.

⁴⁰² MIR PUIG, Santiago. *Limites del Normativismo em Derecho Penal*. In: *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 157.

⁴⁰³ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 96.

⁴⁰⁴ Para Bonavides, "uma sociedade desigual será invariavelmente uma Sociedade injusta, e não há justiça onde os homens padecem na ordem econômica os mais iníquos desníveis de renda; onde a classe média destrocada cede lugar a uma falsa democracia formal; onde a pobreza dos desgraçados sela a união frouxa, coerciva e instável da camarilha de opressores com a multidão de oprimidos. BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22. No mesmo sentido, CARVALHO, Márcia Dometila de Lima. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 43.

o Penal e o Processual Penal – precisam ser vistos, controlados e aplicados "como uma rede hierarquizável de princípios, de regras e de valores jurídicos, cuja função é a de dar cumprimento aos princípios e objetivos do Estado Democrático, assim como se encontram substanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição"⁴⁰⁵.

Significa que a discussão das funções e limites do Direito Penal, sob as luzes da ordem constitucional vigente, deve passar por uma reavaliação da concepção de bem jurídico ⁴⁰⁶, pois se está diante de uma "Constituição comprometida com valores de cunho transindividual e com a realização da justiça social" ⁴⁰⁷. Os bens jurídico-penais precisam ser vistos como concretizações dos reais interesses dos indivíduos, diretos ou indiretos, que, por sua importância fundamental, merecem a máxima proteção do Direito Penal. Assim, devem-se constituir em referência básica para determinar a função do Direito Penal em um Estado Social e Democrático de Direito. ⁴⁰⁸

Ratifica-se que essa proposta de interpretação fenomênica diante de uma nova realidade (fazendo-se o *mundo vivido*) não comporta um simples afastamento das idéias até então vigorantes. Um verdadeiro ciclo hermenêutico deve levar em conta necessariamente *o todo*, o antigo e o novo. Na senda da proposta de Gadamer, só se compreendendo essa integridade histórica do sistema é que se poderá aplicar o direito, fluindo-se com mais segurança para a *melhor escolha*.

A nova concepção de Estado e as novas realidades sociais deverão exercer influência determinante na definição dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal, refletindo, desde logo, na consideração de bens jurídicos de índole social. Na linha do pensamento jurídico-penal atual, em sociedades democráticas, plurais e abertas, que prestam homenagem

⁴⁰⁵ FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3 ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 25.

⁴⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, *La Expansion del Derecho Penal*. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 25-28. O conceito de bem jurídico foi formulado por Feuerbach com a finalidade de combater a concepção moralizante do Direito Penal, compreendida esta na sentença de que não basta a infração a uma norma ética ou divina, sendo necessária a prova que lesa interesses materiais (bens jurídicos) de outras pessoas. Atualmente relaciona-se a concepção de bem jurídico à danosidade social. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 73-4.

⁴⁰⁷ SARLET, Ingo. *Constituição e Proporcionalidade. O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a Proibição de Excesso e de Insuficiência*, Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v.3, n. 12, p. 86-120, 2003. Eisele igualmente defende que os ordenamentos políticos atuais continuam protegendo o indivíduo (bens jurídicos tipicamente ilustrados), porém passaram a ser valorados à luz dos interesses sociais. EISELE, Andreas. *Crimes contra a Ordem Tributária*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 14.

⁴⁰⁸ MIR PUIG, Santiago. *Limites del Normativismo em Derecho Penal*. In: *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 151.

ao princípio do Estado de Direito Material, de consagração constitucional, o Direito Penal deve ser visto como o instrumento de proteção dos bens fundamentais da comunidade.⁴⁰⁹

Desse entendimento comunga Mir Puig, ao concluir que o Direito Penal, perante um Estado Democrático e Social, deve assegurar a proteção efetiva de todos os membros da sociedade, o que significa compreender que deverá haver a prevenção daqueles comportamentos criminosos que os cidadãos considerem danosos para seus bens jurídicos⁴¹⁰.

Márcia Dometila⁴¹¹ complementa que os atos que realmente merecem tratamento penal, à luz dos princípios constitucionais, são aqueles que ataquem mais gravemente a dignidade da pessoa humana e os objetivos fundamentais para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Paralelamente às imposições constitucionais expressas de penalização⁴¹², compreende-se existirem obrigações não-expressas de imposição (ou de não-afastamento) de ação do Direito Penal, que decorrem do que foi afirmado pelo constituinte⁴¹³. Há, assim, um núcleo de valores *mais essenciais*, diretamente ligados à dignidade humana, em que a criminalização de condutas que os atinjam se faz imperiosa, sob pena de se deixá-los sem uma tutela suficiente e adequada aos seus altos significados sociais⁴¹⁴.

Ao lado da chamada proibição de excesso (*übermaßverbot*), um garantismo negativo, do texto constitucional derivam obrigações tácitas de atuação penal em relação a bens jurídicos que não possuam nenhum tipo de proteção jurídico-penal ou as possuam de modo insuficiente, caracterizando-se a situação da proibição de proteção deficiente (*untermaßverbot*), ou garantismo positivo.

⁴⁰⁹ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. 1.ed. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 80.

⁴¹⁰ MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado Social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 37.

⁴¹¹ CARVALHO, Márcia Dometila de Lima. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 48.

⁴¹² No caso brasileiro, *ex. gratia*, as regras do artigo 5º da Constituição Federal determinam obrigatoriedade à lei punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI) ou a prática de racismo, que se constitui em crime inafiançável e imprescritível (XLII); que são inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas e afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos (XLIII). Confirma-se, também, neste sentido, DOLCINI, Emílio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e escolha de bens jurídicos*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 4, fascículo 2, abr.-jun./2004, p. 171-2. Por sua vez, Santana Vega refere normas deste jaez insertas no artigo 26.1 da Constituição Alemã (que prevê castigo mediante lei penal dos atos preparatórios de uma guerra de agressão contra outros povos) e do artigo 13.4 da Constituição Italiana (que declara punível e sujeita à pena privativa de liberdade toda violência física e moral sobre a pessoa). SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 61.

⁴¹³ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 311.

⁴¹⁴ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 304-5.

Para Pulitanò, “la base de la invocación a la intervención penal se halla en el principio de igualdad o, más concretamente, en el principio de solidaridad diseñado por el Estado social de Derecho”⁴¹⁵.

Há de se reconhecer, efetivamente, que não existem indicações hialinas de atuação acerca do conteúdo material da legislação penal ⁴¹⁶, reclamando-se, para o melhor desiderato de tal mister, uma compreensão sistêmica do ordenamento, pelo legislador e pelo intérprete.

Em conclusão tópica, compreende-se e defende-se que existem obrigações constitucionais – expressas ou tácitas - de impor penas na seara penal, inclusive quanto a delitos econômicos, pois o fundamento do *jus puniendi* se encontra na proteção da sociedade e dos membros que a integram, características fundamentais do Direito Penal em um Estado Social e Democrático de Direito ⁴¹⁷.

4.3.1 Bem jurídico nos delitos econômicos

Reiterando estarem todos os poderes e funções do Estado vinculados, no exercício de suas funções, ao conteúdo material das normas hierarquicamente superiores da Constituição, de modo que qualquer desvirtuamento, para mais (excesso) ou para menos (deficiência), implicará inconstitucionalidade do ato, pode-se fixar premissa no sentido de que o legislador ordinário – tanto na elaboração de novos tipos penais como na descriminalização (*lato sensu*)⁴¹⁸ - está obrigado a proteger bens jurídicos ⁴¹⁹ que, implícita ou explicitamente, estejam previstos no ordenamento constitucional. A dignidade penal vincula-se a princípios que englobam desde a consagração do tipo de Estado e seus fins até o catálogo de direitos e de deveres fundamentais, vinculação esta que deve ser constantemente contextualizada à realidade constitucional e aos valores ínsitos da sociedade. Pode-se reconhecer, assim, que os critérios que servem como guia-mestra ao legislador para criminalizar ou descriminalizar

⁴¹⁵ Apud SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 74.

⁴¹⁶ SANTANA VEGA, Dulce M. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p.71.

⁴¹⁷ SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p.62.

⁴¹⁸ A chamada vertente *negativa* do Princípio de Intervenção Mínima. SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 64.

⁴¹⁹ Porque inviável se desenvolver o histórico acerca da criação da noção de *bem jurídico*, remete-se à excelente abordagem de CABRERA, Raul Pena. *El bien jurídico en los delitos económicos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 11, p. 38-40.

derivam do que se pode denominar de um Programa Penal da Constituição ⁴²⁰. Quanto mais nociva for a afronta ao bem jurídico penalmente protegido, tanto mais rigorosa deverá ser sua proteção ⁴²¹.

O Estado de Direito não é meramente um Estado de Legalidade estrita, encontrando sua legitimação na idéia de justiça material, circunstância na qual o bem jurídico deve ser considerado como uma unidade de função social, tendo a norma constitucional como parâmetro basilar. ⁴²²

Historicamente os direitos fundamentais têm sido concebidos como direitos de defesa perante o Estado. O problema acerca das limitações legislativas não implica somente obrigação positiva do legislador, mas também impõe, como já referido, que deva atuar ativamente para proteção dos direitos fundamentais.

Nessa senda, sob a ótica do Direito Comparado, há de se destacar que o Tribunal Constitucional Alemão - sobretudo a partir de decisão acerca da (in)constitucionalidade da despenalização do delito de aborto (BverfGE 39,1 – 42 e ss.) - tem referido algumas indicações básicas que devem pautar a intervenção do legislador penal. Primeiro, a danosidade da conduta, que deve ser comprovada em princípio de modo empírico, mas também mediante uma valoração ético-social. Segundo, essa valoração social tem de se ajustar de modo particular à ordem legal penal existente, guardando razoabilidade com outros comportamentos que o legislador estima merecedores de pena e de sanção criminal. Terceiro, é necessário haver uma vinculação direta com o Princípio da Proporcionalidade ⁴²³.

Como defendido, em um modelo de Estado Social e Democrático de Direito sobre o qual se debruça a ordem sistêmica constitucional vigente em nosso país, o Direito Penal, ao tratar da delinquência econômica, deve ter uma missão política de regulação ativa da vida social, de verdadeiro controle social, disciplinando o comportamento humano em sociedade ⁴²⁴.

⁴²⁰ ARROYO ZAPATERO, Luis. *Derecho Penal Económico y Constitución*. Revista Penal, Barcelona, v.1, n.1, p.1.

⁴²¹ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 29 e 123-4.

⁴²² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. *Direito Penal Supra-individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 51. No mesmo sentido, Cabrera: “en un Estado Social y Democrático de Derecho, la noción de bien jurídico desempeña un rol preponderante”. CABRERA, Raul Pena. *El bien jurídico en los delitos económicos*. Revista Brasileira de Ciências Criminas n. 11, p. 36.

⁴²³ TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*. Barcelona: PPU, 1993, p. 131. Confira-se, também, SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 70-1.

⁴²⁴ Na linha do que sustentado por Mir Puig, “la nueva Criminología también ha puesto de relieve que la pena no es más que una entre las variadas instancias de control social”. MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado Social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 126.

Para a definição de quais bens jurídicos demandam efetiva proteção penal ⁴²⁵, há que se acorrer aos princípios norteadores do sistema nessa seara. Conquanto na doutrina sejam encontrados inúmeros conceitos e critérios para a fixação de bens jurídicos, pensa-se que três (todos interligados) são os princípios-condutores da questão ora proposta: Princípio da Lesividade, Princípio da Necessidade (ou intervenção mínima) e Princípio da Fragmentariedade ⁴²⁶.

O Princípio da Lesividade ⁴²⁷, anteriormente abordado, é um limitador da incidência penal apenas para aquelas infrações que atinjam diretamente bens fundamentais que não possuam proteção eficiente em outro segmento do Direito.

Já o Princípio da Necessidade é fundado em que o Direito Penal é a *ultima ratio*, o remédio extremo, devendo incidir sobre relações sociais quando estritamente necessário para a proteção de bens jurídicos considerados como sendo do mais alto grau, individual ou social, garantindo-se, assim, a coexistência pacífica dos cidadãos.

O Princípio da Fragmentariedade, vinculado de certo modo à *ultima ratio* criminal, nas palavras de Binding ⁴²⁸, importa que o Direito Penal "passa a considerar que esses bens somente hão de ser protegidos ante agressões e ataques tidos como socialmente intoleráveis". A idéia de fragmentariedade na proteção de bens jurídicos redonda em que os fins da pena mereçam ser adequados aos princípios de um Estado Social e Democrático de Direito, no sentido de que não cabe acorrer ao sistema penal a não ser que seja imprescindível ⁴²⁹.

A partir da plenitude dos comandos insertos, de modo primaz, nos artigos 3º, 5º, 6º, 170 e 192, todos da Constituição da República, cuja aplicabilidade é imediata (artigo 5º, § 1º,

⁴²⁵ Santana Vega refere que, como definições mais freqüentes em relação a bens jurídicos coletivos, se encontram expressões como *bens jurídicos difusos ou difundidos, coletivos supraindividuais, universais, de interesse geral ou coletivos, ou direitos coletivos ou sociais, bens jurídicos de nova geração ou de novo cunho*. De qualquer modo, defende, são equivalentes ou no máximo matizes dum ou doutro. SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 96.

⁴²⁶ Corcoy Bidasolo faz importante advertência dogmática ao defender que "por derecho penal mínimo debe de entenderse la aplicación efectiva de los criterios político-criminales de subsidiariedad y proporcionalidad del Derecho penal, tanto en el momento legislativo como en el judicial, y no alargarlos como meras declaraciones de principios, carentes de contenido". CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 369.

⁴²⁷ Para Hormazábal Malaree a danosidade social se apresenta de forma indissociável nos delitos de colarinho branco. No âmbito da criminalidade econômica, o autor define os comportamentos socialmente danosos como aqueles atos disfuncionais aos interesses sociais, realizados à margem das normas sociais. Atentando, sobretudo, contra o patrimônio da Previdência Social e da Fazenda Pública, a lesividade causada por estes atos atingem tanto a competitividade no mercado, como também porque aumentam as desigualdades na medida em que afetam aos setores sociais mais baixos. Apud ANGEL BRANDARIZ, José. *El delito de defraudación a la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 40.

⁴²⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. *Direito Penal Supra-individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 55.

⁴²⁹ SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p.135.

CF/88), a orientação suprema na aplicação harmônica desses conteúdos axiológicos encontra seu supedâneo no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, consistente na tarefa de o Estado, de modo permanente, proteger, promover e realizar concretamente os pilares para o desenvolvimento de uma vida com dignidade para todos os integrantes do corpo social ⁴³⁰.

Tradicionalmente, pensa-se em bens jurídicos que protejam objetos fisicamente individualizáveis e lesionáveis. Para a categoria dos delitos econômicos, normalmente não resta possível essa "individualização", na medida em que os bens jurídicos são "institucionais" ou difusos, referindo-se a um conjunto de condições sociais gerais, cujo atendimento é indispensável para uma convivência pacífica e próspera em sociedade ⁴³¹.

A partir de exemplo trazido por Bernd Schünemann ⁴³², pode-se reconhecer que os delitos contra a ordem tributária, contra o sistema financeiro, contra a previdência social e de lavagem de dinheiro são espécies (*lato sensu*) de crimes contra o patrimônio, com elementares muito mais gravosas na medida em que não atingem interesses de alguns integrantes da sociedade, mas sim violam diretamente o funcionamento institucional do Estado, que tem a função de garantidor das liberdades fundamentais, bem como de promotor dos direitos fundamentais prestacionais. Como pondera Ferreira da Cunha, em um sistema de Direito Social, compete ao Estado assegurar, inclusive mediante a tutela penal, o cumprimento das prestações públicas que são devidas para sua sustentabilidade ⁴³³.

Pablo Galain adverte que o Direito Penal Econômico não tem como *principal meta* a proteção de bens jurídicos individuais (ao menos de forma imediata), mas, sim, contrapondo-se aos postulados liberais em matéria penal, pretende solucionar os aspectos da vida moderna em sociedade. Diz ainda que esses delitos "afectan directamente a un bien jurídico colectivo o

⁴³⁰ Elaborando resenha do prefácio da 2ª edição da obra *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, de Canotilho, EROS GRAU reconhece que "a Constituição do Brasil é – tem sido – uma Constituição dirigente e vincula o legislador. E ainda que tenha sido múltiplas vezes emendada, o seu cerne, que identifique fundamentalmente nos preceitos dos seus artigos 3º, 1º e 170, resta intocado". COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Sanz Mulas, ocorrendo a R. Mesa, assenta que uma nova sociedade não será possível enquanto não desaparecer a desigualdade e a injustiça entre os povos, enquanto não se suprima a opressão, e que cada indivíduo, cada ser humano, não conquiste seus direitos e liberdades fundamentais, é dizer, sua própria dignidade humana". SANZ MULAS, Nieves. *La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad*. In: DIEGO DÍAZ-SANTOS, Maria Rosario; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (orgs). *El Sistema Penal frente a los retos de la nueva sociedad*. Madrid: Colex, 2003, p. 27.

⁴³¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *O direito Penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos ! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 53, 2005, p. 24.

⁴³² SCHÜNEMANN, Bernd. *O direito Penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos ! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 53, 2005, p. 25.

⁴³³ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 144.

supraindividual, de contenido económico, confiriendo de este modo a la infracción la cualidad de socio-económica”⁴³⁴.

Especificamente em relação aos delitos tributários na Espanha – que apresentam similitude ao sistema brasileiro⁴³⁵ -, Bajo e Bacigalupo referem que o bem jurídico protegido se constitui em dever de prestação econômica ou de lealdade do contribuinte para com o Estado, derivado diretamente do artigo 31.1 da Constituição Espanhola⁴³⁶, que impõe a obrigação aos cidadãos de contribuírem à sustentação dos gastos públicos. Abordando essa norma, Mestre Delgado afirma que ela impõe uma obrigação genérica de contribuir e fixa critérios que devem regular o cumprimento da obrigação, dentre eles a igualdade. Assim, o constituinte conferiu ao sistema tributário papel fundamental e outorgou expressa relevância à obrigação individual e solidária ao cumprimento do dever de pagar tributos⁴³⁷.

Com mesma idéia, mas matizando-a com a premissa de que, num Estado Social e Democrático de Direito, é necessário identificar os bens jurídicos por ele protegidos, Bustos Ramírez discorre no sentido de que estes surgem das próprias necessidades dos cidadãos, as

⁴³⁴ GALAIN, Pablo. *Delitos Económicos*. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2004, p. 101 e 106.

⁴³⁵ No caso, à regra do artigo 1º da Lei nº 8.137/90, dispõe o artigo 317.1 do Código Penal Espanhol: “El que por acción o omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de quince millones de pesetas [atualmente, 120.000 euros], será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía”. Contudo, há se dizer que aí se enquadra, também, a hipótese de retenção e não repasse de valores referentes ao IRPF, que, no Brasil, se amolda à hipótese abstrata inserta no inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.137/90. Dizem Bajo e Bacigalupo, “la actual redacción del artículo 305 ha ampliado los contenidos del deber de pagar y lo extiende a las cantidades retenidas o que se hubieran debido retener. [...] La polémica la ocasionaban los casos en los que la retención era practicada y luego no ingresada (por ejemplo, a efectos del IRPF de los trabajadores por parte del empresario) [...] Ahora por expresa formulación de la Ley estas conductas sólo pueden ser consideradas como constitutivas de delito fiscal”. BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 238. Também em *Delitos contra la Hacienda pública*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 72. Martínez-Bujan Perez destaca que “en la reforma de 1995, dicho límite, configurado como un efectivo perjuicio patrimonial para las arcas de la Hacienda pública se situó en 15 millones de pesetas, y en la reciente LO 15/2003 se elevó a 120.000 euros”. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte Especial*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 544 e 557. Convém destacar, ainda, que, sendo a fraude inferior ao patamar referido, não se considera infração criminal, mas apenas administrativa. BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Delitos contra la Hacienda pública*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, prólogo, p. XVIII. SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. *El delito de defraudación tributaria*. In: Temas de Derecho Penal Tributario. GARCÍA NOVOA, César; LÓPES DÍAS, António (orgs). Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 87.

⁴³⁶ Título I, Capítulo II, Seção II, que trata dos “direitos e dos deveres dos cidadãos”, da seguinte redação: “Artículo 31.1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”.

⁴³⁷ MESTRE DELGADO, Esteban. *La Defraudación Tributaria por Omisión*. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, 1991, p. 95-6. Pérez Luño reconhece neste dispositivo o princípio da igualdade, na medida em que se estipula um matiz “con el criterio de diferenciación prescribiendo expresamente que tal contribución se realizará de acuerdo con su capacidad económica”. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 108.

quais o Estado tem de satisfazer por intermédio de sua intervenção, avultando como relevante, exatamente aí, um processo de arrecadação de ingressos para possibilitar tais gastos públicos.⁴³⁸

Referentemente aos delitos fiscais em detrimento da Previdência Social, Bajo e Bacigalupo salientam ainda que “el bien jurídico protegido es también el patrimonio, si bien se trata de un patrimonio concreto, el Erario de la Tesorería de la Seguridad Social”, de modo que “de forma indirecta también se lesionan la función recaudatoria de la Seguridad Social el deber de prestación económica o de lealtad del contribuyente y la integración de las funciones patrimonial, de justicia y político-económica”⁴³⁹. Angel Brandariz⁴⁴⁰ evidencia que o dever de contribuição equitativa aos gastos públicos, que também alcança as contribuições à Seguridade Social, se vê proclamado no artigo 31 da Constituição Espanhola, ao tratar dos direitos e *deveres* dos cidadãos.

Por derradeiro, Bajo e Bacigalupo acrescentam peculiar nota lembrando que “el delito fiscal no sólo entraña una disminución del valor económico en el Erario Público, sino que afecta, como resultado propio de uno de los más genuinos delitos económicos, a toda una política económica social que incide sobre el ahorro, la inversión, la distribución de la renta nacional”⁴⁴¹.

4.3.2 O Dever fundamental de pagar tributos

Casalta Nabais⁴⁴² adverte que, após a Segundo Guerra Mundial, a preocupação dos doutrinadores esteve sempre centrada na discussão dos direitos fundamentais, esquecendo-se da responsabilidade comunitária que decorre dos deveres fundamentais dos cidadãos⁴⁴³.

⁴³⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. In: _____; BOIX REIG, Javier. *Los Delitos contra la Hacienda Publica*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 21.

⁴³⁹ BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 283.

⁴⁴⁰ ANGEL BRANDARIZ, José. *El delito de defraudación a la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 60.

⁴⁴¹ BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 219. BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Delitos contra la Hacienda pública*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 45.

⁴⁴² NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 19 e 22.

⁴⁴³ Segundo Nabais, “definir os deveres fundamentais como deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos. Uma noção que, decomposta com base num certo paralelismo com o conceito de direitos fundamentais, nos apresenta os deveres fundamentais como posições jurídicas passivas, autónomas, subjectivas, individuais, universais e permanentes e essenciais.” NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 64.

Conquanto após a década de setenta a discussão tenha sido objeto de questionamentos, ainda hoje permanece muito apartada da análise dos direitos fundamentais.

Se inexistente explicitamente previsão em nossa Constituição Federal de título ou capítulo tratando dos deveres fundamentais – senão apenas dos direitos-, é preciso considerar que eles se constituem em exigência estrutural de qualquer Constituição, sendo, na verdade, expressão da soberania fundada na dignidade da pessoa humana, traduzindo-se em verdadeiros custos para a concretização de todos os pressupostos nos quais aquela se funda.

As normas relativas aos deveres (mesmo que implícitas) em determinadas relações sociais ou em certos âmbitos da autonomia pessoal dos cidadãos decorrem da fórmula de um Estado Social ⁴⁴⁴.

Casalta Nabais defende que os deveres fundamentais se constituem em categoria jurídica constitucional específica. Nessa senda, abordando o tema relativo aos *custos dos direitos*, ensina que “uma comunidade organizada na forma que mais êxito teve até o momento, na forma de estado moderno, está necessariamente ancorada em deveres fundamentais, que são justamente os custos *lato sensu*, ou suportes da existência e funcionamento dessa mesma comunidade ⁴⁴⁵. Comunidade cuja organização visa justamente realizar um determinado nível de direitos fundamentais, sejam os clássicos direitos e liberdades, sejam os mais modernos direitos sociais.” ⁴⁴⁶

Conclui seu pensamento dizendo que, se Dworkin conclama em clássica obra que os direitos sejam levados a sério, de igual modo é essencial que sejam tomados a sério os custos orçamentais de todos os direitos fundamentais, pois somente com uma consideração adequada dos deveres fundamentais e dos custos dos direitos será possível lograr um estado em que as idéias de liberdade e de solidariedade não se excluam, mas, antes, completem-se.

Klaus Tipke adverte que o Estado Social se baseia nos impostos, e os impostos que não são transferidos ao erário não podem ser utilizados para financiar prestações sociais ⁴⁴⁷,

⁴⁴⁴ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2.ed., rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 65. Flávio Galdino refere que “o Estado Social e sua constituição reconhecem os direitos positivos, consubstanciados na exigibilidade jurídica (ou justiciabilidade, ou ainda sindicabilidade) de prestações estatais positivas, daí porque falar-se que através dessa evolução transita-se da simples pretensão de omissão para a proibição de omissão”. GALDINO, Flávio. *O custo dos direitos*. in: *Legitimação dos Direitos Humanos*. Ricardo Lobo Torres (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁴⁴⁵ Reitera-se que, nada obstante as reservas de Canotilho acerca da premissa de que haveria uma necessária correlação entre direitos e deveres fundamentais, o mestre lusitano reconhece explicitamente que “ao lado de deveres conexos com direitos fundamentais existem também deveres autónomos (exs: art. 106º, dever de pagar impostos).” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 548.

⁴⁴⁶ NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Disponível em <http://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos>. Acesso em 27 jun. 2006.

⁴⁴⁷ TIPKE, Klaus. *Moral Tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 39.

nem para a proteção da liberdade⁴⁴⁸. Esse era exatamente o ponto de partida de Montesquieu ao tratar das relações que a arrecadação dos tributos e o volume da receita pública possuem com a liberdade (livro décimo terceiro), ao assentar que “as rendas do Estado são uma porção que cada cidadão dá de seus bens para ter a segurança da outra ou para gozar dela agradavelmente”⁴⁴⁹.

Flávio Galdino⁴⁵⁰ salienta que, na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, se chega à conclusão de que os direitos só existem quando há fluxo orçamentário que permita.

Corcoy Bidasolo reconhece que, nos delitos contra a Fazenda Pública e a Seguridade Social, se está protegendo o dever de solidariedade dos obrigados a contribuir à sustentação dos gastos públicos, para que se possa garantir a contraprestação a que o Estado está obrigado, que é um direito todos os integrantes da sociedade⁴⁵¹. No mesmo sentido, concordam Figueiredo Dias e Costa Andrade, ao encetarem que os cidadãos devem honrar com lealdade e rigor os seus deveres de colaboração para com a administração fiscal⁴⁵².

Para Mestre Delgado, qualquer violação dessas regras, que se encontram ancoradas especialmente no Princípio da Solidariedade, implica lesão direta a interesses de *máxima* relevância constitucional⁴⁵³.

Significa que, perante um Estado que se defina como Democrático e Social, ancorado também no dever de solidariedade⁴⁵⁴, não se pode deixar de considerar a existência de uma

⁴⁴⁸ TIPKE, Klaus. *Moral Tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 57.

⁴⁴⁹ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 221.

⁴⁵⁰ GALDINO, Flávio. *O custo dos direitos*. in: Legitimação dos Direitos Humanos. Ricardo Lobo Torres (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 188.

⁴⁵¹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 238. Braga leciona, com precisão, que “a supressão ou redução de tributo caracteriza evidente desvio do dinheiro pertencente a toda coletividade, frustrando a satisfação das despesas decorrentes do pacto político estabelecido. É esta consciência de um dever voltado à reciprocidade social que permite edificar a noção de cidadania e de estado. A cidadania, enquanto ente individual que aceita os termos de cooperação social, onde participa, delibera e aceita as benesses e o ônus decorrente da vida em sociedade. O estado, por sua vez, como expressão da autoridade democrática e corolário das esferas de participação do poder político.” BRAGA, Áureo Gil. *A decretação da prisão preventiva em sede da ocorrência de condutas criminosas contra a ordem tributária*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, n. 46, 2002, p. 160.

⁴⁵² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *O Crime de fraude fiscal no novo Direito Penal Tributário Português*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 4, n. 13, jan./mar. 1996, p. 62. Na mesma senda, MESTRE DELGADO, Esteban. *La Defraudación Tributaria por Omisión*. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, 1991, p. 33.

⁴⁵³ MESTRE DELGADO, Esteban. *La Defraudación Tributaria por Omisión*. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, 1991, p. 96.

obrigação primordial e geral de que todos os cidadãos concorram para o financiamento do Estado ⁴⁵⁵, observadas suas capacidades contributivas, para que este possa ter condições de realizar seus fins e objetivos, estampados também em comandos primordiais na Constituição da República ⁴⁵⁶.

Assim, o tributo se constitui no instrumento de maior relevância para financiamento das despesas públicas, sendo que a Constituição impõe o dever de se contribuir mediante um sistema tributário justo – segundo os princípios e regras insertos nos artigos 145 a 151 da Constituição Federal - como verdadeira pedra angular do sistema de manutenção dos gastos públicos.

Sendo o Estado Social uma peça-chave das democracias atuais, Barquero Estevan ressalta que a Fazenda Pública - que não tem uma função exclusivamente financeira, mas também de permitir a transformação e remodelação social e direção da economia – se apresenta, nesse contexto democrático e social, como um dos mais importantes instrumentos nas mãos do Estado para alcançar seus objetivos ⁴⁵⁷. Em suas palavras, que se amoldam à realidade pátria, “el estado social y democrático de Derecho de nuestra Constitución supone, pues, una ampliación del ámbito funcional de ese Estado, en tres aspectos o direcciones fundamentales: en el de la asistencia social, en el de la intervención y tutela de la economía, y en el de la remodelación social” ⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ Como diz Pérez Luño, “los derechos de la tercera generación tienen como principal valor de referencia a la solidaridad”. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 109.

⁴⁵⁵ Há uma circunstância que caracteriza, *lato sensu*, verdadeira agravante em detrimento de autores de crimes deste jaez. Como bem observa Brandariz, tratando das conseqüências desses crimes, em razão da própria posição social do autor em face de toda cidadania, se afeta seriamente a solidariedade contributiva, valor básico sobre o qual se assenta o modelo de financiamento da Seguridade Social. ANGEL BRANDARIZ, José. *El delito de defraudación a la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 55. Também NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 453.

⁴⁵⁶ Como defende Bastos, a arrecadação e tributos tem o “*desiderato precípua de conseguir os meios financeiros necessários para viabilizar o atuar do Estado, que no caso brasileiro tem seus objetivos fundamentais expressos no art. 3º da CF/88, entre os quais a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. [...] Os direitos têm por fundamento ético-jurídico os deveres e como fundamento histórico-social as necessidades. Desse modo, da necessidade em se alcançar os objetivos fundamentais de uma sociedade, que no caso da brasileira se encontram fixados no aludido art. 3º da CF/88, nasce o dever do cidadão em contribuir com os recursos disponíveis e proporcionais para criar os meios necessários ao alcance de tais objetivos, e desse dever nasce não só o direito do Estado de “manejar poderes indispensáveis à satisfação do interesse alheio que está a seu cargo prover”, mas o direito de cada cidadão em exigir tal contribuição e fiscalizar sua aplicação no sentido de que, uma vez arrecadada, possa ser utilizada no processo de concretização de tais objetivos.*” BASTOS, Elísio Augusto Velloso. *A função tributária – por uma efetiva função social do tributo*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 43, n. 169, jan./mar.2006, p. 144.

⁴⁵⁷ BARQUERO ESTEVAN, Juan Manuel. *La función del tributo en el Estado social y democrático de Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.22 e 28.

⁴⁵⁸ BARQUERO ESTEVAN, Juan Manuel. *La función del tributo en el Estado social y democrático de Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 53.

Forsthoff também sustenta que o Estado fiscal se constitui no vínculo indispensável para a união dos princípios do Estado de Direito e do Estado Social, sendo o imposto o pressuposto funcional desse sistema ⁴⁵⁹.

Essas considerações teóricas não são novas. O grande entrave que se tem visto está exatamente na conscientização do cidadão de que efetivamente sua colaboração na sustentação do Estado é essencial, não podendo escusar-se em participar com sua quota-parte. Como dizem Figueiredo Dias e Costa Andrade, há de se emprestar uma valência ética aos impostos como meios privilegiados disponibilizados ao Estado para se assegurar as prestações sociais devidas. *Fugir dos impostos se caracteriza como frontal infração a um dever fundamental da cidadania* ⁴⁶⁰.

Porque primordial, há que se estabelecer uma material (e não apenas retórica) *eticização fiscal*, na qual os integrantes do corpo social atuem positivamente em dois pólos: num primeiro, cumprindo com seus deveres constitucionais; num segundo, exigindo que o Estado, dotado dos recursos necessários, passe a agir conforme lhe ordena a Carta Maior.

Diga-se, ainda, não raros são os comentários atuais, notadamente em nosso país, no sentido de que a carga tributária se apresenta demasiadamente alta em face das prestações e *serviços* (lato sensu) desenvolvidos pelo Estado ⁴⁶¹. Inviável se fazer um tópico para abordar o tema de forma exaustiva nos limites do presente estudo. Contudo, reconhece-se que, em princípio, a assertiva se apresenta como verdadeira, ressalvando-se que não se pode descurar, porém, de que a grande maioria dos tributos tem a característica de serem cobrados de modo indireto.

Nada obstante, algumas considerações merecem ser trazidas, porque se tem difundido alhures que, se o Estado não realiza suas funções essenciais, não haveria legitimidade em exigir do cidadão sua co-participação na sustentabilidade do Estado. Não seria legítima a exigência do Estado, devendo o cidadão se auto-eximir de seus deveres constitucionais, ensejando verdadeira situação de desobediência civil. Nesse compasso, Figueiredo Dias e Costa Andrade, abordando as denominadas *técnicas de neutralização* (fenômenos que, para o

⁴⁵⁹ FORSTHOFF, Ernst. *Begriff und Wesen des Sozialen Rechtsstaates*, apud ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. *La función del tributo en el Estado social y democrático de Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.31 e 37.

⁴⁶⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *O Crime de fraude fiscal no novo Direito Penal Tributário Português*. Revista Brasileira de Ciências Criminas, ano 4, n. 13, jan./mar. 1996, p. 57-8.

⁴⁶¹ Ultrapassados os limites de 37% do PIB em 2005 – consoante divulgado pela Secretaria da Receita Federal no dia 24 de agosto de 2006 -, a carga tributária no Brasil é extremamente alta, especialmente se comparada com a de outros países, notadamente aqueles considerados “de primeiro mundo”. Não havendo possibilidade de desenvolver-se o tema no estudo em voga, apenas deixa-se registrado compreensão no sentido de que tal fenômeno decorre *especialmente* de três fatores: a) da má distribuição da onerosidade tributária; b) da sonegação fiscal; c) da economia informal.

juízo de censura do delinqüente, tornam a violação legal algo aceitável e até recomendável), referem o tipo que se caracteriza como *negação da responsabilidade*: o agente nega sua identificação com os fatos e os atribui a circunstâncias irresistíveis. Exemplo clássico, traz-nos Massud, seria a conduta de sujeito que, diante de circunstancial crise econômica ou em face de suposta excessiva carga tributária, sente-se legitimado para sonegar impostos em seu próprio benefício ⁴⁶².

De efeito, mesmo partindo de um raciocínio procedimentalista, tem-se que Rawls, nessa parte, examina a questão da desobediência civil que permite ora se invocar. Para ele, a desobediência civil apresenta-se num estado democrático para aqueles membros da sociedade que reconhecem e aceitam a legitimidade da Constituição. Uma sociedade seria bem-ordenada não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros, mas também quando é efetivamente regulada por uma concepção pública de Justiça. Segundo defende ⁴⁶³, a desobediência civil caracteriza-se como sendo um “ato público, não-violento, consciente e não obstante um ato político, contrário à lei, geralmente praticado com o objetivo de provocar uma mudança na lei e nas políticas do governo” ⁴⁶⁴. Aquele membro da sociedade que propõe a desobediência civil, apelando ao próprio Princípio da Justiça ⁴⁶⁵ não observado anteriormente, sustenta que, em sua convicção – depois exteriorizada-, os princípios de cooperação social entre os integrantes da comunidade não estão sendo observados. A desobediência, portanto, caracteriza-se como um ato de correção da injustiça cometida no procedimento anterior de elaboração da lei ⁴⁶⁶.

⁴⁶² MASSUD, Leonardo. *O Crime do Colarinho Branco, numa perspectiva criminológica*. Revista dos Tribunais, ano 94, v. 833, mar.2005, p. 445.

⁴⁶³ Que expressamente reconhece que esta definição é mais restrita do que a sugerida por Thoreau. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 685, nota 19, capítulo VI, segunda parte. Ronald Dworkin também utiliza um conceito mais amplo da possibilidade de desobediência civil, na medida em que admite objeções de consciência (motivos morais) para justificá-la.

⁴⁶⁴ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 404.

⁴⁶⁵ Dai a conclusão de que a desobediência, para ele, não seria inconstitucional, pois é um “ato que se orienta e justifica por princípios políticos, isto é, pelos princípios da justiça que regulam a constituição e as instituições sociais em geral”. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 405.

⁴⁶⁶ Rawls tem um posicionamento bem mais restritivo do que Henry Thoreau – bem como Ronald Dworkin -, na medida em que, especialmente, distingue a desobediência civil da objeção de consciência. Thoreau pautou suas idéias por uma marcante expressão do individualismo, sustentando que sempre se deveria defender os direitos fundamentais dos cidadãos. Foi defensor do retorno ao estado natural (identificando-se, assim, com as idéias de Rousseau). Sustentou que o Estado não pode mitigar os direitos individuais dos cidadãos tendo por fundamento (eventual) resguardo de parcela dos demais integrantes da sociedade. Segundo Rawls, a objeção de consciência não seria uma forma de apelo ao senso de justiça da maioria, senão e tão-somente razão moral particular invocada para o não-cumprimento da lei. A objeção não consistiria de uma forma de apelo ao senso de justiça da maioria: o motivo da recusa seria pessoal, não seria pública e não se invocariam as convicções da comunidade para tanto. Em suas palavras, “a objeção de consciência não é uma forma de apelo ao senso de justiça da maioria. Sem dúvida, essas ações não são geralmente secretas ou clandestinas, uma vez que, de qualquer modo, o segredo é muitas vezes impossível. Alguém simplesmente se recusa, por razões de consciência, a obedecer uma ordem ou acatar uma injunção legal. Não se invocam as convicções da comunidade, e nesse sentido a

Na medida em que a desobediência é tida como um ato político que se dirige ao senso de Justiça da sociedade, há se restringir a sua prática quando se estiver notadamente diante de sérias infrações do Princípio da Igualdade, que seria o objeto mais apropriado da desobediência civil, pois constitui o senso comum da cidadania igual dentro de um regime constitucional, que se encontra na base da ordem política. Dai a razão de sua afirmativa, que se traslada ao tema, de que “a menos que leis tributárias sejam claramente concebidas para atacar ou reduzir a liberdade igual básica, elas não deveriam normalmente ser objeto de protesto da desobediência civil”⁴⁶⁷.

Outro elemento primordial: a desobediência civil deve ser tida como *ultima ratio*, significando que se deve recorrer, antes, a outros meios legais para tentar corrigir a situação que é tida por injusta.

De qualquer modo, Casalta Nabais ainda traz dado relevante para a argumentação em tela: “se e na medida em que integra um comportamento criminoso, a objecção fiscal está totalmente excluída do conteúdo do direito fundamental em nome do qual é invocada”.⁴⁶⁸

Por último, há de se atentar para que a desobediência civil não gere uma grave desordem, e, assim, acabe por solapar a eficácia do sistema constitucional, o que redundaria conseqüentemente em situação mais negativa ainda para todos.

4.3.3 As conseqüências dos delitos econômicos

No limite de sua abordagem, Sutherland há muito já intuiu as dificuldades existentes tanto para aferir a punição dos criminosos de colarinho branco – especialmente pela ausência de ação efetiva e condenações executadas –, quanto para identificar as conseqüências nefastas, muitas vezes incalculáveis objetivamente, decorrentes dessas práticas criminosas. Por isso, a trilha a ser percorrida nessa seara é de difícil exploração. Mas uma advertência exordial parece prudente e relevante: a potencialidade lesiva dos *delitos econômicos* merece ser

objeção de consciência não é uma ação praticada publicamente. Os que estão dispostos a recusar a obediência reconhecem que talvez não haja bases para um entendimento mútuo; eles não procuram ocasiões para a desobediência como uma forma de afirmar a sua causa. Ao contrário, protelam a ação na esperança de que a necessidade de desobedecer não se apresente. São menos otimistas do que aqueles que praticam a desobediência civil e talvez não alimentem nenhuma expectativa de mudar leis ou políticas.” RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997 p. 409.

⁴⁶⁷ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 413. Em sentido contrário, VALLE, Carlos Pérez del. *Conciencia y Derecho Penal*. Granada: Comares, 1994, p. 319-20.

⁴⁶⁸ NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 572.

mensurada não no momento de sua realização, mas pelos efeitos que serão produzidos no futuro.

Assim, como dizem Bajo e Bacigalupo ⁴⁶⁹, “la relevancia social de la delincuencia económica se deriva de la cuantía del daño del reclutamiento del autor entre miembros de la alta sociedad. Son precisamente los delitos económicos cometidos por éstos quienes producen *efectos más lesivos* por la cuantía de sus efectos y por el número de personas afectadas, y porque éstas suelen pertenecer a clases modestas” ⁴⁷⁰.

De fato, os dados estatísticos sobre os efeitos da delinquência econômica realmente são surpreendentes, chegando-se a ponto de se poder concluir que os danos materiais que produzem são muito maiores do que aqueles ocorrentes na (assim denominada) *tradicional delinquência* ^{471 472 473}.

⁴⁶⁹ BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 29.

⁴⁷⁰ Seoane Spiegelberg relata que a existência de fraude fiscal em grande escala já era reconhecida pela *Fiscalia del Tribunal Supremo*, em que se destacava que as classes altas, economicamente falando, monopolizam a fraude fiscal, agravada por um sistema tributário que não pode ser chamado de progressivo. Assim, o legislador, para captar recursos, se vê obrigado a optar por imposições tributárias indiretas, o que implica a redução da política de redistribuição de rendas. SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. *El delito de defraudación tributaria*. In: Temas de Derecho Penal Tributario. GARCÍA NOVOA, César; LÓPEZ DÍAS, Antônio (orgs). Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 81.

⁴⁷¹ BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 30. CALLEGARI, André Luis. *Direito Penal Económico e Lavagem de Dinheiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 23. Relevantes, também, as ponderações de Cruz Santos, que, reportando-se a Shuterland, destaca que os custos financeiros dos crimes de colarinho branco são provavelmente muito maiores do que de todos os demais que normalmente são vistos como *delitos-problema*. SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O Crime do Colarinho Branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 47.

⁴⁷² Em entrevista ao *Jornal do Brasil* no dia 24/01/1999, p. 15, o então Secretário da Receita Federal, Everardo Maciel, destacou que “há R\$ 825 bilhões de renda tributável no país que estão fora do alcance da Receita Federal. Esse é o tamanho da sonegação no Brasil. [...] Essa massa de dinheiro representa 42% da renda tributável e equivalente quase à metade do Produto Interno Bruto (PIB, hoje pouco superior a R\$ 900 bilhões. [...] Uma radiografia feita pela Secretaria da Receita Federal, abrangendo todas as 250 mil empresas que pagam imposto com base no lucro real (as grandes), indica que estas recolhem R\$ 8 bilhões de IRPJ, equivalente a 1% do faturamento anual de cerca de R\$ 800 bilhões.” Confirma-se, também: a) *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre/RS, de 04/02/2005, p. 18, sob autuações havidas no Rio Grande do Sul, com o título “Fisco apura sonegação de R\$ 2,387 bilhões”; b) *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre/RS, de 16/02/2005, p. 22, com o título “Receita apura golpe de R\$ 3,1 bilhões”; c) *Jornal Folha de São Paulo*, de 03/04/05, destaque que “na Previdência Social, o prejuízo com o não-pagamento devido da contribuição social soma R\$ 120 bilhões, segundo divulgado em dezembro de 2004”; d) *Jornal Correio do Povo*, Porto Alegre/RS, de 26/07/2004, p. 11, em que se noticia que o Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial sustenta que a sonegação, contrabando e falsificação ocasionam prejuízos ao país na ordem de US\$ 50 bilhões por ano; e) *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre/RS, de 15/06/2004, p. 11, em que se demonstra que dinheiro desviado dos cofres públicos e transferido para o exterior não retorna ao país, tanto que, só em relação a 5 agentes criminosos identificados, se apurou o envio ilegal de mais de US\$ 3 bilhões; f) *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre/RS, de 22/06/2005, p. 19, noticiando a autuação pela Receita Federal de grande empresa nacional do setor de bebidas em razão de sonegação de tributos na ordem de R\$ 3,019 bilhões; g) *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre/RS, de 23/08/2006, p. 37, informando que a Receita Federal constatou que em 44 municípios sob a jurisdição da Delegacia de Novo Hamburgo/RS, nos últimos cinco anos 260 empresas declararam ao fisco apenas 10% de seus faturamentos, causando uma evasão ilícita estimada em R\$ 1,1 bilhão; h) Embora não trate apenas de resultados decorrentes de práticas delitivas, impende ressaltar que o montante do passivo tributário existente (sem considerar aquelas condutas, inclusive as criminosas, ainda não apuradas ou descobertas pela fiscalização), com atualização até 30 de abril de 2006, totaliza aproximadamente R\$ 480

Fixando suas premissas de raciocínio analítico no campo *exclusivo* da economia, Moldes Teo enfatiza que a fraude fiscal tem uma enorme repercussão social porque, mantendo-se os objetivos da política pública, implica um endividamento e a necessária imposição de carga fiscal adicional para os contribuintes que não praticam atos defraudatórios do sistema ⁴⁷⁴.

Há sintonia com o pensamento de Galain, que refere que esses criminosos não se valem, normalmente, da violência (sob as hostes tradicionais de sua visualização) para atingirem seus objetivos. Em verdade, “el daño que produce la actuación de estos *sujetos* capaces de actuar en el ámbito económico y social es de tal magnitud que ha llevado a hablar de una macrocriminalidad que incide en el campo de la economía estatal y en última instancia en todos y cada uno de los componentes de la sociedad”, especialmente porque alteram os mecanismos de arrecadação e geram uma concorrência desleal para os demais que respeitam as condições gerais ⁴⁷⁵. Como salienta Eisele, trata-se de uma criminalidade sutil, difusa e de reflexos lentos, porém com dimensão extremamente acentuada ⁴⁷⁶.

bilhões. Destes, 24% equivalem a parcelamentos do REFIS (Lei nº 9.964) e PAES (Lei nº 10.684) – estes, na grande maioria, atrelados a práticas criminosas -, num montante aproximado de R\$ 115 bilhões Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br/Historico/Arrecadacao/PassivosTributarios/Default.htm>. Acesso em 29 jun. 2006.

⁴⁷³ Kern efetuou minucioso levantamento e constatou que, nos de 1996 a 2000, apenas na 10ª Região Fiscal (Rio Grande do Sul), foram feitas representações fiscais para fins penais ao Ministério Público Federal que totalizaram R\$ 1.243.586.793,33, com os consectários legais, em valores da época. Destes, R\$748.980.937,43 (60,22%) correspondiam a fatos relacionados a sonegações fiscais envolvendo a utilização de notas fiscais *frias* (falsas) ou mediante omissão de receitas (caixa 2). Constatou também que R\$ 867.421.980,37 (69,75%) se referiam à sonegação do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, e R\$ 175.515.792,10 (14,11%) relativos ao Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI). Ambas as situações englobavam 83,86% do montante dos tributos sonegados no Estado no período e que foram objeto de apuração pela Receita Federal. KERN, Alexandre. *O Controle Penal Administrativo nos Crimes contra a Ordem Tributária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 91, 95 e 109.

Por sua vez, Everton Santini fez excelente pesquisa de dados e concluiu que, se considerarmos a população carcerária de 13.449 detentos existente no Estado do Rio Grande do Sul no ano de 2002 (dados obtidos junto à Superintendência de Serviços Penitenciários do Rio Grande do Sul, relativos ao ano de 2002) e a premissa de que os autores de delitos contra o patrimônio representam mais da metade dessa população, chegaríamos à conclusão de que cada apenado teria de cometer um delito que lhes rendesse aproximadamente R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para completar o montante sonegado por um só criminoso do “colarinho branco” da região de Caxias do Sul. SANTINI, Everton. *A repercussão social dos crimes contra a ordem tributária: uma análise crítica face à Constituição*. Dissertação de conclusão no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, 2003. Apenas a título de comparação, nos termos em que adiante será analisado, refira-se que R\$ 5.000,00 tem sido o patamar atual utilizado pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região para reconhecer a insignificância nos crimes de não-recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados (artigo 168-A, Código Penal).

⁴⁷⁴ MOLDES TEO, Enrique. *Los aspectos macroeconómicos del fraude fiscal en España*. In: GARCÍA NOVOA, César; LÓPES DÍAS, Antônio (orgs). Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 266.

⁴⁷⁵ GALAIN, Pablo. *Delitos Económicos*. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2004, p. 136. No mesmo sentido, abordando a lesividade decorrente da lavagem de dinheiro. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El Blanqueo de Capitales*. In: DIEGO DÍAZ-SANTOS, Maria Rosario; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (orgs). *El Sistema Penal frente a los retos de la nueva sociedad*. Madrid: Colex, 2003, p. 176-7. TRÊS, Celso Antônio. *Teoria Geral do Delito pelo Colarinho Branco*. Curitiba: Imprensa Oficial do Paraná, 2006, p.195. Wiliam Terra

Abordando um dos delitos mais recorrentes nos foros criminais federais, ora tipificado no artigo 168-A, do Código Penal, Passos de Freitas⁴⁷⁷ deixa bem sulcado que se trata de *crime grave*, pois “pode atingir um número indeterminado de pessoas, quiçá impedindo-as de usufruir a aposentadoria na velhice. Não é algo que se possa avaliar no momento, como um furto. Ao contrário, é situação que passa camuflada nas atividades diárias, mas que vai ter repercussões graves anos depois”⁴⁷⁸.

Sanchís Mir e Garrido Genovês⁴⁷⁹ caminham no mesmo sentido ao encetarem que “el delito de cuello blanco puede incidir también de un modo más directo en la delincuencia común, creando más pobreza, más miseria y más desesperanza”. Reportando-se a Sutherland, consideram ainda que “los delitos de cuello blanco ocasionan más daños físicos y muertes que los delitos comunes, a pesar del carácter *no violento* de los primeros”⁴⁸⁰. Esse dado foi muito bem apreendido por Márcia Dometila ao reconhecer que a criminalidade econômica - decorrente da ânsia de lucros desmedidos, de um individualismo egoístico e de uma ausência total de solidariedade social - faz por só aumentar a marginalização social e, em muitos casos, a criminalidade clássica. Destaca ainda que, embora apenas a delinquência *tradicional* provoque alarme social, é a criminalidade econômica que traz conseqüências “tão ou mais funestas do que a criminalidade dita sangrenta”⁴⁸¹.

Dessas premissas teórico-fáticas também comunga Lira, ao dizer que, enquanto os presídios estão repletos de integrantes de classes sociais inferiores e *seleccionadas*, muitas

também destaca que os delitos de lavagem de dinheiro produzem graves conseqüências ao sistema econômico-financeiro, notadamente gerando a concorrência desleal. CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 321. Nabais refere que a evasão fiscal (em seu conceito engloba a elisão e a fraude fiscal) importa numa violação grave da igualdade e justiça fiscais, pois se constitui numa inadmissível perturbação do funcionamento do mercado enquanto fator de concorrência desleal entre as empresas. NABAIS, José Casalta. *Avaliação Indirecta e manifestações de fortuna na luta contra a evasão fiscal*. Direito e Cidadania, Cabo Verde, v. 6, n. 20/21, mai.-dez.2004, p. 200.

⁴⁷⁶ EISELE, Andreas. *Crimes contra a Ordem Tributária*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 14.

⁴⁷⁷ Em prefácio à obra de JUNIOR, José Paulo Baltazar. *O crime de omissão no recolhimento de contribuições sociais arrecadadas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

⁴⁷⁸ Com a devida contextualização, calha a assertiva de Schünemann, que considera que a “tese de que a lesão ao meio ambiente seja estruturalmente uma espécie de furto e, enquanto furto de bens elementares de todas as pessoas, uma espécie muito mais grave do que o furto dos pedaços da sociedade de consumo e do desperdício que se encontrem na propriedade individual [...]”. SCHÜNEMANN, Bernd. *O direito Penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos ! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 53, 2005, p. 24-5.

⁴⁷⁹ SANCHÍS MIR, José Ricardo; GARRIDO GENOVÉS, Vicente. *Delincuencia de ‘Cuello Blanco’*. Madrid: Instituto de Estudios de Policía, 1987, p. 78.

⁴⁸⁰ SANCHÍS MIR, José Ricardo; GARRIDO GENOVÉS, Vicente. *Delincuencia de ‘Cuello Blanco’*. Madrid: Instituto de Estudios de Policía, 1987, p. 73-4.

⁴⁸¹ CARVALHO, Márcia Dometila de Lima. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 92, 98 e 110. No mesmo sentido, SANCTIS, Fausto Martin de. *Punibilidade no Sistema Financeiro Nacional*. Campinas: Millennium, 2003, p. 24 e 27.

vezes pela cor da pele, os males causados por suas ações – sob a ótica patrimonial - têm um potencial destrutivo infinitamente menor do que aqueles causados pela macrocriminalidade⁴⁸².

Os efeitos danosos não param tão-somente nesse nível. Agravam-se na medida em que produzem conseqüências que resultam no chamado efeito “espiral”⁴⁸³. Significa que a deslealdade de um dos agentes criminosos para com os seus competidores⁴⁸⁴ pressiona os demais a praticarem idênticas condutas⁴⁸⁵. Como reconhece Sutherland, “la difusión de prácticas ilegales es el segundo tipo de evidencia de que el delito de *cuello blanco* es debido a la asociación diferencial. Las firmas comerciales tienen como objetivo las ganancias máximas. Cuando una firma encuentra un método de aumentar las ganancias, otras firmas se dan cuenta del método y lo adoptan, quizás con mayor prontitud y algo más generalmente si las firmas son competidoras en el mismo mercado que si no lo son”⁴⁸⁶.

Realmente, esse efeito de contágio se desvela com maior eficácia na medida em que os autores dos crimes desse jaez (inclusive os potenciais criminosos) são cômicos da benignidade das penas previstas na legislação (ou então das aplicadas pelo Poder Judiciário),

⁴⁸² LIRA, Antiógenes Marques de. *Macrocriminalidade*. Revista dos Tribunais, n. 719, set.1995, p. 351.

⁴⁸³ Seoane Spiegelberg explicita que os efeitos de *resaca o espiral* significam que, num mercado de forte concorrência, o primeiro delinqüente pressiona os demais a cometerem novos fatos delitivos, gerando uma verdadeira reação em cadeia. SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. *El delito de defraudación tributaria*. In: Temas de Derecho Penal Tributario. GARCÍA NOVOA, César ; LÓPES DÍAS, Antônio (orgs). Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 81. Angel Brandariz, na mesma linha, refere que “el fraude contribuye a la deformación del equilibrio del mercado y a la eliminación de la competencia. Provocar, al tiempo, un efecto de *resaca y espiral*, toda vez que en una economía de fuerte competencia quien primero defraude impulsa a sus competidores en el mercado a delinquir a su vez, ya que contará con unos costes de producción más reducidos, que aquellos no podrán probablemente alcanzar si nos es mediante las consiguientes infracciones. De este modo, cada defraudador se podría convertir en el eje de una nueva resaca. ANGEL BRANDARIZ, José. *El delito de defraudación a la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 54. Igualmente MASSUD, Leonardo. *O Crime do Colarinho Branco, numa perspectiva criminológica*. Revista dos Tribunais, ano 94, v. 833, mar.2005, p. 446. Também Righi, especificando que “se definió como efecto resaca o espiral al que se produce normalmente en mercados competitivos, cuando la ausencia de eficacia preventiva del Estado genera deslealdad, de modo que el delincuente presiona sobre los demás par que sigan su ejemplo, y así sucesivamente, llegándose a consecuencias de *contagio* generalizado.” RIGHI, Esteban. *Los Delitos Económicos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 84.

⁴⁸⁴ Tiedemann alerta que a jurisprudência alemã, embora reconheça a possibilidade de o legislador adotar a política que lhe pareça adequada - desde que acorde com a Lei Fundamental - , limita as ações legiferantes para impedir que se estabeleça uma concorrência desmedida a partir de princípios que embasam o Estado Social e Democrático de Direito. A liberdade política do legislador está condicionada à fixação e concreção do valor do bem comum. TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*. Barcelona: PPU, 1993, p. 128.

⁴⁸⁵ Como também pondera Eisele, “o contribuinte honesto recebe uma maior sobrecarga, asfixiante muitas vezes, e suporta ainda a concorrência desleal dos sonegadores que podem vender mais barato”. EISELE, Andreas. *Crimes contra a Ordem Tributária*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 13. No mesmo sentido, LOVATTO, Alecio Adão. *Crimes Tributários*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 135. Contextualizando ao tema e às circunstâncias em debate, calham os argumentos de Montesquieu, quando diz que “para aliviar uma aldeia que paga mal, sobrecarrega-se uma outra que paga melhor; não se restabelece a primeira, destrói-se a segunda”. MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 232.

⁴⁸⁶ SUTHERLAND, Edwin H. *El Delito de Cuello Blanco*. Madrid: Ediciones de La Piqueta, 1999, p. 284. V. também SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime - The Uncut Version*. New York: Vail-Ballou Press, Binghamton, 1983, p. 246.

suscitando uma imagem amável e positiva do delinqüente no meio social, bem assim, como destaca Eisele ⁴⁸⁷, causam inveja pelo êxito econômico que os acompanha, sendo muitos os que aguardam oportunidade propícia para seguir na mesma senda.

Diante dessas circunstâncias e características, tem-se que não há como se sustentar o eventual deslocamento da discussão desses delitos, especialmente aqueles de natureza grave, para uma seara administrativa, ou de “outra velocidade”. Há de se permanecer na esfera do *Direito Penal nuclear*, que trata de delitos graves e cujos bens jurídicos por eles protegidos são essenciais para a sociedade ⁴⁸⁸.

4.3.4 A periculosidade do delinqüente econômico

Há um outro fator que merece análise, ligado diretamente aos efeitos da delinqüência econômica: a periculosidade do criminoso de colarinho branco. Seguindo a fórmula iluminista ⁴⁸⁹, que visualiza a periculosidade apenas no *criminoso de sangue* - ou em outras fórmulas de criminalidade (também tradicional) *violenta* -, parcela bastante significativa da doutrina e da jurisprudência (inclusive a própria sociedade, de modo geral ⁴⁹⁰) não se apercebeu (ou não enfrenta com o devido rigor jurídico) que a personalidade de criminosos dessa natureza desborda de todos os limites éticos toleráveis em uma sociedade atual ⁴⁹¹. Mais

⁴⁸⁷ EISELE, Andreas. *Crimes contra a Ordem Tributária*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 12.

⁴⁸⁸ Neste sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del Big Crunch y la selección de bienes jurídico-penales. In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.). *La Política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004, p. 98.

⁴⁸⁹ Restuccia observa que “en América latina toda, el mayor número de ilícitos que se reprimen en las sedes judiciales son delitos contra la propiedad – fundamentalmente rapiñas y hurtos – y el sistema carcelario se nutre cada vez más de infractores penales que provienen de los estratos más pobres que integran el entramado social”, bem assim que “son muy pocos los casos en los cuales la ley penal se aplica con efectividad fuera del ámbito de alcance tradicional”. RESTUCCIA, Dardo Preza; ADRIASOLA, Gabriel; e GALAIN, Pablo. *Delitos Económicos*. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2004, p. 19-20.

⁴⁹⁰ “A pesar de que, en particular, pensamos que es mucho mayor dañosidad la que ocasiona la delincuencia económica que la delincuencia común o tradicional, no podemos negar que la sociedad en general siempre reaccionará con mayor vehemencia y exigirá mayor castigo para con los delincuentes comunes que para los económicos”. GALAIN, Pablo. *Delitos Económicos*. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2004, p. 137. Reportando-se a Faria da Costa, Fausto de Sanctis revela as características da criminalidade econômica, dentre as quais se destacam: a) perigosidade, gravidade e extensão dos fenômenos que os sustentam; b) particular ressonância ao nível da opinião pública, determinando, simultaneamente, repúdio social, mas, outrossim, amolecimento da consciência ética quando se vêem as instâncias do Poder público ficar bloqueadas ou ser, de forma absoluta, inoperantes; c) racionalização e inserção sociológica dentro dos parâmetros da chamada *cultura da corrupção*. SANCTIS, Fausto Martin de. *Punibilidade no Sistema Financeiro Nacional*. Campinas: Millennium, 2003, p. 125.

⁴⁹¹ Como pontuam Bajo e Bacigalupo, “no se puede dudar que el nivel ético en el ámbito económico es realmente muy bajo”. BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 51.

grave: a pauta comum revela que a reprovação social aumenta na medida em que a lesão deixa de afetar interesses públicos para lesionar interesses privados. Em razão disso, há uma indução a ignorar todas as gravíssimas conseqüências advindas de suas ações criminosas, guindadas e pautadas unicamente pela ganância em detrimento do corpo social. Como já reconhecera Aristóteles, os crimes mais graves são causados pelo excesso e não pela necessidade ⁴⁹².

Salvo hipóteses de crimes extremamente graves que atinjam diretamente a individualidade, defende-se que, em verdade, os delitos econômicos são (e deveriam ser) considerados como mais repreensíveis que certas infrações clássicas ⁴⁹³.

Como sintetizou Thomas Lynch, “los mayores crímenes de hoy implican más manchas de tinta que de sangre” ⁴⁹⁴.

Abordando a etiologia ⁴⁹⁵ da delinqüência econômica, especialmente no ponto relacionado à periculosidade, Bajo e Bacigalupo afirmam categoricamente que, embora um observador superficial os veja como honoráveis cidadãos favorecidos pelo destino, o certo é que a combinação de uma forte potencialidade criminal e de uma grande capacidade de adaptação social os faz uns dos criminosos mais perigosos, periculosidade esta que se acentua a ponto de se ignorar todo o limite ético. Ponderam, também, que o delito econômico, ao contrário do assassinato, que sempre é um crime atroz, oscila entre ser um fato lícito e socialmente benéfico e meritório e um grave delito segundo as circunstâncias ⁴⁹⁶.

Valendo-se de uma fórmula que tenta explicar a delinqüência econômica denominada *Psicograma de Mergen*, acrescentam ainda que os criminosos dessa natureza apresentam outras características que merecem destaque: a) somente atribuem valor aos bens materiais, sendo impulsionados por uma avidez na busca incontrolável do proveito material; b) são egocêntricos, sofrendo de fria solidão, que compensam se mostrando generosos, pródigos e

⁴⁹² Apud SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O Crime do Colarinho Branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 40.

⁴⁹³ SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. *El delito de defraudación tributaria*. In: Temas de Derecho Penal Tributario. GARCÍA NOVOA, César; LÓPEZ DÍAS, Antônio (orgs). Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 80.

⁴⁹⁴ Apud SANCHÍS MIR, José Ricardo; GARRIDO GENOVÉS, Vicente. *Delincuencia de 'Cuello Blanco'*. Madrid: Instituto de Estudios de Policia, 1987, p. 71.

⁴⁹⁵ Ramo da criminologia que trata do estudo das causas e dos fatores do delito.

⁴⁹⁶ BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p.34 e 50.

caritativos⁴⁹⁷; c) utilizam-se de suas inteligências para o êxito imediato; d) não se consideram criminosos⁴⁹⁸.

Tem razão Veblen, para quem “el hombre adinerado ideal es como el delincuente ideal en su conversión inescrupulosa de bienes y personas para sus propios fines y en su insensibilidad hacia los sentimientos y deseos de los demás y de los efectos remotos de sus acciones, pero no es como él en la posesión de un sentido más agudo del status y en trabajar con mayor visión para un fin remoto”.⁴⁹⁹

Efetivamente, o delinqüente econômico que pratica a ação de forma dolosa e organizada para atingir suas finalidades espúrias, guindado por seu comportamento tipicamente racional, além de influente e poderoso - como regra -, deve ser tomado como um dos criminosos mais frios, pois, impulsionado pelo anseio de maiores lucros, age sabendo que os riscos de sua conduta delituosa têm sido menores do que o efeito de suas ações. É preciso se compreender, nesta senda, que a prática reiterada e permanente de delitos econômicos representa uma ameaça permanente à ordem pública. Tais condutas apresentam uma “periculosidade silenciosa, maligna, amorfa e sub-reptícia alarmante que merece [especialmente] por parte do Judiciário uma enérgica e corajosa tomada de atitude para coibir, quando chamada a atuar dentro do devido processo legal, a prática desses delitos causadores da falência da Nação”⁵⁰⁰. Não por outro motivo, já se reconheceu que “a convivência deste típico criminoso no meio social caracteriza um perigo muito maior do que a manutenção do criminoso de violência urbana no meio social, porque estamos autorizando a permanência de

⁴⁹⁷ Confira-se, também, LIRA, Antiógenes Marques de. *Macrocriminalidade*. Revista dos Tribunais, n. 719, set. 1995, p. 356.

⁴⁹⁸ Tratando da grande criminalidade, em contraponto à pequena, Dorado Montero refere-se ao *hombre-canalla* como sendo aquele que: a) sabe satisfazer seu egoísmo à custa de seus semelhantes, mas sem deixar de ser um homem *oficialmente honrado*; b) não conhece escrúpulos de nenhuma classe, nenhum freio moral interior, e como homem sem escrúpulos se conduz; c) sempre consegue escapar às redes do Código Penal; d) conhece os defeitos das leis, aproveitando-se desse conhecimento para delas abusar, sem que sofra o risco de considerado *delinqüente*; e) sua inteligência, sua astúcia, sua atividade ou sua posição social impedem que se converta num *delinqüente* no sentido ordinário da palavra. DORADO MONTERO, Pedro. *Bases para um Nuevo Derecho Penal*. Barcelona: Anacleto, 2003, p. 49-50. A propósito exemplificativo, confira-se Jornal Zero Hora, Porto Alegre/RS, de 27/06/2004, p. 39. Após extenso levantamento sobre fatos graves praticados por determinado agente que restou preso - considerado dos maiores responsáveis pelos delitos em massa de Descaminho e Pirataria no Brasil-, um de seus familiares brandiu contra o ato de constrição da liberdade, autorizado judicialmente, consignando que “ficamos revoltados porque só o que fizemos é trabalhar, não somos bandidos”. Noutra caso, noticiado no Jornal Gazeta Mercantil do Rio Grande do Sul no dia 16/05/2000, p. 3, empresário responsável pela prática de dezenas de ilícitos de sonegação, respondendo a mais de 18 processos em razão de práticas delitivas reiteradas por vários anos, alcançando cifras nas centenas de milhões de reais, limitou-se a declarar que “éramos inadimplentes com dívidas declaradas e de conhecimento público, não sonegadores”.

⁴⁹⁹ VEBLÉN, Thorstein, *Theory of the Leisure Class*, apud SUTHERLAND, Edwin H. *El Delito de Cuello Blanco*. Madrid: Ediciones de La Piqueta, 1999, p. 261.

⁵⁰⁰ CIPRIANI, Mário Luís Lirio. *A aplicação da pena privativa de liberdade aos white collar criminals*. Revista Jurídica, Sapucaia do Sul/RS, v. 49, n. 289, p. 58.

pessoas que desenvolvem atividades sempre com a finalidade de fraudar o Poder Público, o Erário, e causar o grande dano social, que é o prejuízo na arrecadação de tributos, que faltam para saúde, para educação e para a segurança pública”⁵⁰¹.

Na linha do que destaca Bitencourt⁵⁰², procede observação de Schmidauser ao reconhecer que, mantido o paradigma iluminista, em que se utiliza um conceito de perigosidade assemelhado ao de associabilidade, se deixam de fora com muita facilidade espécies de delinqüências paradoxalmente perigosas, como, por exemplo, a denominada delinqüência do *comfort*, composta por indivíduos pertencentes às classes sociais privilegiadas.

Diante dessas considerações, é importante vincar, não se quer aqui estabelecer e defender a criação, na linha de Jakobs, de um *direito penal do inimigo* em que se coloque o delinqüente econômico nessa situação. Não é disso que se trata, mas simplesmente da adoção (também quanto a esses delitos) da *máxima da proporcionalidade*, com as conseqüências penais dela decorrentes.

Desse modo, há que se compreender que os delinqüentes econômicos devem ser considerados, *em determinadas circunstâncias*, tão ou mais perigosos que o *infrator comum* (que atentam contra bens individuais), pois as condutas praticadas por eles são tão danosas que retiram da sociedade os (já escassos) recursos financeiros, levando (*também por isso*) muitos à morte ou à indignidade de uma vida marcada pela miséria absoluta.

Na verdade, como dizem Bajo e Bacigalupo⁵⁰³, “constituye lugar común de toda teoría de sociología criminal la necesidad de acabar con la imagen benévola que se ha creado en relación con esta actividad delictiva. Es necesario acabar con el respecto y la admiración al delincuente de cuello blanco, pasando de ser un “honorable ladrón” que comete “delitos de caballeros” para pasar a ocupar el papel que le corresponde”.

⁵⁰¹ Habeas Corpus n. 2001.04.01.088454-7-RS, julgado em 15/01/2002, publicado no DJU em 06/03/2002.

⁵⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 135.

⁵⁰³ BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 56.

4.3.5 A questão penitenciária e a ressocialização dos agentes que praticam delitos econômicos: um novo paradigma

Anabela Rodrigues advoga que o modelo socializador atrelado à execução das penas privativas de liberdade não produziu as mudanças desejadas: a criminalidade não decresceu, a violência social não reduziu, o sistema (como um todo) tornou-se mais lento, as prisões restaram mais lotadas, e o clima dentro dos cárceres piorou visivelmente. Em sua compreensão, a finalidade de (res)socialização na execução por intermédio da pena de prisão afigura-se anacrônica, mormente porque, intui, a crise se deve ao fato de, em muitos países, a tentativa de reintegração social estar combinada com penas de duração indeterminada. A preocupação maior deveria estar em que se evitasse a própria dessocialização do recluso enquanto na prisão, conferindo-lhe condições gerais de vida que se aproximem da vida em liberdade, bem como preparar a própria sociedade para receber os ex-reclusos ⁵⁰⁴.

Compreende que a pena deveria ser dirigida à prevenção de outros crimes, mas, repousando na concepção de que a privação de liberdade deva constituir a *ultima ratio* da política criminal, minimizando-se seu efeito negativo e criminógeno, também efetuando-se sua substituição, sempre que possível, por penas não institucionais, deflacionando-se a utilização da pena prisional ⁵⁰⁵.

Adverte, ainda, que o Estado contemporâneo não se encontra legitimado para impor aos cidadãos códigos morais, estando ultrapassado o pensamento correcional que se identificava com uma higiene moral do delinqüente. Ao se visar a um efeito socializador, o que se pretende é apenas fazer com que o delinqüente aceite as normas básicas e vinculantes que vigoram em sociedade, conscientizando-o a não mais praticar condutas que sejam tipificadas como delitos ⁵⁰⁶. Assim se atingiria o liminar da própria concepção do Direito

⁵⁰⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 148, 151-2, 156 e 163. No mesmo sentido, Roemer: "la situación en que se encuentra el sistema penitenciario genera un gran costo social, ya que no cumple con los objetivos de readaptación, no capacita al recluso para ejercer trabajo, no le proporciona una educación adecuada, no le ayuda a vivir con dignidad [...]". ROEMER, Andrés. *Economía del Crimen*. Ciudad de México: Limusa, 2001, p. 448-9. Anabela Rodrigues, na mesma obra, propõe redação de texto legislativo para se alterar o sistema de execução das penas em Portugal, constando no artigo 2.1 (que trata das finalidades da execução): "A execução das penas e medidas de segurança privativas de liberdade, bem como da prisão subsidiária e das penas de substituição detentivas, deve orientar-se no sentido da reintegração do recluso na sociedade, preparando-o para, no futuro, conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes". Op. cit., p. 222.

⁵⁰⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 31 e 49.

⁵⁰⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.673.

Penal, apontando-se para a idéia de que só um Direito Penal eticizado poderia permitir uma socialização que se reivindica de uma adesão aos valores que lhe são subjacentes ⁵⁰⁷.

Em obra das mais detalhadas acerca da pena de prisão sob o enfoque *tradicional*, Bitencourt faz precioso levantamento histórico e evolução das penas privativas de liberdade, dos sistemas penitenciários e das teorias das penas, concluindo, tal como Anabela Rodrigues, que o ambiente carcerário, na maior parte das prisões do mundo, não apresenta condições materiais e humanas para permitir a reabilitação do recluso, pois a prisão, ao invés de frear a delinqüência, parece a estimular. Além disso, após a libertação, têm-se verificado altos índices de reincidência, sendo que uma das causas poderia ser a dificuldade do ex-recluso em encontrar trabalho na comunidade ou em face da não-aceitação pelos demais membros de sua condição ⁵⁰⁸.

Nada obstante, Bitencourt, fiel a sua tradicional análise dogmática, admite dado muito relevante para o presente estudo quando diz que “não se deve ignorar, por outro lado, que a reincidência e a multirreincidência se produzem nos mais diferente âmbitos da vida social, como é o caso dos delitos econômicos, em que a corrupção e o tráfico de influências são características freqüentes e conseguem, em regra, elidir a ação do sistema penal. Essa desigualdade de tratamento entre os chamados “crimes do colarinho branco” e os praticados pelas classes inferiores também influi na elevação do percentual de reincidência”. Reconhece ainda que é possível “aceitar que o homem médio em situações normais seja influenciado pela ameaça da pena”, podendo-se fazer o aporte de tal consideração para a discussão em tela, pois, salvo demonstração em contrário, os delinqüentes econômicos se situam normalmente em patamar intelectual superior daqueles que possam ser considerados homens médios à luz da tradicional doutrina penal. ⁵⁰⁹

De fato, como acentua Anabela Rodrigues, reportando-se a Popper, o conhecimento empírico se faz pela acumulação de verdades. Nessa senda, a contribuição empírica põe em evidência que os efeitos da pena de prisão, para quem (destinatários) e como (modo) aplicada, são, em verdade, dessocializadores, criando inclusive dificuldades ulteriores quando do regresso do recluso à comunidade ⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 53 e 56-7.

⁵⁰⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.140, 154-7 e 162.

⁵⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125 e 164.

⁵¹⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 45.

Crê-se que os argumentos, respeitáveis na íntegra, não servem para a solução das questões que ora se procura enfrentar. As premissas de raciocínio retromencionadas não se sustentam em relação à delinquência econômica ⁵¹¹, na medida em que criminosos desse jaez – afora o dado essencial de estarem sempre *inseridos* socialmente, ou então não encontrarem dificuldades para eventual reinserção - naturalmente se situam à margem desse problema.

Reportando-se a Aristóteles, Juarez Freitas ⁵¹² afirma que, "com exata dose de prudência, haverá autêntica *mudança paradigmática*", se "soubermos enfrentar as coisas que devem ser enfrentadas e pelo devido motivo, da maneira e na ocasião devidas".

É da essência do pensamento sistemático a crítica aos movimentos anteriores e a busca subsequente de novos paradigmas ⁵¹³.

Uma mudança paradigmática reclama (também aqui) uma readaptação do (reiterado e, muitas vezes, irrefletido) pensamento doutrinário e jurisprudencial quanto ao tema da ressocialização dos agentes nos delitos econômicos. Essa mudança demanda, em verdade, considerar a necessidade de se estabelecer *premissas novas* sobre todo o sistema que trata desse tipo de criminalidade ⁵¹⁴.

A temática está diretamente vinculada a questões anteriormente referidas. Argumentar, como se tem feito, que não seria *recomendável* a aplicação de pena privativa de liberdade para agentes que praticam delitos econômicos, porque a pena não tem cumprido sua função ressocializadora, significa (no mínimo) incorrer no equívoco em não considerar que criminosos desse jaez precisam ser vistos com características diversas e de como devem ser analisadas suas ressocializações.

Em relação aos criminosos *tradicionais*, como dizem Garrido Genovês e López Latorre, “uno de los tópicos más discutidos en relación al proceso de reinserción de los delincuentes es el trabajo, considerado como el más importante factor rehabilitador”, embora

⁵¹¹ Acorre-se novamente a Chaím Perelman, quando adverte que “os problemas específicos de lógica jurídica não surgem quando se trata de deduzir as conseqüências que resultam logicamente de um conjunto de premissas, mas quando se trata de estabelecer essas próprias premissas, dando às normas jurídicas seu alcance exato”. PERELMAN, Chaím. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 496. Em sintonia, Ricaséns Siches, para quem “el verdadero meollo de la función judicial no radica ni remotamente en el silogismo que pueda formularse, sino que consiste en la *elección de premisas*, por parte del juez.” SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. 2 ed. México: Porrúa, 1973, p.237.

⁵¹² FREITAS, Juarez. *Princípio da Precaução: vedação de excesso e de inoperância*. Revista de Interesse Público. Porto Alegre: Nota Dez, v. 35, jan. 2005, p. 33-48.

⁵¹³ CALIENDO, Paulo. *Da Justiça Fiscal: Conceito e Aplicação*. Revista Interesse Público, Porto Alegre, n. 29, p. 161.

⁵¹⁴ KREMPEL, Luciana Rodrigues. *O crime de colarinho branco: aplicação e eficácia da pena privativa de liberdade*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 54, 2005, p. 111.

tenham consciência de que o trabalho atingirá o fim unicamente para aqueles “delinquentes que hayan decidido dar un giro copernicano a sus vidas”⁵¹⁵.

Por estarem *inseridos* socialmente, na grande maioria das vezes nos mais altos estratos, a ressocialização que se deve buscar quanto aos delinquentes econômicos está centrada na necessidade de fazer com que repensem seus modos de agir, marcados pela ganância e cupidez em detrimento do interesse coletivo⁵¹⁶. Como alertam Figueiredo Dias e Costa Andrade, também os delitos econômicos revelam, em princípio, um defeito de socialização do agente, mas com cunho diferenciado⁵¹⁷. Além disso, sob a ótica tradicional, não há qualquer sentido em tentar ressocializar delinquentes que se vêem a si próprios, e também são vistos pelos demais integrantes da coletividade, como símbolos e expoentes do sistema⁵¹⁸, verdadeiros exemplos que alcançaram o sucesso.

Angel Brandariz⁵¹⁹ comunga desse posicionamento e define que a pena privativa de liberdade se apresenta indicada para os fins de prevenção especial. Sua observação é peculiar ao reconhecer que seguramente não cabe a ressocialização sob a ótica *clássica* do delincente econômico na medida em que sua elevada situação e imagem social não se correspondem com uma *adequada socialização*, senão com a *adoção de um código ético* que pode chocar e se impor a interesses socialmente valorizados. Por fim, a pena privativa de liberdade não traz para esses casos um de seus sérios inconvenientes, a estigmatização social e conformação de uma identidade delincente, dadas as características pessoais e socioeconômicas dos agentes.

A premissa de que haveria possibilidade de dessocialização no cárcere⁵²⁰ não se sustenta em relação ao *delincente* de que ora se trata. Contextualizando ao caso teórico

⁵¹⁵ GARRIDO GENOVÉS, Vicente; LÓPEZ LATORRE, María Jesús. *La prevención de la delincuencia: el enfoque de la competencia social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 387 e 389.

⁵¹⁶ Como pondera Mailard, “ao banqueiro ou ao responsável político pelos quais passam as novas formas de criminalidade não é necessária a aplicação de uma prática de ‘reinserção’, porque é justamente o seu nível superior de socialização – o seu capital social – que lhes fornece os meios da delinquência”. MAILARD, Jean de. *Crimes e Leis*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 98.

⁵¹⁷ Apud SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O Crime de Colarinho Branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo*. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 221, nota 54.

⁵¹⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre a Concepção e os Princípios do Direito Penal Econômico*. In: *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 360. Confira-se matéria jornalística publicada no *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre/RS, no dia 13/05/2002, p. 7, em que a prisão de ex-prefeito de balneário gaúcho foi comentada por munícipes, que, em grande maioria, lamentaram o fato, pois, em suas palavras, mesmo que “tenha roubado”, fez muito pela sociedade, e não oferecia “perigo”, sendo que sua prisão decorria apenas de “vingança do poder público”. Por igual, no mesmo periódico de 17/06/2004, p. 9, em decorrência do fechamento de várias casas de *Bingo* em Porto Alegre/RS em decorrência de atos ilícitos criminais, houve depoimento com o seguinte teor: “podem até estar lavando dinheiro, mas pelo menos estão oferecendo empregos”.

⁵¹⁹ ANGEL BRANDARIZ, José. *El delito de defraudación a la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 80-1.

⁵²⁰ LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulálio. *La sustitución de Las Penas Privativas de Libertad (Aspectos Procesales y Penales)*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004, p. 33 e 46-7.

discutido, é essencial considerar-se o desvalor do fato à luz das necessidades individuais e concretas de *socialização* do criminoso que se analisa⁵²¹.

Anabela Rodrigues traz luzes necessárias para permitir o desbravamento dos caminhos a serem percorridos com menores riscos em face da escuridão que se apresenta a dogmática nesta seara. Considerando como fatores relevantes para a determinação da pena preventiva, reporta-se ao *fato em si* e ao *agente*. Com relação à lesão ou perigo de lesão do bem jurídico protegido (fato), deve-se contabilizar como é sentida (maior ou menor escala) a necessidade de pena pela comunidade, bem como para estabilização das expectativas na validade das normas jurídico-penais (prevenção geral). Já a personalidade desempenha um papel prevalente para avaliar a pena necessária para satisfazer exigências de prevenção especial, na medida em que se poderá fundamentar a decisão para que se logre evitar o cometimento de mais crimes no futuro pelo delinqüente⁵²².

Padecendo-se da mesma carência de Sutherland em suas pesquisas há mais de décadas, também aqui, forçoso reconhecer, não há elementos empíricos *certos* que possam embasar a tese de que a pena privativa teria o condão de “ressocializar” delinqüentes econômicos. A carência se dá exatamente porque não são aplicadas efetivamente, muito menos executadas, penas privativas de liberdade para tais delinqüentes⁵²³.

Contudo, pela proporcionalidade das conseqüências causadas⁵²⁴, em razão das características tradicionais dos delinqüentes, e também em face da possibilidade de eficácia sobre o comportamento futuro do agente criminoso⁵²⁵, defende-se que a pena de prisão

⁵²¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 575.

⁵²² RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 673-4 e 678.

⁵²³ Exemplificativamente, Ela Castilho destaca que, no último Censo Penitenciário, em 1994, nos cerca de um milhão de crimes praticados no Brasil (segundo pesquisa realizada em 1993 pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária) não havia nenhum registro de presos cumprindo pena pela prática de crimes contra o sistema financeiro. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 53. Confirmam-se também os dados complementares de KERN, Alexandre. *O Controle Penal Administrativo nos Crimes contra a Ordem Tributária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.36. Schünemann refere ainda que “no se puede negar que el comportamiento típico de las clases sociales bajas, desde el nacimiento del Derecho penal moderno hasta hoy, ha constituido el objeto privilegiado tanto en la configuración de los tipos penales del Derecho penal como también en la justicia práctica penal”. SCHÜNEMANN, Bernd. *Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?* In: *Temas Actuales y Permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, p.50-1. Confirma-se, também, Cruz Santos, ao destacar que todos os estudos sobre população prisional são unânimes na afirmação de que ela é essencialmente composta pelos mais pobres. SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O Crime do Colarinho Branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 263.

⁵²⁴ Embora fale de forma genérica, Anabela Rodrigues defende que a “aplicação da pena de prisão deve restringir-se aos crimes mais graves”. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 48.

⁵²⁵ Galain acrescenta que “este tipo de delincuente no requiere ser resocializado, empero, en cuanto atañe a la función preventiva especial, influye en la psiquis del infractor, puesto que se traduce en una pérdida de *status* por

(mesmo curta, porém certa e eficaz), para situações graves de delitos econômicos, constitui-se como o melhor meio de conduzir criminosos desses níveis a reorganizarem seus princípios valorativos de vida em sociedade, não havendo qualquer possibilidade de dessocialização do delinqüente.

"La ley es como una telaraña, atrapa a las moscas y a los pequeños insectos, pero deja que los abejorros, rompiéndola, se abran paso a través de ella". (Daniel Drew)

5 DELITOS ECONÔMICOS: UMA PROPOSTA DE CONTROLE E FILTRAGEM CONSTITUCIONAL EM QUESTÕES PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS

5.1 DAS PENAS MAIS ADEQUADAS: UMA CONTEXTUALIZAÇÃO HODIERNA NECESSÁRIA

Não há que se falar em violação da dignidade da pessoa humana em razão de haver a imposição de uma pena privativa de liberdade. Como adverte Sarlet ⁵²⁶,

parece-nos extreme de dúvidas o fato de que a sanção imposta (no caso, a prisão) decorre por razões vinculadas (ainda que não exclusivamente) à necessidade de proteção da vida, liberdade e dignidade dos demais indivíduos, que, à evidência, não poderão ficar à mercê de toda sorte de violência e violação de sua dignidade pessoal sob o argumento de que a segregação do ofensor se afigura impossível já que, por sua vez, implica limitação e sua própria dignidade, a não ser, é claro, que não se tenha a pena de prisão (em suma, a privação temporária da liberdade) como ofensiva à dignidade, mas apenas como restrição intensa da liberdade, que, no entanto, preserva íntegro o conteúdo em dignidade inquestionavelmente ínsito aos direitos de liberdade.

Anabela Rodrigues caminha no mesmo sentido, propondo que, na conformação do estatuto do recluso, há uma tensão dialética entre os valores constitucionais que se pretende verem definidos e aqueles que se quer assegurar aos presos no âmbito desse estatuto especial. Daí resulta que nem se pode sacrificar em demasia os direitos fundamentais do preso, nem as garantias dos direitos pode inviabilizar a função do estatuto prisional ⁵²⁷.

Significa que o aprisionamento não gera, por si só, violação da dignidade do recluso. Há apenas garantia constitucional de que, no cumprimento da pena, se observem os cânones do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Em sintonia, abordando disposição da Carta Constitucional Espanhola (artigo 10.1⁵²⁸), Fernandez Segado ⁵²⁹ defende que “proyectada sobre los derechos individuales [...] la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que se

⁵²⁶ SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 127-8.

⁵²⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 93.

⁵²⁸ “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

⁵²⁹ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *Constitución y Valores – La dignidad de la Persona como valor supremo del Ordenamiento Jurídico*. Porto Alegre, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 31 mar. 2006. Palestra conferida no módulo V do Curso de Direito Constitucional, p. 21.

ala situación en que la persona se encuentra (también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad), constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”.

Essas considerações decorrem especialmente do Princípio da Igualdade, pois, embora atos que violem a dignidade não possam acarretar a perda da dignidade do agente violador, parece razoável considerar-se que qualquer pessoa, ao cometer uma ofensa à dignidade alheia, "acaba por colocar, a si mesma, numa condição de desigualdade na sua relação com os seus semelhantes, que, para além de serem igualmente dignos por serem pessoa, são também – pelo menos para efeito do caso concreto em que se está a fazer a ponderação – dignos nas suas ações (e, exatamente neste particular, diferentes)" ⁵³⁰.

Assim, compreende-se que o aprisionamento (inclusive em regime fechado) não gera, por si só, violação da dignidade do preso, mas decorre da garantia constitucional de que, no aprisionamento, se observem os cânones do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na sua melhor possibilidade diante da situação específica ⁵³¹.

Efetivamente, a pena privativa de liberdade, para que e como aplicada, não tem cumprido com sua finalidade primaz, a reintegração comunitária. O equívoco, ora se insiste sem mais se abordar a problemática, não está na pena em voga propriamente dita, mas no modo de sua execução, na sua tradicional *clientela* ⁵³² e seus objetivos. Não significa que a pena privativa deva ser afastada. É necessária. O controle social, exercido por intermédio do

⁵³⁰ SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 133.

⁵³¹ SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 139.

⁵³² “El carácter fragmentario del derecho penal, que mira a la selección de los bienes protegidos y de los comportamientos lesivos pierde la ingenua justificación a través de la naturaleza de las cosas o de la idoneidad técnica de ciertas materias, y no de otras, para ser objeto de control penal. Esta justificación es una ideología que se aoya en el hecho de que el derecho penal tiende a privilegiar los intereses de la clase dominante, a inmunizar con el proceso de criminalización comportamientos socialmente dañosos típicos de los individuos pertenecientes a ésta y ligados funcionalmente a la exigencia de acumulación capitalista, y a dirigir el proceso de criminalización, sobre todo, hacia forma de desviación típicas de la clase subalterna. Esto llega no solamente con la selección de los tipos de comportamientos asumida en el caso concreto y en la diversa intensidad de la amenaza penal, que normalmente está en relación inversa con la nocividad de los comportamientos, sino con la misma formulación técnica de los casos específicos. Cuando se dirige a comportamientos típicos de los individuos pertenecientes a la clase subalterna y se contradicen las relaciones de producción y distribución capitalistas, éstas forman una red muy tupida, mientras que la red es de ordinario muy rala cuando el caso concreto tiene por objeto la criminalidad económica y otras formas de criminalidad típica de los individuos pertenecientes a la clase del poder.” BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires: Julio Cesar Falra Editor, 2004, p. 361.

Direito Penal, exige que a ela se acorra quando a conduta praticada e as circunstâncias do agente assim recomendem ⁵³³.

Nesse diapasão, procede a assertiva de que a pena privativa de liberdade não mais pode ser vista como a panacéia das soluções dos problemas criminais. Ela não tem essa finalidade. Tanto não tem que, seguindo uma tendência internacional (regra geral), se tem adotado também no Brasil a possibilidade da substituição das penas privativas por restritivas de direitos, hodiernamente de forma bem mais ampla, conforme as alterações introduzidas no Código Penal pela Lei nº 9.714/98. A interpretação de seus comandos é que reclama a devida filtragem constitucional.

5.2 O MITO DA EFICÁCIA DAS PENAS PECUNIÁRIAS E DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS COMO FORMA DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO EFICAZ DOS DELITOS ECONÔMICOS

Difunde-se na doutrina pátria, com acolhimento pela jurisprudência, em sede majoritária, para não se dizer quase unânime, que, em se tratando de crimes econômicos, as penas pecuniárias ou as restritivas de direitos seriam as mais adequadas para garantir a repressão e prevenção de tais condutas, porque se estaria permitindo a ressocialização do agente de forma mais digna. *A fala falada* se repete, e, como tal, se transforma em dogma maior que não permite uma rediscussão se efetivamente estão corretas as conclusões a partir das premissas que embasam o raciocínio jurídico.

5.2.1. Considerações gerais

Nada obstante se considere correta a necessidade de se estimular a substituição das penas privativas por restritivas de direitos, ou então a imposição apenas de multas pecuniárias (quando cabíveis) ⁵³⁴, tem-se que essa não é a melhor trilha, como regra, a ser adotada para as

⁵³³ Luisi defende, na senda de Luhman, que o Direito Penal é um dos instrumentos mais importantes no subsistema jurídico, pois, por intermédio da pena, se assegura a conservação do sistema contra fatos de alta nocividade social. LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: SAFE, 2003, p. 170.

⁵³⁴ Como defende Contreras, a pena de multa é uma sanção que se deve “imponer a un sujeto que cometió un hecho delictivo no grave”. LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulálio. *La sustitución de Las Penas Privativas de Libertad (Aspectos Procesales y Penales)*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004, p. 67-8. Elena Larrauri também sustenta que as penas alternativas à prisão devem ser aplicadas, mas com a advertência

hipóteses dos delitos econômicos. Há de se deixar estabelecido de modo muito claro que não se está defendendo que a pena privativa de liberdade deva ser, doravante, a “única solução” para todos os crimes que possam ser abarcados pelas considerações traçadas na investigação em tela. Mas sim que é ela, nas situações mais graves e relevantes⁵³⁵, que se apresenta como a mais apta a atingir todos os fins de prevenção que se exige em um Estado Social e Democrático de Direito⁵³⁶.

Simplesmente o paradigma, também aqui, é outro: como regra, para crimes desse jaez, com conseqüências gravíssimas, especialmente aqueles que se enquadrem em um conceito (aberto, é verdade) de *(macro)delinqüência econômica*⁵³⁷, a pena privativa de liberdade deve ser considerada como a que, em princípio, se mostra mais apta a garantir a prevenção especial e a prevenção geral⁵³⁸, nos moldes já abordados anteriormente. Em face de delitos extremamente graves, com conseqüências sociais sem parâmetros, em que há culpabilidade normalmente exacerbada, não se encontra fundamento racional e sistêmico para simplesmente se renunciar à utilização da pena privativa de liberdade⁵³⁹.

de que não se dirigem ao mesmo tipo de delitos, nem ao mesmo tipo de pessoas. LARRAURI, Elena. *Nuevas tendencias en las penas alternativas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 53, 2005, p. 83-4.

⁵³⁵ Especificamente quanto aos delitos econômico-tributários, Bustos Ramírez acentua que eles atacam diretamente o Estado social e Democrático de Direito, pois afetam a grande maioria da população, caracterizando-se, por isto, como delitos graves. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. _____; BOIX REIG, Javier. *Los Delitos contra la Hacienda Publica*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 26.

⁵³⁶ Figueiredo Dias faz importante ponderação – a que se adere – ao defender que a pena de prisão, regra geral, tem mais eficácia do que a pena de multa nos delitos econômicos: “Não é que [...] eu advogue [...] o *sharp-short-shock* da pena curta de prisão contra *todos* os delinquentes de elevado estatuto sócio-econômico: o que aqui está em questão não é, ou não é tanto, o estatuto pessoal do agente, quanto a *natureza da infração que praticou*. Não será aceitável, por exemplo, que o juiz aplique uma pena curta de prisão ao responsável de um pequeno acidente de viação só porque é um *white-collar*, quando ao *blue collar*, nas mesmas circunstâncias, aplicaria uma pena de multa. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Breves Considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em Direito Penal Económico*. In: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 384. Também com ela concordando, Cruz Santos destaca a necessidade de se separar o *trigo do joio*, pois há casos de delitos do colarinho branco de menor necessidade punitiva por força da menor gravidade da infração, mas há outros de natureza radicalmente diversa. SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O Crime do Colarinho Branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 211.

⁵³⁷ “Puede confirmarse que el carácter de macroadelincuencia se da en estos casos precisamente porque el daño que causan esas conductas se muestra como macroscópico frente al daño frecuentemente microscópico de los delitos tradicionales”. CERVINI, Raúl. *Macrocriminalidad Económica*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 3, n. 11, p. 59.

⁵³⁸ Silva Sánchez alude que o Direito Penal, para ser eficaz em sua pretensão de lograr a *eficiência social*, deve configurar suas normas partindo do princípio de que os destinatários das leis vão realizar um *cálculo de eficiência* – ou mais concretamente, preventivo-geral – e, enfim, embasado de modo central na dissuasão: prevenção geral negativa ou intimidatória (deterrence). SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Eficiência e Direito Penal*. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11. São Paulo: Manole, 2004, p. 26.

⁵³⁹ SEMINARA, Sergio. *La evolución del Derecho penal del mercado financiero desde una perspectiva europea*. In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.). *La Política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier: 2004, p. 284.

Reitera-se: a prevenção geral se consegue de forma mais eficaz quando as penas (cor)respondem às expectativas éticas da sociedade⁵⁴⁰. Para tanto, é fundamental ter-se como premissa que as infrações contra o erário público, os sistemas econômico e financeiro e em face da Seguridade Social que sejam consideradas muito graves estão além ou são até concorrentes com as condutas – também graves - sancionadas no Direito Penal *tradicional*, podendo afetar direitos fundamentais e liberdades públicas dos cidadãos.

Com razão está Mantovani, ao sustentar que a pena para os diferentes delitos deveria ser proporcional à importância dos valores tutelados segundo a hierarquia que se pode deduzir da Constituição e da realidade sociocultural⁵⁴¹.

Nessa quadra, valendo-se de Palazzo, a pena privativa se faz necessária “como único meio válido para a tutela de um determinado bem jurídico e como a justa *proporcionalidade* entre o desvalor do *unrecht* sancionado e a pena criminal”.⁵⁴² Como defende também Terradillos Basoco⁵⁴³, há de se atentar que a criminalidade grave exige respostas preventivamente adequadas, que não podem se construídas prescindindo-se, *a radice*, da pena privativa de liberdade.

Direto ao ponto, valiosa a colaboração de Bajo e Bacigalupo⁵⁴⁴, para quem “es la pena privativa de libertad la más adecuada para el castigo de los delitos económicos como respuesta a las exigencias, de *proporcionalidad* (con la gravedad del hecho y la culpabilidad) y la necesidad de una prevención general”. Prosseguem ocorrendo inclusive a Tiedmann, afirmando que “las penas cortas privativas de libertad son aquí de especial interese porque las dificultades que se le atribuyen para la función de resocialización carecen aquí de sentido, ya que el delincuente de las capas altas y medias de la sociedad no está normalmente necesitado de ello”. Encerram ponderando que “el cumplimiento de penas cortas produce un efecto intimidante a nivel individual y social que no puede relegarse al olvido”, na medida em que “si hay algún delito en el que *no* está indicada la aplicación de la condena condicional es precisamente en los delitos económicos”⁵⁴⁵.

⁵⁴⁰ SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 182.

⁵⁴¹ Apud SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 182.

⁵⁴² PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1989, p. 86-7.

⁵⁴³ TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. *Globalización, Administrativización y Expansión del Derecho Penal Económico*. In: BASOCO, Juan Maria Terradillos; SÁNCHEZ, Maria Acale (orgs). *Temas de Derecho Penal Económico*—III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico. Madrid: Trotta, 2004, p. 238.

⁵⁴⁴ BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 63.

⁵⁴⁵ No mesmo sentido, RIGHI, Esteban. *Derecho Penal Económico Comparado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, p. 313.

Abordando a legitimação da pena, Höffe⁵⁴⁶ defende que a violação dos direitos pode ser vantajosa no caso individual, impondo-se ao Estado – para afastar esse benefício indevido – a obrigação de criar uma “desvantagem que deve, em princípio, ser dimensionada em grau tão elevado que ela subrepuje a vantagem”. A rigor, diz ele, “o dano esperado, isto é, o produto a partir da punição esperável e da probabilidade de ser punido, deve ser maior do que o lucro esperado, pois somente então quem cometer consciente e intencionalmente a violação do direito sabe que ela não compensa”.

Também Zugaldía Espinar⁵⁴⁷ reconhece que, para se evitar crimes que lesionem ou coloquem em perigo interesses fundamentais que se constituam em pressupostos imprescindíveis para a via em sociedade (os bens jurídicos), a única pena legítima e eficaz seria aquela com a utilidade de alcançar esses intentos preventivos de uma maneira geral intimidatória ou preventivamente especial.

Com a devida contextualização, aqui sim se encaixam as advertências de Bitencourt⁵⁴⁸, que, ao tratar dos fins preventivos da pena, refere que a idéia de um delinqüente que calcula racionalmente seus atos se mantém vigente, em muitos aspectos, já que algumas das reformas penais que se propõem, por exemplo, quando se pretende ampliar a escala penal de um delito, apoiam-se na idéia de que o delinqüente leva em consideração a relação entre a pena e o prazer ou a utilidade que lhe proporcionará o fato criminoso.⁵⁴⁹

A partir de uma análise econômica do Direito Penal (*lato sensu*), Silva Sánchez também diz que há uma racionalidade na ação delitativa quanto ao cálculo dos custos e vantagens que cada ação proporciona ao delinqüente. Diante dessa premissa, defende que um sujeito somente cometerá um fato delitivo, se, e somente se, a sanção esperada for inferior às vantagens privadas esperadas com a realização do ato.⁵⁵⁰ Essa, por igual, é a compreensão temática de Schönemann, ao sustentar que o mecanismo específico de eficácia do Direito

⁵⁴⁶ HÖFFE, Otfried. *O que é Justiça ?* Porto Alegre: Edipucrs, 2003, p. 97-8.

⁵⁴⁷ Apud CIPRIANI, Mário Luís Lírio. *Das Penas, Suas Teorias e Funções no Moderno Direito Penal*. Canoas: Editora da Ulbra, 2005, p. 76.

⁵⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 48-9.

⁵⁴⁹ Roemer também assinala que “el delincuente conoce o cree conocer la posibilidad de ser capturado y la severidad del castigo, también estima el valor que tiene el objeto en cuestión y los costos en los que incurre al cometer el delito”. Reportando-se a Gary Becker, a partir de trabalho intitulado *Crime and Punishment: An Economic Approach*, acresce que “cualquier criminal se comporta como un agente racional económico pues realiza un análisis de costo-beneficio. La decisión entre dedicarse al crimen o a cualquier otra actividad legal dependerá de los retornos esperados de cada una de las actividades”. ROEMER, Andrés. *Economía del Crimen*. Ciudad de México: Limusa, 2001, p. 79 e 223-4.

⁵⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Eficiência e Direito Penal*. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11. São Paulo: Manole, 2004, p. 11.

Penal – diferentemente do Direito Administrativo ou Civil – consiste em estabelecer custos muito superiores aos benefícios do delito⁵⁵¹.

Tiedemann⁵⁵² destaca que, em pesquisa realizada por Breland, se pôde concluir que a eficácia intimidatória das penas pecuniárias para agentes que praticam delitos econômicos é muito baixa. Somente a certeza de uma persecução penal com condenação privativa de liberdade de curta duração, e que não permita a suspensão condicional, constitui um meio eficaz para dissuasão.

Assim, talvez de modo pouco diferencial em relação aos *delinquentes tradicionais*, parece mais aceitável o modelo de *homo oeconomicus* para a delinquência que ora se analisa⁵⁵³, na medida em que, pela natureza da prática criminosa, exercite cálculo utilitarista dos custos e benefícios de suas práticas em face de eventuais conseqüências que possa sofrer acaso descoberto e punido⁵⁵⁴.

Tem-se que delinquentes dessa natureza, via de regra *homens honrados*, são aqueles que mais temem sofrer as peias jurídico-criminais (especialmente contra suas liberdades), malgrado confiem que suas ações delituosas não serão descobertas, que serão absolvidos ou conseguirão obter a suspensão condicional da pena ou a liberdade condicional, no máximo outra similar que implique, de fato, liberar-se do cumprimento de pena que lhes traga qualquer estigmatização⁵⁵⁵.

Não só porque já previstas cumulativamente às penas privativas de liberdade (como regra geral) nos delitos econômicos, as penas de multa (isoladamente) ou então a substituição das privativas de liberdade por restritivas de direitos, como princípio, não são eficazes, visto que implicam, pensa-se⁵⁵⁶, verdadeiro estímulo à prática delitiva. Daí a compreensão de Lira

⁵⁵¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?* In: *Temas Actuales y Permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, p.64.

⁵⁵² TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*. Barcelona: PPU, 1993, p. 273-4.

⁵⁵³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Eficiência e Direito Penal*. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11. São Paulo: Manole, 2004, p. 17.

⁵⁵⁴ Cruz Santos defende que a chamada *prevenção situacional* é especialmente adequada a esse tipo de criminalidade, na qual os agentes são, por definição, vistos como mais frios e racionais, predadores apenas movidos pelo intuito do lucro. Segundo crê, “as teorias da escolha racional e da prevenção situacional parecem assentar-lhes como uma luva: a sua ponderação dos custos e dos benefícios associados à infração poderá dissuadi-los da prática da mesma caso as oportunidades sejam menores e as possibilidades de detecção e sancionamento maiores”. SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O Crime do Colarinho Branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 175 e 178.

⁵⁵⁵ DORADO MONTERO, Pedro. *Bases para um Nuevo Derecho Penal*. Barcelona: Anacleto, 2003, p.63-5.

⁵⁵⁶ Kelsen defende que “o estado da ciência atual não nos permite, ainda, uma compreensão clara do nexo de causalidade entre os fenômenos sociais e não dispomos de experiência suficiente que nos habilite afirmar quais são os meios mais apropriados para a realização de determinados fins sociais”. Para tomar uma decisão, complementa, o legislador [também o Judiciário] “precisaria conhecer o efeito causado pela ameaça das diversas penas sobre os homens com tendência a cometer os crimes que o legislador procura reprimir”. KELSEN, Hans.

no sentido de que, em face de penas tão benignas, quando impostas, ocasionam que, no seio social, se tem "a impressão de que não houve qualquer retribuição ao fato delituoso e o crime passa a *valer a pena*, pela perda do seu caráter preventivo (geral ou especial)" ⁵⁵⁷.

Considerando-se os patamares da etiologia característica desses crimes, noutras palavras significa que as conseqüências advindas de condenação criminal, nos moldes em que se vem reconhecendo como paradigmático, efetivamente compensam a prática criminosa, pois não permitem seja criada na sociedade uma consciência (positiva) da necessidade do cumprimento do ordenamento ⁵⁵⁸.

Ciente da procedência da assertiva de Uría ⁵⁵⁹ - de que "la caída de un pez gordo es como una revolución en un hormiguero", pois "significa que las reglas del juego se han alterado" ⁵⁶⁰ - compreende-se que penas privativas de liberdade curtas, severas e de impacto, porém certas ⁵⁶¹, tal como já demonstrado anteriormente como as mais eficazes ⁵⁶², apresentam-se como aquelas que, regra geral, para delitos econômicos graves, podem garantir a proteção do sistema e atingir os efeitos penais que se têm como mais consentâneos aos delinqüentes desta natureza. ⁵⁶³

O que é Justiça ? São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 9. Empiricamente, há de se admitir, não existe a possibilidade *segura* de se comprovar as premissas e conclusões lançadas, pelo simples fundamento de que não se puseram em exercício prático, ao menos em nosso país, as considerações teóricas que ora se sustenta.

⁵⁵⁷ LIRA, Antiógenes Marques de. *Macrocriminalidade*. Revista dos Tribunais, n. 719, set.1995, p. 357.

⁵⁵⁸ Bajo e Bacigalupo surgem de pensamento similar, quando salientam que "el delincuente económico ha previsto con exactitud sus riesgos penales y se ha preocupado de poner a buen recaudo su patrimonio para evitar los efectos de una condena (civil o penal)". BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 62. Como refere ainda Bajo, noutra abordagem, o delito fiscal contribui eficazmente - juntamente com outras medidas de política fiscal - a aumentar a disciplina fiscal dos cidadãos espanhóis. BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Delitos contra la Hacienda pública*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 5

⁵⁵⁹ Apud SUTHERLAND, Edwin H. *El Delito de Cuello Blanco*. Madrid: Ediciones de La Piqueta, 1999, p. 49.

⁵⁶⁰ Comentando prisões de empresários proprietários de loja paulista bastante conhecida, determinado senador da República referiu que esses atos (as prisões) poderiam "afugentar investimentos internacionais do país. O empresário vai dizer: para que vou investir no Brasil se posso ser preso ? " Vê-se aí verdadeira comprovação de Uría, bem assim falácias argumentativas que revelam o modo de pensamento de quem é um dos responsáveis no Senado Federal pela elaboração das leis. Como bem apreendeu Scheinkman, abordando o mesmo caso, "na verdade os investidores estrangeiros no Brasil ressentem-se de uma concorrência desleal de empresas que violam leis do país que os estrangeiros são obrigados a obedecer. Afinal, se uma firma americana operando no Brasil usasse esquema semelhante ao descrito nas acusações à [...], seus diretores estariam também violando leis dos EUA e provavelmente acabariam na cadeia". SCHEINKMAN, José Alexandre. *As elites e a sonegação*. Disponível em http://www.princeton.edu/~joses/na/folha/Folha_31_07_2005. Acesso em 25 jul.2006.

⁵⁶¹ Abordando as penas privativas de liberdade para os delinqüentes econômicos, Brandariz defende que "la previsión de una pena privativa de libertad, siempre que sea de una duración moderada, se ve legitimada también desde la perspectiva de la comparación del bien del que desposee con el bien lesionado por el fraude". ANGEL BRANDARIZ, José. *El delito de defraudación a la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 81.

⁵⁶² Defende Roemer que "es importante destacar que la mayoría de las estimaciones realizadas muestran que los criminales son mayormente disuadidos con aumentos en la probabilidad de ser atrapados más que con aumentos en la severidad de la sanción". ROEMER, Andrés. *Economía del Crimen*. Ciudad de México: Limusa, 2001, p.404.

⁵⁶³ Confira-se, a propósito, LIRA, Antiógenes Marques de. *Macrocriminalidade*. Revista dos Tribunais, n. 719, set.1995, p. 357.

Nesse diapasão, Galain assevera ⁵⁶⁴ que “la criminología, hoy en día, nos dice que la pena corta privativa de libertad, a pesar de ser la más criticada y, por unanimidad de criterios político-criminales, la más perjudicial para el delincuente común, es la más aconsejada para los delincuentes económicos” ⁵⁶⁵.

Silva Sánchez ⁵⁶⁶ defende que as penas pecuniárias, para serem eficazes, terão de incidir sobre o cálculo de eficiência subjetiva dos destinatários da norma, garantindo que o montante da pena seja superior às vantagens esperadas pela prática criminosa, sustentando, assim, que: a) as penas pecuniárias são ineficientes para os delinquentes econômicos, que podem pagá-las por mais elevadas que sejam ⁵⁶⁷; b) a pena privativa de liberdade de curta duração é uma das formas mais eficazes de sanção para esse tipo de criminalidade ⁵⁶⁸.

Tratando de delitos fiscais, Anabela Rodrigues ⁵⁶⁹ por igual admite que a pena privativa é aquela que, em abstrato, se apresenta como a “mais adequada por ser a única capaz (eficácia) de responder às necessidades de promover a consciência ética fiscal, não se lhe podendo assacar, por seu turno, os efeitos criminógenos que normalmente andam ligados ao cumprimento deste tipo de pena”. Alertando, corretamente, para que não se aplique a todos os delitos econômicos, diz ainda que o que justifica a pena de prisão não é o estatuto pessoal do

⁵⁶⁴ GALAIN, Pablo. *Delitos Económicos*. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2004, p. 161.

⁵⁶⁵ Em sua visão crítica da criminologia, Baratta, atacando fortemente a seletividade de punição em relação aos criminosos comuns, propugna que a finalidade de uma reintegração (na acepção geral e tradicional de sua compreensão) não deve ser abandonada, mas reinterpretada e reconstruída sobre uma base diferente, que possui dois pressupostos. O primeiro, relacionado com o conceito sociológico de reintegração, cujo objetivo imediato não é apenas uma prisão melhor, mas também menos prisão, na medida em que entende como incompatível segregar pessoas e pretender, ao mesmo tempo, reintegrá-las (Destaca que, se observarmos a população carcerária, é possível apurar-se que a marginalização em seu interior é, para a maior parte dos presos, um processo secundário de marginalização que intervém depois de um processo primário). O segundo, relacionado com conceito jurídico de reintegração social, em que se deve oferecer ao detento vários serviços, que vão desde instrução geral e profissional até a oportunidade de trabalho, dentro e fora do cárcere. BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires: Julio Cesar Faria Editor, 2004, p. 378-82.

⁵⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Eficiência e Direito Penal*. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11. São Paulo: Manole, 2004, p. 44-46.

⁵⁶⁷ Quintero Olivares defende que a pena de limitação de finais-de-semana é de difícil execução prática (confirmando, a propósito, situação que comprova tais premissas de raciocínio no julgamento do Agravo em Execução Penal nº 2003.71.07.017387-9-RS, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, publicado no DJU em 26/05/2004) e que a prestação de serviços à comunidade é uma pena bastante leve. Admite, em abstrato, que para alguns crimes, apesar de não serem violentos, se faz necessária a privação da liberdade, como nos casos de grandes fraudes ou corrupção, situações que devem ser analisadas individualmente. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Adonde va el Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 2004, p. 64-5.

⁵⁶⁸ "Combater a sonegação permite reduzir os tributos dos que pagam corretamente suas obrigações. Há, hoje, evidência empírica convincente de que a severidade e a certeza de punição diminuem a criminalidade. Os acusados de crimes econômicos nos EUA ou na França são tratados com grande rigor exatamente para dissuadir futuros criminosos potenciais." SCHEINKMAN, José Alexandre. *As elites e a sonegação*. Disponível em http://www.princeton.edu/~joses/na/folha/Folha_31_07_2005. Acesso em 25 jul.2006

⁵⁶⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria fiscal*. Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 484-5. Também em artigo de mesmo nome, in: *Temas de Direito Penal Econômico*, p. 186.

agente, mas a natureza da infração que praticou, para cuja prevenção a prisão se mostra particularmente adequada e eficaz.

De fato, a pena de prisão não tem, em relação ao delinqüente econômico, o mesmo efeito criminógeno (talvez nenhum) que possui em relação ao delinqüente tradicional, tanto porque as técnicas de aprendizagem não podem ser transmitidas ou desenvolvidas na prisão, como porque não há motivos para se recluir eventuais efeitos negativos irreversíveis da experiência prisional, que, normalmente, decorre da estigmatização, da diferença social, da escassez de oportunidades e de uma imagem própria de criminoso⁵⁷⁰.

Na seara dos delitos econômicos, urge que se faça uma readaptação, quiçá uma inversão, no que se refere ao sistema punitivo, especificamente acerca do papel e do peso das penas de multa e de prisão, na medida em que aquela se apresenta como inadequada à prevenção geral, porque dificilmente irá implicar o não-incentivo para os demais delinqüentes econômicos. Tal como utilizada, a multa produz e potencializa claras situações de injustiça⁵⁷¹.

Concordando com Eisele, a eficácia dos efeitos preventivos da sanção criminal para os criminosos dessa natureza está mais na qualidade e modo de execução do que na quantidade, ou seja, atende-se aos fins mais legítimos da prevenção a aplicação de uma pena privativa de liberdade de curta duração, ao invés de outra longa, morosa e incerta⁵⁷².

Se é verdade que a prisão produz um efeito de intimidação sobre o recluso, criando um estímulo de adaptação às regras de vida em sociedade, de outro bordo também procede a consideração de que atinge a personalidade, favorecendo a aprendizagem de novas técnicas criminosas⁵⁷³. Dessa última conseqüência, negativa, o criminoso econômico, intui-se e já se noticiou, está imunizado.

Assiste razão à Baratta⁵⁷⁴ quando diz que as leis penais [também as decisões que as aplicam] não são iguais para todos, pois o *status* de *criminoso* se aplica de forma desigual em relação aos sujeitos, independentemente do dano social das ações ou da gravidade das infrações à lei penal cometidas por eles. A igualdade se verificaria se todos os autores de condutas anti-sociais e que violassem normas penalmente sancionadas corressem iguais

⁵⁷⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Breves Considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em Direito Penal Econômico*. In: *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 383.

⁵⁷¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre a Concepção e os Princípios do Direito Penal Econômico*. In: *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 360.

⁵⁷² EISELE, Andreas. *Crimes contra a Ordem Tributária*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 26.

⁵⁷³ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 46.

⁵⁷⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia y Sistema Penal*. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2004, p. 359-60.

riscos, e com as mesmas conseqüências (proporcionais aos efeitos), de se converterem em sujeitos do processo de criminalização.

Não se afasta (ao contrário, ora se ratifica) a necessidade de que os casos sejam examinados com suas peculiaridades. Contudo, à exceção de raríssimos casos, enquanto para crimes tradicionais a jurisprudência tem entendido – como regra – não estarem presentes os requisitos legais para ulterior substituição da pena privativa por restritivas de direitos⁵⁷⁵, para os crimes econômicos a tônica pende exatamente para direção oposta^{576 577}.

⁵⁷⁵ PENAL. FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA [...] PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO IRRISÓRIO (AVALIADO EM R\$ 160,00). ... SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR *RESTRITIVA DE DIREITOS. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL*. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. RÉU REINCIDENTE. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO REGIME ABERTO. (ART. 33, § 2º, ALÍNEA C, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. [...] 2. Não há como aplicar o princípio da insignificância, pela mera constatação do valor do objeto material do delito, qual seja, furto de energia elétrica avaliado em R\$ 160,00. [...] 5. Não obstante o § 3º do art. 44 do Código Penal admita a concessão da substituição ao réu reincidente, quando não se trate de reincidência específica, ou seja, condenação pela prática do mesmo delito, deve estar presente os demais requisitos previstos nos incisos I e III do referido dispositivo legal, exigindo, ainda, que a medida seja socialmente recomendável, o que não se verifica na espécie. 6. Segundo os critérios legais e a jurisprudência desta Corte, sendo o réu reincidente, não cabe a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena. 7. Recurso especial não conhecido." (*Recurso Especial nº 689.178-SP, julgado em 04/04/2006, DJU 24/04/2006*)

"PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO-INCIDÊNCIA. OBJETO MATERIAL QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO DESPREZÍVEL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Segundo a melhor doutrina, o princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, o que consagra o postulado da fragmentação do direito penal. 2. Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico. 3. Diante da inexistência de regra expressa definindo, para a finalidade em apreço, o que seja "valor insignificante", aplicável, em sua teleologia, a diretriz resultante do art. 335 do Código de Processo Civil, a saber: "Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial". 4. Considerando a nossa realidade sócio-econômica, em que metade da população ocupada do Brasil tem rendimento (médio mensal de todos os trabalhadores) de 1/2 a 2 salários mínimos (dados do IBGE - indicadores sociais de 2002), **não se pode admitir que R\$ 75,50 seja considerado um valor irrisório, ínfimo**. 5. Recurso especial provido." (*Recurso Especial nº 680.591-SP, unânime, julgado em 06/06/2006, DJU em 26/06/2006 – No caso, furto qualificado, de uma escola estadual, de 10 kg de carne moída, 2 kg de salsichas e 15 kg de frango – condenados a 2 anos e 8 meses de reclusão*)

⁵⁷⁶ CRIME CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. Trata-se de apelação criminal interposta por empresários de indústria calçadista, contra sentença que os condenou às penas de três anos e nove meses de reclusão e duzentos dias-multa, no valor unitário de dois salários mínimos atualizados, pela prática do delito do art. 168-A, § 1º, I, c/c art. 71, ambos do CP (*deixaram de recolher ao INSS valores da ordem de 565 mil*, relativos a alguns meses dos anos de 1997 e 1998). Os apelantes requereram, entre outros, a substituição da pena imposta, que o juiz *a quo* havia deixado de fazer, ante a magnitude dos valores envolvidos. A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, para reduzir o número de dias da pena pecuniária, mantendo o valor unitário, e *substituir as penas privativas de liberdade por duas restritivas de direito*, quais sejam: prestação de serviços à comunidade pelo tempo de duração da pena substituída e prestação pecuniária no valor de 300 salários mínimos, divididos pelo número de meses da pena substituída. Quanto à substituição da pena, a relatora entendeu que a magnitude do prejuízo é circunstância judicial a ser considerada quando da avaliação das conseqüências do delito, na dosimetria da pena, mas não são causa impeditiva da substituição". (*Apelação Criminal nº 1999.71.07.002940-4-RS, TRF/4ª Região, julgado em 18/11/2003*)

5.2.2. Considerações específicas

Não são esparsas as decisões que, em delitos econômicos, defendem – seguidamente sem maior enfrentamento e fundamentação, no máximo com remissão a ementas de outros julgados - que a pena privativa deve ser substituída por prestação de serviços e/ou penas pecuniárias porque: a) primeiro, se estaria atendendo à necessidade da prevenção e aos objetivos ressocializantes, estimulando-se e permitindo-se melhor readaptação do apenado no seio da comunidade (pois viabilizado o cumprimento da pena e a jornada normal de trabalho); b) segundo, a prestação pecuniária reverteria em proveito da própria sociedade.

Como se defende, as premissas de tais raciocínios não se encontram com as melhores balizas para permitir sustentação necessária frente ao sistema jurídico se interpretado sistemicamente.

A legislação penal vigorante (infraconstitucional) permite a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos (prestação pecuniária; perda de bens e

“PENAL. OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUTORIA. MATERIALIDADE. DOLO. DIFICULDADES FINANCEIRAS NÃO COMPROVADAS. [...] 7. O fato de o réu responder a outra ação penal, segundo entendimento dessa Turma, configura maus antecedentes. [...] 9. *Embora o condenado apresente maus antecedentes, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, as quais, conforme o § 2º do art. 44 do CP, consistirão em prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas a ser definida pelo juízo da execução, e prestação pecuniária no valor mensal de 01 salário mínimo, pelo período de 2 anos e 5 meses.* 10. Tendo em vista o conjunto das circunstâncias judiciais em relação ao condenado, resta o número de dias-multa fixado em 60, no valor unitário de 1/10 do salário mínimo vigente ao tempo do último dos fatos, corrigido desde então, valor esse suficiente à repressão da infração praticada, sobretudo levando em consideração que a defesa não logrou demonstrar que o réu encontrava-se em situação financeira precária. 11. *Apelação provida.*” (ACR nº 1999.71.00.030531-5/RS, TRF/4ª Região, julgado em 13/05/2003, publicado no DJU em 18/05/2003, p. 593)

⁵⁷⁷ Este tratamento diferenciado – e em nossa compreensão, *maxima venia*, sem critério racional - também é verificado quando se trata de aferir o Princípio da Insignificância, consoante dois julgados oriundos da mesma composição de magistrados:

“PENAL. CRIME AMBIENTAL CONTRA A FAUNA MARINHA. PESCA EM LOCAL PROIBIDO. ART. 34 DA LEI Nº 9.605/98. ILHA DE GALÉ. RESERVA BIOLÓGICA MARINHA DO ARVOREDO. ESTADO DE SANTA CATARINA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADOS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 1. Quem pesca em lugares interditados pelo órgão competente comete o delito previsto no art. 34 da Lei nº 9.605/98. Hipótese em que o agente foi flagrado quando submergia com dois peixes amarrados à cintura, dentro da Reserva Biológica Marinha do Arvoredo, área de proteção ambiental, sujeita a regime especial de uso, conforme dispõe o Decreto nº 99.142, de 12 de março de 1990. 2. Ainda que pequena a quantidade obtida com a pesca proibida (dois peixes de 900 gramas cada), não se pode, em tema de delito ambiental, aplicar o princípio da insignificância. O bem jurídico tutelado, na hipótese, é a higidez do meio ambiente, insuscetível, ao menos diretamente, de avaliação econômica.” (Apelação Criminal nº 2002.72.08.002261-6-SC, TRF/4ª Região, julgado em 16/08/2006, DJU 30/08/2006)

“DIREITO PENAL. LEI 8.212/91, ART. 95, "D". PRESCRIÇÃO PARCIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA JURÍDICA. (...) 2. Com apoio no princípio da insignificância jurídica, a infração formalmente típica pode ser considerada delito de bagatela, quando o dano resultante não causa impacto no objeto material do tipo penal. Na hipótese em debate, no que pertine às competências remanescentes, o ilícito perpetrado causou ínfima lesão (R\$ 3.461,14) ao bem jurídico tutelado pela norma, tornando atípica a conduta imputada na inicial (art. 386, III, do CPP). Precedentes. (...)” (Apelação Criminal nº 2001.71.05.006239-3-RS, TRF/4ª Região, unânime, julgado em 23/08/2006, DJU 30/08/2006)

valores; prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos e limitação de finais de semana – artigo 43 do Código Penal), desde que atendidos os requisitos específicos do artigo 44 do Código Penal.

Em relação ao inciso I do artigo 44 do Código Penal, na redação que lhe deu a Lei nº 9.714, de 25/12/1998, se exige que a pena privativa não seja superior a quatro anos⁵⁷⁸ e o crime não tenha sido cometido “com violência ou grave ameaça à pessoa, ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo”. Tratando-se de delitos econômicos, marcados pela natureza dolosa das condutas, a parte final não é aplicável. O requisito objetivo está na pena privativa, que não pode ser superior a quatro anos⁵⁷⁹. O único elemento que demanda interpretação é o de que o fato não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça à

⁵⁷⁸ Nada obstante, sob a ótica deste requisito objetivo, a jurisprudência tem criado situações paradigmáticas. Por suas características, os delitos econômicos são praticados de forma continuada. Especialmente quanto aos delitos previstos no artigo 168-A do Código Penal, as condutas se estendem por vários meses, às vezes anos, ensejando a instauração de diversos processos criminais, malgrado, na prática, se vislumbre situação de continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal). Instaurados diversos processos criminais, em havendo condenação, se deverá fazer ulterior unificação de penas nos termos do artigo 111 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210). No âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, conforme entendimento pacificado no julgamento do Agravo em Execução Penal nº 2003.71.08.005124-2/RS, publicado no DJU de 11/02/2004, “é inviável em sede de execução penal reverter a substituição das reprimendas privativas de liberdade por restritivas de direito, determinada em cada processo autônomo, considerando que o limite do juízo da execução, frente ao comando do art. 111 da LEP, encontra-se bastante restrito nos processos penais transitados em julgado, onde já consolidado e integrado ao patrimônio jurídico do réu o direito à substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direito, situação essa constante nos autos”, de modo que “a conversão das penas restritivas de direitos em privativas de liberdade, pelo juízo executório, se encontra adstrita ao eventual descumprimento das restrições impostas pelo art. 44, §4º do CP ou quando configuradas as hipóteses previstas pelo art. 181 da LEP, cumprindo-se privilegiar os parâmetros da coisa julgada.” Por intermédio desta construção, se está negando vigência tanto ao inciso I do artigo 44 do Código Penal, como ao artigo 111 da Lei de Execuções Penais, cuja redação deste é a seguinte: “Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição. Sobrevindo nova condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime”. Embora a regra se refira apenas a “determinação do regime”, a interpretação não pode ser estanque, isolada. Na verdade, se defende que não se pode falar em “coisa julgada”, na medida em que todos os crimes devem ser considerados como continuação do primeiro. Realizada a unificação, estando o novo patamar superior a 4 anos, inviável se manter a substituição anteriormente reconhecida, por manifesta incompatibilidade ao inciso I do artigo 44 do Código Penal. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, já há julgados (v.g. Recurso Especial nº 680.663-RS, publicado no DJU em 24/04/2006), acolhendo tal tese jurídica, cujo aresto ficou assim resumido em sua ementa (que guarda fidelidade com a matéria decidida, feito no qual ao réu, após unificação, se impôs uma pena privativa de liberdade de 4 anos e 7 meses de reclusão): “PENAL. RECURSO ESPECIAL. RÉU CONDENADO EM PROCESSOS DISTINTOS. PENAS CORPORAL E RESTRITIVA DE DIREITOS. UNIFICAÇÃO PELO JUÍZO DE EXECUÇÃO. REVOGAÇÃO DAS PENAS SUBSTITUTIVAS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. [...] Se o réu obteve condenações distintas, onde, em qualquer delas foi determinada a substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos, não pode o juiz da execução, no momento da unificação, revogar a pena restritiva transformando-a em pena prisional. Recurso desprovido.” A decisão reconheceu, em suma, que “ao Juiz da execução penal não é conferido poder para deliberar de forma diversa do Juiz da condenação, sob pena de afrontar os limites da coisa julgada, eis que já restou consolidado e integrado ao patrimônio jurídico do réu, por decisão judicial definitiva, o direito à substituição das penas carcerárias por sanções restritivas de direito”. Registre-se, apenas a título de informação, que tal interpretação se verifica unicamente em relação aos delitos econômicos, nada existindo acerca de outros delitos em situações idênticas.

pessoa. Depreende-se, a redação é vinculada, na sua criação, em princípio, à repressão de delitos contra a pessoa ou contra o patrimônio individual quando exercida violência sob a visão *clássica*, tradicional, desse elemento normativo.

Já se defendeu anteriormente ser função do intérprete debruçar-se sobre o texto legislado e perscrutar os caminhos que dele advêm. Numa visão Gadameriana, a compreensão do texto reclama que se faça uma revisão constante sobre o conteúdo do texto positivado. Além disso, há de se fazer tal processo com *visão contemporânea*, frente à realidade dos fatos e segundo os conteúdos axiológicos vigentes na Constituição, a ordem maior.

Quer-se dizer com isso que o conteúdo axiológico da expressão *violência* inserta na lei precisa ser contextualizada. Nas condutas em si, não consegue se apurar a presença do elemento violência, porque crimes desse jaez são praticados sob o manto de proteção de arquitetados planos contábeis, de procedimentos escusos e não-públicos, sem ataque *direto e visível inicialmente* a qualquer pessoa. Há de se considerar que os bens jurídicos macrossociais, ligados ao funcionamento do sistema, estão em relação teleológica com os bens que constituem sua base de existência, os bens microssociais. Estando aqueles a serviço destes, a funcionalidade do sistema é vital para a proteção dos próprios bens jurídicos microssociais ⁵⁸⁰. A despeito de posicionamentos em contrário ⁵⁸¹, desse silogismo deflui que, em face de suas conseqüências, não se pode negar *delitos econômicos* especialmente graves causam aumento das desigualdades sociais, fomento de mais miséria e violência nas camadas mais baixas da população, por conta da exclusão social que daí decorre ⁵⁸². De modo mais objetivo possível: a *violência haverá de ser medida*, sobremaneira, *pelos resultados* da conduta criminosa, e não pela conduta propriamente dita ⁵⁸³.

O inciso II do artigo 44 do Código Penal também é objetivo, reclamando apenas que o réu não seja reincidente em crime doloso ⁵⁸⁴.

⁵⁷⁹ Embora se encontre julgado que, mesmo superado este limite, acabou por reconhecer possível a substituição das penas privativas por restritivas de direitos. Confira-se o Agravo em Execução Penal nº 2004.71.09.002225-5-RS, TRF/4ª Região, julgado em 21/06/2005, publicado no DJU em 29/06/2005.

⁵⁸⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Perspectivas Atuais do Direito Penal Econômico*, Fascículo de Ciências Penais, Porto Alegre, a. 4, v. 4, n. 2, p. 5.

⁵⁸¹ Habeas Corpus nº 5.693-RJ, STJ, publicado no DJU em 16/06/97; Recurso em Habeas Corpus nº 3.262-RS, STJ, publicado no DJU em 15/12/1993.

⁵⁸² “Não se deve desprezar que a criminalidade do colarinho branco se constitui em fomento da própria criminalidade chamada comum”. MASSUD, Leonardo. *O Crime do Colarinho Branco, numa perspectiva criminológica*. Revista dos Tribunais, ano 94, v. 833, mar.2005, p. 446.

⁵⁸³ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O Crime do Colarinho Branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 102 e 211. Ferreira da Cunha, por sua vez, diz que a análise dos efeitos das condutas é essencial para se apurar o grau da lesão diante da realidade social. CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 141.

⁵⁸⁴ Observe-se que, nos termos do inciso I do artigo 64 do Código Penal brasileiro, para efeito de reincidência não prevalece condenação anterior se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior

Por fim, o inciso III impede a substituição da pena privativa se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente (requisitos subjetivos).

Como regra, consoante já sustentado, pelas circunstâncias e pela culpabilidade (normalmente elevada), aos delitos econômicos não se mostra como suficiente a substituição por restritivas de direitos para se atingir os efeitos de prevenção geral. Penas pecuniárias e prestação de serviços à comunidade⁵⁸⁵, via de regra, não cumprem sua finalidade, pelos argumentos já declinados, não sendo suficientes para a prevenção (reitere-se: sua função intimidatória estaria limitada a obter um respeito da ordem jurídica e especial) que reclama esse tipo de delinquência.

5.3 PRISÕES PREVENTIVAS E DELITOS ECONÔMICOS: QUAIS OS PRESSUPOSTOS ?

Realizada a devida parametrização à luz dos princípios sustentadores da ordem constitucional acerca do bem jurídico protegido nos delitos econômicos⁵⁸⁶, das conseqüências deles advindos e da personalidade típica de seus agentes, impende adentrar noutra proposição específica: a contextualização e compatibilização – em que limites e mediante quais fundamentos – para a análise do cabimento das prisões preventivas para situações desse jaez.

Essencial reiterar que a Constituição, sendo um ordenamento de *maior* conteúdo, deve influir sobre o do direito comum, inclusive de natureza processual penal. Tal premissa repercute sobre a denominada interpretação conforme a Constituição⁵⁸⁷, que influi sobremaneira sobre os conceitos jurídicos indeterminados, inclusive da legislação

tiver decorrido período superior a 5 anos, aí computado o período de prova da suspensão ou livramento condicional, se inexistente revogação desses benefícios. Destaca-se, ainda, não se poder confundir reincidência com maus antecedentes.

⁵⁸⁵ O § 2º do artigo 44 do Código Penal determina que, nas condenações inferiores a 1 (um) ano, a substituição poderá ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a 1 (um) ano, será substituída por pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direito.

⁵⁸⁶ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 145.

⁵⁸⁷ Como diz García de Enterría, “la interpretación de una norma conforme a la Constitución es, pues, *acomodar* su contenido a los principios y preceptos de la Constitución”. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución Española de 1978 como Pacto Social y como Norma Jurídica*. Revista de Direito do Estado, ano 1, nº 1, jan./mar/2006, p. 21.

infraconstitucional, de modo que devem ser interpretados levando em consideração o significado dos bens jurídicos constitucionais ⁵⁸⁸.

Dispõe o artigo 312 do Código de Processo Penal que “a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. Também a regra do artigo 30 da Lei nº 7.492/86 prevê que “sem prejuízo do disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal, [...] a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta Lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada”.

Da primeira disposição, extrai-se a necessidade primaz de que esteja demonstrada a existência do crime (materialidade) e os indícios suficientes da autoria, requisitos estes que se identificam com aqueles exigidos para o recebimento da ação penal.

A conveniência da instrução criminal normalmente se configura quando os investigados ou acusados, pessoalmente ou por intermédio de terceiros, estejam praticando atos que possam prejudicar e até inviabilizar a apuração dos fatos, notadamente a influência em testemunhas, não raro mediante ameaças, e a coleta das provas ⁵⁸⁹.

Controvérsias estabelecidas encontram-se, porém, na análise do significado e extensão das expressões “ordem pública”, “ordem econômica” e “para assegurar a aplicação da lei penal”. Seus conteúdos são abertos.

É necessário acorrer novamente ao modo proposto por Gadamer, no sentido de que, para se compreender o que consta no texto legal, se demanda a elaboração de um projeto prévio acerca de seu conteúdo e revisá-lo, se necessário, na medida em se que descobre o sentido do texto adaptado à realidade em que se está no momento da realização da exegese. Portanto, o intérprete não pode-se manter afastado do mundo e dos fatos que o circundam, desenvolvendo um pensamento abstrato e que diste da realidade, se não se aproveita o silogismo para solucionar os problemas graves que reclamam decisões no *mundo dos fatos*. O sentido do texto se dá a partir do modo de *ser-no-mundo* no qual está inserido o intérprete. E a busca desses *sentidos* precisa dar-se mediante uma compreensão do todo a partir do individual e deste a partir do todo. Como diz Juarez Freitas, “ainda quando se esteja examinando, em

⁵⁸⁸ TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*. Barcelona: PPU, 1993, p. 135.

⁵⁸⁹ Habeas Corpus nº. 2005.04.01.015395-9-RS, TRF/4ª Região, 8ª Turma, julgado em 18/05/2005, publicado no em DJU 01/06/2005.

aparência, uma norma isolada, esta só poderá ser bem compreendida na relação mútua com as demais”⁵⁹⁰.

No âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal tem compreendido que o fundamento da garantia da ordem pública não é idôneo quando alicerçado na credibilidade da Justiça, na gravidade do crime ou ainda em razão do denominado *clamor público*. De igual bordo, circunstâncias judiciais como os motivos, frieza, premeditação, emprego de violência exacerbada (quando se trate de *criminalidade tradicional*) e o desprezo pelas normas que regem a vida em sociedade também não conferem, por si sós, bases concretas a justificar a exigência de garantia da ordem pública, podendo refletir, se for o caso, na ulterior fixação de pena⁵⁹¹. Segundo a Corte Suprema, ainda, a garantia da ordem econômica não pode fundar-se apenas na magnitude da lesão causada (uma das conseqüências da gravidade de determinados delitos)⁵⁹². Há decisão também que reconhece que não se pode aferir a reiteração criminosa com fundamento em ações penais não transitadas em julgado, porque “não poderiam repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído”⁵⁹³. Nesse último julgado, concluiu-se também que a alusão à ameaça à livre concorrência não passaria de artifício retórico quando não dito no que ela consistiria, sobretudo, no caso analisado, porque “todos os ativos e bens do paciente foram bloqueados e tornado indisponíveis”, o que tornaria insubsistente a afirmação judicial. Tem-se reconhecido, porém, que a garantia da ordem pública compreende a possibilidade de decretação da preventiva com a finalidade de evitar que o acusado pratique novos delitos ou atente contra a incolumidade física de pessoas, especialmente daquelas que possam estar colaborando com a Justiça⁵⁹⁴.

Sob a ótica tradicional do conceito de *ordem pública*, a prisão cautelar se justificaria na necessidade de se evitar a reiteração criminosa pelo agente^{595 596}, fazendo-se compreender

⁵⁹⁰ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p.77.

⁵⁹¹ Habeas Corpus nº 88.535-7-PE, 2ª Turma, julgado em 16/05/2006, publicado no DJU em 02/06/2006; Habeas Corpus nº 80.717, STF, Plenário.

⁵⁹² Habeas Corpus nº 85.615-RJ, 2ª Turma, julgado em 13/12/2005, publicado no DJU em 03/03/2006; Habeas Corpus nº 85.519-9-PR, Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, julgado em 13/12/2005, publicado no DJU em 18/03/2006.

⁵⁹³ Habeas Corpus nº 86.620-4-PE, 1ª Turma, julgado em 13/12/2005, publicado no DJU em 16/02/2006.

⁵⁹⁴ Habeas Corpus nº 84.680-7-BA, 1ª Turma, julgado em 14/12/2004, publicado no DJU em 15/04/2005.

⁵⁹⁵ Hassemer não comunga da possibilidade da utilização da preventiva como forma de evitar a reiteração, senão apenas quando ocorra fuga, perigo de fuga ou para garantir a apuração da averiguação da verdade processual. HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. 2.ed. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1998, p.116 e 127.

⁵⁹⁶ Questão de veras *interessante* pode ser verificada em discussão pendente nos autos do Habeas Corpus n. 81.134, perante o Supremo Tribunal Federal. Determinado administrador deixou de recolher contribuições previdenciárias descontadas dos salários de seus empregados (art. 95, 'd', da Lei 8.212/91 / art. 168, § 1º, I, do

também no âmbito social que atitudes que justifiquem o encarceramento preventivo não podem ser toleradas a ponto de se manter, mesmo assim, o infrator em liberdade.

A *ordem econômica* nada mais seria do que uma compreensão específica da *ordem pública*, tendo sido introduzida no ordenamento pátrio por força do artigo 86 da Lei nº 8.884, de 11/06/1994. A prisão preventiva se justificará quando a conduta, diante das circunstâncias específicas, tiver por finalidade a proteção da ordem econômica, que é regulada pelos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência e repressão do abuso do poder econômico, dentre outros⁵⁹⁷. A norma (autônoma) do artigo 30 da Lei nº 7.492/86 prevê a possibilidade de prisões cautelares tão-somente em face da magnitude das lesões causadas nos delitos nela previstos, embora possa ser enquadrada também na previsão (geral) da própria *ordem econômica*.

Por fim, a garantia da aplicação da lei penal está jungida à necessidade de que, no futuro, se tenha a certeza – ou ao menos, razoável probabilidade – de que a decisão judicial condenatória poderá ser materialmente executada. Vê-se aqui normal ligação – embora não só – à possibilidade de evasão do investigado, processado ou condenado, garantindo-se a autoridade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Código Penal), IRRF retido (art. 2º, II, L. 8.137/90), IPI (art. 2º, II, L. 8.137/90) cobrado de terceiros e incorreu em fraude na atualização de créditos do IPI (art. 1º, II, L. 8.137/90). As práticas se deram de forma reiterada, na administração de várias empresas pertencentes ao mesmo grupo, por mais de 8 anos. Responde a 22 ações penais. À época, sem os consectários legais, os prejuízos causados ao erário público eram de aproximadamente R\$ 35.000.000,00. Foram expedidas três sentenças condenatórias, uma com confirmação pelo TRF/4ª Região. Em razão disso, pretendendo a reunião de todas as ações (tão-somente essa era a discussão), formulou pleito em sede originária. Indeferido, ajuizou *writ* perante o TRF/4. Improvido, novo *Habeas corpus* ao STJ (HC nº 15.878-RS). Com liminar concedida, os autos restaram paralisados por alguns meses. A segurança, ao final, foi denegada. Novo *writ*, agora perante o Supremo Tribunal Federal, sob o nº 81.134, porque as ações penais retomaram seus cursos normais. A impetração data de 05/07/2001, e a liminar restou indeferida em 06/07/2001. Tendo sido condenado em nova ação penal neste interregno, expediu-se mandado de prisão, porque reconhecidos presentes os requisitos do artigo 594 do CPP, de forma minuciosamente fundamentada. Ao invés de ser pleiteado *writ* perante o TRF, para atacar eventual ilegalidade do ato do juízo monocrático, limitou-se a *comunicar o dado novo* (expedição da ordem de prisão para apelar) ao STF. A liminar, *per saltum*, foi deferida em 21/08/2001, pela presidência da Corte em férias regimentais. Parecer da Procuradoria-Geral em 05/04/2002 pela denegação. Com pedido de vista desde 14/09/2004, os autos pendem e julgamento. Algumas ações penais, paralisadas desde 2001, já se encontram prescritas. Disponível em www.stf.gov.br/processos. Acesso em 24 jul. 2006.

⁵⁹⁷ Consta no artigo 1º da Lei nº 8.884: Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.”

5.3.1 Considerações específicas

No contexto geral, tem-se que a compreensão da Corte Suprema acerca da interpretação dos requisitos das prisões cautelares *não* tem trilhado o *melhor* caminho, mormente em se tratando de delinqüência econômica.

Entretanto, é de um julgado do próprio Supremo Tribunal, Habeas Corpus nº 80.717-SP, que se pode extrair o ponto nodal das divergências assentadas naquele areópago acerca dos valores conteudísticos insertos nas expressões *ordem pública e magnitude da lesão*⁵⁹⁸.

O voto-condutor do pensamento minoritário defendeu que a prisão preventiva importava em antecipação de pena, com violação ao princípio constitucional de inocência. Além disso, não aceitou que a cláusula do artigo 30 da Lei nº 7.492/86 “sem prejuízo do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal” possa se constituir em razão autônoma para a cautelaridade do recolhimento, mas apenas quando, em decorrência dela, se concretizem os requisitos (tradicionais) da prisão preventiva. Concluiu, ainda, que o caso em voga não passava de “mais um triste episódio malversação de fundos públicos pela junção de um desonesto a empreiteiros inescrupulosos.”

Em divergência, o voto que refletiu o pensamento majoritário sustentou a possibilidade da segregação cautelar em face da magnitude do dano, bem assim que “o réu que evade dá razões que justificam sua custódia cautelar. [...] Quem foge uma vez, tendo razões mínimas para fazê-lo, provavelmente fugirá uma segunda vez, tendo razões maiores para fazê-lo. Mormente sendo alguém de grandes recursos econômicos”. Além disso, reconheceu que, para a decretação da preventiva, é suficiente um juízo de risco, não de certeza, pois, se fosse necessário esperar que acontecesse o dano social e jurídico que a lei pretende obstar, não haveria sentido em existir a medida preventiva. Outro voto, complementando os argumentos expostos, também denegou o *writ* porque a “magnitude da lesão causada é um elemento para esse tipo de ilícito específico contra o sistema financeiro e a ordem pública. Ou seja, além dos pressupostos é possível se decretar a prisão provisória nos

⁵⁹⁸ Excerto da ementa, no que interessa ao debate, está assim redigido: “HABEAS CORPUS. [...] PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP PREENCHIDOS. APLICAÇÃO DO ART. 30 DA LEI 7.492/86. [...] 4. Verificados os pressupostos estabelecidos pela norma processual (CPP, art. 312), coadjuvando-os ao disposto no art. 30 da Lei 7.492/86, que reforça os motivos de decretação da prisão preventiva em razão da magnitude da lesão causada, não há falar em revogação da medida acautelatória. A necessidade de resguardar a ordem pública revela-se em consequência dos graves prejuízos causados à credibilidade das instituições. Habeas corpus indeferido.” (Habeas Corpus nº 80.717-8-SP, Relator originário Ministro Sepúlveda Pertence, Relatora para o acórdão Ministra Ellen Gracie. Plenário, por maioria, vencidos os Ministros Relator, Ilmar Galvão, Celso de Mello e Marco Aurélio. Julgado em julgado em 13/06/2001 e publicado no DJU em 05/03/2004). Confira-se o inteiro teor do julgado em http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp. Disponível em 10 jul. 2006.

crimes previstos na Lei nº 7.492/86 pelos motivos do art. 312, mesmo que não haja magnitude de lesão causada”.

Procede a advertência de que, hodiernamente, em face da revolução tecnológica que não se poderia imaginar há sessenta e cinco anos, quando editado o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 03/10/1941), os meios de comunicação em massa podem propiciar, certas vezes, a *criação* de clamor social totalmente desmensurado da realidade. Contudo, em face da democracia vigente, em contrapartida, fatos graves têm vindo ao conhecimento da sociedade exatamente em razão de procedimento de publicização segundo os preceitos constitucionais. Essa *filtragem* é parte do processo hermenêutico, de modo que o intérprete não pode-se “isolar” do contexto social, pois está ancorado na faticidade e na historicidade. O intérprete não pode-se separar da realidade socioeconômica⁵⁹⁹, devendo conferir sentido ao texto a partir do modo de *ser-no-mundo* no qual está inserido.

Importante vincar novamente que não se defende que a prisão preventiva deva ser utilizada de forma indiscriminada em relação aos delitos econômicos. Disso aqui não se trata. De outro bordo, não se percebe violação ao princípio constitucional da presunção de inocência se, mediante análise meticulosa e detalhada dos requisitos legais (com o espectro que lhes dão os valores e princípios constitucionais), concluir o hermenuta pela necessidade da constrição cautelar. Ressalta-se, ainda, que nesse mister não se pode acorrer apenas ao teor de *ementas*, mas, sim, mediante a declinação de fundamentos justificantes do silogismo jurídico.

Diante de tais ponderações, é fundamental ratificar, para a devida contextualização, no tempo e no espaço, algumas características da delinquência sob exame, que distam, na grande maioria, dos pressupostos dos *delitos tradicionais*: a) a delinquência econômica tem por característica, salvo exceções, a produção de efeitos muito mais nefastos do que a criminalidade tradicional, repercutindo diretamente na ordem social e inviabilizando (também por isso) a consecução dos fins do Estado previstos na Constituição; b) esses delitos geram efetivamente uma concorrência desleal para com os demais que respeitam as condições gerais do ordenamento, não se constituindo tal dado em mero dado retórico; c) os crimes econômicos, especificamente aqueles que atingem a capacidade arrecadatória do Estado, acabam por repercutir seus efeitos diretamente em relação aos demais contribuintes, que,

⁵⁹⁹ Como se verifica, exemplificativamente, em voto-divergente no Habeas Corpus nº 80.717-8-SP, retrocitado, na parte em que se declina que “o clamor público não deve nortear os julgamentos”, que a “revolta popular não respalda a prisão preventiva”, bem como que “a hipótese não se amolda ao figurino ao artigo 312 do Código de Processo Penal, pouco importando, para mim, a repercussão que o episódio [...] teve na sociedade brasileira. A

mesmo agindo corretamente, passam a suportar também os ônus de sustentação em relação às quotas-partes daqueles que se evadiram mediante ação criminosa, violando-se frontalmente a solidariedade contributiva, sobre a qual repousa todo o sistema ⁶⁰⁰; d) agentes criminosos desse jaez têm personalidade marcada por traços egoísticos, agindo sem qualquer comedimento tão-somente para atingir seus fins de ganância em detrimento da coletividade; e) por suas próprias e ínsitas capacidades financeiras, a experiência retrata, os criminosos têm grande possibilidade de se valer de todos os meios para escaparem do aplicação da lei penal, atentando contra a dignidade e a própria credibilidade do sistema, especificamente do cumprimento das decisões emanadas do Poder Judiciário ⁶⁰¹; f) os delitos econômicos possuem

segurança jurídica pressupõe o enquadramento da espécie, sem qualquer retoque, sem qualquer outro elemento, no dispositivo legal.”

⁶⁰⁰ Nesta parte, consigne-se excelente ponderação da Ministra Ellen Gracie no julgamento do Habeas Corpus nº 84.923-7, que tratava de pedido de revogação de prisão preventiva de réus que haviam praticado reiteradas condutas de não-recolhimento de contribuições previdenciárias de forma reiterada no período de setembro de 1998 a janeiro de 2001 (artigo 168-A, § 1º, I c/c artigo 71, ambos do Código Penal): “se tivessem sido coibidas as práticas dessa ordem há mais tempo, não haveria necessidade de se imporem contribuições, agora, aos inativos”. Na mesma senda, Baltazar Júnior refere que há casos em que a omissão no recolhimento das contribuições previdenciárias se prolonga por anos, havendo, não raro, vários processos e até várias condenações do mesmo réu por fatos similares. Mesmo assim, persiste na senda delitiva, “revelando desprezo pela Justiça e acentuada tendência para o crime”. Nestas situações, especialmente da prática contumaz deflui a “periculosidade social do sujeito”, fundamento a justificar seu acautelamento preventivo. JUNIOR, José Paulo Baltazar. *O crime de omissão no recolhimento de contribuições sociais arrecadadas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 198.

⁶⁰¹ No Habeas Corpus nº 80.288 requereu-se perante o Supremo Tribunal Federal medida liminar contra o indeferimento de outra em *writ* impetrado junto ao Superior Tribunal de Justiça, este, por sua vez, judicializado contra a negativa de liminar em *writ* perante Tribunal Regional Federal. O caso tratava de prisão preventiva em face de graves crimes contra o sistema financeiro e contra a administração pública praticado por várias pessoas, dentre elas o paciente, causando-se prejuízos ao Banco Central do Brasil de R\$1.574.805.000,00 (hum bilhão, quinhentos e setenta e quatro milhões, oitocentos e cinco mil reais). Distribuídos os autos em 11/07/2000, o Ministro-Presidente do Supremo Tribunal Federal declinou, resumidamente, que: a) “exige-se do Judiciário a equidistância, a atuação desapaixonada, buscando, assim, o restabelecimento da paz jurídica momentaneamente abalada”; b) “o instituto da prisão preventiva coloca-se no campo da absoluta excepcionalidade”; c) “O fundamento da magnitude da lesão está umbilicalmente ligado a algo que diz respeito à decisão final da ação penal, ou seja, à imposição da pena”, de modo que “a norma do artigo 30 da Lei nº 7.492/86 não resiste ao mais flexível exame sob o ângulo jurídico, à luz do sistema pátrio de persecução criminal”; d) “o balizamento temporal do artigo 5º da Lei nº 9.296/96 [que trata do período de renovação de escutas telefônicas] não pode ser ultrapassado, pouco importando a repercussão do crime perpetrado. O prazo de quinze dias, renovável apenas por igual período, deve ser observado [...]”; e) “no tocante à possibilidade de o paciente deixar o Brasil, também inexistente base maior para chegar-se à posição limite, que é a referente à custódia antes de a culpa estar formada. De início, qualquer acusado pode evadir-se, pode deixar o distrito da culpa, arcando com as conseqüências próprias. É certo que o Paciente é de nacionalidade italiana, sendo naturalizado brasileiro. Todavia, possui raízes no País, para aqui tendo vindo em tenra idade e se estabelecido, constituindo família e se projetando no campo profissional escolhido. O receio de viagem sem volta ao exterior – já que a Itália, tal como o Brasil, de regra não agasalha extradição de nacional – pode ser neutralizado por outros meios, notando-se a eficiência de nossa Polícia de Portos.” Ao final, a liminar foi deferida para garantir ao paciente o direito de aguardar, em liberdade, o julgamento do *habeas corpus* impetrado junto ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região - *Habeas Corpus* nº 2000.02.01.0357605. O paciente foi solto. Em 19/07/2000, o relator originário do processo reconsiderou a decisão, cassando a liminar deferida. O paciente fugiu. Os advogados desistiram do *writ* em 09/08/2000. O feito está arquivado desde 29/08/2000. O paciente se encontra homiziado na Itália até os dias atuais, restando inviável sua responsabilização penal no país pelos fatos. Sua condenação, pendente de recurso, foi proferida em abril de 2005: pena de 13 anos e 6 meses de reclusão. Disponível em <http://www.stf.gov.br/processos>. Acesso em 10 jul. 2006. Confirma-se, também, Jornal Zero Hora, Porto Alegre/RS, dia 05/04/2005, p. 31.

grande repercussão social, especialmente em países – hipótese pátria – em que vigora sentimento – notório – de impunidade em relação a crimes desse jaez, podendo ocasionar o denominado *efeito espiral*, traduzindo-se em grande descompasso social em face da não-observância ao ordenamento vigente, configurando-se, por isso, as hipóteses de ofensa à ordem pública, à ordem social e também à ordem econômica.

Partindo dessas premissas, regra geral, as conclusões a que se pode chegar é que, em relação aos delitos econômicos: a) as concepções de ordem pública e ordem econômica demandam a consideração dos efeitos nefastos que esse tipo de agir causa ao sistema e à

Mesmo assim, o *wri*, perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Habeas Corpus nº 2000.02.01.035760-5-RJ, foi julgado e denegado. A ementa contém o seguinte teor: “CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. MERCADO FINANCEIRO. ESPECULAÇÃO. CASO DE GRANDE REPERCUSSÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CLAMOR PÚBLICO. A isenção do Poder Judiciário, na prática de seu mister, está acima dos julgamentos promovidos pela imprensa. O Direito Constitucional da liberdade individual é o primeiro bem maior após o direito à vida, e só pode ser obstado com a sentença penal irrecorrível. Diferentemente da prisão penal, a custódia preventiva tem natureza processual e, por ser uma medida cautelar com a finalidade de manutenção da ordem pública e garantia da aplicação da lei penal, necessita apenas do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Apostar, a descoberto, no mercado, aproximadamente 16 vezes o seu patrimônio líquido e já insolvente, comprar 2.300 contratos mais 1300 swaps, agravando a insolvência, bem como socorrer Empresa do mesmo controlador, com repatriamento do resultado da operação financeira em favor deste, salvaguardando patrimônio pessoal no exterior são evidências a configurar o *fumus boni iuris* em favor da manutenção da prisão preventiva: *O periculum in mora* encontra-se no fato de que o prejuízo aos cofres públicos da ordem de 1,5 bilhão de reais e a lesão a centenas de credores, com a conivência de agentes do serviço público, ofende a penúria dos pobres e os agride a cada vez que é noticiada, soando nos lares como impunidade. Diante das contundentes provas, e de tamanha miséria a assolar grande parte da população que não tem acesso ao dinheiro público, nem às benesses correspondentes, a liberdade do paciente compromete a ordem pública. O Poder Judiciário não pode permitir que o processo seja usado para acobertar o crime sob pena de conivência com ele. O Direito existe para proteger os cidadãos e não para garantir a impunidade. Põe em risco o cumprimento da lei penal, também, o fato de ter o paciente dupla nacionalidade (Brasileira e Italiana) e a inexistência de tratado de extradição com a Itália. Configuradas as condutas criminosas e demonstrados os indícios veementes de autoria é de se manter a custódia preventiva.”

Dos fundamentos do voto-condutor, extraem-se também alguns excertos, a saber: “Quanto à [...] magnitude da lesão – por envolverem os fatos um prejuízo para o erário na ordem de R\$ 1.574.805.000,00 [...], sem sombra de dúvida é despidendo falar-se qualquer coisa a mais para demonstrar estar presente a circunstância do artigo 30 da Lei nº 7.492/86 – o prejuízo fala de si por si mesmo. [...] Parto do seguinte raciocínio: as leis são feitas para os homens e não os homens para as leis. Dai resulta a necessidade de constante revisão dos valores em que se sustentam as normas proibitivas, com vistas à aferição da proporcionalidade entre a proibição de um direito e o valor que se quer proteger. [...] O conceito de ordem pública foi doutrinariamente formulado quando a sociedade era outra e outros eram os seus valores. Foi formulado quando os crimes que mais chocavam a sensibilidade pública era os violentos contra as pessoas. [...] Hoje, os tempos são outros. O mundo mudou: está globalizado, excludente, infeliz e paradoxal. [...] Não vejo como não seja atentatório à ordem pública, em vista de provas tão evidentes, permitir-se que um dos principais prováveis componentes [...] permaneça livre, desfilando a sua impunidade ante às carências do povo brasileiro, nesse nosso Brasiol cuja posição no Índice de Desenvolvimento Humano – IDH só nos causa vergonha. [...] É verdade que me utilizo de razões metajurídicas. Consciente estou de que, se razões metajurídicas não são, por si sós, válidas para sustentar a custódia preventiva, servem todavia de suporte à circunstância jurídica “garantia da ordem pública”. A razão? Dentre outras, pelo fato de que o povo está se cansando com tanto descabimento. E o cansaço não é um bom conselheiro. É preciso que o Poder Judiciário se preceite para não permitir que o processo seja usado para acobertar o crime, sob pena de conivência com ele. O Direito foi feito para proteger os cidadãos e não para garantir a impunidade.” Disponível em <http://www.trf2.gov.br/jurisprudencia/acordaos.htm>. Acesso em 11 jul. 2006. Bem assim no periódico INFOJUR nº 87, dez.2005, p. 29-40.

sociedade, de modo que a magnitude da lesão causada e a gravidade do delito ⁶⁰², em determinadas circunstâncias, podem e devem ser consideradas, *mesmo de formas isoladas*, para justificar o decreto de prisão preventiva; b) a periculosidade dos agentes criminosos, bem como o risco de reincidência (bastante comum em delitos desse tipo) impendem consideração de que se utilize da prisão preventiva como forma de se evitar novos delitos, garantindo-se a ordem pública e a ordem econômica ⁶⁰³; c) de igual modo, realizada a devida filtragem, a comoção social decorrente da repercussão desses delitos no seio da sociedade e do clamor público deles decorrente, aliado às circunstâncias concretas dos fatos e ao afastamento da sensação de impunidade ⁶⁰⁴, devem autorizar a decretação da prisão preventiva; d) a garantia da aplicação da lei penal reclama que se compreenda que, em relação a esses delinquentes, o temor relativo à fuga é constante, devendo receber influência não só de seus modos de agir, mas também da experiência de outros casos similares que a realidade revela, assim como das dificuldades em se fazer cumprir ordem de prisão relativa a fatos de grande vulto ⁶⁰⁵.

⁶⁰² Habeas Corpus nº 39.950-SP, STJ, 5ª Turma, publicado no DJU em 14/03/2005; Recurso Especial nº 754.255-PR, STJ, 5ª Turma, julgado em 25/10/2005, publicado no DJU em 21/11/2005; Habeas Corpus nº 40.818-RJ, 5ª Turma, julgado em 17/03/2005, publicado no DJU em 11/04/2005; Habeas Corpus nº 40.722-SP, STJ, 5ª Turma, julgado em 17/05/2005, publicado no DJU em 20/06/2005; Habeas Corpus nº 2003.04.01.033707-7-PR, TRF/4ª Região, julgado em 10/09/2003, publicado no DJU em 24/09/2003; Habeas Corpus nº 2001.04.01.075310-6-RS, TRF/4ª Região, julgado em 18/12/2001, publicado no DJU em 16/01/2002. Outrossim, como declinado no voto-condutor do Habeas Corpus nº 39.950-SP (STJ, 5ª Turma, julgado em 22/02/2005, publicado no DJU em 14/03/2005), tratando de delito contra o Sistema Financeiro Nacional, “a necessidade da garantia da ordem pública evidencia-se pela magnitude da lesão anteriormente causada, vez que as investigações criminais demonstraram as operações de câmbio realizadas pelo paciente podiam atingir valores vultosos por transação. [...] Não vislumbro, portanto, qualquer deficiência na decretação da custódia cautelar, tendo em vista que procedida em conformidade com as exigências legais, atendendo aos termos do art. 312, do CPP [...] O aresto impugnado evidencia a magnitude da lesão causada, informando que as investigações demonstraram a amplitude das operações de câmbio realizadas pelo paciente, resultantes de vultosas quantias transacionadas. Assim, a gravidade do crime pode ser suficiente para motivar a segregação provisória como garantia da ordem pública”.

⁶⁰³ Habeas Corpus nº 87.571-8-MT, STF, 2ª Turma, julgado em 11/04/2006, publicado no DJU 26/05/2006; Habeas Corpus nº 86.645-0-SP, STF, 2ª Turma, julgado em 28/03/2006, publicado no DJU em 28/04/2006; Habeas Corpus nº 2001.04.01.088454-7-RS, TRF/4ª Região, julgado em 15/01/2002, publicado no DJU em 06/03/2002.

⁶⁰⁴ Habeas Corpus nº 22.346-SC, STJ, 5ª Turma, julgado em 05/12/2002, publicado no DJU em 17/03/2003.

⁶⁰⁵ Habeas Corpus nº 44-200-PR, STJ, 5ª Turma, julgado em 13/09/2005, publicado no DJU em 10/10/2005; Habeas Corpus nº 40.722-SP, STJ, 5ª Turma, julgado em 17/05/2005, publicado no DJU em 20/06/2005; Habeas Corpus nº 2001.04.01.075310-6-RS, TRF/4ª Região, julgado em 18/12/2001, publicado no DJU em 16/01/2002. Habeas Corpus nº 40.818-RJ, 5ª Turma, julgado em 17/03/2005, publicado no DJU em 11/04/2005. Deste último julgado, extraem-se do voto-condutor os seguintes fundamentos: “[...]os motivos são sérios e aptos a determinarem a custódia cautelar do paciente, ainda mais porque exigem uma atuação rigorosa da Justiça, seja para apurar o tamanho da fraude em toda sua extensão, seja para buscar os meios de impedir que o paciente encontre novos estímulos para continuar violando a ordem jurídica de modo a acarretar prejuízos ao sistema financeiro pátrio. Esta situação restou eficientemente anotada, lembrando que não se trata de meras presunções como quer fazer crer a defesa. Aliás, demarcados os pontos de atuação do agente, do resultado, em princípio, fraudulento auferido, e da reiteração das condutas, que, necessariamente, socorrem-se do passado, não há porque abrir-se frente de análise probatória em sede de remédio heróico. [...] Em outra sede, o impetrante contesta o argumento atinente ao temor de que o acusado pudesse empreender fuga. A questão não pode ser vista de modo particularizado, pois, a tomar pela experiência de outros casos e, bem assim, das condições financeiras do acusado, que facilmente pode se deslocar para outros cantos do Brasil e do mundo, é bastante provável que o

5.4 O EXAURIMENTO DA ESFERA ADMINISTRATIVA COMO CONDIÇÃO DE PUNIBILIDADE NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS

No julgamento do Habeas Corpus nº 81.611-SP, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, pela maioria dos integrantes de sua composição plenária⁶⁰⁶, a inviabilidade de se instaurar a persecução penal por crimes contra a ordem tributária que se amoldem às previsões abstratas do artigo 1º da Lei nº 8.137/90 (delitos materiais) enquanto não decidida, na seara administrativa, em desfavor do agente criminoso, a “certeza” do *quantum* tributário. Extraí-se da ementa do julgado o seguinte resumo dos fundamentos que culminaram com tal posicionamento:

I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a 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 (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 - 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 de tipo*.

2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, 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.

Juízo teria sérias dificuldades para executar a ordem de prisão, o que releva a consideração de temor de cumprimento da lei”.

⁶⁰⁶ Processado por violar o artigo 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90 c/c o artigo 71, do Código Penal (sonexação de R\$ 490.449,13), em razão de ter omitido do fisco receitas decorrentes da prestação de serviços, relativos, o paciente impetrou habeas corpus perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que foi indeferido. Dessa decisão, ajuizou recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça (Recurso em Habeas Corpus nº 9.191), também denegado. Apresentado recurso extraordinário (R.E. nº 191.029), foi indeferido na origem e não conhecido o agravo (A.I. nº 336.299), por intempestividade. Seguiu-se agravo regimental, também denegado. Na seqüência, foram interpostos 5 (cinco) embargos declaratórios, todos rejeitados. Daí a impetração do *writ*, propugnando o trancamento da ação penal, sustentando-se haver constrangimento ilegal pelo recebimento da denúncia enquanto pendente de apreciação impugnação do lançamento apresentada em sede administrativa, consoante facultado pelo Decreto nº 70.235/72, que rege o processo administrativo fiscal. A Ministra Ellen Gracie e os Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto, em posição minoritária, não aderiram à tese. Embora tenha participado dos debates iniciais, firmando não concordar com a tese que restou majoritária, o Ministro Moreira Alves não proferiu voto em razão de sua aposentadoria. Julgado em 10/12/2003 e publicado no DJU em 13/05/2005. Disponível em www.stf.gov.br/processos. Acesso em 24 jul. 2006.

Convém referir que, antes da expedição de referido precedente - que se tornou, hoje *leading case*, adotado, salvo melhor juízo, por todos os tribunais pátrios ⁶⁰⁷-, havia sido editada a regra do artigo 83 da Lei n.º 9.430, que, submetida à apreciação da Corte Suprema na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 1.571, em sede cautelar assim se decidiu:

Ação Direta de Inconstitucionalidade.

2. Lei n.º 9.430, de 27.12.1996, art. 83.

3. Arguição de inconstitucionalidade da norma impugnada por ofensa ao art. 129, I, da Constituição, ao condicionar a 'notitia criminis' contra a contra a ordem tributária 'a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário', do que resultaria limitar o exercício da função institucional do Ministério Público para promover a ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária.

4. Lei n.º 8.137/1990, arts. 1º e 2º.

5. Dispondo o art. 83, da Lei n.º 9.430/1996, sobre a representação fiscal, há de ser compreendido nos limites da competência do Poder Executivo, o que significa dizer, no caso, rege atos da administração fazendária, prevendo o momento em que as autoridades competentes dessa área da Administração Federal deverão encaminhar ao Ministério Público Federal os expedientes contendo "notitia criminis", acerca de delitos contra a ordem tributária, previstos nos arts. 1º e 2º, da Lei 8.137/1990.

6. Não cabe entender que a norma do art. 83, da Lei n.º 9.430/1996, coarce a ação do Ministério Público Federal, tal como prevista no art. 129, I, da Constituição, no que concerne à propositura da ação penal, pois, tomando o MPF, pelos mais diversificados meios de sua ação, conhecimento de atos criminosos na ordem tributária, não fica impedido de agir, desde logo, utilizando-se, para isso, dos meios de prova a que tiver acesso.

7. O art. 83, da Lei n.º 9430/1996, não define condição de procedibilidade para a instauração da ação, pelo Ministério Público.

8. Relevância dos fundamentos do pedido não caracterizada, o que é bastante ao indeferimento da cautelar.

9. Medida cautelar indeferida. ⁶⁰⁸

⁶⁰⁷ Apenas a título exemplificativo, confira-se: *a) Do Supremo Tribunal Federal*: Habeas Corpus n.º 83.353-5-RJ, 1ª Turma, publicado no DJU em 16/12/2005; Habeas Corpus n.º 86.321-3-SP, 2ª Turma, unânime, publicado no DJU em 04/11/2005; *b) do Superior Tribunal de Justiça*: Habeas Corpus n.º 47.390-SP, publicado no DJU em 05/06/2006; Habeas Corpus n.º 39.145-SP, STJ, publicado no DJU em 15/05/2006; Habeas Corpus n.º 47.390-SP, STJ, publicado no DJU em 05/06/2006; Reclamação n.º 1.985-RJ, STJ, 3ª Seção, publicado no DJU em 24/04/2006; *c) do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*: Recurso em Sentido Estrito n.º 2005.39.00.005677-3, publicado no DJU em 12/05/2006; Habeas Corpus n.º 2005.01.00.057863-0, publicado no DJU em 06/03/2006; Habeas Corpus n.º 2006.01.00.000475-4, publicado no DJU em 24/02/2006; Habeas Corpus n.º 2005.01.00.064947-7, publicado no DJU em 02/02/2006; *d) do Tribunal Regional Federal da 2ª Região*: Habeas Corpus n.º 2004.50.01.008339-0, publicado no DJU em 18/07/2005; Habeas Corpus n.º 2004.02.01.004552-2, publicado no DJU em 22/02/2005; *e) do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*: Recurso em Sentido Estrito n.º 2004.61.11.004166-0, publicado no DJU em 07/03/2006; Habeas Corpus n.º 2005.03.00.088535-2, publicado no DJU em 27/01/2006; *f) do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*: Habeas Corpus n.º 2006.04.00.011243-6-PR, publicado no DJU em 17/05/2006; Apelação Criminal n.º 2003.04.01.043066-1-PR, publicado no DJU em 24/05/2006; Habeas Corpus n.º 2006.04.00.011243-6-PR, publicado no DJU em 17/05/2006; *g) do Tribunal Regional Federal da 5ª Região*: Habeas Corpus n.º 2006.05.00.008615-4, publicado no DJU em 05/05/2006; Recurso em Sentido Estrito n.º 2004.81.00.005310-8, publicado no DJU em 07/04/2006. Disponível em <http://www.stf.gov.br>, <http://www.stj.gov.br>, <http://www.trf1.gov.br>, <http://www.trf2.gov.br>, <http://www.trf3.gov.br>, <http://www.trf4.gov.br> e <http://www.trf5.gov.br>. Acesso em 18 jun. 2006.

⁶⁰⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.571, julgado em 20/03/1997, publicado no Diário da Justiça da União em 25/09/1998, p. 11.

No exame do mérito, ocorrido após a expedição do *leading case* objeto do Habeas Corpus nº 81.611-SP, a Corte Suprema assim editou sua compreensão acerca da norma em comento:

- Ação direta de inconstitucionalidade.
2. Art. 83 da Lei no 9.430, de 27.12.1996.
 3. Arguição de violação ao art. 129, I da Constituição. *Notitia criminis* condicionada “à decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário”.
 4. A norma impugnada tem como destinatários os agentes fiscais, em nada afetando a atuação do Ministério Público. É obrigatória, para a autoridade fiscal, a remessa da *notitia criminis* ao Ministério Público.
 5. Decisão que não afeta orientação fixada no HC 81.611. Crime de resultado. Antes de constituído definitivamente o crédito tributário não há justa causa para a ação penal. O Ministério Público pode, entretanto, oferecer denúncia independentemente da comunicação, dita “representação tributária”, se, por outros meios, tem conhecimento do lançamento definitivo.
 6. Não configurada qualquer limitação à atuação do Ministério Público para propositura da ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária.
 7. Improcedência da ação.⁶⁰⁹

Em verdade, como percucientemente observou Andrei Velloso⁶¹⁰, o Supremo Tribunal Federal, nesse último feito, “conferiu ao preceito constitucional interpretação conforme a Constituição, excluindo a possível interpretação de que o preceito consagrara implicitamente uma condição de procedibilidade para o exercício da ação penal pública”.

Retornando ao tema objeto do Habeas Corpus nº 81.611-SP, do voto-condutor, da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, extrai-se em síntese que os fundamentos que embasaram suas conclusões foram os seguintes:

- a) a ação penal continua sendo pública incondicionada, admitindo que o Ministério Público poderá propor a ação penal independentemente de qualquer iniciativa condicionante da administração tributária;
- b) o tipo penal previsto no artigo 1º da Lei nº 8.137/90 é de natureza material, de resultado, enquanto formais são aqueles previstos nos incisos do artigo 2º da mesma lei;
- c) em face da competência privativa da Administração para “constituir o crédito tributário”, bem assim que “o crime definido no artigo 1º da Lei nº 8.137/90 pressupõe a existência de tributo – *rectius*, do crédito tributário - que, mediante uma das condutas

⁶⁰⁹ ADIN 1.571-1, Relator Ministro Gilmar Mendes (em razão da aposentadoria do Ministro Néri da Silveira). O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação e firmou a constitucionalidade do artigo 83, caput, da Lei Federal nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, vencidos o Ministro Carlos Britto e a Ministra Ellen Gracie, que a julgavam procedente e declaravam a inconstitucionalidade do respectivo dispositivo. Decisão plenária, proferida em 10/12/2003, publicada no Diário da Justiça da União em 30/04/2004, p. 27.

⁶¹⁰ VELLOSO, Andrei Pitten. *A pregiudiziale tributaria: Análise da jurisprudência brasileira à luz das experiências Italiana e Espanhola*. Monografia. Salamanca, 2006.

prescritas, o agente antes houvesse logrado *suprimir ou reduzir* -, não se pode afirmar, sequer para a denúncia, a ocorrência desse pressuposto enquanto a respeito, não opere, pelo menos, o efeito preclusivo da decisão final do processo administrativo”;

d) verifica-se, no caso, então, que a “questão apenas se desloca da esfera de tipicidade para a das condições objetivas de punibilidade”. Tal como em face da sentença de falência, “a equação é semelhante à da espécie: nesta – sempre no suposto da sua retroatividade -, à data do fato gerador da obrigação tributária, ou, pelo menos, àquela do lançamento originário, o crime material contra a ordem tributária, desde então, estaria consumado. Não obstante, a sua punibilidade [...] estará subordinada à superveniência da decisão definitiva do processo administrativo de revisão do lançamento [...]: só então o fato – embora, na hipótese considerada, já aperfeiçoada a sua tipicidade – se tornará punível”;

e) “trata-se, na verdade, é de não se usurpar a competência privativa da Administração para o ato de constituição do crédito tributário (CTN, art. 142)”;

f) como a regra do artigo 34 da Lei nº 9.249/95 permite a extinção da punibilidade pelo pagamento do montante sonegado, além dos consectários legais, antes do recebimento da denúncia, admitir-se o ajuizamento da ação penal antes desse marco violaria os direitos constitucionais do contribuinte, bem como implicaria que a ele “só restaria um caminho: dobrar-se à exigência fiscal do lançamento objeto da impugnação e renunciar a esta”;

g) enquanto pendente o processo administrativo, a prescrição penal terá seu curso suspenso.

Da análise dos argumentos esgrimidos, crê-se haver equívoco na eleição de premissas, bem como em conclusões no posicionamento que restou prevalente perante a Corte Suprema.

Com efeito, a primeira questão a ser destacada é que o Poder Judiciário, no sistema vigente, não pode ficar vinculado e jungido às conclusões advindas da seara administrativa. O monopólio da jurisdição é seu, não da administração ⁶¹¹. Do contrário, como percucientemente intuiu o Ministro Moreira Alves nos debates do *leading case*, “a administração é soberana para dar até imunidade penal”.

Tal como já defendido em outra oportunidade ⁶¹², por intermédio dessa interpretação se está conferindo, na prática, efeito vinculante a uma decisão administrativa, quando, salvo exceções, sequer decisões emanadas do próprio Supremo Tribunal Federal ostentam tal

⁶¹¹ Em despacho proferido no Agravo de Instrumento nº 444.297-2-RS, publicado no DJU em 30/03/2004, p. 15, a Ministra Ellen Gracie já assentara, relativo a tema similar, que “o Poder Judiciário não está vinculado às decisões da esfera administrativa”.

⁶¹² FELDENS, Luciano; FISCHER, Douglas. *A Decisão Deconstitutiva do Crédito Tributário e a Ação Penal*. Revista dos Tribunais, n. 770, dez 1999, p. 460.

característica. Na prática, o Supremo Tribunal Federal fez do Conselho de Contribuintes verdadeira suprema corte fiscal e criminal nos delitos desse jaez ⁶¹³.

Além disso, reconhecer-se-ia o efeito de “coisa julgada material” a uma decisão administrativa (extrajudicial), que não poderia, a partir de sua prolação, ser enfrentada na esfera judicial, mesmo por aqueles que não tenham participado do procedimento administrativo, como, exemplificativamente, o Ministério Público ou a autoridade policial, em procedimento investigatório ⁶¹⁴.

Mais grave, a subjugação do Poder Judiciário à decisão da esfera administrativa implica supressão de jurisdição, não obstante a sociedade tenha justamente no Poder Judiciário a possibilidade, constitucionalmente consagrada, de ver apreciada qualquer lesão a direito, ou mesmo ameaça de sua ocorrência (art. 5º, XXXV, da CF/88) ⁶¹⁵ ⁶¹⁶. Excluir a sindicabilidade de um ato administrativo do Poder Judiciário não só fere a regra em comento,

⁶¹³ TRÊS, Celso Antônio. *Teoria Geral do Delito pelo Colarinho Branco*. Curitiba: Imprensa Oficial do Paraná, 2006, p. 47.

⁶¹⁴ Conforme decidido pelo Tribunal Regional Federal no Habeas Corpus nº 2006.04.00.011243-6-PR (julgado em 03/05/2006, publicado no DJU em 17/05/2006), “a jurisprudência da Corte consolidou-se no sentido de que “a constituição definitiva do crédito tributário é pressuposto da persecução penal concernente a crime contra a ordem tributária previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90” (TRF4R, Súmula nº 78), tendo a Colenda 4ª Seção, ao aprovar a redação do referido enunciado, consignado, expressamente, que a expressão persecução criminal deve ser interpretada em seu sentido mais amplo, de forma a abranger inclusive o inquérito policial.”. Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça, acolhendo a Reclamação nº 1.985-RJ (3ª Seção, julgada em 22/03/2006, publicada no DJU 24/04/2006), assentou que tendo sido “reconhecida na decisão deste Superior Tribunal de Justiça a ausência de justa causa para a persecução penal, uma vez que o crime de sonegação fiscal não estaria configurado, porquanto inexistente lançamento definitivo do débito, ainda em discussão na esfera administrativa. Nesse contexto, se a ação penal foi truncada porque o delito não está configurado, do mesmo modo, não há o que ser investigado em inquérito policial”.

⁶¹⁵ Como salienta Rodrigues da Silva, desde sua origem, em 10 de agosto de 1934, o “Conselho de Contribuintes tem certo viés pró-contribuinte”. E também que as “decisões do Conselho de Contribuintes revestem-se de natureza de ato administrativo”, motivo pelo qual, sendo desfavorável “a qualquer dos sujeitos da relação jurídico-tributária, pode ser submetida ao crivo do Poder Judiciário, seja para controle de legalidade, seja para controle de juridicidade, ou em razão de erro de fato ocorrido no julgamento administrativo”. SILVA, Paulo Rodrigues da. *Decisão Proferida pelo Conselho de Contribuintes – Possibilidade Jurídica de Anulação, mediante Ação Judicial, pela Administração Pública. Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional nº 1087/2004*. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 109, p. 133 e 137.

⁶¹⁶ Consoante divulgado no periódico *Valor Econômico* no dia 22/04/2002, em notícia intitulada *Conselho derruba metade dos autos de infração que analisa*, no ano de 2001 o 1º Conselho de Contribuintes afastou metade das autuações fiscais efetuadas pela Receita Federal. Na época, apurou-se que mais da metade das discussões tributárias (criminais ou não) tinham como destino a esfera administrativa, existindo bancas advocatícias especializadas em atuação perante o Conselho de Contribuintes. Diante de proposta de eventual extinção do órgão, referiu-se que “empresas e seus representantes não abririam mão tão facilmente de uma instância que hoje chega a solucionar 40% das atuais pendências tributárias das grandes corporações”. O órgão é composto, noticia-se ainda, por metade de representantes da Fazenda Nacional, e outra metade de representantes das empresas, como a Confederação Nacional do Comércio e a Confederação Nacional da Indústria. Disponível em www.valoronline.com.br Acesso em 11 jul. 2006. Já em notícia veiculada pelo Jornal Zero Hora, Porto Alegre/RS, no dia 1º/02/2002, p. 16, com base em informações da Receita Federal, extrai-se: “Pelo terceiro ano consecutivo, o setor econômico que mais sonegou foi a indústria, que teve 1.894 contribuintes autuados em R\$31 bilhões. O valor representa alta de 240% em relação a 2003.[...] Apesar do grande aumento do número de autuações, os cofres públicos ainda não viram a maior parte do dinheiro. Rachid [Secretário da Receita Federal] informou que apenas 22% dos valores aplicados são pagos ou parcelados no primeiro ano. Isso porque a maior parte é contestada no conselho de contribuintes ou mesmo na Justiça comum.”

como também implica que, por parametricidade, sendo a decisão administrativa contrária aos interesses do contribuinte-criminoso, no âmbito criminal não mais se discuta acerca da materialidade do crime, o que, por igual, não se mostra razoável ⁶¹⁷.

Analisando-se o voto-condutor, conclui-se haver, de início, uma contradição insanável: ao tempo em que defende que o exaurimento da esfera administrativa se constituiria em *condição objetiva de punibilidade* para os crimes tributários previstos no artigo 1º da Lei nº 8.137/90, reconhece que o crime não estaria consumado (e portanto, sequer prescrição iniciou a fluir) enquanto não se souber o montante de tributo *suprimido* ou *reduzido*, a ser definido, com certeza necessária, no procedimento administrativo.

Nessa senda, há se perguntar no que consiste uma condição objetiva de punibilidade. Dos ensinamentos de Bettiol ⁶¹⁸, colhe-se que há “casos determinados nos quais o legislador, embora considerando estruturalmente perfeito um crime, faz depender a punibilidade do fato delituoso da verificação de um ulterior evento, que Código e doutrina chamam de condições de punibilidade”. Assim, o critério apresentado “isola a condição de punibilidade dos elementos do fato, e enquanto o fato é o complexo dos elementos materiais reconduzíveis à ação humana, a condição de punibilidade deve encontrar-se *fora de qualquer* repercussão que a ação humana possa ter sob o aspecto da causalidade física ou do da psicológica. Como afirmou Delitala com exatidão, a condição de punibilidade deve encontrar-se fora de qualquer relação causal com a ação humana”. Encerra que, se a condição se “encontra em relação de dependência causal com a ação ⁶¹⁹, no sentido de que possa ser considerado como efeito embora remoto da ação, tal evento não poderá ser considerado condição de punibilidade, mas será elemento constitutivo do fato”.

Santana Vega também reconhece que as condições objetivas de punibilidade não condicionam o desvalor da ação nem o desvalor do resultado, pois, em realidade, são

⁶¹⁷ Tal paradoxo pode ser verificado nos autos da Apelação Criminal n. 2004.70.05.000349-1, em que houve trânsito em julgado na seara administrativa da discussão acerca da exigibilidade do tributo em face da prática de crime previsto no artigo 1º da Lei n. 8.137/90. Mantido o raciocínio da Suprema Corte, bem assim do próprio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, inviável ao Judiciário rediscutir a materialidade do delito (se houve ou não a sonegação tributária), pois já “decidido”, pela *autoridade competente*, que ocorreu a fraude com a *redução* tributária em montante já especificado. Mesmo discordando da tese da Corte Suprema, com expresse destaque, o parecer ministerial, firmado em 15/04/2005, foi no sentido de que se mantivesse a parametricidade de tratamento, sendo inviável a rediscussão do “mérito” (ocorrência ou não dos fatos que se amoldariam à prática de sonegação) no âmbito judicial. Desde aquela data não há notícias de julgamento do feito. Disponível em www.trf4.gov.br Acesso em 18 jul.2006.

⁶¹⁸ BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal, v. 1, p. 240, 243-4.

⁶¹⁹ É o caso: a sonegação do tributo se encontra em relação de dependência causal com a ação do agente criminoso, de modo que não pode ser condição objetiva de punibilidade.

tipificações de critérios de conveniência político-criminal que afetam não o merecimento de pena, mas a necessidade de pena⁶²⁰.

Durante os debates do julgamento do Habeas Corpus nº 81.611-SP, o Ministro Joaquim Barbosa bem apreendeu essa fundamental distinção, reportando-se a Nelson Hungria, para quem “o Direito Penal cogita de condições objetivas de punibilidade quando a punição da conduta penalmente ilícita fica condicionada a certas “circunstâncias extrínsecas ao crime, isto é, diversas da tipicidade, da injuridicidade e da culpabilidade”. Na senda ainda do mesmo doutrinador, reafirmou que são chamadas de condições objetivas “porque são alheias à culpabilidade do agente. Nada têm a ver com o crime em si mesmo, pois *estão fora dele* (Não há confundir as condições em apreço com os chamados ‘pressupostos’ do crime, isto é, fatos ou situações preexistentes, a que a lei subordina o reconhecimento de determinado crime ou grupo de crimes⁶²¹)”.

Ao fim, concluiu que a conciliação realizada entre os conceitos de condição de punibilidade e de prescrição redundaria em situação dogmaticamente incoerente. Se o *ius puniendi* nasce com o fato punível, em regra isso ocorre com a consumação do delito, pois a punibilidade normalmente não está subordinada a qualquer outro evento futuro. Nos casos em que se faz presente a condição objetiva de punibilidade, embora consumado o delito, o fato ainda não será punível, de forma que não há como se falar em pretensão penal.

Em outras palavras: se houver o reconhecimento de que é com a decisão administrativa que há a definição da supressão ou redução de tributo (elemento normativo do tipo), porque realmente se trata de crime material (de resultado), impossível falar de hipótese que se amolde à condição objetiva de punibilidade. *Uma exclui a outra*.

Em verdade, um dos equívocos de eleição das premissas do voto-condutor foi utilizar como paradigma a hipótese da decretação de falência como condição objetiva de punibilidade pelo crime falimentar. Bem apanhou o tema novamente o Ministro Joaquim Barbosa, ao referir que “nos casos em que se verifica a ocorrência da condição objetiva de punibilidade, somente com o evento superveniente é que surge a pretensão punitiva e, conseqüentemente, tem-se o início do prazo prescricional. É justamente esse o fundamento teórico que levou a

⁶²⁰ SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 130.

⁶²¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.v. I, tomo II, p. 28-9.

doutrina e a jurisprudência ao entendimento de que o prazo prescricional nos crimes antifalimentares começa a correr da data da constituição do estado falimentar”⁶²².

Consumado o crime falimentar (tipo penal integralizado), a sua punição (fato externo ao crime e à ação do agente) fica condicionada à decretação (pelo Poder Judiciário) da falência, que é corolário lógico do crime falimentar. Já o mesmo não se dá em relação aos crimes tributários abarcados pelo artigo 1º da Lei nº 8.137/90, na medida em que a decisão final do procedimento administrativo se refere ao “crédito tributário”, e não ao tributo (elemento normativo do tipo). O crime se consuma com a ocorrência do fato gerador do tributo que integraliza o tipo penal. Essa importante consideração foi muito bem alinhavada pela Ministra Ellen Gracie em seu voto-divergente no julgamento em voga, ao destacar que “não foi o julgamento [...] do conselho de contribuintes que tornou certa a obrigação tributária. [...] O tributo era devido em seu vencimento e este prazo tem cômputo que parte da data do fato gerador”⁶²³.

De qualquer modo, reconhecer que não se trata de condição objetiva de punibilidade, mas de elemento normativo do tipo⁶²⁴, condicionando o seu reconhecimento à decisão administrativa, implica, igualmente, o malferimento dos pressupostos anteriormente elencados.

Observe-se, em complemento, que os crimes contra a ordem tributária, à luz das penas fixadas na legislação de regência (2 a 5 anos de reclusão), prescrevem, abstratamente, em 12 anos, consoante preconizado no inciso III do artigo 109 do Código Penal. Tributos não recolhidos aos cofres públicos mediante ação criminosa, porque têm prazo decadencial (para constituição do “crédito”) de 5 anos, não mais poderiam ser objeto de persecução penal acaso transposto o lapso⁶²⁵, mas não atingidos os 12 anos (da prescrição penal abstrata). Uma

⁶²² Conforme excerto do voto proferido, p. 177 do inteiro teor do acórdão do Habeas Corpus nº 81.611-SP, disponível em http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp Acesso em 18 jun. 2006.

⁶²³ Conforme excerto do voto proferido, p. 148 do inteiro teor do acórdão do Habeas Corpus nº 81.611-SP, disponível em http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp Acesso em 18 jun. 2006.

⁶²⁴ Como fez o Ministro Cezar Peluso, p. 190 do inteiro teor do acórdão do Habeas Corpus nº 81.611-SP, disponível em http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp Acesso em 18 jun. 2006.

⁶²⁵ A regra do § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional tem sido sistematicamente afastada e desatendida, nada obstante preciosa argumentação inserta em manifestação do Subprocurador-Geral da República Francisco Dias Teixeira, em 26/04/2006, exarada perante a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal no Processo MPF nº 1.34.001.005372-2004-11, originário dos autos do Processo nº 2005.61.81.004394-3, da 10ª Vara Federal Criminal de São Paulo, cuja ementa (que reproduz integral e de modo fiel os fundamentos declinados) tem o seguinte conteúdo: “CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – DECADÊNCIA TRIBUTÁRIA – POSSIBILIDADE DE SE PROSSEGUIR NA PERSECUÇÃO PENAL. 1) A decisão final em procedimento administrativo-fiscal não é condição de procedibilidade para a ação penal relativa a crime contra a ordem tributária; em consequência, a decadência tributária não impede o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público. 2) O auto de lançamento lavrado pela autoridade fiscal não é prova exclusiva da materialidade do crime. No presente caso, vislumbra-se outros meios de prova que podem ser alcançados no curso da persecução penal, sobretudo através da quebra dos sigilos bancário e fiscal do contribuinte. 3) Em se

situação paradoxal, bem referida, novamente, pela Ministra Elle Gracie: “ela surgiria quando a autoridade fazendária deixasse transcorrer o prazo de 5 anos para o lançamento. Nesta hipótese, mesmo havendo ocorrido a supressão de tributo, o delito, que tem prazo prescricional de 12 anos, não seria punível.”⁶²⁶ A demonstração pelo absurdo serve para revelar que as esferas, administrativa e penal, são efetivamente independentes”⁶²⁷.

Merino Jara ⁶²⁸ pondera que a falta de ação administrativa para a constituição do crédito tributário não deve implicar uma renúncia ao direito do Estado em perseguir judicialmente a infração. O prazo de prescrição estabelecido para o delito fiscal na legislação penal não se vê alterado pelo prazo que, com respeito à exigibilidade da dívida e a subsistência de responsabilidade por infração administrativa, estabelece a Lei Tributária. Deve-se manter, portanto, que a prescrição tributária e a lei penal tratam de fatos distintos. Observa, por fim, que, se o delinqüente tiver a sorte de que transcorra o prazo da decadência tributária sem ser descoberto, na medida em que a dívida decorrente do crime restará extinta, se veria beneficiado pelo paradoxo de que, não obstante tenha produzido lesão ao bem jurídico – a falta do ingresso no tempo correto do tributo, com conseqüente prejuízo para o Estado –, o delito não se teria consumado.

Rancaño Martín ⁶²⁹ salienta que, em se mantendo essa vinculação de instâncias (administrativa e penal), se está convertendo o delito fiscal em um *delito privilegiado*, já que sua persecução irá demorar até que os elementos que o integram – e que podem ser conhecidos desde quando praticada a conduta – tenham recebido a *firmeza* que se diz

tratando de tributo lançado por homologação (IRPF), a Fazenda Pública somente perde o direito de fazer o lançamento e constituir o crédito tributário após cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, *salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação* (art. 150, § 4º, do CTN). No caso sob exame, há forte indício de fraude, o que afasta a decadência tributária e possibilita à Receita Federal iniciar a fiscalização. 4) Voto no sentido de não se acolher a promoção de arquivamento, designando-se outro membro do Ministério Público Federal para dar seqüência à persecução penal, a fim de que possa, ao final, formar a *opinio delicti*.”

⁶²⁶ Recente decisão do Superior Tribunal de Justiça encampou exatamente este entendimento: decaído o prazo para a constituição do crédito tributário, inviável a instauração de ação penal pelo crime respectivo previsto no artigo 1º da Lei nº 8.137/90. Neste sentido: RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. AÇÃO PENAL. CRÉDITO FISCAL. DECADÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE LANÇAMENTO. CRIMEMATERIAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO. PRECEDENTES. 1. Os crimes definidos no art. 1º, da Lei n.º 8.137/1990, a teor do entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, são materiais ou de resultado, somente se consumando com o lançamento definitivo do crédito fiscal. 2. Nesse contexto, decaído a administração fiscal do direito de lançar o crédito tributário, em razão da decadência do direito de exigir o pagamento do tributo, tem-se que, na hipótese, inexistente justa causa para o oferecimento da ação penal, em razão da impossibilidade de se demonstrar a consumação do crime de sonegação tributária. 3. Recurso desprovido. (Recurso Especial n. 789.506-CE, 5ª Turma, julgado em 25/04/2006, publicado no DJU em 22/05/2006)

⁶²⁷ Conforme excerto do voto proferido, p. 147 do inteiro teor do acórdão do Habeas Corpus nº 81.611-SP, disponível em http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp Acesso em 18 jun. 2006.

⁶²⁸ MERINO JARA, Isaac; GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. Serrano. *El delito fiscal*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2004, p. 133-4 e 167-8.

⁶²⁹ RANCAÑO MARTÍN, María Asunción. *El delito de defraudación tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 27.

proporcionada apenas pela manifestação por todos os órgãos da administração competentes para tanto.

Na mesma senda, apenas a título exemplificativo, e para demonstrar a inconsistência jurídica do julgado, considere-se hipoteticamente o fato de que determinada pessoa jurídica, em determinado ano, tenha prestado declaração falsa à Receita Federal, indicando que seu faturamento anual tenha sido de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). No que tange a uma exação tributária que incida sobre o faturamento (alíquota exemplificativa de 2%), em face de sua declaração, recolheu aos cofres públicos R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). O Ministério Público, tendo indícios da prática de delito contra a ordem tributária, requer judicialmente a quebra do sigilo bancário das contas movimentadas pela empresa no referido ano-base. A partir dos documentos apurados, constata-se que o total do faturamento da empresa, em verdade, foi de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), tendo havido uma omissão no faturamento na ordem de R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais). Passados 5 anos da declaração falsa que importou na redução tributária, inviável à Receita Federal constituir o “crédito tributário” em face da decadência. Entretanto, de posse das declarações do Imposto de Renda da referida empresa jurídica e a partir da constatação da omissão, plenamente viável o ajuizamento de denúncia (ou então investigação policial complementar, se necessário) por sonegação fiscal de R\$ 800.000,00 do referido imposto incidente sobre o faturamento. A materialidade está provada, independentemente de qualquer discussão na seara administrativa.

Defendeu-se, por igual, no *leading case*, ser necessário ocorrer o exaurimento da esfera administrativa porque somente com este o contribuinte (inclusive o criminoso) saberia o *quantum* definitivo dos tributos não recolhidos aos cofres públicos. Assim, poderia aproveitar a benesse (materialmente inconstitucional, como defendido adiante) prevista no artigo 34 da Lei nº 9.249/95, que permite a extinção da punibilidade se houver a devolução dos tributos e consectários legais antes do recebimento da denúncia criminal. O raciocínio incorre em uma inversão lógica: uma causa extintiva de punibilidade passa a ser uma das condicionantes para se aferir *quando, se e como* o crime se consuma. Fosse revogada a norma em comento – tal como fora aquela similar do artigo 14 da Lei nº 8.137/90 – perder-se-ia esse argumento acerca do momento consumativo do crime.

Há que se considerar também a hipótese de a instância judicial concluir ter havido a prática criminosa, enquanto, na esfera administrativa, a conclusão penda para resultado oposto, que não existam elementos suficientes para manter a autuação fiscal^{630 631}. Haverá de

⁶³⁰ A título exemplificativo, confira-se decisão do Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus nº 42.165-SP, julgado em 28/06/2005, publicado no DJU em 01/08/2005, cuja ementa tem o seguinte conteúdo (e que reflete

prevalecer a conclusão judicial, servindo, a decisão administrativa, no máximo como um elemento (a mais) para embasar a convicção judicial.

Com efeito, em detalhado e substancioso estudo ⁶³², Andrei Velloso traz argumentos sólidos para, vez mais, sob a ótica do direito comparado, desaguar em conclusão diametralmente oposta à da Corte Suprema brasileira.

Inicialmente, pontua que, na Itália, dada sua manifesta inadequação prática e teórica, embora admitida durante certo tempo, a *pregiudiziale tributaria* foi revogada definitivamente pela Lei nº 516/1982. Já na Espanha, vigorava o artigo 37 da Lei nº 50/1977 ⁶³³, que condicionava o início da ação penal ao prévio esgotamento da via administrativa, revogada pela Lei Orgânica nº 2/1985. Consoante a própria exposição de motivos da novel legislação, “es ciertamente un obstáculo para el correcto funcionamiento del mecanismo procesal e sustantivo y, por ello, esta Ley incluye su derogación, consciente, además, de que imponer una prejudicialidad tributaria con carácter necesario choca con el principio tradicional de

com exatidão o que foi julgado): “CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. EXCLUSÃO DO DÉBITO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE PROVAS. CONDENAÇÃO NA ESFERA CRIMINAL. AMPLA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. PAGAMENTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. Hipótese em que os pacientes foram condenados pela prática de crime contra a ordem tributária, não obstante a exclusão do débito por falta de provas na esfera administrativa. O acórdão impugnado, com base na extensa e minuciosa análise do conjunto fático-probatório, verificou a existência de provas e elementos suficientes a configurar a responsabilidade penal dos pacientes. A dúvida que prevaleceu na esfera administrativa foi vencida na esfera penal, após rica instrução, motivo pelo qual não se pode afastar a condenação dos réus, sob pena de se subordinar ao Poder Executivo a persecução penal para apuração de delitos contra a ordem tributária em quaisquer casos, indiscriminadamente. Não há coerência lógica no argumento de que a decisão do Conselho de Contribuintes teria fulminado as provas embasadoras da denúncia e, posteriormente, da condenação, pois, se a decisão administrativa baseou-se exatamente na falta de provas, não é capaz de aniquilar o conjunto probatório produzido na esfera criminal e durante a instrução, sob o pálio do contraditório e da ampla defesa. [...] Ordem denegada.”

⁶³¹ Em outro feito, durante o curso da ação penal foi juntada aos autos decisão do Conselho de Contribuintes que desconstituiu crédito tributário (correlato a tributo sonegado e objeto da ação penal) por entender que não restou comprovado, “de forma inequívoca” (sic.), que os negócios jurídicos realizados ilicitamente que redundaram na supressão tributária tenham resultado de fraude por simulação. Já a perícia judicial, realizada nos próprios autos da ação penal, concluiu que os negócios jurídicos realizados não tinham qualquer lógica, e que, em face dos dados carreados, restara demonstrada a procedência da autuação fiscal. À época ainda não vinculado ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por intermédio da seção criminal, não acolheu a tese defensiva de que a decisão administrativa em favor do contribuinte importava em circunstância a ensejar a absolvição criminal por ausência de materialidade. (Questão de Ordem na Apelação Criminal nº 2001.04.01.043404-9-RS, publicado no DJU em 20/03/2002). Apreciando Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário de outro *writ* impetrado (também denegado) concomitantemente à apelação criminal perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o Superior Tribunal de Justiça veio a reconhecer que “o reconhecimento, pela própria Administração — a detentora exclusiva do poder-dever de verificar a ocorrência do fato gerador e lançar o crédito — da inexistência, em relação às operações apuradas no processo criminal, de qualquer responsabilidade de natureza tributária, pode fazer desaparecer a justa causa para o curso da ação”. Determinou-se o trancamento da ação Penal (Habeas Corpus nº 18.005-RS, julgado em 26/03/2002).

⁶³² VELLOSO, Andrei Pitten. *A pregiudiziale tributaria: análise da jurisprudência brasileira à luz das experiências italiana e espanhola*. Monografia. Salamanca, 2006.

⁶³³ “Los delitos fiscales sólo son perseguibles a instancia de la Administración, sin necesidad de querrela. Una vez hayan adquirido firmeza las actuaciones administrativas [...] el Delegado de Hacienda [...] devera poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que se estimen constitutivos de delitos fiscales cometidos en el ambito de su jurisdicción.”

nuestro ordenamiento[...]. Sobre este dispositivo, Bustos Ramírez ⁶³⁴ é objetivo: “la declaración de ilicitud penal administrativa no puede condicionar el ilícito penal criminal”.

O Tribunal Supremo da Espanha não acolheu a tese da subsistência de uma prejudicialidade necessária, admitindo inclusive ser “dispensável até mesmo a existência de uma prévia autuação administrativa, por se tratar de crime sujeito à ação penal pública”. Na verdade, o sistema espanhol, diz Velloso, adota a compreensão de que a “sentença penal configura uma questão prejudicial para a aplicação da sanção administrativo-tributária”. Como não pode(ria) haver dupla penalização (criminal e administrativa), “proferida sentença penal condenatória com trânsito em julgado, a imposição da sanção administrativa seria excluída. Caso contrário, deveria prosseguir o procedimento administrativo, com uma peculiaridade: a Administração Tributária ficaria vinculada à valoração probatória judicial”. Esse sistema restou mantido e aprimorado pela nova Ley General Tributária, Ley nº 58/2003. *Atualmente*, a partir de decisão proferida no ano de 2003, o Tribunal Constitucional Espanhol passou a admitir, *em tese*, a aplicação de sanções administrativa e penal pelos mesmos fatos e em razão dos mesmos fundamentos, desde que não se verifique uma equiparação de sanções. De qualquer modo, a valoração sobre os elementos constitutivos dos crimes cabe ao Poder Judiciário, não à Administração ⁶³⁵.

Bem equacionando o tema relacionado com a melhor resposta para a solução dos problemas jurídicos, Velloso conclui que

[...] as experiências italiana e espanhola evidenciam que a sistemática adotada pelo STF no julgamento do HC 81.611 não é a única possível e tampouco a mais adequada aos postulados básicos dos Estados Constitucionais contemporâneos. [...] A *pregiudiziale tributaria* revelou-se, tanto na Itália quanto na Espanha, nitidamente inadequada para a punição dos crimes contra a ordem tributária. E o Brasil não necessita aguardar décadas para constatar que o fenômeno da impunidade também sucederá (ou permanecerá sucedendo) aqui, caso mantida a *pregiudiziale*. Poderia ter aprendido com os erros dos demais, não necessitando cometer os seus próprios. Mas, já que os perpetuou, deverá remediá-los prontamente, obstando, assim, a continuidade da produção de nocivos e nefastos danos à sociedade. Além de levar à impunidade, cria situações de conflito sistêmico, já que, em outras matérias, é amplamente reconhecido o princípio da independência das instâncias administrativa e penal ⁶³⁶.

⁶³⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. _____; BOIX REIG, Javier. *Los Delitos contra la Hacienda Publica*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 50.

⁶³⁵ Destaque-se, ainda, da redação do artigo 305.4 do Código Penal Espanhol exsurge hialinamente a possibilidade da instauração, pelo Ministério Público, de ação penal em detrimento de delitos fiscais independentemente de qualquer fiscalização dos órgãos da Fazenda Pública.

⁶³⁶ De fato, o Superior Tribunal de Justiça, ao passo que acompanha o entendimento do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 81.611-SP, decidiu no seguinte sentido referentemente à ingerência (ou não) das decisões do CADE na seara penal: “PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. ART. 4º, INCISO II, ALÍNEAS A, B E C, E INCISO VII, C/C ART. 12, INCISO I, AMBOS DA LEI Nº 8.137/90. DECISÃO DO CADE. ART. 93, DO

Tratando do Direito, da lógica e da argumentação, Perelman⁶³⁷ adverte que o Juiz, em sua decisão, “deve levar em conta não só o caso particular que lhe é submetido, mas todos os casos da mesma espécie; isso porque sua decisão pode tornar-se um precedente no qual se inspirarão outros juízes em seu desejo de observar a *regra de justiça*, que lhes prescreve tratar da mesma forma casos essencialmente semelhantes”.

García de Enterría⁶³⁸, complementando, discorre no sentido de que o juiz constitucional não pode perder de vista, em nenhum momento, as conseqüências práticas da decisão que tomar, e que certas sentenças têm efeitos vinculantes gerais ou com força de lei. Essas sentenças podem ocasionar catástrofes não apenas para o caso concreto, mas para outros inúmeros casos, e, quando tais sentenças são politicamente inexatas ou falsas (no sentido de que arruinam as tarefas políticas legítimas de administração do Estado), a lesão pode alcançar toda a comunidade. Encerra com assertiva incisiva, porém correta: “el Tribunal Constitucional no puede ser ciego a las consecuencias políticas de sus decisiones”.

De fato, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a existência de uma (suposta) condição objetiva de punibilidade nos crimes tributários do artigo 1º da Lei nº 8.137/90, além de incorrer em equívocos de premissas e de conclusões, não atentou para a repercussão e os efeitos (inclusive políticos) da decisão deste *leading case*, hoje reproduzido de forma sistemática (e até acrítica) pelos demais tribunais pátrios.

5.5 A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM DELITOS ECONÔMICOS

Sem se afastar a possibilidade de o legislador infraconstitucional estipular eventuais causas extintivas de punibilidade ou redução de penas⁶³⁹, bem como a exclusão dos próprios tipos penais em abstrato – mormente quando não mais consentâneos com a realidade social -,

CPP. Considerar que a decisão do CADE sobre abuso de poder econômico reflete situação paralela à do Conselho de Contribuintes em matéria tributária é equivocado. O Conselho de Contribuintes vai dar o *quantum debeat* que configura a condição objetiva de punibilidade, segundo a Augusta Corte. Na hipótese do CADE, é mera apreciação administrativa sobre a existência de abuso de poder econômico. Não é condição objetiva de punibilidade e sim uma valoração acerca daquilo que coincide com o elemento do tipo. E sendo elemento do tipo, o procedimento administrativo no CADE não enseja a discussão em torno do art. 93 do CPP. Recurso desprovido.” (RHC. nº 17.418-RS, 5ª Turma, por maioria, julgado em 18/08/2005, publicado no DJU em 27/03/2006)

⁶³⁷ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 514.

⁶³⁸ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. 3 ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 179, 180 e 183.

tem-se que, frente ao conteúdo axiológico dos princípios insertos na Constituição Federal – os quais, como já dito, superaram as bases iluministas que ensejaram a edição de leis penais como o Código Penal ⁶⁴⁰ –, a despenalização deveria ocorrer em relação a infrações que não ofendam, de forma significativa, os novos interesses tutelados. Já a penalização se deveria dar em face de delitos que tenham relevância social, por ofenderem significativamente interesses protegidos em órbita constitucional ⁶⁴¹, tema no qual se pensa que o Direito Penal – frente a esse paradigma – não pode ser afastado em sua aplicação ⁶⁴².

Há que se reiterar que a proteção de bens jurídicos relevantes não apenas vincula o legislador, mas, sobretudo, o Poder Judiciário nos momentos de interpretação e aplicação das leis ⁶⁴³. Significa que os princípios devem funcionar como verdadeira blindagem contra arbitrariedades legiferantes, apontando o caminho a ser seguido pelo intérprete na busca da coerência e da integridade do sistema e do direito ⁶⁴⁴.

5.5.1 A disposição do artigo 34 da Lei nº 9.249/95

A regra em comento, incluída por intermédio de emenda em lei editada no dia 27/12/1995 ⁶⁴⁵, dispôs que se extingue “a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137,

⁶³⁹ Artigo 16 do Código Penal: “Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”.

⁶⁴⁰ Conforme Maria da Conceição Ferreira Cunha, “o conceito de crime do iluminismo tem uma vertente marcadamente individualista.”. CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 34. Streck, firmando veemente crítica, adverte que ainda “persistimos atrelados a um paradigma penal de nítida feição liberal-individualista, isto é, preparados historicamente para o enfrentamento dos conflitos de índole interindividual”. STRECK, Lênio. *Da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Porto Alegre. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2, p. 248.

⁶⁴¹ CARVALHO, Márcia Dometila de Lima. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 38. Mantovani afirma que “el principio de ofensividad o lesividad Del hecho punible representa una derivación de la exigencia constitucional de proporcionalidad, que reclama una atención real de intereses con relevancia constitucional para justificar la limitación del derechos fundamentales que es propia de la sanción punitiva”.

⁶⁴² Preza Restuccia reconhece que “los delitos contra el orden socio-económico plantean una serie de problemas comunes que los diferencian (o al menos sirven de criterio diferenciador) de las restantes categorías de delitos que integran los Códigos penales de los países que han desarrollado su dogmática penal como un derivado de la europea continental más representativa (Alemania, Italia, España, Francia).” RESTUCCIA, Dardo Preza; ADRIASOLA, Gabriel; e GALAIN, Pablo. *Delitos Económicos*. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2004, p. 105.

⁶⁴³ AGUADO CORREA, Teresa. *El Principio de Proporcionalidad em Derecho Penal*. Madrid: Edersa, 1999, p. 197.

⁶⁴⁴ STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 159, nota de rodapé n. 234.

⁶⁴⁵ Que foi introduzida no sistema pátrio para alterar “a legislação do Imposto de Renda das pessoas jurídicas, bem como da Contribuição Social sobre Lucro Líquido, e dá outras providências”.

de 27 de dezembro de 1990⁶⁴⁶, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.” Anteriormente, vigorou, por curto período, a regra do artigo 14 da Lei nº 8.137/90⁶⁴⁷, cuja redação era similar, revogada pela Lei nº 8.383, em 30/12/1991.

Extraí-se de seu comando que, efetuada a restituição dos valores objeto da sonegação fiscal, antes do recebimento da denúncia criminal, ocorrerá a extinção da punibilidade, afastando-se todas as consequências jurídicas da prática delitiva já consumada.

5.5.1.1 A interpretação jurisprudencial

Os tribunais pátrios, em todos os níveis de jurisdição, imediata e irrestritamente aplicaram o conteúdo da regra, sem qualquer confrontação paradigmática com o ordenamento constitucional. Decorrente de verdadeiro automatismo, os fundamentos são os mais variados, mas em muitas se acorreu à justificação de que se trataria de um *critério de política criminal* do Estado, ao atendimento do Princípio da Isonomia, bem assim de que a regra teria uma *finalidade arrecadatória*^{648 649}.

⁶⁴⁶ Aplicado também por analogia aos delitos previstos no artigo 95, 'd', da Lei 8.212/91 (hoje revogado), cujo conteúdo normativo era idêntico àquele do artigo 2º, II, da Lei 8.137/90, tratando, porém, da retenção e não-repasse aos cofres do INSS das contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados.

⁶⁴⁷ Art. 14. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

⁶⁴⁸ V.g. Recurso em Sentido Estrito nº 2004.72.02.003648-6-SC, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, julgado em 25/05/2005, e publicado no Diário da Justiça da União em 08/06/2005, cuja ementa, na parte que interessa (e que reflete a decisão proferida), tem o seguinte conteúdo: “PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. [...] ADESÃO A PROGRAMA DE PARCELAMENTO. PESSOA FÍSICA. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ART. 9º DA LEI Nº 10.684/03. AUSÊNCIA DE VÍCIO FORMAL E MATERIAL. CONSTITUCIONALIDADE. EDIÇÃO DE NORMA PENAL MAIS BENÉFICA AO RÉU. CRFB/88, ART. 62, § 1º, I, B. INAPLICABILIDADE. [...] Não há falar que o art. 9º da Lei 10.684/03 fere o princípio republicano (arts. 1º e 3º da CF/88), tampouco os subprincípios constitucionais concretizadores: igualdade (art. 5º, caput), cidadania (art. 1º, II, e parágrafo único) e moralidade (art. 37, caput). Isso porque o referido diploma legal não faz distinção entre grupos ou pessoas, estendendo seus benefícios a tantos quantos satisfizerem os requisitos legais, que são objetivos. Além disso, a concessão de incentivos de ordem financeira e penal, opções do legislador, visa ao aumento da arrecadação e atende aos interesses e finalidades perseguidos pela administração.” (grifos nossos). Também nos Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 2005.04.01.015008-9-PR, TRF/4ª Região, julgado em 26/07/2005.

⁶⁴⁹ Igualmente a argumentação do Ministro Nelson Jobim, que se extrai das notas taquigráficas do acórdão proferido no *leading case* do Habeas Corpus nº 81.611-SP: “Estabelecer a condição de procedibilidade, sempre foi, na história do direito brasileiro – eu fiz um levantamento naquele voto – uma forma de cobrar tributo”. E também quando destaca compreender que: “em determinados momentos, facilita-se a obstrução da ação penal através do recolhimento do valor antes do acolhimento da denúncia ou antes da denúncia, depois ou antes da sentença, variando conforme as necessidade, o que mostra, claramente – isso não podemos fugir -, que esses ilícitos são tratados como instrumentos arrecadatórios; são meios pelos quais se otimizam, ou não. Dependendo da necessidade, num momento histórico da receita nacional, das contas públicas nacionais e problemas de direito financeiro e fiscal, temos um agravamento dessa exigência. Quando não há essa necessidade, temos uma redução

Já se observa aí verdadeiro descompasso à prudente advertência de Juarez Freitas no sentido de que não pode "haver vinculação pura, [...] tampouco qualquer automatismo na aplicação sistemática das normas jurídicas, sequer submissão passiva do intérprete à vontade originária do legislador, porquanto o compromisso maior encontra-se no sistema e em seus apelos coercitivos de justa consistência"⁶⁵⁰.

Além disso, oportuna a observação de Pereira Leite⁶⁵¹, para quem a indeterminação do conceito de equidade – utilizada também como fundamento de justificação da norma em tela – “permite ao intérprete, por vezes, a adequação das normas legais com desvio de seus fins, ao sabor de inclinações personalíssimas do juiz – das quais este nem sempre se apercebe – ou fruto de falsas premissas”.

Os limites interpretativos não quedaram nessa instância da discussão. Originou-se corrente – que se sedimentou por mera repetição de ementas de julgados precedentes – sustentando que o parcelamento dos valores objeto do crime, em seara administrativa, importaria em incidência da norma em comento^{652 653}. O fundamento seria de que a lei não

da exigibilidade desse tipo de ilícito”. Conforme excerto do voto constante na p. 154 do aresto do Habeas Corpus nº 81.611-SP, disponível em <http://www.stf.gov.br> Acesso em 18 jun. 2006. Frente a estes argumentos, calham as ponderações de Santana Vega, para quem “esta modalidad de persecución de los delitos suele favorecer a las clases económicamente más fuertes.” VEGA, Dulce María Santana. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 131.

⁶⁵⁰ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 33-34.

⁶⁵¹ LEITE, João Antônio G. Pereira. *A Equidade no Direito do Trabalho*. Estudos Jurídicos, Unisinos, São Leopoldo, v. 3, n. 11, 1974, p. 60.

⁶⁵² Quando grassava divergência perante o Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, não acolhendo a tese, defendeu o Ministro Félix Fischer: “quanto à gravidade, ou não, do fato, em todos os países, a sonegação é considerada crime grave; quase todos os casos que temos são de empresários que simplesmente descontam do trabalhador o INSS e não o recolhem. Não são pobres coitados, são pessoas que já são favorecidas e usufruem disso. Pode-se, v.g., fazer acordo pelo REFIS, em que há legislação própria; contudo, fazer acordo por fora para possibilitar e até incentivar o não cumprimento, *data vênia*, carece de sentido.” Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 11.598-SC, disponível em www.stj.gov.br Acesso em 04 jul. 2006.

⁶⁵³ Tem-se que esta exegese, hoje vigorante especialmente pela mera repetição de ementas de julgados anteriores, apresenta-se equivocada. Quando editada, a Lei nº 8.137/90 tinha em seu conteúdo normativo o art. 14, que garantia a extinção da punibilidade quando o agente promovesse o pagamento do tributo e dos consectários legais antes do recebimento da denúncia. Dispunha, explicitamente: “Art. 14. *Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.*” Tal regra foi revogada pela Lei nº 8.383, de 30/12/91. Entretanto, com o advento do disposto no art. 34 da Lei 9.249/95, foi restabelecida regra similar, que dispõe: “*Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.*” Como a lei não explicitava qual o modo de *promoção* do pagamento, passou-se a se defender que o parcelamento seria uma forma de *promoção do pagamento*, pouco importando o recolhimento de todas as parcelas, conforme adiante demonstrado. Há, no mínimo, duas sérias incongruências nestas conclusões.

A primeira, que reclama imagine-se duas situações, ora declinando-se de exemplos com números para melhor compreensão. “A” pratica a conduta tipificada no art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/90, tendo-se apurado a ocorrência de sonegação de tributos federais na ordem de R\$ 100.000,00, que, com os consectários legais (juros, R\$ 10.000,00; e multa, R\$ 10.000,00), totalizou R\$ 120.000,00. Reconhecendo a procedência da ação fiscal, recolhe os R\$ 100.000,00 antes do recebimento da denúncia, bem assim os R\$ 10.000,00 referentes à multa.

fez distinção se a devolução deveria ser integral ou parcelada, bem assim que, firmado eventual acordo em seara que não criminal, deixaria de existir aquela violação do bem jurídico, passando-se a constituir apenas em uma "nova dívida" (como se a *dívida* fosse o bem jurídico protegido nesses delitos). Depois, firmou-se que bastaria o parcelamento e o pagamento da primeira parcela, pouco importando que os demais valores (originariamente integrantes do dano causado pelo crime) efetivamente fossem restituídos de forma integral aos cofres públicos ou não. Tal posição é, hoje, salvo melhor juízo, uniforme no âmbito do Superior Tribunal de Justiça⁶⁵⁴ e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁶⁵⁵, havendo dissenso do Supremo Tribunal Federal⁶⁵⁶.

Deixa, entretanto, de recolher os R\$ 10.000,00 relativos aos juros porque os têm por indevidos. Sua punibilidade criminal não poderá ser extinta, pois reclama-se o pagamento inclusive de *todos os consectários* antes do recebimento da acusação. De outro bordo, "B" praticou a mesma conduta de "A", inclusive no que tange aos valores dos tributos e acréscimos legais. Em vez de efetuar o pagamento integral dos tributos, "B" obtém parcelamento do montante sonogado (aí incluídos os consectários legais) em 12 prestações sucessivas e iguais de R\$ 10.000,00. Se efetuar o pagamento de duas delas (R\$ 20.000,00), terá extinta sua punibilidade, mesmo que não recolha as demais.

A segunda. Demonstrando-se que o legislador jamais teve a intenção de abarcar as hipóteses de "parcelamento" à regra do art. 34 da Lei 9.249/95, cumpre referir que houve veto ao inciso I do § 2º do artigo 337-A do Código Penal, que dispunha de modo explícito pela primeira vez neste sentido: "§ 2º. É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, *mesmo que parcelada*, inclusive acessórios". O fundamento do veto, objeto da Mensagem nº 961, de 14/07/2000, e que se reporta aos precedentes do Supremo Tribunal Federal, está especialmente em que se abriria caminho para que fosse "*referendado entendimento à toda evidência contrário ao interesse público, qual seja, o de que opera-se a extinção da punibilidade de ilícitos tributários tão-só pela concessão de parcelamentos de débitos para com a Fazenda*".

Em nossa compreensão, situações como estas conduzem ao absurdo, *venia concessa*, esbarrando em regra elementar de hermenêutica segundo a qual "*dentre as interpretações possíveis, deve ser expungida aquela que leve a verdadeira incongruência*" (STF, HC n. 72.538-RS).

Abordando a norma em comento e a interpretação que se vem-se-lhe dando, embora em posição minoritária entre seus pares, corretamente declinou o Desembargador Federal Elcio Pinheiro de Castro, em julgamento ocorrido no dia 06/09/2006 nos autos do Recurso Criminal em Sentido Estrito nº 2006.71.09.000271-0-RS, que "não há como esconder a realidade. Se é certo que não pode o juiz decidir *contra legem*, não menos exatos é que o julgador sem consciência social, analisando a norma jurídica apenas no encaixe dos fatos à literalidade de seu comando, estará contribuindo para o descarte do Judiciário. Aliás, na conhecida dicção de Hely Lopes Meirelles, "a lei há que ser interpretada racionalmente para a consecução dos fins a que se destina".

⁶⁵⁴ "PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. PARCELAMENTO DO DÉBITO FISCAL ANTES DO RECEBIMENTO A DENÚNCIA. LEX MITIOR. ART. 34 DA LEI Nº 9249/95. De acordo com o insculpido no art. 34 da Lei nº 9249/95, na dicção da douta maioria da 3ª Seção, **extinta está a punibilidade com o deferimento do parcelamento, perdendo, a matéria, a partir daí, interesse penal.** Recurso provido." (*Recurso Especial nº 774.908-MG, publicado no DJU em 28/08/2006*). "HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PARCELAMENTO DO DÉBITO FISCAL ANTERIOR AO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. 1. Nos crimes contra a ordem tributária, após julgamento do RHC 11598/SC, pela 3.ª Seção, é entendimento desta Corte de Justiça, que operado o parcelamento do débito sonogado antes do recebimento da exordial acusatória, extingue-se a punibilidade do agente, nos termos do artigo 34, da Lei 9.249/95. 2. Ordem concedida para declarar extinta a punibilidade, determinando-se o trancamento do inquérito policial. (HC. nº 50.055-SP, unânime, julgado em 02/05/2006, publicado no DJU em 26/06/2006) "HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDEBITA PREVIDENCIÁRIA. PARCELAMENTO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DESCUMPRIMENTO. RESCISÃO DO ACORDO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O parcelamento do crédito tributário antes da data de recebimento da denúncia extingue a punibilidade, por força do disposto no art. 34, da Lei 9.249/95. 2. A

adesão ao parcelamento, nos moldes do artigo 34 da Lei n.º 9249/95 extingue a punibilidade da conduta, sem ressalvas ao adimplemento integral do débito. Eventual saldo remanescente deve ser objeto de ação executiva própria. 3. Ordem concedida para declarar extinta a punibilidade, determinando-se o trancamento da ação penal n.º 980035944-3 em trâmite na Vara Federal de Resende (RJ).” (HC. n.º 42.674-RJ, STJ, julgado em 07/03/2006, publicado no DJU em 27/03/2006). “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. ART. 96, ALÍNEA “D”, Lei n.º 8.212/91. PARCELAMENTO DO DÉBITO FISCAL ANTES DO RECEBIMENTO A DENÚNCIA. LEX MITIOR. ART. 34 DA LEI Nº 9249/95. De acordo com o insculpido no art. 34 da Lei n.º 9249/95, na dicção da doutra maioria da 3ª Seção, extinta está a punibilidade com o deferimento do parcelamento, perdendo, a matéria, a partir daí, interesse penal. Embargos acolhidos, com efeito modificativo.” (Embargos de Declaração no HC. n.º 40.522-SP, julgado em 13/12/2005, publicado no DJU em 27/03/2006).

⁶⁵⁵ “PENAL. HABEAS CORPUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ART. 337-A DO CÓDIGO PENAL. PARCELAMENTO ANTERIOR AO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ART. 34 DA LEI Nº 9.249/95. O parcelamento regularmente firmado entre o acusado e o INSS, em data anterior a do recebimento da denúncia, implica extinção da punibilidade do agente, forte no que prescreve o artigo 34 da Lei n.º 9.249/95. Precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça.” (HC. n.º 2006.04.00.001242-9-SC, julgado em 14/03/2006, publicado no DJU em 29/03/2006). “PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PARCELAMENTO DO DÉBITO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. LEI Nº 10.522/2002. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. LEI Nº 9.249/95, ARTIGO 34. 1. O parcelamento do débito antes do recebimento da denúncia enseja a extinção da punibilidade do réu. 2. Ainda que tenha se operado a exclusão do paciente do programa de parcelamento do débito tributário ensejador da denúncia, deve ser aplicado o art. 34 da Lei 9.249/95, não se aplicando à espécie a norma insculpida no art. 9º da Lei 10.684/03, tendo em vista não se tratar de hipótese do Parcelamento Especial instituído e regido por esta última lei. 3. Reconhecimento da extinção da pretensão punitiva do Estado em relação ao paciente.” (HC. n.º 2005.04.01.015008-9-PR, julgado em 24/05/2005, publicado no DJU em 08/06/2005). Embora se possa referir que já foram proferidas decisões reconhecendo não mais ser possível a interpretação de que o parcelamento seria causa extintiva da punibilidade, consoante se verifica do seguinte julgado: “DIREITO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. LEI 8.137/90. ART. 1º. IMPOSTO DE RENDA. PARCELAMENTO DO DÉBITO EM DATA POSTERIOR AO ADVENTO DO REFIS. ART. 34 DA LEI 9.249/95. EXTINÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. DESCABIMENTO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS LEIS PENAIAS QUE REGULAM A MATÉRIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. O entendimento jurisprudencial majoritário no sentido de que o mero parcelamento do débito tributário autoriza a aplicação do benefício previsto no art. 34 da Lei 9.249/95 não merece mais prevalecer. 2. Após a edição da Lei n.º 9.964, de 10 de abril de 2000, instituindo o REFIS, bem como da recente Lei n.º 10.684, de 30 de maio de 2003, estabelecendo a renovação do aludido Programa, revela-se cristalina a intenção do legislador de somente extinguir a punibilidade nos crimes tributários com o pagamento integral do débito, e não com o simples parcelamento que enseja apenas a suspensão do processo, bem como da prescrição. 3. Entendimento contrário significa prestigiar a impunidade, estimulando comportamento irresponsável do devedor que poderia aderir ao parcelamento e, logo em seguida, interromper o adimplemento das prestações, visando unicamente evitar os efeitos da ação penal. 4. O magistrado, no exercício de seu mister, deve sopesar os efeitos jurídicos e sociais de sua decisão. Impõe-se, numa visão conjunta do sistema legal, evitar o esvaziamento do conteúdo das regras, sendo indispensável perscrutar a verdadeira mens legis, adequando o caso concreto ao conteúdo e espírito da norma penal.” (Recurso em Sentido Estrito n.º 2003.71.05.000630-1-RS, julgado em 25/02/2004, publicado no DJU em 03/03/2004)

⁶⁵⁶ “HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA PRATICADO EM CONTINUIDADE DELITIVA: REDUÇÃO DOS TRIBUTOS (ICMS) MEDIANTE DECLARAÇÃO FALSA ÀS AUTORIDADES FAZENDÁRIAS. ALEGAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PARCELAMENTO DO DÉBITO. [...] 2. Hipótese em que o parcelamento foi pleiteado após o recebimento da denúncia e a quitação do débito se deu posteriormente ao advento da Lei n.º 9.249, de 21.12.95. 3. A punibilidade é extinta quando o agente promove pagamento integral do débito antes do recebimento da denúncia, o que não ocorre enquanto não solvida a última prestação do pagamento parcelado, possibilitando, neste período, o recebimento da denúncia. Precedentes. 4. Habeas corpus conhecido, mas indeferido.” (Habeas Corpus n.º 79.542-1, STF, unânime, publicado no DJU em 25/02/2000, p. 53). HABEAS CORPUS [...] A simples obtenção de parcelamento administrativo não é causa de extinção da punibilidade. Benefício que só se assegura quando a dívida for integralmente satisfeita, antes do recebimento da denúncia. Lei n.º 9.249/95, art. 34. Na hipótese, o débito só foi quitado após a confirmação da sentença pelo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus indeferido e cassada a liminar (Habeas Corpus n.º 77.010/RS, STF, publicado no DJU em 03/03/2000). Destaca-se que este dissenso decorria de impetrações de Habeas corpus contra decisões de tribunais e do Superior Tribunal de Justiça quando a matéria não estava uniformizada no âmbito do superior. Atualmente, em razão desta unificação, a matéria não tem mais sido objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal, especialmente porque não demanda discussão em sede de recurso extraordinário. Além disto, em razão da superveniência da Emenda

5.5.2 A disposição do artigo 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003

Com o propósito de alterar a legislação tributária, dispor sobre parcelamentos de débitos junto a órgãos administrativos, sobreveio a Lei nº 10.684, em 30 de maio de 2003, que, em seu artigo 9º, *caput* e § 2º, dispôs que fica “suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento”⁶⁵⁷, bem assim que fica extinta “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”⁶⁵⁸.

O conteúdo normativo do § 2º é muito similar ao do artigo 34 da Lei nº 9.249/95, só que não faz referência explícita em qual momento se deva dar o referido pagamento para se fazer incidir a causa extintiva de punibilidade.

5.5.2.1 A interpretação jurisprudencial

Atualmente, o entendimento consolidado no âmbito dos tribunais é que, como a regra em comento não traz nenhum marco para sua incidência, o pagamento se pode dar *a qualquer tempo*, inclusive após o trânsito em julgado da sentença condenatória, declinando-se, por

Constitucional nº 22, dificilmente o Supremo Tribunal Federal se manifestará doravante sobre o tema (ao menos em sede de habeas corpus), pois houve restrição de sua competência para impetrações somente em hipóteses em que for coator Tribunal Superior

⁶⁵⁷ Mesmo que eventual parcelamento tenha sido deferido em manifesta contrariedade aos dispositivos legais, pois “no campo do direito penal não importa verificar a legalidade da concessão do parcelamento dos débitos relativos às contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, mas apenas o seu eventual deferimento pela autoridade administrativa, circunstância, por si só, suficiente para fazer surgir o direito ao referido benefício da suspensão da pretensão punitiva (Lei nº 10.684/03, art. 9º, *caput*) e da prescrição (Lei nº 10.684/03, art. 9º, § 1º), ou da extinção da punibilidade (Lei nº 10.684/03, art. 9º, § 2º), independentemente da data do recebimento da denúncia.” (*Recurso Especial nº 700.082-RS, STJ, 5ª Turma, julgado em 20/10/2005, publicado no DJU em 05/12/2005*)

⁶⁵⁸ Assiste razão à Márcia Dometila ao encetar que “exacerbando a importância da delinquência sangrenta, atacante de bens jurídicos individualizados, minimiza, o Legislativo, a relevância dessa criminalidade maior, cuja repressão permanece simbólica”. CARVALHO, Márcia Dometila de Lima. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 94.

igual, suposto interesse arrecadatário para legitimar a existência do dispositivo ⁶⁵⁹. Além disso, sua incidência não está restrita àquelas pessoas que sejam integrantes, no âmbito administrativo, de eventual parcelamento consoante preconizado na cabeça do artigo. Sua incidência é geral e irrestrita, caracterizada como *lex mitior*. ⁶⁶⁰

5.5.3 O dispositivo do artigo 15 da Lei nº 9.964/2000

Tendo a finalidade de instituir um programa de recuperação fiscal, por intermédio da Lei nº 9.964/2000 criou-se o REFIS, cuja finalidade primordial seria (artigo 1º) a promoção da regularização “de créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições, administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com vencimento até 29 de fevereiro de 2000, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa, ajuizados ou a ajuizar, com exigibilidade suspensa ou não, inclusive os decorrentes de falta de recolhimento de valores retidos”.

Em seu artigo 15, consolidou-se regra no sentido de que seria “suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de

⁶⁵⁹ Heloisa Estellita, reportando-se ao entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence, defende que “o que o legislador pretendeu foi permitir a arrecadação dos créditos fiscais, ainda que o prazo de parcelamento seja extenso. Assim, não há falar em inconstitucionalidade ou imoralidade da referida lei.” ESTELLITA, Heloisa. *Crimes tributários nos Tribunais Superiores*. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 58, 2006, p. 99.

⁶⁶⁰ “AÇÃO PENAL. CRIME TRIBUTÁRIO. TRIBUTO. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei Federal nº. 10684/03, c/c art. 5º, XL da CF e art.61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário.” (*Habeas Corpus nº. 81.929-0, 1ª Turma, STF, unânime, DJU 27.02.2004, p.27*). “RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE ANTE A QUITAÇÃO DO DÉBITO. ART. 9º, § 2º, DA LEI 10.684/03. POSSIBILIDADE. Mesmo não aderindo a nenhum programa de parcelamento, ao pagar integralmente o débito previdenciário, ao recorrido devem ser estendidos os benefícios constantes no § 2º do art. 9º da Lei 10.684/03. Recurso desprovido.” (*Recurso Especial nº 710.568-SC, 5ª Turma, STJ, unânime, julgado em 15/09/2005, DJU 17/10/2005*). “PENAL. PROCESSUAL PENAL. OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADESÃO AO REFIS (LEI Nº 9.964/00) APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL E DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. VEDAÇÃO DE ATUAL ADESÃO A PARCELAMENTO DO DÉBITO. EXTENSÃO DOS BENEFÍCIOS DA LEI Nº 10.684/2003.1. Com o advento da Lei nº 10.684/2003, que disciplinou o PAES, ou REFIS II, como se costuma chamar, o parcelamento do débito, a qualquer tempo, enseja a suspensão da pretensão punitiva do Estado, independentemente da necessidade de ter ocorrido antes do recebimento da denúncia, como estabelecia o artigo 15 da Lei nº 9.964/2000. 2. Sendo a nova legislação (art. 9º da Lei nº 10.684/03) mais benéfica ao contribuinte/denunciado, não fazendo qualquer restrição no que concerne ao momento de a empresa promover o parcelamento do débito, o qual acarreta a suspensão da pretensão punitiva estatal mesmo tendo sido feito após o recebimento da denúncia criminal, é de se estender a aplicação de seus benefícios retroativamente, inclusive aos débitos parcelados de acordo com a Lei nº 9.964/00 (Programa de Recuperação Fiscal - REFIS).[...] 4. Suspensão da ação penal e do curso do prazo prescricional que se decreta.” (*Ação Penal nº 2002.04.01.031978-2/PR, TRF/4ª Região, 4ª Seção, julgado em 20/04/2006, publicado no DJU em 17/05/2006*)

dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.”. Ressalvou-se a suspensão da prescrição da pretensão punitiva no período (§ 1º), porém se firmou a possibilidade de extinção da punibilidade dos referidos crimes “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” (§ 3º).

5.5.3.1 A interpretação jurisprudencial

Também quanto a esse dispositivo, compreendeu-se, inicialmente, que deveria ser aplicado àquelas situações em que se tivesse efetuado o parcelamento dos valores *antes* do recebimento da denúncia (tributos federais ou estaduais⁶⁶¹), bem assim quanto ao disposto no § 3º, que o pagamento deveria ser realizado de forma integral para ensejar a extinção da punibilidade.

O Superior Tribunal de Justiça excepcionou a aplicação do *caput*, de forma retroativa, às espécies em que as adesões tenham ocorrido em data posterior ao recebimento da denúncia, desde que a propositura da ação penal tenha sido verificada antes da vigência da lei que instituiu o benefício da suspensão da pretensão punitiva do Estado, em face de impossibilidade do atendimento da condição legal de precedência do parcelamento ao processo criminal⁶⁶².

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a interpretação do artigo 15 da Lei nº 9.964/2000 deveria ser feita à luz da garantia constitucional da retroação da norma mais benéfica, afastando-se a cláusula final, que impunha como condição o fato de se ter aderido ao programa em data anterior ao recebimento da denúncia, quando esta o foi antes da vigência da nova norma legal, considerando, assim, como não escrita a condição, reconhecida como “impossível”⁶⁶³.

O STF editou nova decisão em Habeas corpus contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que, ao fundamento de que o débito objeto da condenação fora incluído no Programa de Recuperação Fiscal - Refis após o recebimento da denúncia, afastara a aplicação do que

⁶⁶¹ Habeas Corpus nº 34.288-RS, STJ, publicado no DJU em 06/02/2006.

⁶⁶² V.g. Recurso Especial nº 659.081-SP, STJ, publicado no DJU em 06/02/2006.

⁶⁶³ Recurso Extraordinário nº 409.730-PR, 1ª Turma, julgado em 01/02/2005, publicado no DJU em 29/04/2005.

previsto no art. 15 da Lei nº 9.964/2000. O Supremo Tribunal Federal considerou que a Lei nº 10.684/2003 introduziu nova disciplina geral para os efeitos do pagamento e do parcelamento na esfera de punibilidade dos crimes tributários, motivo pelo qual deveria incidir em todas as formas de parcelamento, independentemente do tipo de programa ou de regime utilizado. Por ser mais benéfica ao réu, a norma deveria retroagir, ainda que a decisão estivesse acobertada pela coisa julgada (Código Penal, art. 2º, parágrafo único). Aduziu-se ainda que, a partir da vigência da Lei nº 10.684/2003, se tornou determinante saber apenas se o parcelamento foi deferido pela administração, desencadeando-se na esfera penal, em caso positivo, por força de lei, os efeitos previstos no seu art. 9º, ou seja, a suspensão da pretensão punitiva e da prescrição. Concluiu-se também que a hipótese deveria ser solucionada à luz do disposto no citado art. 15 da Lei nº 9.964/2000. Considerou-se, no caso, que era impossível ao paciente aderir ao programa antes do recebimento da denúncia, pois sequer havia a normatização neste sentido, tendo-se como não-escrita a exigência temporal. Ao fim, concedeu-se o *writ* para, desconstituindo o trânsito em julgado da sentença condenatória, determinar a suspensão da pretensão punitiva e da prescrição penal desde 24.3.2000, nos termos do que dispõe o art. 15, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.964/2000⁶⁶⁴.

5.5.3.2. Algumas peculiaridades

A forma de parcelamento e de adimplemento dos valores restou regulada pelo artigo 2º da Lei nº 9.964, especificamente no inciso II do seu § 4º, determinando que se daria em parcelas mensais e sucessivas, e o valor de cada parcela seria de acordo com o percentual da receita bruta no mês imediatamente anterior, mas não inferior a: a) 0,3% (três décimos por cento), no caso de pessoa jurídica optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples e de entidade imune ou isenta por finalidade ou objeto; b) 0,6% (seis décimos por cento), no caso de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro presumido; c) 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento), no caso de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro real, relativamente às receitas decorrentes das atividades comerciais, industriais, médico-hospitalares, de transporte, de ensino e de construção civil; d) 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), nos demais casos.

⁶⁶⁴ Habeas Corpus nº 85.273-SC, julgado em 30/05/2006, acórdão ainda não publicado, noticiado no Informativo do STF nº 429, de 07/06/2006. Disponível em www.stf.gov.br/processos. Acesso em 30 jul.2006.

O novel regime passou a admitir “ao devedor [criminoso ou não] ir *ajustando* o valor das parcelas do refinanciamento ao ritmo de seu próprio negócio [interesses], sem nenhuma limitação temporal” ⁶⁶⁵, fato que redundou em parcelamentos com suspensão de ações penais por até *milhares* de anos ⁶⁶⁶.

5.5.4 A Medida Provisória nº 303/2006 (Refis III)

Igualmente dispondo sobre parcelamentos de débitos para com a União e suas entidades autárquicas, em 29 de junho de 2006 foi editada a Medida Provisória nº 303. Consoante extrai-se de sua exposição de motivos, sua expedição tem “relação com os vetos presidenciais feitos à Lei nº 11.311, de 13 de junho de 2006”, e tem por objetivo “alcançar um ponto de equilíbrio entre as possibilidades financeiras do Estado e as pretensões de diversas entidades representativas dos contribuintes”.

No artigo 4º, a Medida Provisória nº 303 dispõe que os débitos incluídos no Programa de Recuperação Fiscal (REFIS), de que trata a Lei n. 9.964/2000, e no Parcelamento Especial (PAES), a que se refere a Lei n. 10.684/2003, “poderão, a critério da pessoa jurídica, ser parcelados nas condições previstas no art. 1º, admitida a transferência dos débitos remanescentes dos impostos, contribuições e outras exações”.

A peculiaridade desta novel regulamentação está em que, diferentemente das Leis nºs 9.964/2000 e 10.684/2003, nada se dispôs acerca de suspensões de eventuais ações penais ou extinção de punibilidade acaso o valores dos débitos estivessem correlacionados com práticas criminosas.

Não há precedentes jurisprudenciais acerca do tema até o presente momento, mas, em doutrina, Heloísa Estellita antecipou-se defendendo que, “em conformidade com o

⁶⁶⁵ Recurso em Sentido Estrito nº 2000.71.07.002352-2-RS, TRF/4ª Região, julgado em 09/08/2001 e publicado no DJU em 05/09/2001.

⁶⁶⁶ Em notícia publicada no Jornal Folha de São Paulo no dia 1º/02/2004, restou apurado, apenas a título exemplificativo, que em razão destas regras: a) um contribuinte que praticou delito de sonegação fiscal na ordem de R\$ 128.000.000,00 (cento e vinte e oito milhões de reais) estava pagando ao fisco parcelas de R\$ 12,00 mensais, situação que geraria a suspensão da pretensão punitiva criminal do Estado por 890.000 (oitocentos e noventa mil) anos; b) um contribuinte que praticou idêntico delito na ordem de R\$ 314.000.000,00 (trezentos e quatorze milhões de reais) teria suspensa a pretensão punitiva por prazo de 171.237 (cento e setenta e um mil duzentos e trinta e sete) anos. Também nos autos da Ação Penal nº 2000.71.00.019274-4, a suspensão da ação penal demandaria 747 anos para o adimplemento integral dos valores. Além desses, Três notícia outro, cuja sonegação alçava a monta de R\$ 200.000.000,00 e o pagamento se daria em aproximadamente 432.000 anos TRÊS, Celso Antônio. *Teoria Geral do Delito pelo Colarinho Branco*. Curitiba: Imprensa Oficial do Paraná, 2006, p. 211.

entendimento consagrado no Supremo Tribunal Federal, trata-se tão-somente de nova modalidade de parcelamento de débitos tributários federais, mantida a disciplina prevista no artigo 9º da Lei nº 10.684/03 quanto aos efeitos penais; isto é, deferido o parcelamento, suspende-se a pretensão punitiva e a prescrição, pago o tributo (de uma vez só ou como quitação do parcelamento), extinta estará sua punibilidade”⁶⁶⁷.

Equivoca-se parcialmente em algumas de suas premissas e conclusões, *data venia*.

Considerou, inicialmente, que o entendimento vigente no Supremo Tribunal Federal seria o seguinte: a) quanto ao parcelamento, a partir de voto do Ministro Eros Grau, “o disposto no artigo 9º, *caput* e § 1º, aplica-se sempre que concedido um parcelamento pela autoridade tributária, não importando o nome do parcelamento ou os tributos cujo débito foi parcelado (HC nº 85.452)”; b) quanto ao pagamento, “que o § 2º criou causa geral de extinção da punibilidade pelo pagamento, sem limite temporal, e que, sendo disciplina mais benéfica, retroage em favor do réu (HC nº 81.929)”.

De uma leitura detalhada do voto do Ministro Eros Grau no HC nº 85.452⁶⁶⁸, verifica-se que não houve abordagem e conclusão no sentido ao que declinado por Estellita no

⁶⁶⁷ ESTELLITA, Heloisa. *O parcelamento previsto na MP 303/06 e a punibilidade nos crimes tributários*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 14, n. 165, p.14, ago.2006.

⁶⁶⁸ Na parte em que enfrenta o tema, transcreve-se excertos do voto:

“[...] 4. A Lei n. 10.684/03, ao contrário das anteriores, inovou ao permitir o parcelamento e a quitação do débito **após o recebimento da denúncia**. No primeiro caso, dá-se a suspensão da ação penal; no segundo, a extinção da punibilidade.

5. O § 2º do artigo 5º da referida lei, que autorizava, expressamente, o parcelamento dos débitos oriundos de contribuições descontadas dos segurados, foi vetado pelo Presidente da República. As razões do veto, elaboradas pelo Ministério da Previdência Social, estão assim resumidas, no que interessa para o caso concreto:

“(...) Preliminarmente, no que diz respeito às contribuições previdenciárias, este Ministério entende que não há necessidade de concessão de parcelamento especial de débitos, porque a legislação já dispõe de normas regulares de parcelamentos (art. 38 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991).

Porém, consideramos razoável a autorização para o parcelamento das contribuições previdenciárias patronais inserta no *caput* do art. 5º do Projeto de Lei de Conversão nº 11. **Todavia, caso diverso é o do § 2º desse mesmo artigo, que permite incluir no parcelamento os débitos provenientes de contribuições descontadas dos empregados e as decorrentes de sub-rogação. Se a empresa reteve as contribuições dos trabalhadores, não faz sentido deixar de repassá-las ao INSS.** (Grifei).

Por fim, acrescenta-se que as duas Casas do Congresso Nacional acabaram de aprovar Projeto de Lei de Conversão da MP 83/02, que resultou na Lei nº 10.666, de 10 de maio de 2003, determinando no seu art. 7º que:

‘Não poderão ser objeto de parcelamento as contribuições descontadas dos empregados, inclusive dos domésticos, dos trabalhadores avulsos, dos contribuintes individuais, as decorrentes de sub-rogação e as demais importâncias descontadas na forma da legislação previdenciária’.

6. Colho, a propósito, excerto do artigo “Pagamento e parcelamento nos crimes tributários: a nova disciplina da Lei nº 10.684/2003”, da autoria de Heloisa Estellita, publicado no Boletim 130, de setembro/2003, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais:

“Uma observação importante relativa a um dos crimes de maior incidência prática que é o previsto no art. 168A, § 1º, inc. I, do CP: a Lei nº 10.684 não autorizou o parcelamento dos débitos junto ao INSS oriundos de contribuições sociais devidas pelo empregado, descontadas e recolhidas pelo empregador. Ou seja, nestes casos, a aplicação da nova disciplina jurídica do parcelamento está afastada, mas, note-se que não por óbice oriundo da disciplina penal, mas, sim, da própria disciplina tributária que vedou o parcelamento desses débitos.”

que pertine ao parcelamento. Embora parte do voto de Grau se reporte ao entendimento da própria Estelitta, compreende-se que não foi nos limites em que ora defendido por ela.

A conclusão a que se chega é oposta: no precedente retronominado, o Supremo Tribunal Federal *não* fixou paradigma que justificaria encerrar silogismo no sentido de que as regras do *caput* e do § 1º do artigo 9º da Lei nº 10.684/2003 se aplicariam a todos os parcelamentos, inclusive aos agora regulados pela Medida Provisória nº 303/2006.

Como não há previsão legal, tem-se que não se pode cogitar de suspensão da pretensão punitiva e de eventuais ações penais em relação a fatos criminosos cujos montantes tenham sido parcelados na forma da novel disposição da Medida Provisória nº 303/2006.

No que pertine aos efeitos do § 2º do artigo 9º da Lei nº 10.684/2003, mantida a premissa da Corte Suprema – no sentido de que a regra deveria ser aplicada a todas as hipóteses de pagamento, estando ou não o sujeito vinculado a algum regime de pagamento especial ou parcelado, extinguindo-se a punibilidade –, *formalmente* a conclusão estaria

7. A exposição até este ponto desenvolvida levaria à conclusão de que o caso não é de extinção da punibilidade. Não é bem assim, porém. É certo que foi vetado o preceito que previa o parcelamento da quantia descontada dos empregados e não repassada ao INSS, restando, destarte, previsão legal somente para o parcelamento dos valores atinentes às contribuições patronais. No entanto, no caso concreto, o parcelamento e a quitação do débito com a Previdência deram-se antes da vigência das Leis ns. 10.666/03 e 10.684/03. De resto, ainda que o fossem após a vigência desses textos normativos, isso não alteraria a conclusão a que pretendo chegar neste *writ*.

As regras referentes ao parcelamento são dirigidas à autoridade tributária, de modo que, se esta deferir a faculdade de parcelar e quitar o débito tributário e o paciente cumpre a respectiva obrigação, deve ser beneficiado pelo que dispõe o artigo 9º, § 2º, da citada Lei n. 10.684/03. Este preceito que não faz distinção entre as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e as patronais, limita-se a autorizar a extinção da punibilidade dos crimes ali relacionados. Nada importa se o parcelamento foi deferido antes ou depois da vigência das leis que o proíbe: se de qualquer forma ocorreu, deve incidir o mencionado artigo 9º.

O paciente, repito, obteve o parcelamento e cumpriu a obrigação. Podia fazê-lo, à época, antes do recebimento da denúncia, mas assim não procedeu. A lei nova permite que o faça depois, sendo, portanto, *lex mitior*, cuja retroação deve operar-se por força do artigo 5º, XL da Constituição do Brasil.

Ante o exposto, defiro o *writ* para decretar a extinção da punibilidade do paciente e, com base no artigo 580 do CPP, estendo a decisão ao co-réu Juan José Campos Alonso, dada a identidade de situações. Esclareço que o terceiro acusado foi absolvido.“ (grifos e destaques nossos)

A ementa do julgado teve o seguinte conteúdo: “HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. APROPRIAÇÃO INDEBITA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESCONTADAS DOS EMPREGADOS. PARCELAMENTO E QUITAÇÃO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, POR FORÇA DA RETROAÇÃO DE LEI BENÉFICA. As regras referentes ao parcelamento são dirigidas à autoridade tributária. Se esta deferir a faculdade de parcelar e quitar as contribuições descontadas dos empregados, e não repassadas ao INSS, e o paciente cumpre a respectiva obrigação, deve ser beneficiado pelo que dispõe o artigo 9º, § 2º, da citada Lei n. 10.684/03. Este preceito, que não faz distinção entre as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e as patronais, limita-se a autorizar a extinção da punibilidade referente aos crimes ali relacionados. Nada importa se o parcelamento foi deferido antes ou depois da vigência das leis que o proíbe: se de qualquer forma ocorreu, deve incidir o mencionado artigo 9º. O paciente obteve o parcelamento e cumpriu a obrigação. Podia fazê-lo, à época, antes do recebimento da denúncia, mas assim não procedeu. A lei nova permite que o faça depois, sendo portanto, *lex mitior*, cuja retroação deve operar-se por força do artigo 5º, XL da Constituição do Brasil. Ordem deferida. Extensão a paciente que se encontra em situação idêntica.”

correta⁶⁶⁹. Mas aqui também é fundamental se fazer uma análise do *conteúdo material* da regra, nos termos em que adiante detalhado.

5.5.5 O Projeto de Lei nº 5.228/2005

Encontra-se em tramitação no âmbito do Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.228/2005, de autoria do Deputado Federal José Mentor, que institui a anistia fiscal sobre a legalização ou o repatriamento de recursos mantidos no exterior não declarados, por pessoas jurídicas ou físicas residentes no Brasil, bem como prevê a possibilidade da extinção da punibilidade dos delitos a ele relativos⁶⁷⁰.

Algumas regras merecem destaque. Prevê-se no artigo 3º ser necessário o pagamento de Imposto de Renda nesse procedimento de repatriação de alíquotas de 3% (três por cento) sobre os valores transferidos para agência bancária situada no Brasil, e 6% (seis por cento) sobre os valores mantidos no exterior. Reconhece-se, também, no artigo 4º, que o contribuinte ou responsável poderá promover a legalização dos recursos mesmo na hipótese em que os valores, na data em que promulgada a lei, já tenham ingressado no Brasil mediante operação simulada de empréstimo com pessoa física ou jurídica localizada em país com tributação favorecida. No artigo 7º, existe vedação da divulgação ou utilização das informações relativas ao repatriamento para a constituição de crédito tributário relativo a outros impostos e contribuições. Por fim, no artigo 8º, há exigência de que os valores repatriados sejam aplicados no Brasil (não especificando como e em que condições) pelo prazo mínimo de dois anos.

Da exposição de motivos, encontram-se alguns fundamentos justificadores da proposta: a) já de algumas décadas, o Brasil tem vivenciado diversas situações que propiciaram a sonegação fiscal e a saída irregular de recursos do país, dentre as quais podem ser apontadas a instabilidade econômica e a elevada carga tributária; b) estimativas apuradas na Comissão Parlamentar de Inquérito do Banestado revelam que entre R\$ 90 bilhões e R\$

⁶⁶⁹ Embora a exegese da Corte Suprema tenha desconsiderado que a Lei n. 10.684 foi editada quando já vigente o disposto no artigo 11, inciso III, alínea “c” da Lei Complementar n. 95, de 26/02/98: “Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: [...] III - para a obtenção de ordem lógica: [...] c) expressar por meio dos *parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida.” Ou seja, a regra do § 2º deveria ser vinculada e aplicável às hipóteses do *caput* do artigo 9º da Lei nº 10.684/2003.

⁶⁷⁰ Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em 11 jul. 2006.

150 bilhões foram remetidos ilegalmente ao exterior nos últimos anos; c) tais recursos não podem ser repatriados, nem usufruídos sem que se incorra na prática de lavagem de dinheiro ou outros ilícitos de mesma natureza; d) os únicos beneficiários desses depósitos são os banqueiros internacionais, que os investem, auferindo remunerações superiores às dos juros por eles devidos aos titulares dos recursos; e) a prática de crimes contra a ordem tributária não é tão severamente punida no Brasil, tanto que existem causas de extinção da punibilidade mediante a devolução dos valores sonegados; f) o repatriamento trará recursos para a economia do País.

5.5.6 O Princípio da Proporcionalidade e regras despenalizantes

Reitera-se que se tem como premissa que o Princípio da Proporcionalidade, na esteira dos ensinamentos de Alexy, não conduz a um único resultado possível, a uma resposta única correta, por se tratar de um procedimento aberto⁶⁷¹.

Mesmo contextualizando sua utilização no campo penal, não se pode deixar de ter como premissa que o Princípio da Proporcionalidade se constitui em comando de valoração constitucional e interpretação material às instâncias de aplicação normativa⁶⁷². De modo mais objetivo: o Princípio da Proporcionalidade é a regra central de controle constitucional da política criminal. Complementa Yacobucci⁶⁷³ que a função judicial neste controle está justificada constitucionalmente pela importância do bem perseguido e pela inexistência, dentro das circunstâncias, de outra medida de menor afetação particular [e também dos interesses sociais].

Em outras palavras, significa que as decisões em matéria político-criminal não podem prescindir da consideração da importância dos objetivos que são perseguidos e da aptidão que possuem para atingi-los. Há uma obrigação de se ponderar com critério prudencial a importância dos bens sociais e também pessoais postos em jogo na dialética estabelecida na persecução penal em face da prática de condutas criminosas.

Insiste-se que, para se constatar a eventual não-proporcionalidade de um comando legal (especialmente o despenalizante, para cujo foco ora se direciona), é desnecessária a

⁶⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁶⁷² YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *El Principio de Proporcionalidad como regla fundamental de la política criminal*. In: *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 90.

violação dos três subprincípios, bastando a violação de só um deles, que deverão ser analisados na ordem seqüencial, mas de forma subsidiária ⁶⁷⁴.

5.5.6.1 Subprincípio da Idoneidade ou Adequação entre Meios e Fins

Na análise desse subprincípio, exige-se uma relação de pertinência entre os meios escolhidos - no caso específico, pelo legislador - e os fins colimados pela Constituição. Guardando simetria com o Princípio da Proibição de Excesso (*übermaßverbot*), a idéia é que a medida implementada pelo Poder Público tem de se evidenciar não apenas conforme os fins almejados, mas também estar apta a realizá-los. Como defende Virgílio Afonso da Silva ⁶⁷⁵, reportando-se a Martin Borowski, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido. Contextualizando, a medida será inadequada quando ela não tiver condições de garantir a proteção do bem jurídico em voga.

Embora relevante advertência de que se saber se a criminalização (ou descriminalização, *lato sensu*) é eficaz (ou não) é algo de difícil constatação de um ponto de vista empírico ⁶⁷⁶, crê-se na possibilidade de avançar para um exame fático-teórico.

Conquanto se reconheça que a proporcionalidade demanda exame fático individual, na senda de Ferreira da Cunha ⁶⁷⁷, parece que uma hierarquização *tendencial* é inevitável, daí extraíndo-se uma função orientadora e até, em determinados casos, vinculante. Desse modo, a proporcionalidade reclama uma *certa* comparação entre os valores atingidos e os valores protegidos, vinculada a uma própria coerência da ordem jurídico-penal em face dos valores plasmados na Constituição.

⁶⁷³ YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *El Principio de Proporcionalidad como regla fundamental de la política criminal*. In: *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 92 e 96.

⁶⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 798, p. 34.

⁶⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 798, p. 37.

⁶⁷⁶ ARROYO ZAPATERO, Luis. *Derecho Penal Económico y Constitución*. Revista Penal, Barcelona, v. 1, n. 1, p. 4.

⁶⁷⁷ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 213.

Com efeito, frente ao subprincípio em exame, tome-se como exemplos os delitos previstos atualmente nos artigos 168-A, *caput* e § 1º e 337-A, ambos do Código Penal⁶⁷⁸, recorrendo-se à fórmula proposta por Alexy. Quando introduzidos no ordenamento jurídico, vieram também acompanhados de normas com conteúdos despenalizantes^{679 680}, porém com espectro não tão largo como aquele previsto no artigo 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003.

Há dois princípios em questão, que afloram como os mais relevantes: Princípio da Igualdade⁶⁸¹ e Princípio da Proteção e Sustentabilidade da Seguridade Social^{682 683}, mediante

⁶⁷⁸ Introduzidos em nosso sistema por intermédio da Lei nº 9.983/2000, foram reprodução – com mínimas modificações de grafia, mas de idênticos conteúdos normativos – de regras anteriormente já existentes no ordenamento jurídico (v.g. art. 95, 'd', da Lei nº 8.212/91; art. 1º, da Lei nº 8.137/90). Atente-se que, quanto ao delito previsto no artigo 337-A, do Código Penal, basta a “mera confissão” para a extinção da punibilidade, sequer se exigindo o pagamento dos valores sonegados aos cofres públicos.

⁶⁷⁹ Artigo 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

§ 2º. É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal”.

Artigo 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: [...] Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. § 1º. É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. (*Sublinha-se que não há necessidade, para a extinção da punibilidade, de se proceder à devolução das quantias obtidas com as condutas criminosas aos cofres públicos, mas apenas que se realize a confissão da prática criminosa*).

⁶⁸⁰ No Código Penal Espanhol, em redação atual, há dispositivo incriminador similar ao § 1º do artigo 168-A do Código Penal Brasileiro, havendo a possibilidade de extinção da punibilidade somente em caso de “regularização fiscal” antes de qualquer ato do Estado para com o agente criminoso. Dispõe o artigo 307, 1 e 3, do Código Penal: Artículo 307. 1. El que por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social para eludir el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obtener indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutar de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida y con ánimo fraudulento, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de quince millones de pesetas [atualmente, 120.000 euros] será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su mitad superior cuando la defraudación se cometa concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado frente a la Seguridad Social. b) La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados frente a la Seguridad Social. [...] 3. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación ante la Seguridad Social, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida.”

⁶⁸¹ Art. 5º, CF/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”; e Art. 194, CF/88: A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único: Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: ... V – equidade na forma de participação no custeio”.

⁶⁸² Como destaca Carmona Cuenca, “la previsión del mínimo existencial mediante la política social clásica (Seguridad Social) sigue perteneciendo al núcleo de la cláusula del Estado social”. CUENCA, Encarnación Carmona. *El Estado Social de Derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000, p. 76.

a obrigação de repasse aos cofres públicos dos valores das contribuições descontadas dos empregados (art. 168-A, § 1º, do Código Penal) ou então excluídas dos cofres públicos mediante ação fraudulenta (art. 337-A, do Código Penal) ⁶⁸⁴. E o *meio* adotado pelo legislador: a causa extintiva da punibilidade prevista no § 2º do art. 9º da Lei nº 10.684/2003.

Duas considerações, antes do desenvolvimento do raciocínio.

A primeira: embora a regra do artigo 337-A, do Código Penal, tenha conteúdo normativo caracterizado em razão de ação ardilosa, em princípio mais reprochável, comungasse da compreensão de que ambas as regras retromencionadas têm *efeitos* (resultados) praticamente idênticos, diretos, imediatos e danosos à manutenção atuarial do sistema previdenciário. Efetivamente, a função do sistema de Seguridade Social é calcada sobre atividades que possuem bens jurídicos com elementar base constitucional. Como salienta Angel Brandariz ⁶⁸⁵, verifica-se, no caso, um dos objetos jurídicos cuja defesa deverá ser articulada mediante a proteção do patrimônio da Seguridade Social e das transcendentais funções de aquisição de recursos e de aplicação no desenvolvimento das ações prestacionais.

A segunda: referindo-se ao Princípio da Isonomia, Borowski sustenta que “en la medida en que este principio tenga precedencia en la ponderación frente a los principios que jueguen en sentido contrario, está ordenado definitivamente otorgar un trato jurídico igual en las circunstancias específicas del caso”. ⁶⁸⁶

No caso em tela, crê-se que o meio escolhido pelo legislador (dentro de sua margem de eleição) *não* está em *mínimas condições* de favorecer a proteção e sustentabilidade da seguridade social, além de violar frontalmente o Princípio da Igualdade.

⁶⁸³ Art. 195, CF/88. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social”.

⁶⁸⁴ Ratifica-se a alta danosidade decorrente destas condutas, na senda de Angel Brandariz: “El fraude en las cotizaciones causa de modo directo un perjuicio al patrimonio de la Seguridad Social, que ve disminuidos los recursos que posee para desarrollar su política redistributiva y sus acciones prestacionales, con lo que de hecho se produce una alteración de distribución de la renta. Esta reducción de ingresos, en la medida en que alcance una magnitud significativa, puede acarrear, alternativamente, una de las dos siguientes consecuencias: o bien disminución del gasto y, por ende, de la cobertura protectora del sistema, o bien, si se desea mantener un determinado nivel de gasto, recorte de otras partidas presupuestarias, elevación de la presión fiscal o incremento del endeudamiento público (el cual, si no chocase con la actual disciplina presupuestaria, podría demandar una elevación de los tipos de interés).” Reconhece, por fim, que este tipo de delito é um dos fatores capitais que incidem sobre o desequilíbrio financeiro da Seguridade Social Espanhola. ANGEL BRANDARIZ, José. *El delito de defraudación a la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 51-3.

⁶⁸⁵ BRANDARIZ, José Angel. *El delito de defraudación a la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 60.

⁶⁸⁶ BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los derechos fundamentales*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 192.

Admitindo-se a não-existência da causa extintiva de punibilidade, não se originariam custos para nenhum dos dois princípios em ponderação. Em contrapartida, se adotada a regra em comento, resultam custos altíssimos ao Princípio da Igualdade, bem como não se atende ao Princípio da Sustentabilidade da Seguridade Social, que reclama o aporte dos recursos no *momento adequado* (esperado)⁶⁸⁷. Regras despenalizantes desse jaez, além de gerar verdadeira concorrência desleal e violação da isonomia em detrimento daqueles que cumprem as regras em obediência aos Princípios da Equidade e da Capacidade Contributiva⁶⁸⁸, acabam ocasionando um verdadeiro estímulo à criminalidade⁶⁸⁹, pois, em última instância, acaso descoberta a conduta criminosa, o agente deverá devolver o próprio produto objeto do ato ilícito – na verdade, um paradoxo – para ver extinta sua punibilidade⁶⁹⁰. Ou então, consoante demonstrado, nos moldes preconizados na Lei nº 9.964/2000, efetuar o parcelamento e ter

⁶⁸⁷ Alécio Lovatto, com acerto, destaca que “não é, em si mesmo, o pagamento, a arrecadação, o objeto primeiro de proteção da Lei nº 8.137/90. O que se protege, antes de tudo, é a ordem tributária. [...] Mais que a arrecadação, pelo texto legal, *protege-se a regularidade*, punindo-se toda a ação ou omissão que, nos termos da antiga definição legal de sonegação, impedia ou retardava o conhecimento da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal”. LOVATTO, Alecio Adão. Crimes Tributários. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 78. Como dizem também Figueiredo Dias e Costa Andrade, o bem jurídico, em delitos deste jaez, se constitui no “interesse público no recebimento completo e tempestivo dos singulares impostos”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *O Crime de fraude fiscal no novo Direito Penal Tributário Português*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 4, n. 13, jan./mar. 1996, p. 62. Igualmente, Silva Sanchez, reportando-se à STS de 19 de maio de 2005, quando destaca que o Tribunal Supremo Espanhol reconhece como necessária a repressão de qualquer conduta que implique uma diminuição da arrecadação *esperada* pela Fazenda Pública. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *El nuevo escenario del delito fiscal en España*. Barcelona: Atelier, 2005, p. 49. Também decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no julgamento da Apelação Criminal nº 2002.72.00.013034-8-SC, julgado em 12/07/2006 e publicado no DJU em 19/07/2006, cujo aresto, nesta parte, assentou que “o bem jurídico tutelado no crime do artigo 168-A do Código Penal não é o patrimônio em si, mas o interesse ao *tempestivo e integral* funcionamento do sistema previdenciário.”

⁶⁸⁸ Casalta Nabais adverte que “todos os cidadãos estão adstritos ao pagamento de impostos, não havendo entre eles, portanto, lugar a qualquer distinção de classe, de ordem ou de casta.” NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 438.

⁶⁸⁹ Contextualizando ao momento e ao tema atual, destacam Rusche e Kirschheimer, reportando-se a W. Sauer, que “quando as pessoas ouvem sistematicamente, a propósito do sistema penal moderno, que um delinqüente profissional, um usurpador, um trapaceiro, um fraudador, está bem alimentado, entretido com música e rádio, recebe tratamento vocacional grátis, tem a saúde preservada com banhos, férias de verão e serviços odontológicos grátis, então os piores elementos da população são estimulados ao crime enquanto os melhores perdem qualquer crença que tenham depositado no Estado, qualquer esperança numa administração da justiça justa e compreensiva – até que finalmente eles também ficam revoltados e se tornam vítimas da tentação do crime”. RUSCHE, Georg; KIRSCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 243, nota 4.

⁶⁹⁰ Quando da edição da Lei nº 8.137/90, embora o disposto em seu artigo 14 (que permitia a extinção da punibilidade nestes crimes se houvesse o pagamento dos tributos sonegados antes do recebimento da denúncia), constou na exposição de motivos excerto com o seguinte conteúdo referentemente a ele: que “essa disposição põe fim à situação até agora vigente, que *consiste em verdadeiro estímulo à prática de atos danosos ao erário público*, eis que ocorria a extinção da punibilidade quando o agente, já tendo sido iniciada a ação fiscal, recolhida o crédito tributário, antes da decisão administrativa de primeira instância”. Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 29.03.90, p. 2.227. Conforme também destacou KERN, Alexandre. *O Controle Penal Administrativo nos Crimes contra a Ordem Tributária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 49. Kern defende, ainda, que a extinção da punibilidade não representa proteção eficaz para o crédito tributário. Ao contrário, se traduz num estímulo à delinqüência, pela redução da margem de risco do sonegador frente à magnitude dos danos patrimoniais em jogo. Op. cit., p. 70.

suspensa a pretensão punitiva por dezenas ou centenas de milhares de anos (sendo desnecessário o pagamento integral para eventual obtenção da extinção da punibilidade, em face da manifesta impossibilidade fático-temporal), circunstância que também redundaria em verdadeira impunidade. Ou ainda a repatriação de recursos obtidos e enviados de forma ilícita ao exterior mediante pagamento de pequena alíquota (apenas) de imposto sobre a renda.

Como apreende Nabais, esse ambiente acaba por louvar ou premiar a ação dos *fugitivos fiscais*, de modo que “os resultados desta luta serão sempre muito limitados, por mais empenhada que se revela a ação dos diversos órgãos do Estado nesse domínio”⁶⁹¹.

Mantendo-se essa sistemática, avulta e se confirma que não há punição para esse tipo de criminalidade, em manifesta violação aos cânones constitucionais, notadamente o Princípio da Igualdade.

Se não existisse a regra do § 2º do artigo 9º da Lei nº 10.684/2003 (bem como a do artigo 15 da Lei nº 9.964/2000, com suas peculiaridades), ambos os princípios poderiam ser realizados nas suas melhores medidas. Uma posição poderia ser melhorada sem que a outra piorasse. Como refere Alexy⁶⁹², “el subprincipio de idoneidad tiene más bien el status de un criterio negativo, mediante el cual se puede detectar qué medios *no* son idóneos”.

De relevo acentuar que Ferrajoli insiste em seu modelo garantista que sejam observados, irrestritamente, os conteúdos materiais das normas infraconstitucionais por decorrência dos valores maiores estampados na ordem constitucional superior. Assim, exemplifica, uma norma que viole o Princípio da Igualdade “por más que tenga existência formal o vigência, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste com una norma sustancial sobre su producción”⁶⁹³.

Assim, à luz dos princípios garantistas, havendo violação da igualdade, é imperioso que os “juristas deben asumir la responsabilidad que corresponde a su oficio”⁶⁹⁴, afastando do sistema infraconstitucional regras que, por seus conteúdos, atinjam o ordenamento maior. É o que se verifica em regras extintivas da punibilidade em crimes dessa natureza, em razão de manifesta afronta aos princípios estampados na Constituição Federal.

⁶⁹¹ NABAIS, José Casalta. *Avaliação Indirecta e manifestações de fortuna na luta contra a evasão fiscal*. Direito e Cidadania, Cabo Verde, v. 6, n. 20/21, mai.-dez.2004, p. 202.

⁶⁹² ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 22, n. 66, septiembre-Diciembre 2002, p. 28.

⁶⁹³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías, La ley Del más débil*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 21.

⁶⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías, La ley Del más débil*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004, 157.

5.5.6.2 Subprincípio da Necessidade

O Subprincípio da Necessidade implica que, havendo mais de uma alternativa, o Estado deve optar em favor daquela que afete menos possível os interesses e as liberdades em jogo. Está em pauta, também aqui, a existência de um meio mais benigno e igualmente idôneo que possa melhorar uma posição sem que isso represente custo para a outra. Tal como sob a ótica do Subprincípio da Idoneidade, mediante o subprincípio em voga se leva em consideração uma seleção de meios. O legislador somente pode adotar o meio mais benigno, ou um meio igualmente benigno, ou um meio um pouco mais benigno. Não se trata de uma otimização até um “ponto máximo”⁶⁹⁵, senão que simplesmente a proibição, por ação ou omissão, de *sacrifícios desnecessários* para os direitos (e também, diz-se, porque essencial, para os deveres⁶⁹⁶) fundamentais. Incide verdadeira consideração, ao caso, da Subsidiariedade do Direito Penal⁶⁹⁷.

Como objetivamente refere Mir Puig⁶⁹⁸, “la necesidad y la idoneidad de la intervención penal lo han de ser para la protección de bienes merecedores de tal protección, esto es, de intereses directa o indirectamente fundamentales para los ciudadanos”.

A ponderação também aqui deve ser feita, utilizando-se dos mesmos dois princípios anteriores, mas considerando, agora, dois meios: a causa extintiva da punibilidade prevista no art. 9º da Lei nº 10.684/2003, e as regras dos artigos 91, I, do Código Penal, e dos artigos 125 a 134, todos do Código de Processo Penal⁶⁹⁹.

⁶⁹⁵ Hesse é objetivo: “A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. [...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 22-3.

⁶⁹⁶ Reitere-se a advertência de Moldes Teo, que, fixando suas premissas de raciocínio analítico no campo exclusivo da economia, enfatiza que a fraude fiscal tem uma enorme repercussão social porque, mantendo-se os objetivos da política pública, implica um endividamento e a necessária imposição de carga fiscal adicional – aumento da *carga dos deveres* – para os contribuintes que não praticam atos defraudatórios do sistema MOLDES TEO, Enrique. *Los aspectos macroeconómicos del fraude fiscal en España*. In: GARCÍA NOVOA, César; LÓPEZ DÍAS, António (orgs). Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 266.

⁶⁹⁷ ARROYO ZAPATERO, Luis. *Derecho Penal Económico y Constitución*. Revista Penal, Barcelona, v. 1, n. 1, p. 5.

⁶⁹⁸ MIR PUIG, Santiago. *Límites del Normativismo en Derecho Penal*. In: *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 152.

⁶⁹⁹ O Código Penal, em seu artigo 91, I, diz que são efeitos da condenação “tornar certa a obrigação de indenizar o dano do crime”. Para a realização na plenitude deste comando, já há previsão expressa, no Código de Processo Penal (arts. 125 a 144), de medidas assecuratórias, com destaque para a hipoteca legal (art. 134, CPP) e para o arresto de que trata o art. 137, do CPP.

Não se pode negar que, tão-somente sob a ótica monetária, a sustentabilidade da Seguridade Social *pode parecer* realizar-se (de forma ínfima e excepcionalmente) mediante a regra do § 2º do artigo 9º da Lei nº 10.684/2003, e também por força dos dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal já referidos. Contudo, em razão do primeiro meio, como já demonstrado, a realização do objetivo constitucional dá-se totalmente a destempo, *descaracterizando* sua *verdadeira realização*, que reclama *regularidade* nos moldes expostos. Acarreta uma ausência de proteção *eficaz* do bem jurídico. Quanto ao segundo meio, o atendimento, também em momento inoportuno, ocorre em face da garantia decorrente de ser o ato, ao mesmo tempo, uma infração criminal. Mas isso não se dá em relação ao Princípio da Igualdade, em que a regra extintiva de punibilidade intervém de maneira substancialmente mais intensa do que as regras dos artigos 91, I, do Código Penal, e 125 a 134, do CPP. É que a extinção da punibilidade, nos moldes fixados, viola diretamente o tratamento igualitário daqueles que observam as normas constitucionais e infraconstitucionais insertas nos comandos que visam à sustentabilidade do sistema. Assim, o primeiro princípio pode ser realizado em maior medida pela eleição do segundo meio – já existente no mundo jurídico – , pois, acaso não obedecidas as normas impositivas, há alternativa legal para, sem afastar a penalidade criminal, garantir o aporte dos recursos não repassados ou sonegados mediante procedimento muito menos gravoso para o próprio infrator (embora totalmente a destempo). Somente haverá a concretização definitiva da medida se for firmada a condenação por sentença irrecorrível (art. 141, CPP, *a contrario sensu*), sem embargo, ainda, do ressarcimento no âmbito civil.

5.5.6.3 Subprincípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito

A cláusula da proporcionalidade *stricto sensu* decorre do reconhecimento de que os meios podem ser idôneos para atingir o fim, entretanto desproporcionais em relação ao chamado custo/benefício. Sem incorrer em cálculo utilitário ou em análise econômica do Direito (mormente na seara ora abordada), a proporcionalidade em sentido estrito indaga, ao final, qual o preço a pagar. Os meios escolhidos devem manter uma relação *razoável* com o resultado pretendido. É o princípio da justa medida.

No âmbito criminal, a proporcionalidade em sentido estrito está inter-relacionada diretamente com o caráter fragmentário do Direito Penal, segundo o qual somente se deve

sancionar as condutas lesivas que atinjam, de forma grave, bens jurídicos relevantes e protegidos pelo sistema⁷⁰⁰.

Como lembra Yacobucci⁷⁰¹, há limites dentro da ampla discricionariedade para a eleição das medidas destinadas ao desenvolvimento do país que têm os legisladores e o Poder Executivo, enfatizando que “si la definición del bien común dada por ellos es razonable, la restricción que establezcan tiene validez; si es irrazonable, los intérpretes judiciales, actuando como guardianes deben invalidarla”.

Na linha novamente de Mir Puig⁷⁰², “la comparación de costes y beneficios que requiere una proporcionalidad en sentido estricto debe efectuarse entre la gravedad de los derechos individuales afectados por la pena o medida y la importancia de los bienes jurídico-penales afectados por el delito”. Somente nessa via de compreensão constitucional, diz ainda o doutrinador espanhol, é que se encontrará uma legitimação da função de prevenção do Direito Penal, na medida em que é a forma de proteger interesses fundamentais dos integrantes da sociedade.

O Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito é idêntico ao da Lei da Ponderação, que se resume na seguinte sentença: quanto maior é o grau da não-satisfação ou de afetação de um dos princípios, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro. Essa aferição deve ser realizada mediante a definição: a) do grau de não-satisfação ou de afetação de um dos princípios; b) da importância da satisfação do princípio que joga em sentido contrário; c) e, por fim, se a importância da satisfação do princípio contrário justifica a afetação ou a não-satisfação do outro.

Como destaca Alexy⁷⁰³, a contrapartida da intensidade de intervenção é a importância concreta do outro princípio. Assim, se as razões para a intervenção são tão fortes como as razões que jogam em contrário, a intervenção não é desproporcional.

No caso concreto, aplicando-se a Lei da Ponderação, a importância concreta do Princípio da Sustentabilidade da Seguridade Social dá-se em grau máximo em decorrência do que a não-intervenção no Princípio da Igualdade produz. Por isso, também aqui se verifica a violação da proporcionalidade.

⁷⁰⁰ ARROYO ZAPATERO, Luis. *Derecho Penal Económico y Constitución*. Revista Penal, Barcelona, v.1, n., p.6.

⁷⁰¹ YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *El Principio de Proporcionalidad como regla fundamental de la política criminal*. In: *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 91.

⁷⁰² MIR PUIG, Santiago. *Limites del Normativismo en Derecho Penal*. In: *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 152.

5.5.7 A Proibição da Proteção Deficiente e o argumento de que de regras despenalizantes em delitos econômicos têm finalidade de política criminal ou arrecadatória

Já se salientou que inúmeros segmentos da doutrina e da jurisprudência têm-se manifestado no sentido de que normas que permitem a extinção da punibilidade em crimes tributários mediante a devolução dos valores sonegados teriam finalidade primordialmente arrecadatória⁷⁰⁴. Argumentação similar pode ser verificada, também, em relação ao Projeto de Lei nº 5.228/2005, em que se apresenta como justificativa a necessidade de repatriação de recursos enviados de forma ilícita para fora do Brasil como maneira de beneficiar a economia interna.

Tal argumento é-nos simplista e limitado a um espectro apenas parcial e *ilustrado* de um sistema que, como já referido, não mais tem apenas essas características⁷⁰⁵. Silogismos deste jaez decorrem de uma *fala falada*, ou seja, de uma repetição de determinados posicionamentos – muitas vezes apenas pela sua *ementa* - sem qualquer declinação axiológica racionalmente fundamentada ou crítica, vinculada a uma hermenêutica completamente bloqueada para a real compreensão dos fatos. Não raras vezes, tal procedimento – que é o caso, na compreensão ora defendida – redundando em resultado similar ao qual chegou Joseph Goebbels (adaptado à discussão ora presente): em face de repetições de conclusões equivocadas, consolidam-se as assertivas como se fossem corretas, malgrado, em verdade, se traduzem como versões menos razoáveis, menos consentâneas com a realidade social.

A conclusão a que se chega é diametralmente oposta: regras dessa natureza *não são* aptas a estimular os cidadãos ao cumprimento das normas vigentes, atingindo-se a prevenção geral sob a ótica limitadora.

⁷⁰³ ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 22, n. 66, septiembre-Diciembre 2002, p. 39.

⁷⁰⁴ Tem-se estar caracterizada, aí, verdadeira falácia argumentativa do tipo hyper-integration. TRIBE, Laurence, e DORF, Michael. *On reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. Bem assim ainda a hipótese de falácia denominada *ad iudicium*. Sobre a primeira, bem observa Juarez Freitas que “uma interpretação sistemática madura afasta, entre outras, as falácias das dis-integration e da hyper-integration, sem sucumbir a nihilismo de qualquer espécie”. FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4 ed, rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 64.

⁷⁰⁵ Diz-nos Righi que a evolução do constitucionalismo contemporâneo põe em evidência o progressivo abandono dos modelos de constituições individualistas, substituindo-os por modelo chamado de constitucionalismo social, ou seja, aquele que contém cláusulas econômicas e que consagra não apenas garantias que o Estado deve-se abster de afetar, senão também direitos sociais, cuja satisfação requer sua atuação, o que põe em evidência a importância dos valores e interesses sociais que protege o Direito Penal Econômico. Apud SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. *El delito de defraudación tributaria*. In: Temas de Derecho Penal Tributario. GARCÍA NOVOA, César; LÓPEZ DÍAS, Antônio (orgs). Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 80.

Segundo Ferrajoli, a sujeição do juiz à lei já não é, como no velho paradigma positivista, sujeição à *letra da lei*, qualquer que seja seu significado, mas sim sujeição à lei enquanto válida, vale dizer, coerente com a Constituição ⁷⁰⁶. Deflui daí ser imperioso ao juízo que faça uma análise crítica das leis, (re)interpretando-as sob o filtro dos conteúdos axiológicos da Constituição. Precisamente por intermédio dessa análise crítico-valorativa é que, de modo eficaz, se estará utilizando de meio adequado para o controle da legitimidade constitucional – ou não - das regras de grau inferior, como corolário de um sistema que ancora seus pilares em um Estado Social e Democrático de Direito.

Sem embargo de pensamentos em contrário, visualiza-se em normas dessa natureza a ausência de qualquer interesse arrecadatório, mas sim propósito em propiciar verdadeira impunidade (culminando em injustiça) ⁷⁰⁷, conforme já sustentado em outra oportunidade ⁷⁰⁸.

Conquanto se tenha consciência de que a vontade do legislador não pode ser o elemento condutor essencial na interpretação do conteúdo do texto legal – no máximo, um indicador -, com o fim derradeiro em (tentar) desnudar os fatores que circundam – em algumas circunstâncias e de certo modo obscuros - os corredores do Legislativo, no caso concreto, segundo a largo tempo se vem referindo em trabalhos institucionais, fundamental se verificar o teor de debates parlamentares quando da aprovação, por emenda, do então artigo 34 da Lei nº 9.249/95, cujo conteúdo é bastante similar ao do artigo 9º da Lei nº 10.684/2003. De levantamento efetuado em notas taquigráficas do Diário da Câmara dos Deputados do dia 07 de novembro de 1995 ⁷⁰⁹, extrai-se que, durante os debates da sessão, se referiu à emenda nº 33, “encaminhando a favor de sua incorporação ao substitutivo, salientando tratar-se de ponto realmente importante, tanto que já estava preparando um Projeto de Lei no mesmo sentido da emenda.” Solicitado ao seu autor que explicitasse os fundamentos da proposta, o parlamentar “informou que a emenda se referia à introdução de um novo artigo no texto para corrigir uma deformação existente na Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991. Essa emenda limitava-se a incorporar na legislação o que havia sido suprimido na citada lei”. Outro parlamentar “pediu a palavra para declarar-se favorável ao acolhimento da emenda pelo Relator, acrescentando, a propósito, que fora procurado em São Paulo por representantes de

⁷⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías, La ley Del más débil*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 26.

⁷⁰⁷ Roemer destaca que, quando um indivíduo incorre numa falta e infringe determinado regulamento e não é castigado, se perde o objetivo social do Estado, e a população recebe um sinal de que é possível “passar por cima da lei”. ROEMER, Andrés. *Economía del Crimen*. Ciudad de México: Limusa, 2001, p. 257.

⁷⁰⁸ FISCHER, Douglas. *Artigo 34 da Lei nº 9.249/95 – Parcelamento não é causa de extinção da punibilidade*, RT n. 809, março/2003, p. 438.

⁷⁰⁹ Originais recebidos da Seção de Documentação Parlamentar da Câmara dos Deputados em 20/06/2001, relativos ao (então) Projeto de Lei nº 913/95.

Federações do Comércio, os quais lhe relataram muitos problemas que vinham ocorrendo em função daquela lei, penalizando até mesmo quem estivesse em dia com o fisco, continuando, não obstante, a ser indiciados em processos-crime. [...] Em seguida, foram aprovadas as emendas apresentadas ao substitutivo de nºs [...] 33”.

Embora a clareza das justificativas, nunca é demais ressaltar que o motivo que ensejou o debate e a aprovação da regra ⁷¹⁰ não foi estimular eventual arrecadação (para quem se apega a essa simplista argumentação), mas sim porque remanesciam "problemas", que consistiam, em verdade, na responsabilização criminal dos delinquentes econômicos que já tivessem devolvido ao Estado as quantias objeto da prática criminosa. De modo hialino e noutras palavras: evitar a punição de criminosos desse jaez.

Daí serem procedentes as considerações de Evaristo de Moraes Filho ⁷¹¹ ao reconhecer que há uma *curiosa coincidência* que esse movimento da intervenção mínima tenha ganho incremento exatamente na fase em que o Direito Penal está se *democratizando*, em que está deixando de alcançar tão-somente aqueles delinquentes etiquetados seletivamente, que constituem a clientela tradicional do sistema repressivo. Na hora em que o Direito Penal começa se voltar suas baterias contra uma *outra clientela*, a que pratica os crimes contra a ordem econômica e contra a economia popular, fala-se em descriminalização, despenalização, desjudicialização.

Quintero Olivares qualifica de *estranhas* certas interpretações do caráter fragmentário do Direito Penal em face de delitos econômicos e financeiros, pois se trata de matéria eleita como merecedora de penalização severa, dada a gravidade dos fatos ⁷¹².

Há de se reconhecer, nessa quadra, a pertinência e a atualidade da observação de Juarez Cirino dos Santos ⁷¹³, analisando *Vigiar e Punir*, de Foucault, quando assentou que “a lei penal é instrumento de classe, produzida por uma classe para a aplicação às classes inferiores; a justiça penal constitui mecanismo de dominação de classe, caracterizado pela

⁷¹⁰ Como reconheceu Carlos Maximiliano há certo tempo, mas que se amolda à realidade do caso, “a vontade do legislador não será a da maioria dos que tomam parte na votação da norma positiva; porque bem poucos se informam, com antecedência, dos termos do projeto em debate; portanto não podem querer o que não conhecem. Quando muito, desejam o principal: por exemplo, abaixar ou elevar um imposto, cominar ou abolir uma pena. Às vezes, nem isso; no momento dos sufrágios, perguntam do que se trata, ou acompanham, indiferente, os *leaders*, que por sua vez prestigiam apenas o voto de determinados membros da Comissão Permanente que emitiu parecer sobre o projeto. Logo, em última análise, a vontade do legislador é a da minoria”. Apud GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 121.

⁷¹¹ Em conferência intitulada “Crimes contra a Economia Popular”. Apud CARVALHO, Márcia Dometila de Lima. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 103/104.

⁷¹² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Adonde va el Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 2004, p. 89.

⁷¹³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *30 anos de vigiar e punir (Foucault)*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 58, 2006, p. 298.

gestão diferencial das ilegalidades; a prisão é a instituição central da estratégia de dissociação política da criminalidade, com repressão da criminalidade [tão-somente] das classes inferiores e imunização [apenas] da criminalidade das elites de poder econômico e político”.

Faz-se necessária uma eticização também do Direito Penal Fiscal, calcada nas premissas de que o sistema não visa apenas à arrecadação, mas sobretudo à realização – na seqüência do processo - da justiça distributiva ⁷¹⁴.

Consoante doutrina Martin Borowski, as medidas com esses conteúdos *são inadequadas*, porque não contribuem em nada para que seja fomentada a realização dos objetivos traçados na Constituição Federal. Ou, ao menos, não há nenhuma demonstração de que tais regras tenham como conseqüências a redução da sonegação fiscal (*lato sensu*). Streck resume ⁷¹⁵ que “não há qualquer justificativa de cunho empírico que aponte para a desnecessidade da utilização do direito penal para a proteção dos bens jurídicos que estão abarcados pelo recolhimento de tributos, mormente quando examinamos o grau de sonegação no Brasil”. Encerra afirmando que “para abrir mão – mesmo que de forma indireta – da proteção penal do bem jurídico ínsito à idéia de Estado Social, o legislador deveria demonstrar, antes, que os meios alternativos à sanção, como o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia, tenha, nos últimos anos – mormente a partir da Lei nº 9.249/95 – proporcionado resultados que apontem, de *forma efetiva*, para a diminuição da sonegação de tributos”.

Clèmerson Clève ⁷¹⁶, acorrendo também a Vital Moreira e Canotilho, de forma muito pertinente lembra que “havendo incompatibilidade entre o conteúdo da norma e o da Constituição, manifestar-se-á a inconstitucionalidade material. Pode ocorrer também inconstitucionalidade material quando a norma, embora disciplinando matéria deixada pelo Constituinte à *liberdade de conformação do legislador*, tenha sido editada ‘não para realizar os concretos fins constitucionais, mas sim para *prosseguir outros*, diferentes ou mesmo de sinal contrários àqueles’, ou, tendo sido editada para realizar finalidade apontadas na Constituição, *ofende a normativa constitucional por fazê-lo de modo inapropriado*,

⁷¹⁴ “É hoje um dado adquirido a eticização do direito penal fiscal, uma vez que o sistema fiscal não visa apenas arrecadar receitas, mas também a realização de objectivos de justiça distributiva, tendo em conta as necessidades de financiamento das actividades sociais do Estado. [...] É através da cobrança de impostos que o Estado realiza em grande parte os objectivos de justiça social que a sua dimensão democrática lhe impõe”. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria fiscal*. Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 481.

⁷¹⁵ STRECK, Lênio. *Da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Porto Alegre. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2, p. 243/284, 2004.

⁷¹⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2 ed. rev. e amp. São Paulo: RT, 2000, p. 45.

desnecessário, desproporcional, ou, em síntese, de modo não razoável". Diz que, na primeira situação, tem-se a hipótese de desvio ou excesso de Poder Legislativo. Na segunda, de ofensa ao Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade dos atos do Poder Público, especificamente no caso do Poder Legislativo.

A fragilização do Estado e do Direito tem sido acompanhada por um incremento assustador dos níveis de poder social e econômico exercidos pelos grandes atores do cenário econômico, que justamente buscam desvencilhar-se das amarras do poder estatal das mais variadas formas.

O Projeto de Lei nº 5.228/2005 é uma das formas mais recentes e hialinas para embasar tal constatação. Sob a ótica de raciocínios justificadores que incorrem em falácias argumentativas, procura-se sustentar que será supostamente benéfica para o país a repatriação de valores ilícitos mediante o pagamento de, no máximo, 6% de imposto de renda (e tão-somente desse tributo), em manifesta violação do Princípio da Igualdade em face dos demais contribuintes, que, a partir dos valores obtidos de forma lícita, pagaram tributos em escalonamento que chega ao limite de 27,5% a título de imposto de renda⁷¹⁷. A falácia persiste quando se declina que os únicos beneficiários dos valores depositados ilicitamente no exterior, e oriundos de atos que lesaram gravemente os interesses sociais e coletivos do Brasil, seriam de instituições financeiras do exterior. Em verdade, os valores estão sendo objetos de usufruto tão-somente pelos próprios agentes criminosos, que ora procuram, por todas as vias, encontrar meios legais (sob a ótica formal) de obterem mais benefícios com manifesto prejuízo social⁷¹⁸.

Essa assertiva vem ao encontro da afirmação de Daniel Drey, para quem "la ley es como una telaraña, atrapa a las moscas y a los pequeños insectos, pero deja que los abejorros, rompiéndola, se abran paso a través de ella".⁷¹⁹ Para Castilho, no mesmo diapasão, as malhas do tipo penal [das decisões judiciais, em muitos casos, também] normalmente são mais

⁷¹⁷ Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br/Alíquotas/TabProgressiva.htm>. Acesso em 11 jul. 2006.

⁷¹⁸ Há um dado que merece referência, objeto de publicação no periódico Folha de São Paulo no dia 31 de julho de 2005, intitulado "Lavagem de Dinheiro – Projeto de Mentor 'blindaria' doleiros". O proponente do projeto de lei em voga foi o relator da denominada Comissão Parlamentar de Inquérito do Banestado. Durante os trabalhos internos no Congresso, defendeu que se restringisse a apuração apenas em relação a "seis doleiros". As investigações atingiram "sessenta e três doleiros". Com autorização judicial, realizou-se interceptação telefônica em relação a dois deles, tendo-se constatado que ambos discutiam detalhadamente o projeto de lei sob exame, muito antes de o relator apresentá-lo no Congresso Nacional. Especificamente ao caso, confirmam-se as observações de TRÊS, Celso Antônio. *Teoria Geral do Delito pelo Colarinho Branco*. Curitiba: Imprensa Oficial do Paraná, 2006, p. 174.

⁷¹⁹ LEVI, Michel. Apud SANCHIS MIR, José Ricardo; GENOVÊS, Vicente Garrido. *Delincuencia de 'Cuello Blanco'*. Madrid: Instituto de Estudios de Policia, 1987, p. 109-10.

estritas para as infrações típicas das classes sociais mais baixas do que aquelas que constituem os delitos econômicos⁷²⁰.

No mesmo caminho correm as conclusões de Michel Levi⁷²¹, ao reconhecer que “quem rouba uma libra vai para a prisão e quem rouba dez mil libras devolve o dinheiro, eventualmente acrescido de uma multa substancial, nas raras ocasiões em que for apanhado, o que leva a concluir que para as coisas grandes a lei não fornece remédio”⁷²².

Realmente, no sistema pátrio, para os delinquentes comuns, *tradicionais*, que sofrem as penas (iluministas) do Código Penal, cujas condutas em tese (e de modo geral) são muito menos lesivas, se não houver violência ou grave ameaça à pessoa (sob o enfoque tradicional de suas acepções⁷²³), acaso devolvido o bem objeto do crime, no máximo se faz incidir a regra do art. 16 do Código Penal (redução da pena)⁷²⁴, jamais se cogitando de eventual exclusão de punibilidade⁷²⁵.

⁷²⁰ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 49.

⁷²¹ Regulating Fraud, Londres: Tavistock, 1987, apud SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O Crime do Colarinho Branco*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 210.

⁷²² Em sintonia, a síntese de Reiman: “for the same crime, the system is more likely to investigate and detect, arrest and charge, convict and sentence, sentence to prison and for a longer time, a lower-class individual than a middle – or upper - class individual. [...] Between crimes that are characteristically committed by poor people (street crimes) and those characteristically committed by the well-off (white-collar and corporate crimes), the system treats the former much more harshly than the latter, even when the crimes of the well off take more money from the public or cause more death and injury than the crimes of the poor”. JEFFREY, Reiman. *The Rich get Richer and the Poor get Prison. Ideology, class, and criminal justice*. 6 ed. Needham Heights MA: Allyn & Bacon, 2001, p. 145.

⁷²³ É prudente a ressalva feita por Bustos Ramírez ao considerar que a grave danosidade ocasionada por boa parte dos delitos econômicos *não pode autorizar conclusão de sobrepô-la a dos crimes contra a integridade das pessoas*. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Perspectivas Atuais do Direito Penal Econômico*, Fascículo de Ciências Penais, Porto Alegre, a. 4, v. 4, n. 2, p. 5. Embora Lênio Streck indague, com boa dose de pertinência, dependendo do caso concreto, “se alguém tem dúvidas que o crime de sonegação de impostos causa mais violência (e morte) do que um crime de lesões corporais ou até mesmo de um crime de roubo”. STRECK, Lênio. As (novas) penas alternativas à luz da principiologia do Estado Democrático de Direito e do Controle de Constitucionalidade. In: *A Sociedade, a Violência e o Direito Penal*. FAYET JUNIOR, Ney; CORRÊA, Simone Prates Miranda (orgs.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 139. No mesmo sentido, Callegari sustenta que “também a delinquência econômica lesiona a vida e a integridade física das pessoas”. Esta repercussão aparece, normalmente, em seguida”. CALLEGARI, André Luís. *Importância e Efeito da Delinquência Econômica*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 8, n. 101, p. 10.

⁷²⁴ No sistema espanhol, reitera-se apenas a título comparativo, como já destacado anteriormente, que a devolução dos tributos sonegados deve ocorrer de forma voluntária, sendo seu fundamento “análogo al que informa las normas relativas a las instituciones penales del desistimiento voluntario y el arrepentimiento activo, y, por tanto, há de basarse materialmente em los mismos principios”. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte Especial*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 574. Vê-se, portanto, que há - pelo menos - tratamento isonômico em relação aos demais delitos patrimoniais praticados em detrimento de particulares.

⁷²⁵ Apenas a título ilustrativo, embora não seja objeto da presente investigação, esta *inversão lógica* dos valores constitucionais se verifica também nas penas abstratamente cominadas a determinados delitos: enquanto que para (os graves delitos de) sonegação fiscal (artigo 1º da Lei nº 8.137/90) a pena é de 2 a 5 anos de reclusão, e evasão de divisas (artigo 22 da Lei nº 7.492/86), 2 a 6 anos de reclusão, para o delito de furto qualificado pelo uso de chave falsa a pena é de 2 a 8 anos de reclusão, sendo que se a subtração for de veículo automotor que seja

A *coerência* do Direito Penal necessita ser visualizada e compreendida a partir de um quadro de valores superiores que sejam expressão de racionalidade e valoração social. Acorrendo a Schünemann, restará inviável racionalmente justificar ulterior persecução penal da criminalidade *tradicional* se são fechados os olhos para as reais necessidades de uma efetiva persecução da criminalidade econômica ⁷²⁶. Mais enfaticamente, na senda de Bricola ⁷²⁷, não se pode deixar de considerar a “hipótese de ilegitimidade constitucional da despenalização [...] de um ilícito lesivo de um valor com relevo constitucional, quando tal despenalização determinasse *uma irracional disparidade de tratamento com respeito a outros factos lesivos de valores constitucionais de igual significado (ou equivalente e, acrescentamos nós, por maioria de razão se fossem de significado inferior)*, configurados, estes, como ilícitos penais”.

Além disso, a descriminalização *vai de encontro* à premissa de que a intervenção penal é necessária para desencadear ou promover a transformação das representações coletivas no sentido de atualizar a consciência comunitária da gravidade dos delitos econômicos ⁷²⁸.

Em relação a delitos que atinjam bens coletivos, não cabe levantar-se a bandeira da descriminalização, da intervenção mínima, que deverá ser hasteada em benefício da criminalidade clássica ⁷²⁹.

Como ensina Zagrebelsky, “la ley viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución” ⁷³⁰, de modo que “las Constituciones contemporaneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por tanto, contener, orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo” ⁷³¹.

transportado para outro Estado da federação ou para o exterior, a pena será de 3 a 8 anos de reclusão (artigo 155, § 4º, III e § 5º, do Código Penal).

⁷²⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 37.

⁷²⁷ Apud CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 333.

⁷²⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Apud CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 423.

⁷²⁹ CARVALHO, Márcia Dometila de Lima. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 103.

⁷³⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 6 ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 34.

⁷³¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 6 ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 39.

Diante de um modelo de Estado Social e Democrático de Direito sobre o qual se sustenta a ordem sistêmica constitucional, ratifica-se que o Direito Penal deve ter uma missão política de regulação ativa da vida social, de verdadeiro controle social.

Assim, frente ao problema proposto, a *conclusão que se tem como melhor* é no sentido de que normas despenalizadoras em sede de delitos envolvendo a delinquência econômica violam os princípios constitucionais no que pertine à realização dos fundamentos do Estado Social e Democrático de Direito - em especial o da proporcionalidade -, pois, como um fator a mais, debilitam significativamente a atividade prestacional do Estado.

Além disso, tais delitos geram o que se tem denominado de “efeito espiral”⁷³², incentivando a prática delitativa por outros agentes em idêntica situação⁷³³, devido (também) à concorrência desleal⁷³⁴ e à certeza da impunidade⁷³⁵ mediante a exclusão da punibilidade em decorrência tão-só da devolução do objeto da conduta criminosa. Ou então em face de repatriamento de valores remetidos ilicitamente ao exterior mediante pagamento de ínfima parcela a título de imposto de renda, gerando-se, a partir, daí total imunidade para o desfrute das quantias pelo agente criminoso. Nessa última situação, dá-se, mesmo que indiretamente, verdadeira hipótese de *integração* de ativos ilícitos, porém com chancela (formalmente) legal.

Nessa quadra, impende recordar Silva Sánchez⁷³⁶ ao aludir que o Direito Penal, para ser eficaz em sua pretensão de lograr a *eficiência social*, deve configurar suas normas partindo

⁷³² Righi conclui que “se conoce como efecto de resaca o espiral al que se produce normalmente em mercados competitivos, donde la ausencia de eficacia preventiva del Estado genera deslealdad, de modo que el delincuente presiona sobre los demás para que sigan su ejemplo, y así sucesivamente, llegándose a consecuencias de ‘contagio’ generalizado”. RIGHI, Esteban. *Derecho Penal Económico Comparado*, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.p. 280. No mesmo sentido, TORON, Alberto Zacharias. *Crimes de Colarinho Branco: Os novos perseguidos ?*, Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 28, São Paulo, p. 78. Também FERREIRA, Víctor Hugo Rodrigues Alves. *Caso de Policia? Combate à sonegação só terá êxito com mudança do modelo*. Disponível em www.consultorjuridico.com.br. Acesso em 11 jul.2006.

⁷³³ Calham novamente as ponderações de Roemer ao dizer que “en general, es costoso que un delincuente no sea castigado conforme a la ley, porque dada su impunidad podría reincidir o bien otros individuos tendrán incentivos a delinquir porque la probabilidad de que sean atrapados se presume pequeña”. ROEMER, Andrés. *Economía del Crimen*. Ciudad de México: Limusa, 2001, p. 257.

⁷³⁴ Exemplificativamente, confira-se os fundamentos de irrisignação de réu condenado nos autos da Apelação Criminal nº 1999.71.12.006712-2/RS (julgada em 26/05/2004, publicada no DJU em 09/06/2004, p. 640), processado por sonegação fiscal de mais de R\$ 6,5 milhões, tendo argüido que praticou o delito em razão da concorrência desleal do mercado.

⁷³⁵ De maneira atenta, Luís Roberto Barroso bem ponderou que “para si, a classe dominante brasileira reservou a apropriação privada do Estado e a imunidade trazida por uma cultura de absoluta impunidade para os crimes que pudesse cometer. [...] Os crimes contra a Fazenda Pública, a improbidade administrativa, a fraude a licitações, os crimes contra a ordem tributária dão traço nas estatísticas das condenações penais no Brasil. *A elite brasileira [...] não pune os seus parceiros, os seus iguais*. Deseja uma polícia eficiente, que reprima com firmeza quem lhes ameaça o patrimônio, mas não hesita em corromper o primeiro servidor público que se opõe aos seus interesses imediatos.” BARROSO, Luís Roberto. *Estado desorganizado e Estado de natureza*. Disponível em <http://noblat1.estadao.com.br/noblat/>. Acesso em 17 mai. 2006.

⁷³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Eficiência e Direito Penal*. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11. São Paulo: Manole, 2004, p. 26.

do princípio de que os destinatários das leis vão realizar um *cálculo de eficiência*. Especificamente, no caso, vendo não haver qualquer possibilidade de punição, no máximo a devolução do objeto do crime – a qualquer tempo –, o criminoso (inclusive aquele *em potencial*) será até estimulado a praticar fatos similares, porque ausente qualquer circunstância que garanta a prevenção sistêmica.

Estes fatos e argumentos dão supedâneo a Aguado Correa, que defende ser “importante no olvidar que la ineficacia de la pena no se mide en relación con las personas que ya han delinquido, sino en relación con los que no han delinquido o han dejado de delinquir por existir una amenaza penal”⁷³⁷.

Tem razão Alvarez-Uría⁷³⁸ ao afirmar que “el excesivo juridicismo y garantismo [diz-se: um *garantismo distorcido, de forma hiperbólica e monoclar*] en lo que se refiere a los delitos de cuello blanco, lejos de propiciar un sistema de defensa de los derechos ciudadanos, como tantas veces se afirma, en realidad, lo que crea es una doble balanza de la justicia: de un lado la balanza que penaliza sistemáticamente los delitos de los pobres y de otro la que muestra complaciente y condescendiente con los delitos de los ricos.”

Efetivamente, ainda em suas palavras,

[...] en un país en el que únicamente los pobres van a la cárcel, los ricos pueden o no ser delincuentes, pero en todo caso gozan de la patente de la impunidad. En un país en el que los pobres son sospechosos de debilidad mental y los ricos gozan de impunidad se produce necesariamente un proceso de deslegitimación democrática pues quienes dicen gobernar para promover la igualdad social se convierten en realidad encubridores o socios de sus mas declarados enemigos. Hacer coincidir el derecho con la justicia es hoy la única via para evitar que el incremento de las desigualdades y el autoritarismo amenacen a la sustancia misma de la sociedad.

Los delitos comunes y los delitos de cuello blanco son objeto de un tratamiento procesal distinto, y también de un diferente tratamiento policial y penitenciario. Las redes de control social se tejen en una trama densa para luchar contra los delitos comunes, pero las tramas se agigantan para dejar impunes los delitos de los delincuentes de cuello blanco.⁷³⁹

Abordando o tema da igualdade no Estado Social, Bonavides destaca que este princípio deve limitar materialmente a atuação do Estado. Como refere⁷⁴⁰, desaparece a figura do legislador absoluto, "cuja criação normativa, em nome inclusive do princípio da separação dos Poderes, não se sujeitava a nenhum controle de teor material, valorativo ou substancial. A eficácia dessa limitação é que faz o Estado Social ser um Estado de Direito, em

⁷³⁷ AGUADO CORREA, Teresa. *El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa, 1999, p. 153.

⁷³⁸ In SUTHERLAND, Edwin H. *El Delito de Cuello Blanco*. Madrid: Ediciones de La Piqueta, 1999, p.39.

⁷³⁹ In SUTHERLAND, Edwin H. *El Delito de Cuello Blanco*. Madrid: Ediciones de La Piqueta, 1999, p.47.

⁷⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 124.

inteira harmonia com o princípio da liberdade, o que não ocorre com o Estado social dos ordenamentos totalitários”.

Calha a advertência de Bandeira de Mello⁷⁴¹, para quem “a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos e de fatos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime aos que se inserem na categoria dispensada”.

Em outras palavras, há violação do cânone constitucional da isonomia na medida em que normas desse jaez atribuem tratamentos jurídicos diversos em atenção a fator de discrimen adotado⁷⁴² que, porém, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados⁷⁴³, bem como supõem relação de pertinência lógica em abstrato, mas a

⁷⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 39.

⁷⁴² Analisando a proporcionalidade no controle da lei em face do Princípio da Igualdade, Suzana Barros defende que se o legislador elege aleatoriamente qualquer fator de diferenciação, sem pertinência de fundo teleológico, ou se estabelece, em função da distinção, privilégios e ônus desmedidos, estará impondo uma dissimetria de tratamento inaceitável, violadora do princípio constitucional da igualdade. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 193.

⁷⁴³ Nem a lei, nem a própria hermenêutica que dela se faz. A propósito, apenas a título ilustrativo, destaca-se tema que vem gerando certa perplexidade quando à possibilidade (ou não) da execução provisória de penas em face da pendência de recursos especial ou extraordinário, por não terem estes o chamado efeito suspensivo. O Supremo Tribunal Federal tem compreendido hodiernamente que as penas restritivas de direito, à luz do disposto no artigo 147 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210), não podem ser objeto de execução antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (v.g. Habeas Corpus nº 86.498-8-PR, publicado no DJU em 19/05/2006, que tratava de delito contra o sistema financeiro nacional, artigo 19 da Lei nº 7.492/86). Paradoxalmente, em relação aos delitos em que a pena imposta foi privativa de liberdade, tem-se admitido a execução provisória (v.g. Habeas Corpus nº 85.886-RJ, publicado no DJU em 28/10/2005). Antes de modificar seu posicionamento, o Ministro Eros Grau, adotando suas próprias considerações teóricas referidas (capítulo 1), em voto que constitui tese minoritária no julgamento do Habeas Corpus nº 84.677-RS, abordando o disposto no artigo 147 da Lei de Execuções Penais, defendeu que “o preceito não pode ser interpretado isoladamente, como se tivesse existência destacada do todo normativo do qual é parte. Há ser compreendido em coerência com a unidade sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. Diz o artigo 105 da mesma Lei de Execuções Penais (transitada em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução). O texto legal acima transcrito também exige o trânsito em julgado da sentença condenatória para o início da execução da pena privativa de liberdade. Não obstante, o entendimento majoritário desta Suprema Corte é no sentido da possibilidade da execução provisória da pena, desde que esgotados os recursos com efeito suspensivo (HC. Nº 70.351, Rel. Min. Paulo Brossard, 2ª Turma, DJU de 22.03.1994 e HC. Nº 80.535, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 03.02.2001). Ora, se a própria liberdade do réu pode ser desde logo atingida se não houver recursos com efeito suspensivo, nada impede possa ele sofrer também limitações de alguns de seus direitos, uma vez que a sanção dessa natureza é menos gravosa do que a privativa de liberdade.” Este paradoxo, diga-se, foi notado também pelo Superior Tribunal de Justiça, quando reconheceu que “se a pena de prisão pode ser executada provisoriamente, seria paradoxal que o cumprimento das penas restritivas de direitos estivesse sujeito ao aguardo do trânsito em julgado da sentença, já que os recursos extraordinário e especial não têm efeito suspensivo.” (Habeas Corpus nº 49.242-CE, publicado no DJU em 13/03/2006). Entretanto, o próprio Superior Tribunal de Justiça já está aderindo ao entendimento da possibilidade da execução provisória das penas privativas de liberdade, mas não das restritivas de direitos, como se verifica dos seguintes e recentes arestos, da mesma composição de julgadores:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 171, § 2º, III, C/C § 3º, DO CP. EXECUÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. Em sendo a pena privativa de liberdade substituída por

discriminação estabelecida conduz a efeitos contrapostos ou dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente ⁷⁴⁴.

Borowski também é enfático ao destacar que, diante do Princípio da Igualdade, o legislador está ordenado a outorgar um trato igual quando não existe uma razão suficientemente razoável para permitir um trato desigual ⁷⁴⁵.

Na senda do entendimento do Tribunal Constitucional Alemão, uma lei de anistia penal viola o Princípio da Igualdade se a regra especial fixada pelo legislador para alguns tipos penais não for orientada pelo pensamento de justiça e se não puderem ser encontradas para ela quaisquer argumentos razoáveis que decorram da natureza da matéria ou que sejam compreensíveis de alguma outra forma ⁷⁴⁶.

De forma lapidar, apreciando a temática da igualdade, Cruz Santos ⁷⁴⁷ enceta que “determinada solução será materialmente justa se permitir que aquilo que foi considerado igual entre si se torne cada vez mais próximo do que até aí lhe era desigual e se afigura como desejável num dado momento histórico”.

Em casos de legislações como as ora sob análise, exsurge que o distanciamento entre estes parâmetros, em verdade, tem aumentado, incrementando-se o trato desigual e

pena restritiva de direito, a sua execução depende do trânsito em julgado do decisum condenatório, ex vi do art. 147 da Lei de Execuções Penais. (Precedentes do STF e do STJ). Ordem concedida para suspender a execução das penas restritivas de direitos até o trânsito em julgado da condenação.” (HC nº 51.439-RS, unânime, julgado em 12/06/2006, DJU 28/08/2006)

“PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12 DA LEI 6.368/76. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. EFEITO DEVOLUTIVO. Contra a decisão condenatória confirmada, à unanimidade, em segundo grau de jurisdição, cabem, tão-somente, em princípio, recursos de natureza extraordinária - apelos especial e extraordinário - sem efeito suspensivo (art. 27, § 2º da Lei nº 8.038/90), razão pela qual se afigura legítima a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da respectiva condenação (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ/Súmula nº 267-STJ). Writ denegado.” (HC. nº 56.637-PE, unânime, julgado em 12/06/2006, DJU 28/08/2006)

Maxima venia, como diz Alvarez-Uría, “algo funciona mal en nuestro sistema judicial cuando al justicia resulta estar tan divergente y distante del derecho.” ALVAREZ-URÍA, Fernando. In: SUTHERLAND, Edwin. *El Delito de Cuello Blanco*. Madrid: Ediciones de La Piqueta, 1999, p. 50.

⁷⁴⁴ Confira-se, a propósito, excerto de voto-condutor proferido nos autos da Apelação nº 7000028445, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que o relator refere: “Quando uma norma atende a igualdade? Celso diz que há “se o tratamento diverso outorgado a uns for justificável, por existir uma correlação lógica entre o fator de discrimen (...) e o regramento que se lhe deu”, se inexistir, ao contrário, “a congruência lógica ou se nem ao menos houvesse um fator de discrimen identificável” há agressão ao princípio. As discriminações – leia-se tratamento diferenciado – devem ser “lógicas, racionais, visivelmente justificáveis”. Apud STRECK, Lênio. *O Princípio da Proporcionalidade e as possibilidades de filtragem hermenêutico-constitucional: análise de um acórdão garantista*. In: *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 357.

⁷⁴⁵ BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los derechos fundamentales*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 191.

⁷⁴⁶ BVerfGE 10, 234 (*Platow-Amnestie*). SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. MARTINS, Leonardo (org). Traduzido por Beatriz Hennig e outros. Montevidéu: Adenauer, 2005, p. 323-5.

⁷⁴⁷ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O Crime do Colarinho Branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 204.

desproporcional entre os fatos criminosos em relação às suas conseqüências e em detrimento das diretrizes fundamentais estampadas na Carta Constitucional.

Tais anotações reforçam as conclusões de Sanchis Mir e Garrido Genovés ⁷⁴⁸ ao reconhecerem que “mediante este trato diferencial, los delincuentes de cuello blanco no son considerados delincuentes por el público, ni por ellos mismos ni por los criminólogos ⁷⁴⁹ [como regra também nem pelo legislador ordinário, nem pela grande maioria dos aplicadores do Direito] con lo que aumenta la probabilidad de que estos delitos se repitan y aumenten en el futuro (Sutherland, 1940)”.

Nas palavras Perelman, "que fazer se o próprio Poder Legislativo legisla de modo iníquo ? Seria razoável continuar, apesar de tudo, a sustentar a doutrina do positivismo jurídico segundo a qual 'a lei é a lei', seja qual for seu conteúdo?" ^{750 751}. Em sua linha de raciocínio, a resposta é negativa. O desarrazoado se constitui em limite para qualquer formalismo em matéria de direito, devendo-se apelar para princípios mais justos, pois "casos há em que o respeito estrito da letra redonda não numa solução [apenas] iníqua, mas em conseqüências ridículas". Assim, propugna, "nas sociedades democráticas contemporâneas, por juizes que compreendem [deveriam compreender] seu papel, que é o de conciliar o respeito pelo direito com o respeito pela equidade e pela justiça, de eliminar-lhes as conseqüências desarrazoadas, portanto inaceitáveis". Encerra dizendo que o juiz, contribuindo, com seu concurso, para o funcionamento de uma ordem iníqua, não pode esperar isentar-se de sua responsabilidade.

⁷⁴⁸ SANCHIS MIR, José Ricardo; GARRIDO GENOVÉS, Vicente. *Delincuencia de 'Cuello Blanco'*. Madrid: Instituto de Estudios de Policia, 1987, p.109.

⁷⁴⁹ "The businessman [...] thinks of himself as a respectable citizen and, by and large, is so regarded by the general public. [...] This problem of the conception of one's self as a criminal is an important problem in criminology. Some criminologists have insisted that the white collar criminal is not *really* a criminal since he does not conceive of himself as a criminal. [...] The public does not think of the businessman as a criminal; that is, the businessman does not fit the stereotype of criminal. This public conception is sometimes referred to as *status*". SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime - The Uncut Version*. New York: Vail-Ballou Press, Binghamton, 1983, p. 230-2. "El punto más significativo de diferencia reside en los conceptos que tienen de sí mismos los delincuentes y en el concepto que tiene el público sobre ellos. El ladrón profesional se ve a sí mismo como un delincuente y así lo ve el público en general. Como no desea tener una reputación pública favorable, se enorgullece de su reputación como delincuente. El hombre de negocios, por el contrario, se ve a sí mismo como un ciudadano respetable y, por general, así lo considera el público." SUTHERLAND, Edwin H. *El Delito de Cuello Blanco*. Madrid: Ediciones de La Piqueta, 1999, p.265.

⁷⁵⁰ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 433, 435-6, 457 e 490.

⁷⁵¹ Sobre o *culto à lei*, de forma absolutamente restritivo, remete-se às considerações de Dallari: "No direito brasileiro, tanto na produção teórica quanto na jurisprudência, verifica-se que foi estabelecido e se tornou predominante, apesar de brilhantes manifestações em contrário de alguns teóricos e magistrados, o que se poderia denominar *culto à legislação*, reduzindo-se o direito à lei escrita e resistindo-se a todas as tentativas de atualização. É uma atitude de acomodação, conservadora ou mesmo reacionária, motivo de conflitos entre direito inscrito na lei e a realidade social. De um lado, essa atitude dispensa o esforço de atualização dos conhecimentos teóricos, permitindo o uso de teorias e autores há longo tempo consagrados, habitualmente muito citados e

Efetivamente, não é qualquer norma editada pelo legislador que se afigura legítima e consoante a Constituição, pois, para tanto, deve haver um liame axiológico de seu conteúdo com os valores sociais e democráticos. Da outorga de seu mandato, não tem o parlamentar a autorização para, de forma arbitrária e desarrazoada, legislar contra a própria sociedade.

Em harmonia com essas ponderações, complementando-as, Cruz refere ⁷⁵² que todo o substrato material da Constituição, com sua pretensão de validade, descansa operativamente [de modo derradeiro] na atribuição dos tribunais, significando que a Lei Fundamental entregou a eles a última responsabilidade de cuidar e defender o ordenamento constitucional de valores.

Em se admitindo não haver esse controle material, cancelar-se-ia a máxima de Montesquieu de que o Poder Judiciário estaria ainda hoje limitado a ser "la bouche de la loi", calhando, vez mais, a advertência de Otto Bachof ⁷⁵³: "uma jurisdição que se queira livre da sua responsabilidade pelo conteúdo jurídico da lei degrada-se necessariamente, pelo menos de maneira potencial, num auxiliar do mero poder".

Esse também o pensamento de Dallari, ao ponderar que, ao se apegarem ao formalismo, "os Tribunais de Justiça se reduzem a tribunais de mera legalidade formal, os magistrados passam a aplicadores automáticos de regras que sancionam privilégios ^{754 755},

transcritos para dar a impressão de que as afirmações e conclusões têm sólido embasamento científico. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juizes*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 98-9.

⁷⁵² CRUZ, Luís M. *La Constitución como orden de valores*. Granada: Comares, 2005, p. 35.

⁷⁵³ BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais ?* Reimp. Coimbra: Almedina, 1994, p. 77.

⁷⁵⁴ Massud traz interessante informação no sentido de que já no Código de Hamurábi havia previsão de leis conforme a classe social, constatação esta que acabou revelando que as camadas sociais que exerciam o poder não só cometiam igualmente crimes, como também eram sistematicamente privilegiadas pela administração da Justiça. MASSUD, Leonardo. *O Crime do Colarinho Branco, numa perspectiva criminológica*. Revista dos Tribunais, ano 94, v. 833, mar.2005, p. 438. Cruz Santos, ao tempo em que também reconhece haver este tratamento diferenciado há muito, traz minucioso levantamento histórico retroativo ao período do medievo. - SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O Crime do Colarinho Branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 17-37. Rusche e Kirschheimer retratam que o sistema de penas sempre teve diferentes aplicações da lei, feitas de acordo com a classe social do condenado, bem assim, especificamente, que a fiança era "reservada aos ricos, enquanto o castigo corporal tornou-se a punição para os pobres. Quando o crime crescia entre as massas, as diferenciações na punição tornavam-se mais marcantes". RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 31, 34 e 95.

⁷⁵⁵ Apenas a título ilustrativo da (possível) comprovação desta atual observação, atente-se para duas comparações fáticas. 1) Relacionada às situações dos Habeas Corpus nºs 86.824 e 86.864-9, ambos impetrados perante o Supremo Tribunal Federal, com pequeno interregno temporal entre eles (6 dias). O primeiro, em favor de pessoa notoriamente pobre, presa indevidamente há mais de 2 anos por incompetência absoluta do juízo que o condenara por tráfico de entorpecentes (no caso, atuara como "mula"). Tentada a liberdade mediante *Habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, no writ nº 37.581-PR, com distribuição havida em 17/08/2004, a liminar foi indeferida em 20/08/2004. Com parecer favorável da Procuradoria-Geral da República anexado aos autos em 27/09/2004, o feito restou paralisado por aproximadamente um ano, até 04/10/2005. Nada obstante quatro pedidos de preferência tenham sido formulados, o réu-paciente continuava preso. Em 29/09/2005, impetrou-se o Habeas Corpus nº 86.824 perante o Supremo Tribunal Federal, reiterando-se a ilegalidade da prisão, bem assim a necessidade de se afastar o óbice imposto pela Súmula 691 do STF (*Não compete ao*

Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar), pois não se tratava de hipótese de ataque direto e simultâneo à decisão monocrática de ministro de tribunal superior, mas sim em face de verdadeira negativa da prestação jurisdicional. Sem liminar, foram solicitadas informações ao impetrado, que as prestou somente após reiteração. Em 29/11/2005, o Superior Tribunal de Justiça deferiu o *Habeas corpus*, e determinou a liberdade do paciente. O Habeas Corpus ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal ainda não havia sido apreciado até então, quando perdeu seu objeto. O segundo, Habeas Corpus nº 86.864-9, foi impetrado em 05/10/2005 a favor de filho de conhecido empresário e político de grande influência nacional (que com ele se encontrava preso pelos mesmos motivos), contra o indeferimento de liminar em outro *writ* perante o Superior Tribunal de Justiça (Habeas Corpus nº 47.482-SP, distribuído em 19/09/1995), que ocorrera no dia 21/09/2005 (15 dias antes). Em 20/10/2005, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, afastando o óbice da referida Súmula, em decisão inédita após sua edição, por maioria (vencidos os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Carlos Britto, ausentes os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cezar Peluzzo), deferiu a liminar e libertou o paciente. Talvez se amolde ao caso constatação no sentido de que “outro dado da criminologia de seleção no tribunal é a comprovada relutância de os juízes condenarem a prisão efetiva as elites e as classes médias da vida econômica, da administração e das profissões liberais. Da mesma atitude beneficiam, de resto, os filhos destes grupos sociais. As coisas são particularmente ostensivas em relação aos delinquentes de *white-collar*, designadamente aos autores de crimes contra a economia”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia – o homem delinquente e a sociedade criminógena*, p. 441, apud KREMPEL, Luciana Rodrigues. *O crime de colarinho branco: aplicação e eficácia da pena privativa de liberdade*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 54, 2005, p. 119.

2) Na aplicação do Princípio da Insignificância. Nos autos da Apelação Criminal nº 2003.71.10.000115-9-RS (julgada em 14/03/2006, publicada no DJU em 24/05/2006), decidiu-se no sentido da impossibilidade se de aplicar o Princípio da Insignificância à hipótese de estelionato praticado contra o Instituto Nacional do Seguro Social, cujo prejuízo totalizou R\$ 2.027,49, porque não seria “possível adotar como parâmetro da insignificância apenas o valor nominal da vantagem ilícitamente recebida, como se tem admitido nos crimes tributários”. Além disto, consignou-se que “a percepção indevida de aposentadoria de pessoa falecida por um ano afasta qualquer possibilidade de reconhecimento do chamado crime de bagatela”, bem assim que “se fosse possível considerar o quantum como de pouca monta, incidiria então a figura do estelionato privilegiado prevista no § 1º do art. 171, do CP, permitindo somente a redução da pena ou sua substituição, não o decreto absolutório. No entanto, inaplicável tal entendimento, uma vez que a quantia considerada pequeno valor é aquela próxima de um salário mínimo”. Já no Recurso Criminal em Sentido Estrito nº 2005.71.05.008813-2-RS (decisão de 16/05/2006, publicada também em 24/05/2006), e também na Apelação Criminal nº 2002.72.08.002261-6-SC (decisão de 16/08/2006, publicada no DJU em 30/08/2006), o mesmo colegiado compreendeu que se aplica o Princípio da Insignificância “nos delitos de omissão no recolhimento das contribuições previdenciárias, quando o valor da contribuição social exigida não ultrapassa o limite que o INSS considera como dispensável da ação estatal para a realização do crédito - R\$5.000,00 - Portaria nº 4.910/99 do MPAS, art. 4º”, mantendo-se a decisão que rejeitou a denúncia (O montante dos valores retidos dos empregados e não repassados ao INSS, no caso, totalizava R\$3.086,85)”. Observa-se apenas que a regra utilizada neste último feito para acolher a hipótese de bagatela (sem adentrar na discussão da correção ou não da premissa) é exatamente a mesma para a primeira situação. Se aceitos os critérios adotados, há vários problemas hermenêuticos, bem assim de tratamento dispar: a) primeiro, o artigo 4º da Portaria nº 4.910/99 previa apenas a autorização para não ajuizamento de execuções fiscais momentaneamente (*A dívida ativa do INSS de valor até R\$ 5.000,00, considerada por CGC/CNPJ não será ajuizada, exceto quando, em face do mesmo devedor, existirem outras dívidas, caso em que estas serão agrupadas para fins de ajuizamento*); b) segundo, quando da prolação da última decisão supramencionada, já havia alteração do *caput* do artigo 4º (por intermédio da Portaria nº 1.013), bem assim acréscimo de parágrafo único (já consolidada na Portaria nº 4.943/99), com a seguinte redação: “O disposto neste artigo não se aplica aos créditos originários de crime, que serão ajuizados independentemente de seu valor”; c) por fim, a regra do artigo 4º, em qualquer de suas redações e limites impostos, é utilizada para fixar parâmetros no ajuizamento de execuções fiscais independentemente da natureza dos valores. Portanto, nos limites da discussão (sem adentrar no equívoco da tese para ambos casos, *vênia concessa*), mesmo que se pudesse desconsiderar o disposto no parágrafo único do artigo 4º da Portaria nº 4.943 (ou da própria Portaria nº 4.910), fossem os valores referentes a crime de não-recolhimento de contribuições previdenciárias ou de estelionato, o tratamento deveria ser o mesmo sob a ótica da execução fiscal (e, portanto, nos limites da interpretação dos julgados, para a incidência do Princípio da Insignificância).

discriminações e violências de várias espécies. Os magistrados que adotam essa atitude renunciaram à sua independência”.⁷⁵⁶

Também nessa trilha, como reconhece Perelman⁷⁵⁷, “se acaso uma legislação francamente iníqua não lhe permitir, por uma ou outra razão, exercer seu ofício em conformidade com sua consciência, o juiz é moralmente obrigado a renunciar a suas funções. Pois ele não é uma simples máquina de calcular. Contribuindo, com seu concurso, para o funcionamento de uma ordem iníqua, ele não pode esperar isentar sua responsabilidade”.

De modo complementar, cumpre destacar que, tecendo importantes considerações acerca do denominado Princípio da Proibição de Proteção Deficiente, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 418.376-MS⁷⁵⁸ assentou, de modo peculiar, que

[...] De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, *caracterizando-se típica hipótese de proteção deficiente por parte do Estado*, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o

⁷⁵⁶ Embora contundentes, diz ainda Dallari, criticando um positivismo exacerbado, centrado exclusivamente na “leitura da lei”: “Para os adeptos dessa linha de pensamento o direito se restringe ao conjunto de regras formalmente postas pelo Estado, seja qual for seu conteúdo, resumindo-se nisso o chamado positivismo jurídico que tem sido praticado em vários países europeus e em toda a América Latina. Desse modo, a procura do justo foi eliminada e o que sobrou foi um apanhado de normas técnico-formais, que, sob a aparência de rigor científico, reduzem o direito a uma superficialidade mesquinha. Essa concepção do direito é conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do direito que não quer assumir responsabilidades e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam juízes. Aí está a primeira grande reforma que se faz necessária, pois, de fato, a adesão ao positivismo jurídico significa a eliminação da ética, como pressupostos do direito ou integrante dele. E a partir daí a assunção da condição de juiz, a ascensão na carreira judiciária, a indiferença perante as injustiças sociais, a acomodação no relacionamento como os poderosos de qualquer espécie, o gozo de privilégios, a busca de prestígio social através do aparato, a participação no jogo político-partidário mascarada de respeitável neutralidade, tudo isso fica livre de barreiras éticas e de responsabilidade social. É por esse caminho que os Tribunais de Justiça se reduzem a Tribunais de Legalidade e a magistratura perde a grandeza que lhe seria inerente se os juízes realmente dedicassem sua vida a promover justiça.” DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 85.

⁷⁵⁷ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 489-90.

⁷⁵⁸ Tratando de recurso extraordinário interposto por réu condenado pelo delito de estupro com menor absolutamente incapaz, no qual se pugnava a extinção da punibilidade em razão do casamento do autor com a vítima, o Tribunal, por maioria, em sua composição plenária, conheceu e negou provimento ao recurso, vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator), Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, que davam provimento ao recurso. Relator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa. Decisão proferida em 09/02/2006. Acórdão ainda não publicado, consoante informação disponível em <http://www.stf.gov.br/processos>. Acesso em 15 jul. 2006. Disponível também em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/41773,1>. Acesso em 25 abr. 2006.

Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck: "Trata-se de entender, assim, que 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 (*Abwägung*) 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. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador." (Streck, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p.180)

No mesmo sentido, o Professor Ingo Sarlet:

"A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados." (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 107.)

E continua o Professor Ingo Sarlet:

"A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo)." (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 132.)

É esta a senda que percorre também Juarez Freitas ao abordar as facetas do princípio da precaução – embora dele não se trate especificamente aqui, mas cujo raciocínio se amolda na íntegra -, dizendo ser necessário afugentar-se “desproporcionais vícios de excesso e de inoperância na sua aplicação”⁷⁵⁹.

Contextualizando ao caso presente: é necessário afastar-se a aplicação de regras que provoquem verdadeira inoperância dos comandos legais criminais existentes e destinados a

⁷⁵⁹ FREITAS, Juarez. *Princípio da Precaução: vedação de excesso e de inoperância*. Revista de Interesse Público. Porto Alegre: Nota Dez, v. 35, jan. 2005, p. 33.

proteger bens essenciais e de interesses difusos, fundamentados que estão em ordem superior e materialmente vinculativa, a Constituição Federal ⁷⁶⁰.

Indagando se teria o legislador discricionariedade para descriminalizar crimes fiscais ou retirar da órbita da proteção penal as condutas deste jaez, Streck responde, seguro, de forma negativa, salientando que “não há qualquer justificativa de cunho empírico que aponte para a desnecessidade da utilização do direito penal para a proteção dos bens jurídicos que estão abarcados pelo recolhimento de tributos, mormente quando examinamos o grau de sonegação no Brasil” ⁷⁶¹. Observa, ainda, que “a crise é resultado de um conjunto de elementos. A baixa constitucionalidade do sistema jurídico vem impedindo, no decorrer destes dezoito anos, a formação de um sentimento constitucional, que provoque, a todo o momento, a resistência da comunidade jurídica contra iniciativas parlamentares antidemocráticas e legislações inconstitucionais, e o fomento de uma cotidiana capacidade de indignação dos juristas”. ⁷⁶²

Desse modo, ao se reconhecerem como válidas regras despenalizadoras desse jaez (deixando-se de reduzir a distância entre normatividade e efetividade), se está impedindo uma melhor eficácia dos direitos fundamentais segundo determinado pela Constituição ⁷⁶³.

Toda legislação que, criminalizando ou descriminalizando, não tiver fundamento material na constituição será consequência de puro decisionismo ⁷⁶⁴.

Sob o foco do paradigma que ora se utiliza, é mister reiterar-se que as normas constitucionais que ancoram o Estado Social e Democrático de Direito estabelecem a necessidade de se superar a análise do Direito Penal calcado em visão iluminista. Havendo novos bens jurídicos que necessitam de proteção, notadamente aqueles de matiz supra-individual, não se pode utilizar os mesmos pressupostos do Direito Penal Clássico para a análise dos crimes que violem bens supra-individuais. De igual bordo, não se pode pretender excluir do denominado *direito penal nuclear* os delitos econômicos (embora quanto a estes seja necessário, já dito, uma readaptação paradigmática para seus enfrentamentos). Na

⁷⁶⁰ “La Constitución, en efecto, en cuanto norma fundamentada de todo el orden jurídico, desarrolla una transcendencia evidente para el ordenamiento penal, al que, como ya es suficientemente conocido, sirve de instancia legitimadora, formal e materialmente”. MESTRE DELGADO, Esteban. *La Defraudación Tributaria por Omisión*. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, 1991, p.91-2.

⁷⁶¹ STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 159, nota de rodapé n. 16.

⁷⁶² STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 164.

⁷⁶³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías, La ley Del más débil*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 25.

⁷⁶⁴ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 114, nota 315.

verdade, esse *núcleo* do Direito Penal deve ser compreendido como composto por bens que mais diretamente contendem com a dignidade da pessoa humana, ou seja, que atinjam a vida, a integridade física e a liberdade, inclusive quando estão em causa bens supra-individuais, pois “atingem o homem enquanto ser social, naqueles bens que são também mais essenciais à sua realização (digna) em comunidade”⁷⁶⁵.

Estando-se diante de uma Constituição comprometida com valores de cunho transindividual e com a realização da justiça social, a discussão das funções e limites do Direito Penal, sob as luzes da ordem constitucional vigente, definitivamente deve passar por uma reavaliação da concepção de bem jurídico⁷⁶⁶.

Ferreira da Cunha reconhece que “a nova concepção de Estado e as novas realidades sociais deverão exercer influência determinante na definição dos bens jurídicos a ser tutelados pelo Direito Penal. Tal parece-nos reflectir-se, desde logo, na consideração de bens jurídicos de índole social”.⁷⁶⁷

Segundo a professora lusitana, na linha do pensamento jurídico-penal hodierno, em sociedades democráticas, plurais e abertas, que prestam homenagem ao princípio do Estado de Direito Material, de consagração constitucional, o Direito Penal é visto como o instrumento de proteção dos bens fundamentais da comunidade.

Mir Puig⁷⁶⁸ comunga do mesmo entendimento ao concluir que “el Derecho penal de un Estado social y democrático debe asegurar la protección efetiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que há de tender a la prevención de delitos (Estado Social), entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos”.

Pelos fundamentos esgrimidos - pensa-se, de forma sistemática⁷⁶⁹ -, os caminhos conduzem para se visualizar que, como regra, normas despenalizantes na seara ora enfocada

⁷⁶⁵ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 408.

⁷⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La Expansion del Derecho Penal*. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 25-8.

⁷⁶⁷ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 80.

⁷⁶⁸ MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado Social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p.37.

⁷⁶⁹ Destaca-se, vez mais, os ensinamentos de Juarez Freitas no sentido de que “a interpretação sistemática envolve, existencialmente, o sujeito que interpreta e “lê” o sistema, não lhe permitindo ser apenas descobridor ou revelador de significados, mas atuando como espécie de conformador prescritivo ou partícipe estruturador do objeto.” FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4 ed, rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 66.

acarretam ⁷⁷⁰ uma violação (especialmente) dos Princípios da Justiça, da Equidade⁷⁷¹ e da Proibição de Proteção Deficiente, atingindo, de forma frontal, a proteção material garantida pela Constituição Federal ⁷⁷².

Como adverte Palazzo, incumbe de modo decisivo à Corte Constitucional, em face da penetração dos valores constitucionais no corpo do sistema penal ⁷⁷³, reconhecer a violação por estes cânones despenalizantes em face da *grundnorm*, na medida em que, na linha de magistral sentença de Clève, é essencial que se produza uma mentalidade constitucional capaz de levar a termo as exigências da Constituição brasileira de 1988⁷⁷⁴. Especialmente porque, mantendo-se a “descriminalização de condutas muito danosas, a liberdade de uma pluralidade de pessoas pode ficar em casa”.⁷⁷⁵

⁷⁷⁰ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 213.

⁷⁷¹ “Um ato é injusto se não é conforme à regra de justiça, a não ser que se justifique o desvio em relação a essa regra com considerações de equidade. Uma regra é injusta quando é arbitrária [...] Uma distinção é arbitrária quando não é justificada racionalmente. Os critérios e os valores utilizados no processo de justificação serão irracionais se manifestarem um posicionamento parcial, se constituírem uma defesa de interesses particulares, inaceitável para o auditório universal”. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 205.

⁷⁷² A propósito das inúmeras regras infraconstitucionais, bem assim decisões atuais dos tribunais pátrios que geram verdadeiro estímulo à prática de delitos contra a ordem econômico-tributária, vide *O decálogo do sonegador*. TRÊS, Celso Antônio. *Teoria Geral do Delito pelo Colarinho Branco*. Curitiba: Imprensa Oficial do Paraná, 2006, p.208-12.

⁷⁷³ PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1989, p. 30.

⁷⁷⁴ CLÉVE, Clémerson Mérlin. *O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 393.

⁷⁷⁵ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 429.

CONCLUSÃO

Percorridas as trilhas delimitadas exordialmente, exploradas no curso da presente investigação com a finalidade de procurar, no máximo, desvendar algumas riquezas da temática em exame, impende revelar de maneira mais objetiva e tópica as conclusões a que se chegou.

Em relação aos temas abordados no capítulo inaugural, em que se tratou da hermenêutica constitucional, afirma-se que:

I – Embora não existam métodos previamente estabelecidos para que se possa desenvolver a exegese constitucional da maneira que se tenha como *mais adequada*, pode-se concluir que existe a possibilidade de se fixarem algumas premissas básicas para o desenvolvimento do processo hermenêutico por intermédio de uma teoria argumentativa.

II - Interpretar o Direito não se resume na simples tarefa de ler o conteúdo literal dos textos. Não se pode desconsiderar e subestimar a complexidade fenomênica em que está imerso o intérprete. Os textos legais exigem que se vá além deles próprios. Interpretar significa compreender: não se interpreta para compreender, mas se compreende para interpretar. Dos textos, interpretando-os, chega-se ao conteúdo de algo novo, as normas. E estas têm suas essências constantemente *reinventadas*.

III – Interpretação não se confunde com decisionismo. Atualmente, tem-se verificado certo automatismo e a ausência de crítica no desenvolvimento do procedimento hermenêutico. Há uma conformidade em simplesmente *repetir* o que já foi dito por outros intérpretes. Na

seara judicial, mais gravemente, há uma simples repetição, na maioria das vezes, de ementas de julgados, que nem sempre se amoldam, a partir dos fundamentos, ao precedente resolvido.

IV – A Constituição é um ordenamento que reside em posição hierárquica superior, mas dessa premissa não deflui se deva adotar um *panconstitucionalismo*, senão apenas sedimentar que a Constituição ocupa a função central do sistema vigente.

V – A força normativa da Constituição somente será expressa e exteriorizada em sua plenitude a partir de uma adequada interpretação de seu conteúdo material, ancorada na faticidade e na historicidade, circunstâncias que recomendam ao intérprete não se separar da realidade, examinando os fenômenos de forma multidimensional.

VI – A abertura (necessária) da Constituição decorre do movimento da força das sociedades, permitindo que os conteúdos e valores constitucionais sejam aperfeiçoados e acoplados às exigências da realidade mediante a interpretação e a aplicação do ordenamento maior.

VII – A interpretação jurídica deve ser realizada com prudência na busca de soluções sistematicamente melhores, considerando-se que não existem princípios, regras ou valores absolutos. Esta *relativização* não significa debilidade, mas reflete verdadeiro fortalecimento sistêmico.

VIII – Compreende-se que não há normas constitucionais destituídas de eficácia jurídica, mas tão-somente que algumas delas não estão aptas, desde já, a irradiar seus *principais* efeitos.

IX – Uma racionalidade dialética não pode coexistir com um sistema jurídico e com uma interpretação que se faça dele que não tenha compromisso com a Justiça, que atua como verdadeiro metacritério resolutivo.

X – Não é possível a obtenção de uma única resposta correta para os problemas apresentados ao hermenauta, pois, do contrário, se estaria negando a própria base do sistema, o pluralismo. A função do intérprete é procurar, dentre as várias interpretações possíveis, fundamentada e racionalmente, aquela mais adequada para o caso concreto. Se a encontrar, não significa que seja “a” (como única) resposta correta.

XI – As melhores soluções hermenêuticas estão umbilicalmente vinculadas às decisões *mais razoáveis*. Na descoberta deste *standart*, se dificuldades se apresentarem, ao menos há de se perscrutar acerca da possibilidade em reconhecer o que é desarrazoado, para, por exclusão, se aproximar do razoável.

XII – A interpretação constitucional deve considerar todas as normas integradas entre si, não isoladas nem dispersas, compreendendo-se que todos os comandos nela insertos

(unidade) estão costurados por fios seguros, e, por isso, suficientemente fortes para sustentar as tensões dialéticas que naturalmente dela defluem (pluralidade).

XIII – A Constituição não tem assento em uma estrutura unilateral: direitos fundamentais não podem existir sem deveres. Os deveres fundamentais encontram seus suportes e justificativas, sobretudo, no Princípio Democrático, no Princípio do Estado Social, no Princípio Republicano, no Princípio da Igualdade, no Princípio da Solidariedade e no Princípio da Proporcionalidade. O desenvolvimento da interpretação constitucional precisa considerar esta dupla face interligada e conexa de preceitos, estejam ou não explícitos nos princípios, regras e valores constitucionais. Porém isto não significa retirar a autonomia – que permanece íntegra e inatacada – dos direitos fundamentais. Seus reconhecimentos não estão condicionados a uma *contrapartida* de deveres do *mesmo* cidadão, devendo-se fazer apenas uma compreensão do sistema *também* com a consideração dos *deveres*.

XIV – A violação dos deveres fundamentais ou das disposições que venham a impedir a realização deles (e dos correlatos direitos fundamentais, direta ou indiretamente) na melhor medida (deficiência) tem como conseqüência a mesma dimensão daquela decorrente de violação dos direitos fundamentais. Enquanto a proibição de excesso depende da aferição de estar sendo restringido excessivamente um direito fundamental, a proibição de proteção deficiente (*garantismo positivo*) está em se apurar quando direitos fundamentais – em face de condutas que lhes atinjam ou atentem contra os deveres fundamentais que lhes dão suporte – não estão sendo suficientemente protegidos.

XV – A jurisdição constitucional vincula formal e materialmente o legislador, pois as leis infraconstitucionais devem concordar com os valores fundamentais, com as regras e com os princípios constitucionais elementares não-escritos, particularmente com os princípios do Estado Democrático de Direito e do Estado Social e também com os comandos insertos nos artigos 1º e 3º da Constituição Brasileira.

XVI – A sindicabilidade dos atos legiferantes não importa na ofensa da independência dos Poderes. Em situações de manifesto arbítrio, irracionalidade e discriminação injustificada, é imperioso o controle de constitucionalidade arrimado em violação dos Princípios da Proibição do Arbítrio, da Proibição do Excesso, da Proteção Deficiente e da Igualdade.

XVII – Na seara penal, também é dos princípios, das regras, dos valores e dos fundamentos da Constituição que se deve extrair a orientação para fixar os nortes do legislador na criminalização e na descriminalização. Diante de uma Constituição que preveja, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de determinados bens jurídicos, ao

legislador infraconstitucional incumbe o dever de se utilizar da pena enquanto outros meios não se mostrarem suficientes e adequados para tal finalidade.

No que pertine ao tema dos Princípios Constitucionais Fundamentais e influentes em matéria Processual Penal e Penal, objeto da abordagem do segundo capítulo, conclui-se que:

XVIII – Os princípios constitucionais têm função de cimentar a unidade da Carta Maior, indicando o conteúdo do direito de dado tempo e lugar, fixando *standarts* de Justiça.

XIX – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana atua como elemento fundante e informador de todos os direitos, deveres e garantias fundamentais (explícitas ou implícitas) do sistema vigente, vinculando e obrigando as políticas públicas e todas as ações (positivas e de abstenção), privadas ou públicas. Dele decorrem, principalmente, quatro outros Princípios: da Igualdade, da Solidariedade, da Liberdade e da Integridade Física e Moral.

XX – Como um dos pilares de sustentação do sistema jurídico, o Princípio do Devido Processo Legal está explicitamente previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República, estipulando que ninguém poderá ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Balizando os limites de atuação do Estado, tem uma dúplici dimensão. Primeiro, impõe uma rígida observância das diretrizes fundamentais da Constituição na construção do ordenamento infraconstitucional, encontrando-se no Princípio da Proporcionalidade suporte teórico para que não sejam editadas normas impregnadas de excessos normativos ou então com dispositivos irrazoáveis. Segundo, está vinculado embrionariamente aos Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, os quais têm previsão expressa no inciso LV do artigo 5º da Constituição da República, em que se assegura aos litigantes, em esfera judicial ou administrativa, bem como aos acusados de forma geral, o exercício de todos os meios de prova e defesa. Em suas concretizações no procedimento processual penal, caberá especialmente ao Poder Judiciário garantir que as partes possam exercer seus direitos constitucionais de forma adequada, bem assim, ao mesmo tempo, impedindo-as que, de forma desvirtuada, invoquem os comandos apenas como forma retórica.

XXI – O Princípio da Eqüidade funciona como metanorma, jungida ao Princípio da Justiça, que tem por escopo estruturar a aplicação de outras, estando direcionada tanto ao legislador quanto ao intérprete. Aplicada tão-somente de maneira formal a situações jurídicas desiguais, produz resultados desiguais. A função primaz do intérprete é encontrar o critério

racional e não arbitrário, devidamente justificado, que, atendendo estrita e materialmente aos ditames constitucionais, permita estabelecer discriminações entre pessoas e fatos de modo não a fragilizar o princípio em voga, mas a reforçá-lo. Há violação da igualdade também quando a norma supõe relação de pertinência lógica em abstrato, mas a discriminação estabelecida conduz a efeitos contrapostos ou dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

XXII – A Constituição Brasileira fixa diretrizes para o atendimento da justiça social (artigo 170, CF/88), bem como estabelece como objetivos da República (artigo 3º, I, CF/88) a construção de uma sociedade livre, justa e *solidária*. O Princípio da Solidariedade é inovador no sistema pátrio, inclusive no âmbito penal, e deverá ser considerado não somente na elaboração das leis e execução das políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do direito. Aos delitos econômicos avulta o princípio em voga na análise de vários dispositivos constitucionais, dentre os quais se destacam: a) o artigo 195 da Constituição, que preconiza ser a seguridade social financiada por toda a sociedade; b) o artigo 203, que reconhece que a assistência social deverá ser prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição; c) artigo 196, o qual prevê ser a saúde um direito de todos os cidadãos, decorrente de deveres do Estado, que, a partir das previsões orçamentárias do Estado, deverá obedecer ao primado do acesso universal e igualitário às ações e serviços; d) o artigo 192, impondo que o sistema financeiro nacional seja estruturado de forma também a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade.

XXIII – Embora não previsto expressamente na Constituição, e na senda da compreensão do Supremo Tribunal Federal, o Princípio da Proporcionalidade está umbilicalmente ligado – e dele derivado – ao Princípio do Devido Processo Legal Substancial, preconizado no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal. Quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos.

Acerca da abordagem do Poder-Dever de Punir do Estado, desenvolvido no capítulo terceiro, sedimenta-se que:

XXIV – Sendo espelho da realidade social vigente e segundo os paradigmas tidos pela sociedade como relevantes, o Direito Penal deve estar em constante evolução, amoldando-se ao contexto dos valores das mais variadas ordens insertas no seio social em que se faz

presente sua aplicação. Utilizada pelo Direito Penal como meio de controle social, a pena precisa ser justificada à luz dos princípios e valores constitucionais.

XXV A Teoria da Prevenção Geral Positiva Limitadora apresenta-se como a melhor proposta para as funções preventivas e especiais da pena.

XXVI – O Direito Penal Mínimo deve ser compreendido como a não-utilização do Direito Penal quando existirem outras formas de controle social suficientemente hábeis para a tutela pretendida. Ao Direito Penal somente se deverá acorrer como remédio extremo, *a ultima ratio*, incidindo sobre as relações sociais quando estritamente necessário para a proteção de bens jurídicos do mais elevado grau de interesse individual ou social.

XXVII – Numa visão garantista que se tem por mais adequada, o poder-dever de o Estado punir determinada conduta deve estar em plano paritário àquele em que se desenvolve a interpretação das normas definidoras das garantias individuais.

XXIX – Como a Constituição pátria se apresenta com nítidas feições de um Estado Social e Democrático de Direito, há de se reconhecer que também a pena deve ter finalidade suprema de promoção da democracia de direito, inclusive como forma de se atingir os fins elencados no artigo 3º da Carta Maior. Não pode ter outro fim que não a efetiva realização dos objetivos traçados pelo Estado Democrático e Social de Direito. Ao tempo em que impõe ao Estado e à sociedade a obrigação de obediência aos direitos fundamentais, determina que sejam impostas penas (de modo eficaz) quando verificadas suas vulnerações.

Após o desenvolvimento de uma teoria para o tratamento dos delitos econômicos à luz dos Princípios Constitucionais de um Estado Social e Democrático de Direito, defende-se que:

XXX - Conquanto não se possa definir, mediante enunciado categórico, no que consistiriam todos os crimes que possam ser enquadrados na expressão *delitos de colarinho branco*, há que se reconhecer ao menos que esses tipos de delitos não são praticados, como regra, por *criminosos tradicionais*. Trata-se de espécies delitivas que são marcadas, especialmente, pela circunstância de seus agentes, valendo-se de suas posições sociais e profissionais, praticarem crimes que, também em princípio, atingem bens de interesses coletivos ou difusos, com conseqüências normalmente graves. O *delito econômico* tende a se identificar com o *white collar crime*.

XXXI – No âmbito penal, também se pode falar em uma *Constituição Dirigente*, cujos princípios fundamentais repercutem na dignidade penal de determinados bens jurídicos,

desvelando os limites para a criminalização ou descriminalização de determinadas condutas. Essa parametrização e análise conteudística extraídas dos valores dedutíveis da Constituição estão ligadas ao Princípio da Proporcionalidade. Por isso, as soluções para os problemas que se apresentam na discussão da delinquência econômica em um sistema de Estado que se afirme como Social e Democrático devem necessariamente ser buscadas no quadro de regras, princípios e valores contidos em comandos da Constituição, especialmente em princípios *influentes* em matéria penal, que irão fixar os parâmetros para a ação do Legislador e a conformação, se necessária, pelo Judiciário.

XXXII – Os delitos econômicos encontram-se, regra geral, em um nível hierarquicamente superior de gravidade ao da criminalidade clássica correlata, reclamando tratamento proporcional na aplicação das normas (des)penalizadoras à luz dos comandos fundantes da Constituição, motivo pelo qual se conclui serem improcedentes as arguições doutrinárias e jurisprudenciais no sentido de que também quanto a esses delitos se deveria adotar uma repressão e prevenção apenas nas searas cível ou administrativa. A intervenção do Direito Penal, em delitos desse jaez, como regra, é a única que pode ter a força necessária para motivar e conscientizar o delinquente econômico a assim não proceder contrariamente ao sistema.

XXXIII - À luz de uma ordem constitucional com feições democráticas e sociais, exponenciada pelo Princípio da Solidariedade, estando em voga delitos econômicos, que atingem frontal e intensamente interesses da coletividade, é fundamental superar-se a análise do Direito Penal sedimentado numa visão puramente individualista. Esse paradigma decorre do fato de que os direitos fundamentais não podem mais ser vistos apenas como *direitos de defesa frente apenas ao Estado*, mas como verdadeiros princípios objetivos e direitos de defesa em face de ataques a bens jurídicos fundamentais que lhes são dirigidos por quaisquer pessoas, cabendo ao Estado a função de tornar eficaz a proteção constitucional.

XXXIV – Não há motivos para se afastar critérios vigentes até hoje em relação a interesses individuais, mas é essencial que, *de forma paralela e concatenada*, se estabeleçam novos paradigmas – que devem conviver harmoniosamente com aqueles – para que se garanta a efetividade penal em relação aos crimes que atentem contra os interesses difusos, inter-relacionados de forma umbilical com os chamados direitos fundamentais de terceira geração.

XXXV – O Direito Penal deve passar por uma reavaliação da concepção de bem jurídico, pois se está diante de uma Constituição comprometida com valores de cunho transindividual e com a realização da justiça social. Os bens jurídico-penais precisam ser

vistos como concretizações dos reais interesses dos indivíduos, diretos ou indiretos, que, por sua importância fundamental, merecem a máxima proteção do Direito Penal.

XXXVI - O critério fundamental que deve guiar a seleção de condutas típicas é a capacidade dos delitos de lesionar reais interesses diretos ou indiretos dos concidadãos, interesses estes que são prévios às próprias edições das normas jurídico-penais. O conceito de dano social não substitui o de bem jurídico, mas o complementa, servindo-lhe como pano de fundo.

XXXVII - Ao lado da chamada proibição de excesso (*übermaßverbot*), do texto constitucional derivam obrigações de atuação penal em relação a bens jurídicos que não possuam nenhum tipo de proteção jurídico-penal ou as possuam de modo insuficiente, caracterizando-se a situação da proibição de proteção deficiente (*untermaßverbot*).

XXXVIII – Três critérios fundamentais devem pautar a intervenção do legislador em face dos Princípios da Proibição de Excesso e/ou de Proteção Deficiente: a) a danosidade da conduta, que pode ser comprovada por meio empírico e mediante uma valorização ético-social; b) essa valoração deve guardar razoabilidade e coerência com outros comportamentos tidos como merecedores de pena e sanção criminal; c) há de se observar o Princípio da Proporcionalidade.

XIX – Há uma obrigação primordial e geral – dever - de que todos os cidadãos concorram para o financiamento do Estado, que se caracteriza como um *dever fundamental de pagar tributos*, sendo excluída a possibilidade de a objeção fiscal integrar um comportamento criminoso.

XL – Os danos materiais que os delitos econômicos produzem são muito maiores do que aqueles ocorrentes na *tradicional delinqüência* correlata, porém protetora de interesses individuais. Os efeitos agravam-se na medida em que geram conseqüências que resultam no chamado efeito espiral: do ato delituoso de natureza econômica deflui uma concorrência desleal em face dos demais competidores do mercado, pressionando que estes venham a praticar idênticas condutas, mormente porque são cômnicos da benignidade das penas previstas na legislação, como regra geral, suscitando uma imagem amável e positiva do delinqüente no meio social.

XLI – A periculosidade não pode mais ser avaliada *apenas* por intermédio da fórmula iluminista, que é baseada quase exclusivamente no (*agir do*) *criminoso de sangue* ou em outros tipos de criminalidade *violenta* ou patrimonial material (também *tradicionalis*). A personalidade dos delinqüentes econômicos - notadamente daqueles que agem de forma dolosa e organizada para atingir suas finalidades espúrias - desborda de todos os limites éticos

toleráveis na sociedade atual. Tais indivíduos têm como característica atribuírem substancial valor aos bens materiais, sendo impulsionados por uma avidez na busca incontrolável desses proveitos. São egocêntricos, utilizam-se de sua inteligência para o êxito imediato e não se consideram criminosos. Guiados por seus comportamentos tipicamente racionais, devem ser considerados, regra geral, como delinquentes extremamente frios, que agem sabendo que os riscos de suas condutas delituosas têm sido menores do que o resultado de suas ações. Revelam uma periculosidade silenciosa, maligna e amorfa. Devem ser tidos, *em determinadas circunstâncias*, tão ou mais perigosos que o *infrator comum* (que atentam contra bens individuais), pois suas condutas importam em excluir da sociedade os (já escassos) recursos financeiros, levando (*também por isso*) muitos à morte ou à indignidade de uma vida marcada pela miséria absoluta. Em princípio, os maiores e mais graves crimes hodiernos implicam mais manchas de tinta do que de sangue.

XLII – A pena privativa de liberdade, para quem e como aplicada, não tem cumprido com sua finalidade primaz, a reintegração comunitária. O equívoco não está na pena em voga, mas no modo de sua execução, mormente em face dos *destinatários*. De outro bordo, para os delinquentes econômicos, por estarem *inseridos* socialmente, na grande maioria das vezes nos mais altos estratos, a ressocialização que se deve buscar está centrada na necessidade de fazer com que repensem seu modo de agir, marcados que estão pela ganância e pela cupidez em detrimento do interesse coletivo. Nos delitos econômicos, a (res)socialização a ser buscada/recuperada tem cunho diferenciado.

Por fim, diante da proposta de controle e de filtragem constitucional de questões penais e processuais penais que envolvam delitos econômicos, apresentam-se conclusões no sentido de que:

XLIII – Os fatores fundamentais para se determinar a pena a ser aplicada estão no *fato em si* e no *agente*. Com relação à lesão ou perigo de lesão do bem jurídico protegido (fato), deve-se contabilizar como é sentida (em maior ou menor escala) a necessidade de pena, bem como a estabilização das expectativas na validade das normas jurídico-penais (prevenção geral). Já a personalidade desempenha um papel prevalente para avaliar a pena necessária para satisfazer exigências de prevenção especial.

XLIV – Tanto quanto for necessário para atingir os fins pretendidos, deve-se realizar a substituição das penas privativas por restritivas de direitos. Mas se impõe fazer uma devida

contextualização na análise dos requisitos (infra)legais. A *violência* haverá de ser medida, sobremaneira, pelos resultados da conduta criminosa e pela violência propriamente dita. Bem assim é indeclinável que a culpabilidade nesses delitos, como regra, seja tida como elevada. Os antecedentes devem ser auferidos não apenas por decisões judiciais transitadas em julgado. A personalidade dos agentes é marcada por traços normalmente negativos em comparação com a realidade social.

XLV – Em delitos econômicos, especialmente aqueles com conseqüências graves, a pena de prisão (mesmo curta, porém certa e eficaz) é aquela que se apresenta como mais apta a atingir todos os fins de prevenção, que (cor)respondem às expectativas éticas da sociedade. Assim, constitui-se no melhor meio a conduzir o delinqüente econômico à reorganização dos meios valorativos de vida em sociedade.

XLVI - A pena privativa de liberdade não tem, em relação ao delinqüente econômico, o mesmo efeito criminógeno (quicá nenhum) que possui em relação ao delinqüente tradicional, tanto porque as técnicas de aprendizagem não podem ser transmitidas ou desenvolvidas na prisão, como porque não há motivos para se reechar eventuais efeitos negativos irreversíveis da experiência prisional, que, normalmente, decorre da estigmatização, da diferença social, da escassez de oportunidades e de uma imagem própria de criminoso.

XLVII – Delinqüentes econômicos, via de regra *homens honrados*, são aqueles que mais temem sofrer as peias jurídico-criminais, notadamente a pena privativa de liberdade. Malgrado confiem que suas ações delituosas não serão descobertas, que serão absolvidos ou conseguirão obter a suspensão condicional da pena ou a liberdade condicional, no máximo outra similar que implique, de fato, liberar-se do cumprimento de qualquer pena que lhes traga estigmatização.

XLVIII – Não só porque já previstas cumulativamente às penas privativas de liberdade (como regra geral) nos crimes econômicos, as penas de multa (isoladamente) ou então a substituição das privativas de liberdade por restritivas de direitos, como princípio, não são eficazes, pois implicam verdadeiro estímulo à prática delitiva.

XLIX – Como regra, o tratamento jurisprudencial tem sido bastante discriminatório se comparados fatos criminosos praticados por delinqüentes econômicos e por delinqüentes *tradicionais*, violando-se a proporcionalidade.

L – Os requisitos legais para fins de decretação de prisão preventiva de agentes que praticam delitos econômicos, à luz da valoração constitucional que se tem por mais correta, conduzem às seguintes conclusões: a) a concepção de ordem pública e de ordem econômica demanda a consideração dos efeitos nefastos que esse tipo de agir causa ao sistema e à

sociedade, de modo que a magnitude da lesão causada e a gravidade do delito, em determinadas circunstâncias, podem e devem ser consideradas, mesmo de forma isolada, para justificar o decreto de prisão preventiva; b) a periculosidade dos agentes criminosos, bem assim o risco de reincidência (bastante comum em delitos deste jaez) impendem que se utilize da prisão preventiva como forma de se evitar novos delitos, garantindo-se a ordem pública e a ordem econômica; c) de igual modo, realizada a devida filtragem, o clamor social decorrente da repercussão desses delitos no seio da sociedade, aliado às circunstâncias concretas dos fatos e ao afastamento da sensação de impunidade, pode autorizar a decretação da prisão preventiva; d) a garantia da aplicação da lei penal reclama que se compreenda que, em relação a esses delinqüentes, o temor relativo à fuga é constante, devendo receber influência não só de seus modos de agir, mas também da experiência de outros casos similares que a realidade revela, assim como das dificuldades em se fazer cumprir ordem de prisão relativa a fatos de grande vulto.

LI – Não se conduz como a melhor solução hermenêutica a conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 81.611, em que se firmou que o exaurimento da discussão acerca da exigibilidade de exação tributária na esfera administrativa é condição objetiva de punibilidade (ou elemento do tipo) em face dos delitos previstos nos artigos 1º da Lei nº 8.137/90 e correlatos materiais.

LII – Regras como as insertas no artigo 34 da Lei nº 9.249/95, no artigo 15 da Lei nº 9.964/2000, no artigo 9º, *caput* e parágrafos, da Lei nº 10.684/2003, que permitem a extinção da punibilidade em delitos econômicos mediante a devolução (quicá até de forma parcelada, segundo segmentos jurisprudenciais) do montante sonegado e acréscimos legais, violam o Princípio da Proporcionalidade em *todos* os seus subprincípios: a) não há idoneidade ou adequação, pois os meios escolhidos não contribuem em nada para que seja fomentada a realização dos objetivos traçados no ordenamento máximo; b) não se apresentam como necessárias, pois há outros meios que afetam de forma menos intensa os interesses em jogo; c) não se apresentam como uma forma razoável para o alcance do resultado pretendido. De idêntico modo, reconhece-se a violação do Princípio da Proporcionalidade nos comandos do Projeto de Lei nº 5.228/2005, que pretende permitir a internalização de recursos depositados no exterior que não tenham sido declarados ao fisco federal mediante pagamento de pequena parcela a título (e apenas) de imposto de renda, verificando-se violação da isonomia também em relação àqueles que declararam licitamente seus recursos no país.

LIII – O argumento de que normas que prevêem a extinção da punibilidade pela devolução dos valores aos cofres públicos em delitos econômicos teriam finalidade

arrecadatória incorre nas falácias da *hyperintegration* e da *dis-integration*, restringindo a argumentação em face de postura nitidamente reducionista. A conclusão a que se chega, diametralmente oposta, é de que regras dessa natureza não são aptas a estimular os cidadãos ao cumprimento das normas vigentes, atingindo-se a prevenção geral sob a ótica limitadora, pois assim, ao revés, revelam finalidades (muitas vezes não-explicitas) de gerar a impunidade.

LIV – O legislador está ordenado a outorgar um trato igual quando não existe uma razão suficientemente razoável para permitir um trato desigual. Dessa premissa deflui que o tratamento dispar que se tem dado aos delitos econômicos em face de outros de natureza patrimonial tem importado em um distanciamento entre esses parâmetros. O incremento do trato desigual e desproporcional entre os fatos criminosos em relação às suas conseqüências importa em violação aos cânones constitucionais.

LV – Nem a lei, muito menos sua interpretação, pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e a circunstâncias peculiares de uma categoria de indivíduos ou de fatos, se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos (sujeitos ou fatos) que se inserem na categoria dispensada.

LVI – Toda norma infraconstitucional que, criminalizando ou descriminalizando determinadas condutas, não tiver fundamento *material* na Constituição será conseqüência de absoluto decisionismo.

LVII – Regras despenalizadoras em sede de delitos econômicos, como regra, violam o Princípio da Proteção Deficiente, que se caracteriza como uma espécie de *garantismo positivo*, na medida em que há imposição constitucional de proteção de bens jurídicos relevantes para a funcionalidade sistêmica da sociedade.

LVIII – Se há leis iníquas e que violem materialmente a Constituição, é dever do Poder Judiciário corrigir os equívocos que daí decorrem, eliminando do ordenamento situações que se traduzam como conseqüências desarrazoadas.

LIX – Se há uma crise no que pertine aos direitos fundamentais, com especial relevância quanto aos direitos prestacionais, tem-se que ela decorre em grande parte – embora não unicamente - da insuficiência econômica do Estado para poder realizar essas suas obrigações.

LX - O aumento da opressão socioeconômica, notadamente em decorrência da prática de delitos econômicos, tem produzido reflexos imediatos no âmbito dos direitos fundamentais, com ênfase para a intensificação do processo de exclusão da cidadania, mormente das classes menos favorecidas, e a redução dos serviços prestacionais básicos, como saúde, educação, previdência e assistência social, que são vetores do sistema

constitucional pátrio. Tais conseqüências atingem frontalmente os comandos constitucionais embaçadores e sustentadores de um Estado Social e Democrático de Direito.

OBRAS CONSULTADAS

AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable. Um tratado sobre la justificación jurídica*. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

AGUADO CORREA, Teresa. *El Principio de Proporcionalidad em Derecho Penal*. Madrid: Edersa, 1999.

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2 reimpresión. Colonia del Carmen: Biblioteca de Ética, Filosofía del derecho y política, 2002.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. *Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 22, n. 66, septiembre-Diciembre 2002, p. 13-64.

AMADO, Juan Antonio Garcia. *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ANGEL BRANDARIZ, José. *El delito de defraudación a la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Traduzido por Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ARROYO ZAPATERO, Luis. *Derecho Penal Económico y Constitución*. Revista Penal, Barcelona, v. 1., n. 1, p. 1-15, jan.1998.

_____; VICENTE MARTÍNEZ, Rosário de (org). *Derecho Penal Económico*. Barcelona: Ariel, 2002.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. Traduzido por Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Principios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *A distinção entre principios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-178, jan./mar.1999.

- BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais ?* Traduzido por José Manuel M. Cardoso da Costa. Reimp. Coimbra: Almedina, 1994.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.
- _____. *Delitos contra la Hacienda pública*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Compilación in memoriam. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2004.
- _____. *Criminología Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3 ed. Traduzido por Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARBIERO, Louri Geraldo. *Lei 9.099/95. Cabe suspensão condicional do processo*. Disponível em: <http://www.conjur.estadao.com.br>. Acesso em 06 mai.2006
- BARQUERO ESTEVAN, Juan Manuel. *La función del tributo en el Estado social y democrático de Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos, paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. 7 ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5 ed (rev. e aum.). São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Estado desorganizado e Estado de natureza*. Disponível em <http://noblat1.estadao.com.br/noblat/>. Acesso em 17 mai. 2006.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *A Democracia na Constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

- BASTOS, Elísio Augusto Velloso. *A função tributária – por uma efetiva função social do tributo*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 43, n. 169, jan./mar.2006, p. 143-159.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Traduzido por J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3 ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- _____. *Limites objetivos e subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos*. In: GOMÉZ MARTÍN, Víctor (coord.). *La Política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier: 2004, p. 25-40.
- BILBAO UBILLOS, Juan María. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales ?* In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 299-338.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Novas Penas Alternativas. Análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Princípios Garantistas e a Delinquência do Colarinho Branco*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 3, n. 11, p. 118-127, jul./set.1995.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Traduzido por Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Ciência Política*. 10 ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves. *Rawls e seus críticos: revisitando a Teoria da Justiça*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 40, ano 10, 2002.
- BORGES, Fátima Aparecida de Souza. *Liberdade Provisória*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los derechos fundamentales*. Traduzido por Carlos Bernal Pulido. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BRAGA, Áureo Gil. *A decretação da prisão preventiva em sede da ocorrência de condutas criminosas contra a ordem tributária*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, n. 46, 2002, p. 159-72.
- _____. *La protección penal del patrimonio de la Seguridad Social. Notas de Derecho Comparado*. In CALLEGARI, André Luis; GIACOMOLLI, Nereu José; KREBS, Pedro (coords). Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 201-225, set.-dez.2000.

- BRINDEIRO, Geraldo. *Jurisdição Constitucional e o devido processo legal*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 423-433.
- BURILLO ALBACETE, Fernando J. *El nacimiento de la pena privativa de libertad*. Madrid: Edersa, 1999.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Perspectivas Atuais do Direito Penal Econômico*, Fascículo de Ciências Penais, Porto Alegre, a. 4, v. 4, n. 2, p. 3-15, abr.-mai./jun.1991.
- _____; BOIX REIG, Javier. *Los Delitos contra la Hacienda Publica*. Madrid: Tecnos, 1987.
- CABO MARTÍN, Carlos de. *Teoria Constitucional de La Solidaridad*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- CABRERA, Raul Pena. *El bien juridico en los delitos económicos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 11, p. 36-49.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2 ed. reimpressão. Porto Alegre: SAFE, 1999.
- CALIENDO, Paulo. *Da Justiça Fiscal: Conceito e Aplicação*. Revista Interesse Público, Porto Alegre, n. 29. Porto Alegre, 2005, p. 159-196.
- CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. *A função da pena numa dogmática jurídico-penal normativista*. Revista dos Tribunais, ano 93, v. 825, p. 481-485, jul.2004.
- _____. *Importância e Efeito da Delinquência Econômica*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 8, n. 101, p. 10-11, abr.2001.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- _____. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- _____. *Direito Constitucional*. 5 ed., rev. e aum. Coimbra: Almedina, 1992.
- _____. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1996.
- _____. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.
- _____. *Justiça Constitucional e Justiça Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 58, p. 329-44, jan.-fev.2006.

- CARMONA CUENCA, Encarnación. *El Estado Social de Derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000.
- CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- CARVALHO, Márcia Dometila de Lima. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1992.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- CASTILLO, Gerardo Barbosa; PAVAJEAU, Carlos Arturo Gómez. *Bien Jurídico y Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- CERVINI, Raúl. *Macrocriminalidad Económica*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 3, n. 11, p. 50-79, jul.-set.1995.
- _____; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CIPRIANI, Mário Luís Lírio. *Das Penas, Suas Teorias e Funções no Moderno Direito Penal*. Canoas: Editora da Ulbra, 2005.
- _____. *A aplicação da pena privativa de liberdade aos white collar criminals*. Revista Jurídica, Sapucaia do Sul/RS, v. 49, n. 289, p. 54-72, out. 2001.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *30 anos de vigiar e punir (Foucault)*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 58, p. 289-98, jan.-fev. 2006.
- CIRNE-LIMA, Carlos Roberto. *Dialética para principiantes*. 3 ed. São Leopoldo/RS: Unisinos, 2003.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2 ed. rev. e amp. São Paulo: RT, 2000.
- _____. *O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 385-393.
- _____. *Contribuições Previdenciárias – Não-recolhimento – Art. 95, 'd', da Lei n. 8.212/91 – Inconstitucionalidade*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 14, p. 106-134, abr.-jun.1996.
- _____. *Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 39, p. 23-32.

- COELLO NUÑO, Ulises. *La Constitución Abierta como categoría dogmática*. Barcelona: J.M. Bosch, 2005.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.
- COSTA, José Armando da. *Estrutura Jurídica da Liberdade Provisória*. 2 ed. (rev. e aum.). Brasília: Brasília Jurídica, 1997.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CRUZ, Luís M. *La Constitución como orden de valores*. Granada: Comares, 2005.
- CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juizes*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *O Renascer do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos Penais da Europa*. Traduzido por Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.
- _____. (org.) *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*. Paris : Éditions de La Maison des Sciences de L'homme, 2001.
- DOBROWOLSKI, Silvio. *O pluralismo jurídico na Constituição de 1988*. Revista Forense, v. 318, p. 138-42, 1998.
- DOLCINI, Emílio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e escolha de bens jurídicos*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 4, fascículo 2, abr.-jun.2004.
- DORADO MONTERO, Pedro. *Bases para um Nuevo Derecho Penal*. Barcelona: Anacleto, 2003.
- DOTTI, René Ariel. *Algumas reflexões sobre o “Direito Penal dos Negócios”*. Revista Forense, v. 85, n. 305, p. 99-107, jan./mar. 1989.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- EISELE, Andreas. *Crimes contra a Ordem Tributária*. São Paulo: Dialética, 1998.
- _____. *Apropriação Indébita e ilícito penal tributário*. São Paulo: Dialética, 2001.

- ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. Marín de. *Criminalidad de Empresa*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.
- ESTELLITA, Heloisa. *Crimes tributários nos Tribunais Superiores*. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 58, p. 85-104, jan.-fev. 2006.
- _____. *O parcelamento previsto na MP 303/06 e a punibilidade nos crimes tributários*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 14, n. 165, p.14, ago.2006.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El Blanqueo de Capitales*. In: DIEGO DÍAZ-SANTOS, Maria Rosario; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (orgs). *El Sistema Penal frente a los retos de la nueva sociedad*. Madrid: Colex, 2003, p. 163-188.
- FALCÃO, Amílcar. *Fato Gerador da Obrigação Tributária*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- FARIA COSTA, José de. *Temas de Direito Penal Econômico* (coord). Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- FARIAS, Rui Barros Leal. A Extinção da Punibilidade nos Crimes contra a Ordem Tributária e a Função do Direito Penal. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 121, p. 89-99.
- FELDENS, Luciano; FISCHER, Douglas. *A Decisão Deconstitutiva do Crédito Tributário e a Ação Penal*. Revista dos Tribunais, n. 770, dez 1999, p. 460.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *Constitución y Valores – La dignidad de la Persona como valor supremo del Ordenamiento Jurídico*. Porto Alegre, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 31 mar. 2006. Palestra conferida no módulo V do Curso de Direito Constitucional.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría Del garantismo penal*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000.
- _____. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Traduzido por Ana Paula Zomer e et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *A Soberania no Mundo Moderno*. Traducido por Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Derechos y Garantías, La ley Del más débil*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Breves Considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em Direito Penal Económico*. In: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 375-386.

_____. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Breves Considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em Direito Penal Económico*. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de Direito Penal Económico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 121-135.

_____. *O Direito Penal entre a "Sociedade Industrial" e a "Sociedade do Risco"*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, n. 33, p. 39-65, jan./mar. 2001.

_____. *O papel do Direito Penal na proteção das gerações futuras*. Disponível em <http://www.defensesociale.org/revista2002/8.1.htm>. Acesso em 10 jun. 2006.

_____; COSTA ANDRADE, Manuel da. *O Crime de fraude fiscal no novo Direito Penal Tributário Português*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 4, n. 13, jan./mar. 1996, p. 54-78.

_____. *Sobre a Concepção e os Princípios do Direito Penal Económico*. In: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 347-364.

_____. *Sobre a Concepção e os Princípios do Direito Penal Económico*. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de Direito Penal Económico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 99-120.

FISCHER, Douglas. *Artigo 34 da Lei nº 9.249/95 – Parcelamento não é causa de extinção da punibilidade*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 809, mar.2003, p. 438.

_____. *O princípio da ampla defesa e as condutas com intuito meramente protelatório no procedimento processual penal*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 761, mar.1999, p. 509-12. Disponível também em www.anpr.org.br/boletim/boletim09/boletim09.htm. Acesso em 27 jun. 2006.

_____. *A violação do Princípio da Proporcionalidade por regras que extinguem a punibilidade em crimes econômico-tributários*. *Revista de Interesse Público*, Porto Alegre, n. 28, dez.2004, p. 138.

FONSECA, Jorge Carlos. *O sistema prisional face às organizações criminosas: um olhar a partir da constituição penal global*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 57, 2005, p. 44-71.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 30 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4 ed, rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 3 ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Princípio da Precaução: vedação de excesso e de inoperância*. Revista de Interesse Público. Porto Alegre, Nota Dez, v. 35, jan. 2005, p. 33-48.

_____. *A responsabilidade extracontratual do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 241, jul./set.2005, p. 21-37.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. 5 ed. rev. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

GALDINO, Flávio. *O custo dos direitos*. in: Legitimação dos Direitos Humanos. TORRES, Ricardo Lobo (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. 3 ed. Madrid: Civitas, 2001.

_____. *La Constitución Española de 1978 como Pacto Social y como Norma Jurídica*. Revista de Direito do Estado, ano 1, nº 1, jan.-mar.2006, p. 3-23.

GARCÍA RIVAS, Nicolas. *El Poder Punitivo em El Estado Democrático*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 1996.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente. *Qué es la psicología criminológica*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2005.

_____; LÓPEZ LATORRE, Maria Jesús. *La prevención de la delincuencia: el enfoque de la competencia social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F. SALINGER, Lawrence M. *White-Collar Crime. Classic and Contemporary Views*. 3 ed. New York: Free Press, 1995.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003.

GOMÉZ MARTÍN, Fernando. *Las retenciones de Impuestos y seguros sociales: tratamiento tributario, concursal y penal*. Madrid:Publigraphis, 1997.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- _____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006.
- HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In: SARLET, Ingo (org). *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2005, p. 89-152.
- _____. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Traducción de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.
- _____. *Hermenêutica Constitucional*. Traducido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 2002.
- HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. Traduzido por Patrícia Ziffer. 2.ed. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 1998.
- _____. *Perspectivas de uma Moderna Política Criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 2, n. 8, p. 41-51, out.-dez.1994.
- _____; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a La Criminología y al Derecho Penal*. Valência: Tirant Lo Blanch, 1989.
- _____. *Ressocialização e Estado de Direito*, Revista de Estudos Criminais, Nota Dez, Porto Alegre, n. 21, jan.-mar. 2006, p. 9-13.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.
- HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. *O que é Justiça ?* Traduzido por Peter Naumann. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.
- JEFFREY, Reiman. *The Rich get Richer and the Poor get Prison. Ideology, class, and criminal justice*. 6 ed. Needham Heights MA: Allyn & Bacon, 2001.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Princípios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*. 3 ed. Buenos Aires: Sudamericana, s/d.
- JUNIOR, José Paulo Baltazar. *O crime de omissão no recolhimento de contribuições sociais arrecadadas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. São Paulo: Manole, 2004.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos Costumes e outros escritos*. Traduzido por Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- _____. *O que é Justiça ?* Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KERN, Alexandre. *O Controle Penal Administrativo nos Crimes contra a Ordem Tributária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- KREMPEL, Luciana Rodrigues. *O crime de colarinho branco: aplicação e eficácia da pena privativa de liberdade*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 54, 2005, p. 93-125.
- LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. 3 ed. Madrid: Siglo XXI, 2000.
- _____. *Nuevas tendencias en las penas alternativas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 53, 2005, p. 66-87.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Júrís, 1985.
- LEITE, João Antônio G. Pereira. *A Equidade no Direito do Trabalho*. Estudos Jurídicos, Unisinos, São Leopoldo, v. 3, n. 11, 1974, p. 59-63.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *O modelo combinado de regras e princípios em Ronald Dworkin e Robert Alexy*. Revista Processo e Constituição, Porto Alegre, n.2, p.213 - 239, maio, 2005.
- LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Madrid: Dykinson, 1999.
- LIRA, Antiógenes Marques de. *Macrocriminalidade*. Revista dos Tribunais, n. 719, set.1995, p. 351-60.
- LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulálio. *La sustitución de Las Penas Privativas de Libertad (Aspectos Procesales y Penales)*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004.
- LOVATTO, Alecio Adão. *Crimes Tributários*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: SAFE, 2003.
- MAILLARD, Jean de. *Crimes e Leis*. Traduzido por Olímpio Ferreira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- MANZATO, Maria Cristina Biazão. *A Constituição como sistema de Princípios e Regras*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, n.52, p.149 - 181, jul./set.2005.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2000.
- MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico, Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- _____. *Derecho Penal Económico, Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

_____. *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte Especial*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

_____. (director). *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. A Coruña: Lugami, 1998.

_____. *Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del Big Crunch y la selección de bienes jurídico-penales*. In: GOMÉZ MARTÍN, Víctor (coord.). *La Política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier: 2004, p. 91-106.

MASSUD, Leonardo. *O Crime do Colarinho Branco, numa perspectiva criminológica*. Revista dos Tribunais, ano 94, v. 833, mar.2005, p. 437-457.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas Leituras*. Revista Diálogo Jurídico, Ano 1, v. 1, n. 5, ago.2001.

_____. *A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Repertório IOB de Jurisprudência, São Paulo, 1ª quinzena dez.1994, p. 475-69.

MERINO JARA, Isaac; GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. Serrano. *El delito fiscal*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2004.

MESTRE DELGADO, Esteban. *La Defraudación Tributaria por Omisión*. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, 1991.

MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado Social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

_____. *Derecho Penal. Parte General*. 6 ed. Barcelona: Reppertor, 2002.

_____. *Función Fundamentadora y Función Limitadora de La Prevención General Positiva*. Madrid: Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales. Enero-abril, 1986.

_____. *Límites del Normativismo en Derecho Penal*. In: *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 139-163.

_____; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Directores). GOMÉZ MARTÍN, Víctor (coord.). *Nuevas tendencias em Política Criminal*. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOLDES TEO, Enrique. *Los aspectos macroeconómicos del fraude fiscal en España*. In: GARCÍA NOVOA, César; LÓPES DÍAS, Antônio (orgs). Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 241-269.

- MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 105-47.
- MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. 7 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- _____. *A Cabeça Bem-Feita*. 9 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.
- _____. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Disponível em: <http://www.centrorefeducacional.com.br/setesaberes.htm>. Acesso em 20 abr. 2006.
- MUAKAD, Irene Batista. *Pena Privativa de Liberdade*. São Paulo: Atlas, 1995.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. 2 ed. Bogotá: Temis, 1994.
- _____. *Teoria Geral do Delito*. Traducido por Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: SAFE, 1988.
- _____. *Principios politicocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal Español de 1994*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 3, n. 11, p.7-20, jul./set.1995.
- NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.
- _____. *Estudos de Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina, 2005.
- _____. *Direito Fiscal*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- _____. *Tributação e Urbanismo no Direito Europeu*. Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- _____. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Disponível em <http://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos>. Acesso em 27 jun. 2006.
- _____. *Avaliação Indirecta e manifestações de fortuna na luta contra a evasão fiscal*. Direito e Cidadania, Cabo Verde, v. 6, n. 20/21, mai.-dez.2004, p. 199-221.
- NASSIF, Elaine Noronha. *A phrónesis Aristotélica, a Equidade e a atividade do juiz na racionalidade do discurso processual*. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, ano 1, n. 3, abr.-jun.2002, p. 35-40.
- NETO, Eugênio Facchini. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 11-60.

- PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Tradução de Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: SAFE, 1989.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad*. Madrid: Dykinson, 2005.
- PERIUS, Kátia Cibele Graeff. *Antecipação de Tutela contra a Fazenda Pública para a concessão de medicamentos: 'Reserva do Possível' versus 'Núcleo Essencial' do Direito Fundamental à Saúde*. Santa Cruz do Sul: UNISC. Monografia de pós-graduação lato sensu em Direito Processual Civil, 2006.
- PESSÔA, Leonel Cesarino. *A Teoria da Interpretação Jurídica de Emílio Betti. Dos Métodos Interpretativos à Teoria Hermenêutica*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 6, abr.-jun.2001, p. 51-78.
- PINTO, Emerson de Lima. *A criminalidade econômico-tributária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis (rev. e aum.)*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PRATA, Edson. *Equidade*. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 51, 3º trimestre, Rio de Janeiro, 1986, p. 35-46.
- QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal – Legitimação versus Deslegitimação no Sistema Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Adonde va el Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 2004.
- _____. *La Justicia Penal en España*. Pamplona: Aranzadi, 1998.
- RANCAÑO MARTÍN, Maria Asunción. *El delito de defraudación tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- _____. *O Liberalismo Político*. 2 ed. São Paulo : Ática, 2000.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Despenalização no Direito Penal Econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa ?* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 116-129, out.-dez.1999.
- RECASÉNS SICHES, Luís. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. 2 ed. México: Porrúa, 1973.

- _____. *Equidad*. Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, Tomo X, p. 427-37.
- RENUCCI, Jean-François. *Droit penal économique*. Paris: Masson, 1995.
- RESTUCCIA, Dardo Preza; ADRIASOLA, Gabriel; e GALAIN, Pablo. *Delitos Económicos*. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2004.
- RIGHI, Esteban. *Derecho Penal Economico Comparado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.
- _____. *Los Delitos Económicos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki (org.). *Política Criminal y Sistema Penal*. Barcelona: Anthropos, 2005.
- ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*. Buenos Aires: Julio César Faira, 2005.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- _____. *Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria fiscal*. In: *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume II*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 481-89.
- _____. *Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria fiscal*. In: *PODVAL, Roberto (org.). Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 181-191.
- _____. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- _____. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ROEMER, Andrés. *Economía del Crimen*. Ciudad de México: Limusa, 2001.
- ROXIN, Klaus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal. Sentidos e limites da pena criminal*. 3 ed. Lisboa: Vega, 1988.
- _____. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Traduzido por Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- SAMPAIO, José Adércio Leite (coordenador). *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- _____. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

- _____. *A Constituição Reinventada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- _____. *O Retorno às Tradições: A Razoabilidade como parâmetro Constitucional*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 45-102.
- SANCHÍS MIR, José Ricardo; GARRIDO GENOVÉS, Vicente. *Delincuencia de 'Cuello Blanco'*. Madrid: Instituto de Estudios de Policia, 1987.
- SANCTIS, Fausto Martín de. *Punibilidade no Sistema Financeiro Nacional*. Campinas: Millennium, 2003.
- SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000.
- SANTINI, Everton. *A repercussão social dos crimes contra a ordem tributária: uma análise crítica face à Constituição*. Dissertação de conclusão no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, 2003.
- SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O Crime do Colarinho Branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- _____. *O Crime de Colarinho Branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo*. In: In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 192/222.
- SANZ MULAS, Nieves. *La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad*. In: DIEGO DÍAZ-SANTOS, María Rosario; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (orgs). *El Sistema Penal frente a los retos de la nueva sociedad*. Madrid: Colex, 2003, p.9-28.
- SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2.ed., rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed, rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In: SARLET, Ingo (org). *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2005, p. 13-44.
- _____. *Constituição e Proporcionalidade. O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a Proibição de Excesso e de Insuficiência*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 3, n. 12, 2003. Publicado também na Revista da Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul, ano XXXII, nº 98, junho/2005.
- _____. *Os Direitos Fundamentais Sociais como "cláusulas pétreas"*. Revista de Interesse Público, n. 17, p. 56-74, 2003.

- SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Exclusão da Punibilidade em Crimes de Sonegação Fiscal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Traduzido por Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- _____. *O direito Penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos ! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal*. Traduzido por Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 53, p. 9-37, 2005.
- _____. *Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?* In: *Temas Actuales y Permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, p.49-69.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. MARTINS, Leonardo (org). Traduzido por Beatriz Hennig e outros. Montevideú: Adenauer, 2005.
- SEMINARA, Sergio. *La evolución del Derecho penal del mercado financiero desde una perspectiva europea*. Traducido por José-Ignacio Gallego Soler. In: MARTÍN, Víctor Gómez (coord.). *La Política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier: 2004, p. 271-297.
- SEONAE SPIEGELBERG, José Luis. *El delito de defraudación tributaria*. In: *Temas de Derecho Penal Tributario*. GARCÍA NOVOA, César; LÓPES DÍAS, Antônio (orgs). Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 79-106.
- SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el Proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.
- SIERRA, Luis Fernando Medina. *Democracia y argumentación racional. Habermas, Rawls y la justicia social*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1995.
- SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SILVA, Paulo Rodrigues da. *Decisão Proferida pelo Conselho de Contribuintes – Possibilidade Jurídica de Anulação, mediante Ação Judicial, pela Administração Pública. Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional nº 1087/2004*. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 109, p. 131-138.
- SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *O Proporcional e o Razoável*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, abril de 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La Expansion del Derecho Penal*. 2 ed. Madrid: Civitas, 2001.

_____. *Libertad econômica o fraudes punibles ?* Madrid: Marcial Pons, 2003.

_____. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2002.

_____. *Eficiência e Direito Penal*. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11. São Paulo: Manole, 2004.

_____. *El nuevo escenario del delito fiscal en España*. Barcelona: Atelier, 2005.

_____. *Política criminal y nuevo Derecho Penal*. Barcelona: J.M. Bosch, 1997.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. *Direito Penal Supra-individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *A Tutela Penal Constitucional*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 10, n. 39, p. 125-147, jul.-set.2002.

STEIN, Ernildo. *Mundo Vivido*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. *Da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*, Porto Alegre, Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2, p. 243-84, 2004.

_____. *As (novas) penas alternativas à luz da principiologia do Estado Democrático de Direito e do Controle de Constitucionalidade*. In: A Sociedade, a Violência e o Direito Penal. FAYET JUNIOR, Ney; CORRÊA, Simone Prates Miranda (orgs.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 121-144.

_____. *Teoria da Constituição e Jurisdição Constitucional*. Porto Alegre, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 31 mar. 2006. Palestra conferida no módulo V do Curso de Direito Constitucional.

_____. *Constituição e bem jurídico: a ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor – o sentido hermenêutico-constitucional do art. 225 do Código Penal*, Porto Alegre, Revista da Ajuris, n. 101, p. 179-191, 2006.

_____. *O Princípio da Proporcionalidade e as possibilidades de filtragem hermenêutico-constitucional: análise de um acórdão garantista*. In: *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 347-74.

SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime - The Uncut Version*. Binghamton, N.Y.: Vail-Ballou Press, Binghamton, 1983.

_____. *El Delito de Cuello Blanco*. Madrid: Ediciones de La Piqueta, 1999.

TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria; ACALE SÁNCHEZ, Maria (orgs). *Temas de Derecho Penal econômico – III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid: Trotta, 2004.

TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*. Barcelona: PPU, 1993.

_____. (Director). *Eurodelitos. El Derecho Penal Económico en la Unión Europea*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

TIGRE MAIA, Rodolfo. *Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

TIPKE, Klaus. *Moral Tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Tradução de Pedro Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002.

THOREAU, Henry David. *A Desobediência Civil*, in <http://www.culturabrasil.org/desobedienciacivil.htm>. Acesso em 12 mar. 2006.

TORON, Alberto Zacharias. *Crimes de Colarinho Branco: Os novos perseguidos ?* Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 28, São Paulo, p. 73-84.

TORRES, Ricardo Lobo. *A idéia de liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

TRÊS, Celso Antônio. *Teoria Geral do Delito pelo Colarinho Branco*. Curitiba: Imprensa Oficial do Paraná, 2006.

TRIBE, Laurence, e DORF, Michael. *On reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

VALLE, Carlos Pérez del. *Conciencia y Derecho Penal*. Granada: Comares, 1994.

VELLOSO, Andrei Pitten. *Conceitos e Competências Tributárias*. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. *A pregiudiziale tributaria: Análise da jurisprudência brasileira à luz das experiências Italiana e Espanhola*. Monografia. Salamanca, 2006.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

WEBER, Thadeu. *Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano*. Porto Alegre: Edipucrs, 1999.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Traduzido por Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. 4. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

WIARCO, Octavio Alberto Orellana. 2 ed. *El Delito de Defraudación Fiscal*. México: Porrúa, 2004.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *El Principio de Proporcionalidad como regla fundamental de la política criminal*. In: *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 85-102.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro – I*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traduzido por Marina Gascón. 6 ed. Madrid: Trotta, 2005.