

JACQUELINE TERUKO SASAKI

O DIREITO PENAL DA SOCIEDADE DE RISCO

PUCSP

COGEAE

2015

JACQUELINE TERUKO SASAKI

O DIREITO PENAL DA SOCIEDADE DE RISCO

Trabalho de monografia para obtenção do título de especialização em Direito Penal e Processual Penal na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo sob orientação do Prof. Dr. Antônio Carlos da Ponte

PUC

COGEAE

2015

JACQUELINE TERUKO SASAKI

O DIREITO PENAL DA SOCIEDADE DE RISCO

Dissertação para obtenção de especialização em Direito Penal e Processual Penal
na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo na COGEAE

Banca Examinadora:

Conceito: _____

São Paulo, _____

RESUMO

Este trabalho apresenta a realidade enfrentada pelo Direito Penal na tutela de bens jurídicos coletivos na sociedade de risco. Em toda a história da humanidade sempre existiu riscos relacionados à própria convivência do ser humano em sociedade, sejam riscos decorrentes das novas descobertas visando à riqueza e conforto. Essa nova demanda que surge dentro de uma noção de sociedade de risco de Ulrich Beck, e trazido para dentro do Direito Penal, com o uso de novas tecnologias relacionadas à globalização das relações jurídicas, com a utilização de instrumentos capazes de conectar milhares de pessoas em diferentes partes do mundo ao mesmo tempo.

A globalização da economia, onde as fronteiras de um país não delimitam a amplitude e o potencial de danos da criminalidade, que passa a ofender bens jurídicos e conseqüentemente coloca em risco o mercado financeiro mundial e a própria sobrevivência dos seres vivos.

Nesta dissertação será analisada os aspectos relacionados ao surgimento do Direito Penal de segunda velocidade e a utilização dos crimes de perigo dentro de uma política criminal funcionalista e como a jurisprudência se posiciona neste contexto.

ABSTRACT

This work introduces the reality faced for Penal Law in the protection of collective juridical rights at the risk society. In all humanity history always was risks connected with the human companionship in the society or risks due new discoveries to aiming at richness and comfort. This new require that appear in the risk society's Ulrich Beck, and brought in the Penal Law, with the new technologies used related with global juridical relations using instrumental able of the connected thousands of the people in different parts of the world and in the same time.

The globalization of the economy, where the border's country don't delimit the extent and potential criminality's damage, that injure rights and consequently put in risk world-wide financial market and the proper survive all being alive.

In this dissertation will be analysed the aspects relationed with the appeared of the second velocity Penal Law and the use of the risk Penal Law in of the a functionality criminal politic and what jurisprudence positioned.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| INTRODUÇÃO | 6 |
| I CONSIDERAÇÕES GERAIS | 8 |
| II DIREITO PENAL DA SEGUNDA VELOCIDADE | 13 |
| II.1 AS VIAS DE SUPERAÇÃO DO PARADGMA PENAL QUE CONHECEMOS | 15 |
| III O DIREITO PENAL DO RISCO | 17 |
| III.1 O TIPO PENAL E A IMPUTAÇÃO OBJETIVA | 23 |
| III.1.1 A PROPOSTA DE CLAUS ROXIN | 26 |
| IV O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA SOCIEDADE DO RISCO | 28. |
| V ANÁLISE DA LEI 8.137/90 | 39 |
| VI O DIREITO PROCESSUAL PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO | 50 |
| CONCLUSÃO | 57 |
| REFERÊNCIAS | 60 |

INTRODUÇÃO

A abordagem deste trabalho busca sintetizar os principais desafios trazidos pela modernidade ao Direito Penal da sociedade do risco descrita por Ülrich Beck, onde a realidade traz ao conhecimento humano um novo risco disseminado pelo uso da tecnologia da informação abrindo-se uma nova dimensão para a geração de riquezas, porém, ao mesmo tempo, a coletividade paga um custo muito alto se a criminalidade também se utiliza dessas ferramentas para o enriquecimento ilícito. As multinacionais passam a captar recursos em vários países, ampliando seus mercados de capitais e, com o acesso rápido à informações se torna possível a volatilidade dos valores das ações, de um minuto para outro, com a manipulação dos investidores, usando informações privilegiadas como forma de obter lucros exorbitantes, causando prejuízo financeiro à uma parcela muito maior de pessoas de que quando o acesso as informações eram muito mais restritas, assim como o mercado de capitais não tinha uma abrangência global.

Surge dessa maneira, com a consciência da maior gravidade do dano que poderia se ter à coletividade com a criminalidade atingindo essa nova dimensão de produção de riquezas, a concepção de bem jurídico coletivo, alçada a direito fundamental, recebendo tutela penal para o controle do riscos de danos com o uso das figuras típicas de perigo.

A antecipação de tutela penal prevista nos crimes de perigo, prevê nos o perigo presumido baseado nas experiências observadas na realidade que uma determinada conduta traz risco a um determinado bem jurídico não necessitando de prova para comprar essa presunção. Porém, com a imputação objetiva, existe a ponderação desta análise *ex ante*, fazendo-se uma análise *ex post*, ou seja, a análise do caso passa a considerar a concretude do caso e se realmente a conduta

do agente levaria ao risco de produzir um determinado dano à um bem jurídico transindividual.

Assim, neste trabalho, se busca demonstrar a necessidade de conformação aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, na produção de leis pelo legislativo tendo com o princípio da proporcionalidade uma diretriz na determinação da pena a ser aplicada nos crimes de perigo, atendendo porém, a uma política criminal funcionalista como instrumento de controle, não permitindo ao mesmo tempo a proteção insuficiente de bens jurídicos coletivos que demandam a antecipação de tutela penal, pois os resultados dos danos podem chegar a atingir toda a humanidade.

A Lei 8.137/90 é utilizada neste trabalho como um exemplo das condutas típicas com resultado material e condutas tipificadas como de mera conduta sem exigir o resultado e demonstrar como a jurisprudência tem enfrentado as questões relativas à violações de direitos fundamentais pelo uso dos crimes de perigo em uma política criminal que não se insere dentro de um Direito Penal norteada pelos princípios garantistas, previstos na Carta Magna para a proteção do cidadão contra as arbitrariedades do Estado.

I - Considerações Gerais

O modelo teórico do contrato social legitima a intervenção do Estado no controle da violência, de modo a garantir à sociedade a pacificação necessária para a convivência em grupo. Em contrapartida, o povo cede parte de sua liberdade para aceitar os termos do poder estatal, obedecendo ao ordenamento jurídico que fundamenta um Estado Democrático de Direito, neste existem garantias dadas aos cidadãos para que estes não se submetam às arbitrariedades dos governantes que, em nome do exercício de um poder conferido pelo povo, extrapolam os limites encerrados na Constituição e acabam por violar a dignidade da pessoa humana.^{1 2}

A dignidade da pessoa humana se encontra na Constituição Brasileira como a norma fundamental que se encontra no ápice de todo o ordenamento jurídico, de onde toda legislação infra constitucional encontra inspiração, não existindo espaço para contrariá-la dentro de uma interpretação sistemática. Nesse pensamento, prescreve o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.”

A dignidade da pessoa humana é o cerne que fundamenta a própria existência jurídica do ser humano como integrante de uma sociedade.³ Afirma José Afonso da Silva:

¹ Controle jurisdicional da atividade persecutória do Estado: uma exigência inerente ao Estado Democrático de Direito. O Estado não tem o direito de exercer, sem base jurídica idônea e suporte fático adequado, o poder persecutório de que se acha investido, pois lhe é vedado ética e juridicamente, agir de modo arbitrário, seja fazendo instaurar investigações policiais formais temerárias, seja promovendo acusações formais temerárias, notadamente naqueles casos em que os fatos subjacentes à persecutio criminis revelam-se destituídos de tipicidade penal. Precedentes (STF, 2ª T., HC 98237, rel. Min. Celso de Mello, j. 15.12.2009, DJUE 6.8.2010).

² A propalada supremacia do interesse público sobre o individual, “que se pretende prevaleça no Direito Administrativo – não obstante mesmo lá sujeita a debate, aqui impertinente – não tem lugar em matéria penal e processual penal” (STF, Pleno, HC 95009 – 4 – SP, voto do rel. Min. Eros Grau, j. 6.11.2008, m.v.)

³ A dignidade da pessoa humana é princípio central do sistema jurídico, sendo significativo vetor interpretativo, verdadeiro vetor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (STF, HC 85988-PA(MC) rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 7.6.2005, DJU 10.6.2005).

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais. Concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade da pessoa humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais".⁴

O Estado sendo detentor do *Jus Puniendi*, monopoliza a persecução penal, e se conformando às garantias constitucionais previstas na Constituição Federal de 1988, o exerce de forma a observar princípios penais e processuais penais para obter a tutela de bens jurídicos individuais previstos entre os direitos fundamentais individuais do artigo 5º da Magna Carta. Com o desenvolvimento da sociedade capitalista surgiu novas demandas ligadas a uma criminalidade que se insere dentro do conceito de sociedade de risco e que o situaremos a seguir.

A sociedade capitalista industrial nos meados do séc. XVIII, iniciada na Inglaterra, desenvolveu tecnologias voltadas à produção em massa com o objetivo de atender a novas demandas provenientes dos recentes mercados consumidores decorrentes da independência das ex-colônias britânicas e portuguesas e também decorrentes da abolição da escravidão. Assim houve uma mudança não só no processo de produção de mercadorias mas também o surgimento de uma nova classe, a classe do proletariado. O proletário vendia sua força de trabalho em troca de salário, e dessa maneira a classe operária podia fazer parte do mercado de consumo.

As relações econômicas na era industrial como acima descrito eram muito mais simples do que existem atualmente no sentido de ser possível visualizar-se completamente uma conduta típica, onde se observa claramente as relações de causalidade entre determinada conduta e um resultado lesivo.

Nos dias de hoje a economia de um país não se limita à suas fronteiras, transcendendo a noção de riqueza como algo existente necessariamente dentro do território de um Estado, assim a riqueza de um país passa a ter uma dimensão

3. Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. Ed. Malheiro: São Paulo, 2006, p. 93.

transnacional, essa dimensão não se relaciona apenas à presença de multinacionais com suas filiais espalhadas por todo o mundo, como também à presença do mercado de capitais, onde as bolsas de valores de todo o mundo estão abertas para a compra e venda de ações de empresas que procuram obter recursos dos investidores espalhados por todo o mundo, para manter suas operações viáveis financeiramente.

O fenômeno acima descrito está relacionada à globalização da economia que se tornou possível graças ao desenvolvimento de ferramentas tecnológicas que fez com que o acesso a mercados seja de produtos industrializados, seja de mercado de capitais de países distantes se realize de forma a não ser mais necessário o contato humano para que haja uma relação jurídica comercial. Por outro lado, o acesso a informações de todo o mundo de forma "viral" e sem censura é uma nova realidade e um desafio, onde informações relevantes que não passam de mera especulação podem ser consideradas verdadeiras para grandes investidores e provocar perdas financeiras no mundo todo. Assim como o abalo provocado pela comercialização por meio da internet de um produto nocivo à saúde pode trazer resultados que podem atingir um número expressivo de consumidores.

Nesse novo cenário, não é possível se determinar num primeiro momento, o autor da conduta típica, nem quais seriam as vítimas e se verificar o nexo causal entre a conduta e o resultado. O que se tem certeza é o número maior de afetados, atingindo a coletividade como um todo. Assim como, o desenvolvimento de novas tecnologias trouxe a emissão de poluentes no ar, o risco de poluição ambiental por resíduos radioativos, a poluição das águas por resíduos industriais ou mesmo por vazamentos de petróleo de embarcações, e plataformas de petróleo. Surge uma nova demanda onde se tutela um interesse da coletividade, o bem jurídico coletivo, considerado como direito fundamental em contraposição ao bem jurídico individual tutelado pelo direito penal clássico.⁵

Dentro desse contexto do desenvolvimento tecnológico na sociedade do risco e o surgimento de novas demandas para o direito penal, existe a dimensão da criminalidade não ligada ao desenvolvimento tecnológico, que se confunde num

⁵ Direitos fundamentais são descritos na CF 5ª em *numerus apertus*. O STF decidiu que o direito ao meio ambiente sadio (CF 225) é direito fundamental (STF, Pleno, ADIN[MC] 3540-DF. Rel. Min. Celso de Mello, j. 1.9.2005, DJU 6.11.2000).

momento histórico onde a sensação de segurança da sociedade se torna uma demanda que o direito penal por meio do direito penal simbólico busca dar uma resposta imediata, daí existir uma expansão do direito penal sem qualquer consideração da sociedade na prevenção ou ressocialização do delinqüente. O risco da sociedade passa a ter como causa o infrator marginalizado, que traz a sensação de insegurança aos cidadãos, que não querem mais compartilhar a responsabilidade pelo risco da delinqüência do infrator ⁶, tornando a forma mais efetiva de se sentir segura a inocuização do agente, isolando-o, não permitindo o contato deste com a sociedade, deixando este de se preocupar com a ressocialização do infrator. Assim, como pondera José Luiz Diez Ripollés:

Equiparar os riscos derivados do uso de novas tecnologias aos presentes na vida quotidiana como consequência da crescente presença de bolsas de desemprego e marginalização social pressupõe aludir a duas fontes de risco radicalmente distintas na sua origem, nos agentes sociais que as activam, na natureza objetiva e subjetiva dos comportamentos, e nas consequências nocivas produzidas. A sua aproximação, além de poderem ambas dar lugar a condutas criminosas, baseia-se unicamente na amplitude semântica do termo risco, mas não parece estar em condições de render frutos analíticos. Os perigos que comporta essa disposição para transportar conceitos de um contexto para outro explicam igualmente a ausência de esclarecimento suficiente acerca do que é uma criminalidade organizada levada a cabo por bandos profissionalizados de estrangeiros e a criminalidade de imigrantes originada pela sua instabilidade social e econômica.⁷

No Brasil, a atuação da mídia sobre a sociedade, que clama pelo caráter retributivo da pena em relação aos crimes comuns, como forma de alcançar a sensação de justiça e segurança, tem o efeito de expansão do direito penal funcionalista sem respeito aos princípios da subsidiariedade e da intervenção mínima, onde entra o direito penal simbólico como forma de dar uma resposta rápida ao clamor social, assim, os crimes que lesam a coletividade em um âmbito muito

⁶ A ideologia da distribuição de riscos entre indivíduo e sociedade é, na minha perspectiva, um discurso que se serve de uma terminologia tecnocrática para ocultar a falta de solidariedade social que o inspira. O ponto de referência revelador da sua natureza encontra-se no facto de a sociedade não admitir, ou restringir consideravelmente, as suas responsabilidades na gênese e abordagem da criminalidade. Trata-se de mais uma demonstração da consolidação dos enfoques volitivos sobre os estruturais na análise da delinqüência, isto é, da convicção de que a criminalidade tem sua explicação na livre vontade do delinqüente e não em carências sociais que possam condicionar o seu comportamento. José Luis Diez Ripollés, p. 572.

⁷ Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 17, nº4, Out-Dez. 2007. Ed. Coimbra, P. 562. José Luis Diez Ripollés.

maior, com desvios de recursos públicos exorbitantes ficam camuflados em importância diante da sensação de insegurança dentro da sociedade com um suposto Estado incapaz de intervir efetivamente no controle da violência. E segundo José Luiz Diez Ripollez, na realidade de Portugal:

(...) O que a população exige são actuações enérgicas contra a criminalidade clássica, a que nasce dos campos de dessocialização e da marginalização; sectores sociais a respeito dos quais se criou um notável desapego e desinteresse por parte das classes sociais médias maioritárias; as exigências de actuação sobre a delinquência dos poderosos, sem desaparecerem, ocupam um lugar secundário e, desde logo não se vê no seio dessas classes médias uma perda do encanto produzido pelos sectores sociais privilegiados e pelas suas pautas de comportamento. Nessas circunstâncias, a identificação social das maiorias cidadãs com as vítimas da criminalidade não parece conduzir a uma reacção face aos poderosos e à sua criminalidade.⁸

Outra política criminal a ser diferenciada e que pode ser usado como um parâmetro para o direito penal da sociedade do risco, é o direito penal do inimigo que é a consideração do agente como inimigo da sociedade pelo fato de praticar atos preparatórios terroristas ou de fazer parte de um grupo de terrorista antes mesmo do agente causar danos, ou seja, o indivíduo é apenado com base nas características comportamentais habituais, não se levando em conta se efetivamente a conduta do agente resultou em algum dano à bem jurídico penal.^{9 10}

O pensamento de Jakobs, isola o delinquente habitual da sociedade, não o considerando como cidadão, mas como um inimigo da ordem social pois se comporta com desrespeito em relação ao ordenamento jurídico vigente em uma determinada sociedade, dessa maneira este indivíduo é excluído do âmbito de proteção de garantias conferidas a um cidadão:

⁸ Idem, p. 563.

⁹ Foi sem dúvida Jakobs quem, através de uma evolução significativa do seu pensamento, formulou na política criminal moderna a mais acabada contraposição entre cidadão e indivíduo, com dois corolários fundamentais para o nosso propósito, o de que o indivíduo que se mostra perigoso deve ser tratado como inimigo social, e o de que certos delinquentes pertencem a essa categoria de inimigos da sociedade. Idem p. 574.

¹⁰ Em sentido mais específico, considera-se oportuno prosseguir com a antecipação da punição para fases afastadas da comissão do crime, como a conspiração ou a mera pertença a organizações criminosas, cujas penas deverão ser equiparáveis às de intervenções posteriores mais próximas da conduta lesiva ou perigosa. Idem p. 580.

Jakobs considera como cidadão aqueles indivíduos em que existem expectativas de comportamento pessoal, determinado por direitos e deveres vigentes na sociedade e com uma atitude de fidelidade ao ordenamento jurídico, a estes cidadãos é aplicável o direito penal como conhecemos, onde a pena aplicável tem a função de reafirmar a vigência de uma norma e o efeito preventivo ou motivadores de futuros comportamentos seriam secundários. Se for o caso, a prática ocasional de um crime não o priva da sua condição de cidadão.¹¹

Pelo contrário, existem indivíduos que, devido à sua atitude pessoal, ao seu modo de vida, à sua integração em organizações criminosas ou a outros factores, mostram de forma reiterada e duradoura a sua predisposição para a delinquência, defraudando assim persistentemente as expectativas normativas formuladas pelo direito, pelo que não satisfazem as garantias mínimas de comportamento de acordo com as exigências do contrato social. Tais indivíduos não podem ser considerados pessoas nem cidadãos, são inimigos da sociedade que devem ser excluídos dela. O direito penal a aplicar a tais indivíduos deve ser substancialmente diferente do vigente para os cidadãos, há-de ser um militante encaminhado a neutralizar a perigosidade daqueles, no qual as garantias reduzidas e a pena já não procura reafirmar a vigência da norma mas sim assegurar a manutenção destes indivíduos fora da sociedade.¹²

Cabe lembrar que no Brasil não se pune atos preparatórios para a prática de crimes e nem há uma legislação extravagante relacionado ao terrorismo. O contexto fático em que se encontra a Europa ocidental e a existência de legislação específica que trata do terrorismo demonstram uma realidade adversa da que enfrentamos aqui, porém pode ser uma maneira de situar a direção tomada pelo direito penal da sociedade do risco com a antecipação da tutela penal prevista nos crimes de perigo. De qualquer forma o que observamos nas duas realidades é a mitigação de direitos fundamentais individuais previstos nos Estados Democráticos de Direito, porém o pensamento de Jakobs deixa de considerar o inimigo social como cidadão, assim, o Direito Penal com suas garantias não poderia ser aplicado a esse inimigo que deve ser isolado da sociedade, não se aplicando a ele a finalidade preventiva geral e nem a ressocialização.

II – Direito Penal da segunda velocidade

¹¹ Idem, p. 575.

¹² Idem, p. 575-576.

Escreve Figueiredo Dias que este conceito, de sociedade do risco suscita ao direito penal problemas novos e incontornáveis. Nas suas implicações com a matéria penal, ele quer por em evidência a idéia de uma transformação radical da sociedade em que já vivemos, mas que seguramente se acentuará exponencialmente no futuro próximo. Uma tal idéia anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência, individual ou comunitária, ou provinham de acontecimentos naturais (para tutela dos quais o direito penal é absolutamente incompetente) ou derivam de ações humanas próximas e definidas, para contenção das quais era bastante a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos como a vida, o corpo, a saúde, a propriedade, o patrimônio; para contenção das quais, numa palavra, era bastante o catálogo puramente individualista dos bens jurídicos penalmente tutelados e, assim, o paradigma de um direito penal liberal antropocêntrico. Aquela idéia anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anônima, se revela susceptível de produzir riscos também eles globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em tempo e lugar largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida. (DIAS *apud* MATTA, 2010, p. 518)

O acidente nuclear de Chernobyl, o vazamento radioativo da usina nuclear após o terremoto em Sendai no ano de 2011, o derretimento da camada de ozônio, o derretimento das calotas polares são exemplos dos resultados danosos do desenvolvimento tecnológico que compromete um bem jurídico coletivo, no caso, o meio ambiente. O direito ao meio ambiente sadio das futuras gerações se encontra ameaçado e com isso a sobrevivência do ser humano e de todos os seres vivos são colocados em risco.

Na era da globalização, com o uso da internet, um risco é acrescido as sociedades pós modernas, onde informações são obtidas e trocadas em segundos entre quaisquer partes do mundo, assim como uma transação comercial pode ser realizada entre quaisquer pontos do mundo sem a necessidade de existir uma relação direta interpessoal, e nem mesmo é necessário a existência de um ponto comercial com existência física, podendo apenas ter lojas virtuais, surgindo assim,

uma nova demanda que tem um potencial risco de causar danos macroeconômicos que pode ter alcance global.

As atividades econômicas e financeiras apresentam um risco de causar danos à coletividade com uma amplitude tão ampla quanto é o alcance das operações financeiras e econômicas, podendo os danos, desta forma, ter alcance global. O bem jurídico lesado é de interesse coletivo e não mais pode ter a esfera de proteção penal de um bem jurídico individual como no direito penal clássico.

O uso de informações privilegiadas de uma determinada empresa para obtenção de recursos através da venda de ações desta mesma empresa, sabendo o agente que esta informação falsa foi lançada na mídia para atrair investidores, e em seguida este agente vende suas próprias ações antes de se desvalorizar, obtendo lucros exorbitantes em detrimento aos investidores que após queda do valor das ações amargam perdas, é um exemplo de dano à coletividade pela prática de uma conduta vedada na lei de Mercado de Valores Mobiliários.¹³

II.1 - As vias de superação do paradigma penal que conhecemos:¹⁴

- a) *A Escola de Frankfurt* entende que o direito penal deve manter o seu âmbito de tutela e os seus critérios de aplicação, excluindo-o do conjunto de instrumentos utilizáveis para tutela dos grandes riscos característicos desta segunda modernidade. Esta corrente entende que o direito penal clássico não pode ser utilizado para tutelar bens jurídicos coletivos de riscos uma vez que é um instrumento para a defesa de direitos, liberdades e garantias. Inexistindo dessa forma um direito penal de riscos, a sociedade deve buscar outros meios de controle social dos riscos que não jurídicos e se jurídicos, dentro do direito administrativo.

Nesta corrente não se leva em conta a relevância do bem jurídico a ser tutelado, pois a proteção de gerações futuras e da própria existência do ser humano clama por uma prevenção contra condutas perigosas mais efetiva por meio do direito penal.

Por outro lado, pode se aceitar a proposição de que existem outros meios de proteção jurídicos não penais para o controle dos riscos, fundamentado em princípios penais como a *ultima ratio* e a *intervenção*

¹³ Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários. Pena – reclusão de 1(um) a 5(cinco) anos, e multa de até 3(três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

¹⁴ Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 20 – nº 4 – Out-Dez 2010, ed. Coimbra. Joaquim malafaia

mínima. Aqui se fala no direito administrativo de intervenção, que nada mais seriam verdadeiras reações penais sob outra nomenclatura e, como tal, formalmente eximidas aos constrangimentos e procedimentos próprios das reações criminais.

- b) A corrente que propugna a criação de um totalmente novo direito penal do risco assente em novos paradigmas e princípios, paralelo ao direito penal que conhecemos, dentro da qual há várias posições defendidas: 1. a alteração do princípio da intervenção mínima, advogando para o direito penal uma função de instrumento de administração pública, de promoção das políticas contingentes do governo de cada sociedade, ou da sociedade humana no seu todo; 2. A agilização das reações penais impõe uma competência legiferante dos executivos; 3. Há quem defenda uma “antecipação da tutela penal para estádios prévios (e inclusivamente ainda muito distanciados) da eventual lesão de um interesse socialmente significativo, até ao ponto em que se perde (...) toda a ligação entre a conduta individual e o bem jurídico que em definitivo se intenta proteger”; 4. A necessidade de ultrapassar o princípio da personalidade da responsabilidade criminal; 5. A exigência de imputação objectiva e/ou subjectiva conforme as conhecemos, e, mesmo, alterações profundas ao princípio da culpa.

A tutela de bens jurídicos difusos impõe novos desafios relacionados a instrumentalização do Direito Penal e a proteção de garantias constitucionais individuais, pois, não há um limite predefinido na política criminal funcional e nem no Direito Penal de risco, como meio apenas para tornar possível o controle de condutas perigosas, pois, ausente uma dogmática penal própria assentado na proteção do cidadão contra arbitrariedades perpetradas pelo Estado que pode utilizá-lo para estabelecer uma nova ordem pautada na imposição de comportamentos de acordo com a vontade do Estado e não de seu povo. Temos a seguir o pensamento da doutrina portuguesa, segundo Malafaia:

Qualquer justiça criminal funcionalizada aos objetivos contingentes do governo da sociedade, se transformará, mais cedo ou mais tarde, em puro instrumento de imposição de uma *visão* do Homem e da sociedade, num mecanismo de *justiça de classes*, ou de incontrolável e injustificável domínio de *uns sobre os outros*, fora dos padrões impostos pelo paradigma penal em que hoje assenta a defesa dos direitos fundamentais.¹⁵

O que se verifica é a presença do direito penal que defende direitos, garantias e liberdades individuais convivendo com um fenómeno de expansão do direito penal, representado por um direito penal de funcionalização, para tutelar bens jurídicos coletivos e fazer frente aos riscos, mitigando princípios norteadores do direito penal antropocêntrico. A doutrina portuguesa aceita uma dogmática penal dual, onde existiria um

¹⁵ Idem.

cerne onde se situaria o direito penal clássico orientado por seus princípios garantistas e na periferia deste centro existiria o direito penal onde esses mesmos princípios seriam conformados de modo a permitir uma prevenção efetiva em relação aos riscos decorrentes da sociedade pós moderna.¹⁶

A existência dessa dogmática dual pode ser utilizado pelo Estado como meio de perpetuar arbitrariedades se existir a invasão da dogmática periférica em direção ao centro, ou mesmo casos do cerne que são carentes de tutela transitariam para periferia. Assim, essa dogmática dual permitiria a não observância, pelo poder do Estado, dos limites impostos pelos direitos fundamentais de um Estado Democrático de Direito.¹⁷

III – O Direito Penal de Risco

Com o surgimento de novas tecnologias e a globalização, o direito penal tem o desafio de legitimar tipos penais que não se coadunam com a legitimação dada por um Estado Democrático de Direito, ou seja, os tipos penais de perigo que antecipam a tutela penal e quando aplicadas concretizam a responsabilidade objetiva em matéria penal.

Uma determinada conduta prevista como típica, tem uma finalidade preventiva de obstar qualquer conduta que coloque em risco ou aumente o risco de lesão à um determinado bem jurídico coletivo, aqui não há necessidade de ter a efetiva produção do resultado lesivo, bastando para a prática do ilícito a conduta do agente, o desvalor da conduta se encontra apenas na ação do agente. O bem jurídico lesado passa a ser o de interesse da coletividade, isto é, o bem jurídico tutelado é difuso, supra individual, dentre eles estão o meio ambiente, o sistema financeiro e a ordem tributária, bens que são tutelados na Constituição Federal de 1988 e que tornam possível a realização de um Estado Democrático de Direito fundamentado na dignidade da pessoa humana.

Segundo Claus Roxin (ROXIN *apud* HOYER, 2010, p. 365), o agente tem de ter criado com a sua conduta um risco não permitido para o resultado de lesão, de forma a que, sendo esse o caso (e porquanto se encontrem preenchidos pressupostos ulteriores), esse resultado lhe possa ser objectivamente imputado.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.

Porém, quando se fala em “criação” de um risco não permitido, esse risco desempenha um papel de resultado intermédio, igualmente típico e prévio ao resultado de lesão. Ora uma “criação” pressupõe, em todo caso, no mínimo, a causalidade no sentido da teoria da equivalência, pois tudo o que tenha sido criado deve considerar-se resultado. Por outro lado, para a “criação” de um risco não permitido não é suficiente que este resultado de perigo tenha sido simplesmente causado, no sentido da teoria da equivalência, por uma actuação antecedente – caso contrário anular-se-ia, justamente, a limitação do amplíssimo conceito de causalidade da teoria da equivalência perseguida pela teoria da imputação, pois poderia imputar-se objectivamente a Adão e Eva, enquanto causantes da totalidade dos riscos não permitidos, todo o resultado de lesão deles decorrentes.

Acrescenta Andreas Hoyer:

Assim, da minha perspectiva, o risco não permitido há-de compreender-se melhor, de acordo com FRISCH, como propriedade de uma acção mediante a qual esta pode subsumir-se no tipo, em vez de ser entendido como criação de um resultado de perigo enquanto critério de imputação. Deste modo, a causalidade e a realização no resultado do risco (contido na acção) não permitido seriam critérios de imputação, enquanto que a delimitação do risco permitido e não permitido se estabeleceria na delimitação da conduta típica.¹⁸

No mesmo sentido mas com ponderações, Edmar Oliveira Andrade Filho:

Em princípio, o dolo está pressuposto nos tipos penais como parte integrante da norma que pode exigir ou não a configuração de um dolo qualificado nos casos em que exige uma intenção de carácter especial ou, ainda, uma finalidade especial. Há casos, no entanto, em que a simples prática da conduta que produz o resultado punível é suficiente para a caracterização do crime e a consequente responsabilização do agente. Nesse caso, ocorre o denominado dolo *latu sensu* ou dolo genérico, assim considerado aquele que prescinde de um elemento de carácter especial. Nos casos em que se admite o dolo genérico, a simples ocorrência do fato típico é suficiente para a incidência da norma penal. Nos crimes fiscais, a interpretação do texto da lei como se ele fosse a norma completa malbarata o princípio da subsidiariedade do direito penal na medida em que se pode se considerada como crime toda e qualquer forma de inadimplência tributária, o que não é razoável. Com efeito, as normas penais em geral se submetem ao filtro do princípio da proporcionalidade do qual decorre o axioma da “necessidade”; assim, as penas privativas de liberdade só se

¹⁸ Idem, p. 366.

justificam quando o Estado não dispõe de meios eficazes de prover a proteção de bens jurídicos eventualmente lesados.¹⁹

Além da previsão típica de crimes de perigo, há o surgimento das normas penais em branco decorrentes da necessidade do direito penal se socorrer de outras áreas de conhecimento, com regramentos próprios que definem condutas proibidas e condutas permitidas com a finalidade de manter a atividade dentro do risco permitido, evitando-se o risco não permitido.

As regulamentações proferidas no âmbito de outras áreas de conhecimento e que estão presentes dentro das norma penais em branco, são enquadradas em três níveis conforme Andreas Hoyer:

De quanto se expôs decorre, à primeira vista, que as normas que se referem à relação entre desenvolvimento tecnológico e risco permitido podem ser enquadradas num sistema de três níveis: na determinação do risco permitido deve partir-se das “regras técnicas reconhecidas em geral”, do “estado da técnica” actual e, inclusivamente, “do estado da ciência” (e da técnica). A objeção de SCHUNEMANN ao legislador de 1987 relativa a “uma aplicação destes conceitos (completamente) assistemática”, não pode hoje considerar-se justificada atendendo à actual situação legal e à genérica análise que expôs: nas típicas colocações em perigo de carácter individual atende-se às regras técnicas reconhecidas em geral, como pode apreender-se da execução defeituosa de uma obra (§ 319 do Código Penal Alemão) ou da comercialização de instrumentos técnicos de trabalho sem as medidas de segurança adequadas (§ 3 da lei de segurança dos instrumentos). Quando a potencial colocação em perigo se dirija às condições de vida da generalidade da população, como na hipótese de infração da lei de controle das emissões poluentes (§ 5), da lei da gestão da água (§ 7 da WHG, “*Wasserhaushaltgesetz*”) ou da lei de gestão e economia de resíduos (§ 12, “*KrW-AbfG, Kreislaufwirtschafts – und Abfallgesetz*”), então eleva-se o nível de segurança remetendo-o à observância do correspondente “estado da técnica”. E pode, inclusivamente, ultrapassar-se o plano da técnica, recorrendo-se ao plano da ciência unicamente quando se ameaça lesar a vida ou a integridade física de um número indeterminado de pessoas, como por exemplo, mediante a libertação de radioactividade ou organismos modificados geneticamente, mas também por via de uma incauta distribuição de um medicamento com efeitos secundários, como ao seu tempo, aconteceu com o medicamento Contergan.²⁰

O Direito Penal passa a se conformar com a nova realidade e desta forma, num primeiro momento, a conduta típica descrita como crime se altera, sem existir a previsão da necessidade de resultado para a consumação do crime, ou seja, com a

¹⁹ Filho, Edmar Oliveira Andrade. Direito Penal Tributário. Ed: atlas: São Paulo, pp. 51-52.

²⁰ Revista portuguesa de ciência criminal, ano 20-nº -3-julho-set 2010. Andreas Hoyer, pp. 358-359.

prática do crime há a consumação da conduta, o resultado seria a produção de um risco inaceitável aferido por parâmetros de áreas de conhecimentos específicos e de interesse para a coletividade. Desta forma observa Nucci:

Desta maneira o direito penal da sociedade do risco deixa de descrever condutas típicas com elementos que fazem parte do tipo, passando estes a conter regulamentações de outras áreas do conhecimento, não existindo a característica do tipo penal fechado, passando a ter uma estrutura de norma penal em branco. Denomina-se fechado o tipo penal, que contém elementos objetivos, puramente descritivos, podendo ser captado e conhecido de pronto, sem necessidade de valoração subjetiva ou interpretação pessoal, transcendendo o limite simples dos vocábulos usados.²¹

A idéia de abertura do tipo penal firma-se pela demanda natural de interpretação, captando os sentidos duplos, ocultos ou subentendidos de certos termos, além de permitir a ampliação de significados, bem como a adaptação de vocábulos a realidades diversas. Por não ser o ideal, em matéria de segurança jurídica, mas é o necessário para evitar a infinita alteração legislativa, com o objetivo de alcançar todas as possibilidades fáticas abrangidas por determinado tipo penal incriminador.²²

Para Netto, a possibilidade de expansão do direito penal esta na possibilidade de o direito penal ser influenciado por demandas de natureza social e política, uma vez que num sistema aberto, sem qualquer limitação ao uso da intervenção penal, pois situando-se fora da dogmática jurídico penal, que pode ser usado como forma de perpetuar arbitrariedades se não houver a aplicabilidade de princípios presentes no sistema constitucional vigente para fazer garantir a proteção individual.(2006, p. 133) Conforme o mesmo autor:

Nesse sentido, o sistema percebe-se aberto a partir do momento em que os princípios sob os quais as suas categorias intrínsecas passam a ser orientadas encontram-se fora dos limites destas mesmas categorias, ou ainda se situam no exterior dos aspectos inerentes ou construídos no seio deste sistema. Esta orientação do sistema penal – formado por seus elementos *ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade* – sempre foi encarada, ao menos até o advento do funcionalismo, de modo fechado. Em outras palavras, a iluminação da aplicabilidade destes elementos sempre derivou de aspectos jurídicos (*positivismo*), ou de princípios ideológicos

²¹ Guilherme de Souza Nucci. Princípios Constitucionais penais e processuais penais, 2ª ed. ver, atual e ampliada, ed. RT, São Paulo, p. 213.

²² Idem, p. 214.

traduzidos como verdades juridicizadas e imemoriais (*neokantismo*), ambos sem espaço para anseios sociais induzidos ao nível sistemático.²³

A partir do momento em que se analisa a alteração das configurações do tipo penal na sociedade de risco, vista como um caminho de normatização crescente, isto também passa a implicar na forma de inserção deste tipo penal aberto num sistema mais abrangente, de direito penal também aberto. Aliás a compatibilidade do tipo e do sistema abertos é que garante as decisões jurídicas racionais, fechando o espaço para as arbitrariedades tão indesejáveis. Se a normatização do tipo é acompanhante da normatização do sistema, o âmbito penal supera o positivismo (tecnicista ou neokantiano), mas, ao mesmo tempo, mantém sua previsibilidade em outros parâmetros.²⁴

Para Netto o sistema penal aberto relativiza os princípios norteadores presentes no sistema penal fechado, uma vez que a funcionalidade passa a sofrer influências outras que não se relacionam com os conteúdos em que esses princípios garantidores eram adstritos dentro de um sistema fechado, ou seja, existe a mitigação de princípios como a taxatividade, a legalidade, a certeza jurídica, entre outras, etc.(2006, p. 135)

Netto, acredita que o destino do sistema aberto não se encontra em suas características, mas sim nas pessoas que a utilizarão:

Ocorre que a leitura ofertada até então não pode ser vista como a única possível, uma vez que se coloca, inclusive, em contradição com as possibilidades de tutela das relações sociais hoje reproduzidas. O sistema aberto não significa, *per se*, a perda da segurança jurídica, da mesma forma que o sistema fechado também não representa em si mesmo uma possibilidade infalível de segurança. O arbítrio da utilização política do sistema penal não advém de ser o sistema penal aberto ou fechado, mas sim do real grau de comprometimento ou desprezo que a comunidade tem em face da *dignidade historicizada da pessoa humana*.²⁵

Como já referido acima, o direito penal da sociedade do risco mitiga princípios norteadores do direito penal e direito processual penal com a finalidade de prevenir o risco e o aumento do risco de lesão de bens jurídicos difusos. Entre os

²³ Netto, Alamiro Velludo Salvador. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*, ed. Quatier Latin, São Paulo, 2006, pp.133-134.

²⁴ *Idem*, p.134.

²⁵ *Idem*, p. 135.

princípios que sofrem a mitigação estão o princípio da subsidiariedade, o princípio da presunção da inocência, o princípio da proporcionalidade, o princípio da insignificância entre outros.

A mitigação do princípio da insignificância pode ser verificada quando considerada e analisada uma conduta individual tipificada como de perigo abstrato, esta não apresenta relevância como um perigo de lesão a um bem jurídico coletivo, porém, o direito penal de risco considera várias condutas individuais dentro de uma sociedade como um potencial de lesividade à um bem jurídico coletivo, como por exemplo, a proteção conferida à ordem tributária como um bem jurídico coletivo que se torna vulnerável quando muitos deixam de pagar impostos, o que tornaria inviável a existência digna dos cidadãos de uma sociedade dentro de um Estado Democrático de Direito se isso viesse a ocorrer.

Consideram-se tipos penais abertos aquelas normas incriminadoras que não contém a indicação da conduta proibida que somente é identificada em função dos elementos exteriores ao tipo. (DOTTI *apud* NETTO, 2006, p. 38)

Para se compreender melhor a mitigação do princípio da taxatividade na sociedade de risco:

Taxativo significa limitativo, restrito, apertado ou estreito. Não é preciso muito para se compreender, em direito penal, a relevância do princípio da taxatividade, lógica e naturalmente, vinculado ao princípio da legalidade. Se inexistente crime sem prévia definição legal, nem pena sem anterior cominação em lei, torna-se essencial garantir a eficiência do preceito delimitador da responsabilidade penal, demandando-se do Poder Legislativo a correta redação dos tipos incriminadores. A taxatividade dos tipos penais tem a finalidade de aclarar o objetivo de cada figura criminosa, permitindo a exata captação do sentido dos modelos. Com isso, estabelece-se a relação de confiança entre o Estado e o indivíduo, tornando-se seguro o contorno entre o ilícito penal e o extrapenal.²⁶

Tipos penais fechados são todos os que para sua compreensão o intérprete ou aplicador da lei não necessita recorrer a qualquer indagação estranha aos elementos constantes da norma incriminadora. (DOTTI *apud* NETTO, 2006, p. 35)

²⁶ Idem, p. 213.

III.1- O Tipo Penal de Perigo e a Imputação objetiva

Nos tipos penais de perigo, onde há a antecipação da tutela penal, a subsunção da conduta ao tipo imputa objetivamente o crime de perigo ao agente, ou seja, há a presunção de culpa em uma análise *ex ante*, só considerando o tipo penal como previsão legal fundamentado na experiência que a prática de determinada conduta resultariam em perigo, temos aqui os crimes de perigo abstrato. Uma análise *ex post*, ou seja, após a prática da conduta que se associa a riscos, se considera as consequências e circunstâncias dessa conduta e daí se infere se realmente esta poderia ser a causa do resultado danoso e se o agente agiu com dolo ou não. No tipo penal de perigo não há a delimitação em sua estrutura típica das consequências da prática da conduta perigosa, não há a previsão do dano como resultado da prática da conduta proibida. Aqui, a imputação da responsabilidade penal não é aferido exatamente como o tipo penal é descrito, ou seja, existe uma adequação para se aferir a culpabilidade do agente num momento *ex post*. Existe a mitigação do princípio da taxatividade uma vez que num primeiro momento a culpa como descrito no tipo penal de perigo decorre apenas da prática de uma conduta proibida, sem a devida adequação *ex post*.

A teoria da imputação objetiva, desde os primórdios de seu surgimento, tem como finalidade precípua resolver o problema da imputação de um determinado resultado a um ato prévio realizado pelo autor. O problema decorre fundamentalmente da dificuldade da realização do juízo de tipicidade em vista da aplicação da teoria da equivalência das condições ou "*conditio sine qua non*". Tal teoria, se levada aos extremos, responsabilizaria o primeiro humano por todas as mazelas do mundo, posto que o método hipotético de retirada do ato e verificação da permanência causal é capaz apenas de demonstrar a causalidade fática, porém não a relevância jurídica especificada. Poder-se-ia dizer que o resultado criminoso deve possuir uma causalidade jurídica (normativa), a qual, por muitas vezes, pouca ligação apresenta com uma postura ontológica (sensível e aparente) da relação entre causa e consequência.²⁷

Em última análise, o uso do perigo abstrato, em situações supra individuais, até pode se justificar, pois, conforme o bem jurídico que se esteja a proteger, não se poderia esperar, ou mesmo aceitar, sua lesão. Daí a antecipação penal justificada. A técnica legislativa, portanto, aceita tal

²⁷ Netto, Alamiro Velludo Salvador. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*, Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2006, p. 137.

condição. Entretanto, para se adequar o tipo penal aos princípios orientadores do próprio direito, é premente um repensar de como orientar a aplicação do perigo abstrato. Com o novo arcabouço doutrinário e uma sua evidente relativização, parece, de fato, que muitas das suas críticas acabam por ruir. As noções principiológicas, de todo modo, mostram-se essenciais para a justeza do Direito Penal do Perigo. De toda forma, a clássica afirmação pela insuperabilidade e absoluta necessidade de uma proteção *in abstracto* parece, cada vez mais, ceder espaço para idéias mais apuradas. A fundamentação de uma proteção unicamente *ratio legis* não mais pode se dar ou aceitar. Nem mesmo parece de todo correto uma estruturação atinente a regras administrativas ou acumulativas. Aqui, mais do que nunca, há razão de ser de uma imputação objetiva, vincada, em espécie, ao risco e ao perigo. Em outras palavras, e lembrando-se que talvez melhor saída para a tutela econômica encontre-se em outra esfera de proteção que não a penal, até é de aceitar um Direito Penal de Perigo, mas nunca em moldes tradicionais. O perigo abstrato clássico não há de servir para tal.²⁸

Em outra esfera de consideração, utilizando-se unicamente dos critérios relativos à exiguidade de certas condutas, pauta-se pela não aplicação do conceito amplo do crime de perigo abstrato. Em situação similar ao que faz a teoria da imputação objetiva, pode-se ter a insignificância como indício de não-lesividade de certa conduta. Assim, em se tratando de situação em que o bem jurídico não se veja relevantemente agredido ou posto em perigo, pode haver um juízo não comprobatório de não-lesividade, denotando a não-existência de real perigo a ser punido. Esta é, aliás, a posição assumida pela Corte Constitucional italiana, que, reiteradamente, tem firmado posição no sentido de que a lesividade deve ser verificada em termos equipotenciais entre tipicidade e ofensa ou colocação em perigo do bem jurídico. Isso tanto para casos de perigo aparentemente abstrato, como para os de perigo abstrato puro ou suas derivações. Com isso em mente, podem-se verificar situações onde, embora abstratamente seja perigoso, em concreto ele se mostra inofensivo. Muito embora a aplicação do texto constitucional se mostre ideal, ela sofre críticas ao se tratar de bens supra-individuais, como a Economia ou o Meio Ambiente ...²⁹

A tutela da ordem tributária como bem jurídico supra individual torna possível a realização dos objetivos previstos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, se concretizando a dignidade da pessoa humana nos diversos setores da sociedade que dependem de recursos públicos provenientes dos tributos, assim a ordem tributária tem relevância para receber a tutela penal por meio do Direito Penal de risco. Assim, a sonegação fiscal no seio de uma sociedade com acionistas e controladores é impossível, no mais das vezes, de ser imputada a um específico e limitado comportamento. O defeito de fabricação de um produto comercializado em todo o mundo não possibilita a identificação perfeita do agente produtor ao longo de

²⁸ Renato de Mello Jorge Silveira. Direito penal econômico como Direito penal de perigo, São Paulo: ED. RT, 2006, p. 158.

²⁹ Siveira, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo, ed. RT, São Paulo, 2006, pp. 179-180.

uma complexa e infundável carreira industrial, definido, por exemplo, a complexidade da responsabilidade pelo produto. Daí se afirmar, que a sociedade moderna suprime e substitui as relações de causalidade por relações de risco (BECK *apud* NETTO, 2006, p. 36). Ou ainda, o conceito de risco passa a constituir o próprio parâmetro do homem em se vincular com o futuro imerso na *instabilidade auto-produzida*. (DE GIORGIO *apud* NETTO, 2006, p. 37)

Em relação à mitigação do princípio da intervenção mínima, segundo Prof. Renato de Mello Jorge Silveira, “Em assim sendo, parece clara a demonstração de que na antecipação da tutela penal não se percebem as balizas garantistas da intervenção mínima, subsidiariedade ou de *ultima ratio*. Com isso, pretende-se uma vincante e exclusiva proteção a bens jurídicos. Entendendo-se, na esteira do que o faz Silva Sanches, que o Direito penal é um mal a ser administrado em situações em que seja imprescindível seu uso, qual a pena privativa de liberdade, é de se ter em mente que ele não pode ser utilizado em momentos onde outras opções menos drásticas se mostrem presentes. Assim, essa demonstração subsidiária deve conduzir as aplicações do Direito Penal. Quando a isso não respeita, inviável também o uso penal...”³⁰

E se é inequívoca a valia do direito administrativo sancionatório como instrumento de *consequente intervenção* na regulação de algumas das atividades geradoras dos maiores riscos (por força da consideração da função do Estado como regulador das atividades sociais, em ordem à proteção da colectividade, o que é tanto mais de exigir quanto mais o próprio Estado-fisco exigir aos seus cidadãos a permanente contribuição tributária para o bem comum), o certo é que nunca determinado tipo de *consequências sancionatórias poderão ser abandonadas ao descontrolado poder do Estado-Administração, sob pena de se fazer entrar pela janela o que havia feito sair pela porta quando se consagraram os princípios que hoje norteiam o direito penal.*³¹

Ou seja, mesmo reconhecendo valias ao direito administrativo sancionador, não poderia nunca entregar-lhe, sem mais, a função de proteção da sociedade contra os mais graves ataques à sua existência, quando a extensão de tal direito sancionador, e a panóplia dos respectivos instrumentos, nem sequer estão ainda, para esses fins, claramente desenhados.³² A utilização de um direito administrativo de intervenção (*Interventionsrecht*), é mesmo fundamental para criar um *fosso* ou *antecâmara* à utilização de mecanismos penais. Mas a existência daquele não pode dispensar a utilização deste como meio de reação mais gravosa aos comportamentos que compoem *maior risco*. Mesmo como modo de

³⁰ Idem, pp. 166 e 167.

³¹ Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 20-nº 4-Out-Dez 2010, p. 524. Joaquim Malafaia.

³² Idem, p. 524.

*indicação à colectividade da seriedade das mais graves violações. Isso é imposto, diríamos, pela própria dignidade insita ao braço penal do Estado.*³³

(...) uma tal solução significará nada menos que pôr o princípio jurídico-penal da subsidiariedade ou de *ultima ratio* ‘de pernas para o ar’, ao subtrair à tutela penal precisamente as condutas socialmente tão gravosas que põe simultaneamente em causa a vida planetária, a dignidade das pessoas e a solidariedade com as outras pessoas – as que existem e as que hão-de vir.³⁴ Quanto à proposta de *funcionalização do direito penal* à promoção dos valores de governo da sociedade, dir-se-á, numa palavra, que padece do vício de transformar este direito *penal* naquilo que hoje é o *direito administrativo*, que seria quanto bastava para merecerem o nosso total desacordo. (Dias *apud* Malafaia, 2010, p. 524-525)

Por isso, numa palavra, deve manter-se a recusa de qualquer concepção penal baseada na extensão da criminalização, onde o direito penal se transforme em instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de pura política estadual. (DIAS apud MALAFAIA, 2010, p. 525)

O princípio da presunção de inocência é mitigada quando no caso dos crimes de perigo abstrato a culpa é presumida, considerando apenas uma análise de juízo *ex ante*, neste caso, baseado em uma probabilidade baseada na experiência, onde se observa o risco ou aumento do risco a um determinado bem jurídico, o agente apenas ao praticar a conduta é responsabilizado, sem necessidade de ter um resultado lesivo, assim, não há necessidade de comprovar que o injusto de periculosidade está presente naquela conduta prevista como perigosa.

III.1.1 – A proposta de Claus Roxin

O pensamento de ROXIN, conforme já se apontou em diferentes passagens deste trabalho, não derivou de simples modificações nas categorias da teoria do

³³ Idem, p.524.

³⁴ Idem, p. 524-525.

delito vistas em si mesmas. Pelo contrário, o pensador partiu de uma constatação bastante simples e que se fazia, ao mesmo tempo premissa e necessidade. Em outras palavras, a obra de ROXIN apenas pode ser compreendida como o peremptório corte da ciência penal com o modelo positivista inspirado por VON LISZT. O rompimento da barreira intransponível entre a dogmática penal e política criminal, no instante em que possibilita a formulação dos preceitos funcionalistas (*premissa*), importa também na despedida completa de toda a orientação filosófica fundamentadora do positivismo e, por isso, inconsistente na sociedade de risco atual (*necessidade*). (ROXIN *apud* NETTO, 2006, p. 139)

O tipo penal abandona sua aplicação fundamentada em bases naturalísticas e ganha um conteúdo de *norma de dever*. A violação de norma de dever estabelece os parâmetros para a realização da tipicidade, redundando na introdução ao tipo dos conceitos circunscritos à problemática do risco. Para que um fato seja típico, dever-se-á considerar que o significado do conteúdo do tipo incriminador é '*definido unicamente pelas relações sociais, e é através delas que obtém a sua relevância para o tipo*' (ROXIN *apud* NETTO, 2000, p. 38).

A noção do sistema teleológico de ROXIN aparece de forma bastante clara na seguinte passagem: '(...) cada tipo deve ser interpretado segundo o fim da lei (teleologicamente), isto é, de maneira que os comportamentos legalmente desaprovados sejam completamente compreendidos e que o efeito motivador preventivo-geral se mostre livre de lacunas (...) o tipo se encontra em meio ao campo de tensão entre o fim da lei e a determinação da lei (ROXIN *apud* NETTO, 2002, p. 234).

O aspecto mais interessante da construção de ROXIN é o papel assumido pelos tipos abertos, os quais segundo o autor, exprimem de maneira peculiar a relação tão debatida – como exemplo as teorias de MAYER e MEZGER – entre a tipicidade e a antijuridicidade. No cerne do conceito de tipicidade ROXIN acresce dois elementos àqueles já apontados pelos seus antecessores, de forma que o tipo penal passa a ser composto além da ação, nexa causal e resultado, também pela *realização de um risco não permitido* e, ademais, *a efetivação deste risco no resultado*. Essas duas categorias colocam-se de forma nitidamente normativa. Além de acrescentar essas figuras axiológicas ao tipo penal, o modelo exige que a

conduta humana para ser reprovada dependa ainda de sua inserção no chamado âmbito de proteção do tipo. Isso quer dizer que o comportamento deve estar incluído dentre aqueles que a norma penal visa a reprimir. (ROXIN *apud* NETTO, p. 139)

Diante destes critérios, a imputação objetiva em ROXIN significa exatamente os instrumentos destinados a possibilitar a interpretação da norma objetiva de cuidado (*realização do risco proibido*) contida no tipo penal incriminador e, conseqüentemente, verificar se o resultado derivou da conduta desviante sendo, em conclusão, imputado ao agente como obra sua. A teoria da imputação objetiva é um mecanismo de imputação jurídica de resultados e, nesse sentido, supressor da causalidade então incapaz de compreender os sentidos sociais dos comportamentos. Os critérios de imputação objetiva estabelecem-se como ponderações capazes de orientar o intérprete na percepção de se o agente com seu comportamento infringiu ou não a norma, ou seja, criou um risco não permitido com sua conduta. A violação da norma insere a conduta no âmbito de proteção, entendido com o conjunto das ocorrências de riscos que vão além do limite permitido naquele específico contexto social. (ROXIN *apud* NETTO, pp. 141-142)

Para o modelo de ROXIN não basta que o agente tenha infringido a norma de cuidado com a realização de um risco socialmente intolerável, mas, mais do que isso, este risco deve se mostrar como o determinante para a ocorrência do resultado, devendo neste se efetivar. A imprescindibilidade que é outorgada pelo pensador à ocorrência de um resultado o faz o principal formulador de um funcionalismo moderado, tendo em vista, inclusive, o respeito que mantém à figura do *bem jurídico* e, portanto, da *lesividade penal* concreta do comportamento. Quando é avaliado o risco não permitido (âmbito de proteção da norma) o resultado ainda não ocorreu. Após a ocorrência em vista da concretização do risco, é necessário saber se aquele resultado é uma hipótese factualmente típica. O modelo de ROXIN, destarte, é um modelo tripartite de tipicidade. Primeiro a *ocorrência* do risco não permitido. Segundo a *concretização* relevante deste risco no resultado. Terceiro o *alcance de proteção* do tipo penal para aquela ocorrência concreta. (ROXIN *apud* NETTO, p. 142)

Segundo a definição básica da teoria dos princípios, princípios são normas que permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica quanto à possibilidade fática. Princípios são, nesses termos, mandados de otimização (*Optimierungsgebote*). Assim, eles podem se satisfazer em diferentes graus. A medida adequada de satisfação depende não apenas de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas. Essas possibilidades são determinadas por regras e sobretudo por princípios. A colisão dos direitos fundamentais deve ser considerada segundo a teoria dos princípios como uma colisão de princípios. O processo para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo fenômeno. O primeiro refere-se ao fenômeno normativo; o outro, ao aspecto metodológico. Quem empreende ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas entre as quais se faz uma ponderação são dotadas da estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios acaba chegando ao processo de ponderação. Outra é a dimensão do problema no plano das regras. Regras são normas que são aplicáveis ou não aplicáveis. Se uma regra está em vigor, é determinante que se faça exatamente o que ela exige: nem mais e nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no contexto fático e juridicamente possível. São postulados definitivos (*definitive Gebote*). A forma de aplicação das regras não é a ponderação, mas a subsunção. A teoria dos princípios não diz que o catálogo de direitos fundamentais não contém regras; isto é; que ele não contém definições precisas. Ela afirma não apenas que os direitos fundamentais, enquanto balizadores de definições precisas e definitivas, têm estrutura de regras, como também acentua que o nível de regras precede *prima facie* o nível dos princípios. O seu ponto decisivo é o de que atrás e ao lado das regras existem princípios. O contraponto para a teoria dos princípios não é, portanto, uma teoria que supõe que o catálogo dos direitos fundamentais também contém regras, senão uma teoria que afirma que os direitos fundamentais contêm apenas regras. Somente essas teorias devem ser consideradas como teorias de regras. (ALEXY *apud* MENDES, 2012, p. 41-42)

Distintamente, um Estado não confessional e democrático – como o nosso – não poderá assumir a obrigação de realizar a justiça divina na

Terra, devendo, em vez disso, justificar o recurso a sanções penais pela sua idoneidade para a proteção dos cidadãos. E, uma vez que tratará todos os cidadãos como titulares de direitos fundamentais, não deixará de ter em conta que também os criminosos o são e que as penas põem gravemente em causa esses direitos. O peso aflitivo das penas não deverá, portanto, representar um custo superior ao benefício que com elas se obtém em termos de proteção. Não deverá, pois, o Estado punir senão na medida do necessário para a proteção dos cidadãos, não devendo, ao fazê-lo, ignorar os direitos de todos os sujeitos, incluindo os dos delinquentes. Neste modelo de Estado, a pena aparecerá como necessária para a prevenção do crime mas, simultaneamente, sujeitar-se-á aos limites relacionados com os direitos dos acusados. Deverá, deste modo, ter uma função de *prevenção limitada*.³⁵

Entendido no seu sentido mais lato, o princípio da proporcionalidade é reconhecido pela doutrina e jurisprudência constitucionais como aquele que impõe os limites materiais de toda a atividade do Estado que ponha em causa direitos fundamentais. Geralmente é apresentada como “limites dos limites”, como um limite para os constrangimentos aos direitos, por parte do Estado. Uma vez que qualquer intervenção penal – desde a tipificação do crime à condenação e execução da pena – limita direitos, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo seria, portanto, um limite constitucional *material* fundamental, que condiciona a legitimidade da intervenção penal de acordo com a gravidade.³⁶

Num Estado laico, ao serviço dos cidadãos, como já ficou demonstrado anteriormente, a limitação de direitos determinada pela intervenção penal tem de ser justificada pelo objetivo de proteção de interesses directos e indirectos dos cidadãos, preventivamente à lesão desses interesses ... Todavia, tal finalidade preventiva não pode legitimar penas privativa de direitos que se mostrem inidôneas, desnecessárias ou desproporcionadas em sentido estrito.³⁷

O princípio da proporcionalidade inclui os três subprincípios de *idoneidade*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*. Os requisitos de *idoneidade* e de *necessidade*, relacionados com a derradeira finalidade de proteção dos interesses dos cidadãos mediante a prevenção do crime, são congruentes com uma fundamentação *utilitarista* do Direito Penal. Essa fundamentação pressupõe que a intervenção penal seja *idônea*, isto é, um meio capaz de alcançar o estabelecido objectivo de proteção: se o Direito Penal fosse inútil, incapaz de prevenir a criminalidade, não seria legítimo num Estado que só pode limitar os direitos de seus cidadãos se isso se traduzir numa melhor proteção dos direitos. Mas isso exige que a intervenção penal também seja *necessária*, no sentido de que o fim de proteção que se pretende não possa alcançar-se por outro meio menos gravoso para os direitos, isto é, que não haja *alternativas* à intervenção penal menos lesivas do que esta. Isto implica respeito pelo princípio da *intervenção mínima*, que não pode entender-se como um mínimo absoluto, mas antes como o mínimo necessário para cumprir o

³⁵ Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 19- nº 1-Jan-Março 2009, p. 11. Santiago Mir Puig.

³⁶ Idem, pp. 12-13.

³⁷ Idem, pp. 13-14.

objetivo de proteção, um mínimo relativo que implica que não existam meios menos graves (sanção criminal mais baixa ou um meio não penal: a *subsidiariedade* do Direito Penal) para esse efeito.³⁸

O terceiro subprincípio, da *proporcionalidade em sentido estrito*, exige um juízo de ponderação da importância da limitação ao direito imposta pela intervenção penal e da importância dos bens a cuja proteção tem de servir essa intervenção. Depois de provada a idoneidade (capacidade de proteção) e a necessidade (ausência de alternativas menos prejudiciais para atingir o objetivo de proteção) da intervenção penal, restará comprovar que o custo da intervenção penal, representado pela limitação dos direitos implicada, não seja superior ao benefício (proteção) que com ela se pode alcançar. Aqui caberá exigir que o in teresse que se espera proteger seja proporcional à gravidade da intervenção penal, de modo que esta não seja mais grave que o mal que se procura evitar.³⁹

É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo.⁴⁰

O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, idéia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o poder de conformação, dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas. No entanto o poder de legislar contempla, igualmente o dever de legislar, no sentido de assegurar uma proteção suficiente dos direitos fundamentais.⁴¹

O direito penal da sociedade do risco mitiga o princípio da proporcionalidade na medida que os tipos penais utilizados na tutela de bens jurídicos difusos, os crimes de perigo, em sua estrutura, apenas há a previsão de condutas potencialmente perigosas sem delimitar o resultado danoso, neste caso a culpa é presumida com base na experiência empírica. Porém, o desconhecimento sobre as consequências do uso de determinadas técnicas na sociedade do risco que podem, por exemplo, emitir resíduos poluentes na atmosfera que podem diminuir a proteção da camada de ozônio, e ao mesmo tempo esse problema é atribuído à outras causas menos nocivas ao meio ambiente, ou seja, o verdadeiro nexos de

³⁸ Idem, p. 15.

³⁹ Idem, pp. 15-16.

⁴⁰ Idem, p. 64.

⁴¹ Idem, p.65.

causalidade não é conhecido até então. O princípio da proporcionalidade pode ser mitigado na atividade legiferante uma vez que pode estar sendo utilizado um meio não adequado de proteção por esta ser insuficiente na sua finalidade, como também pode existir arbitrariedades devido a excessos. Isso pode estar ocorrendo pelo desconhecimento da verdadeira realidade que passa a ser melhor avaliada com o progresso no conhecimento das verdadeiras causas e a descoberta de novos danos que podem ser produzidos que até então não se sabia. De modo que, o pior que pode vir a ocorrer é a não proteção de um bem jurídico coletivo por desconhecimento de danos futuros que uma determinada conduta permitida hoje, pode causar, e que só a observação da realidade durante algum tempo pode vir a desvendar esse risco.

No âmbito da controvérsia sobre o núcleo essencial suscitam-se indagações expressas em dois modelos básicos:⁴²

- 1) Os adeptos da chamada teoria absoluta (absolute Theorie) entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais (Wesensgehalt) como uma unidade substancial autônoma (substantieller Wesenskern) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. Essa concepção adota uma interpretação material segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal. Em outras palavras, haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador; outro seria insuscetível de limitação. Neste caso, além da exigência de justificação, imprescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um “limite do limite” para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação.⁴³ (MARTINEZ-PUJALTE apud MENDES, 2012, pp. 58-59)

- 2) Os sectários da chamada teoria relativa (relative Theorie) entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (Zweck- Mittel-Prüfung),

⁴² Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Ed. Saraiva, 4ª ed. ver e ampl., pp. 58-59. Gilmar Ferreira Mendes.

⁴³ Idem, pp. 58-59.

com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação. Segundo essa concepção, a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório.⁴⁴ (MAUNZ *apud* MENDES, 2012, p. 59))

Nas duas teorias encontramos fragilidades, na teoria absoluta, a dificuldade em se demonstrar ou caracterizar *em abstracto* o núcleo essencial do direito fundamental, pode se tornar uma fórmula vazia, o que pode ensejar o sacrifício do objeto que se pretende tutelar. Ao contrário, a teoria relativa pode ensejar uma exagerada flexibilidade, e isso pode descaracterizá-los como princípios centrais constitucionais.⁴⁵ (MARTINEZ-PUJALTE *apud* MENDES, 2012, p. 59-60)

Hesse propõe uma fórmula conciliadora que confere ao princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas (teoria relativa), mas também contra lesão do núcleo essencial dos direitos fundamentais, a proporcionalidade não há de ser interpretada em seu sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida.⁴⁶ (HESSE *apud* MENDES, 2012, p. 60)

A ordem constitucional brasileira não contemplou qualquer disciplina direta e expressa sobre a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais. É inequívoco, porém, que o texto constitucional veda expressamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º, IV).⁴⁷

A expansão do direito penal através do direito penal intervencionista visando a proteção de bens jurídicos coletivos, atendendo à dogmática de funcionalização do direito penal, como já dito acima, transforma o direito penal de proteção de direitos individuais em um instrumento de implemento de políticas de Estado ou mesmo de imposição, com meios arbitrários, da vontade de uns sobre outros. O princípio da proporcionalidade como uma forma de sopesar valores

⁴⁴ Idem, p. 59

⁴⁵ Idem, p. 59-60.

⁴⁶ Idem, p. 60.

⁴⁷ Idem, p.61.

constitucionais para alcançar a melhor proteção à um bem jurídico penal, conferindo proteção à coletividade de forma não arbitrária, não deve ser mitigado, uma vez que, é a melhor saída para se garantir que a necessidade de implementação de novas políticas criminais para fazer frente à uma nova realidade, não seja utilizada dentro de um Estado Democrático de Direito, como uma forma de dominação, como ocorre nos Estados totalitários.

Os bens jurídicos difusos relacionados à interesses de toda a coletividade são alçados à ter dignidade penal se considerar que a potencialidade de lesão pode ter alcance global e ter a capacidade para dizimar toda a humanidade. Porém, no caso da criminalidade econômica e fiscal, a lesão ao bem jurídico coletivo pode ser reversível, no sentido de ter a possibilidade de o agente devolver o patrimônio lesado ou pagar os impostos devidos ao erário, além, se for o caso, de serem apenados com as penas previstas na legislação pertinente.

Outra lesões a bens coletivos, podem ser reversíveis, porém quando ocorrem os resultados danosos podem levar muitos anos para serem eliminados do meio ambiente, porém como ocorre com os acidentes nucleares, a lesão pode comprometer os seres vivos diretamente, com a conseqüente morte ou danos corporais irreversíveis, assim como a região comprometida pela radiação se torna inabitável. Desta maneira, com o conhecimento das técnicas utilizadas e seus potenciais riscos de danos à coletividade, pode se sopesar a intervenção necessária ao controle de condutas sociais que podem colocar em risco bens jurídicos coletivos por meio do uso de tecnologia como forma de produzir riqueza.

Assim, segundo Prof. Renato de Mello Jorge Silveira, de toda sorte, a contextualidade de uma proteção penal econômica parece, por vezes, carente de ideal lastro dogmático, cedendo a interesses outros que não jurídicos. Assim, é de se ver que outra noção que acaba por justificar a noção de Direito Penal Econômico como sendo um Direito Penal de Perigo é, no caso brasileiro, a situação de extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo desviado até o recebimento da denúncia, conforme disposição do art. 34, da Lei 9.249, de 26.12.1995, ou, depois da Lei 10.684, de 30.05.2003, mesmo após a instauração da ação penal. Já se disse que os tipos previstos na Lei 8.137/90 são de dano ou de perigo. Assim, ao se garantir que a reparação do dano (ainda que dano potencial) extingue a punibilidade merecida, está, em verdade, a se falar que a sonegação ou o desvio, em princípio, são um potencial à economia. Pode se falar em delito por infração administrativa ou acumulativo, talvez e, principalmente, este último, mas, de toda sorte, é de se considerar que o dano sentido pela falta do tributo é mera situação perigosa à ordem econômica. Dessa forma, em se promovendo o pagamento devido, quase que uma situação de arrependimento eficaz, o agente é isento de sanção. Com similaridade ao

previsto na lei tributária, numa clara alusão à confusão dos enfoques político-fiscal e jurídico penal, tal determinação, muito ligada à idéia de norma de rejeição social, fortalece a idéia penal básica do Direito de perigo, já que a desincorporação do desvalor do resultado acaba por quebrantar a reprovação. E isso, diga-se, mesmo em se tratando de situações marcadamente abstratas, como as previstas no art. 2º, da Lei 8.137/90.⁴⁸

(...) à luz de um ‘utilitarismo penal reformado’, a *legitimidade externa* do direito penal... vê-se envolta numa antinomia, passando por resolver um conflito entre as antagônicas exigências de prevenir os ataques contra a liberdade e os direitos dos indivíduos provenientes do crime e das punições arbitrárias (o que implica, *prima facie*, uma razão a favor de um alargamento tanto do âmbito das proibições como do das sanções), reduzindo simultaneamente a própria violência punitiva do Estado que com aquelas se produz (o que representa, *prima facie*, uma razão contra a intervenção penal”). Esse conflito é resolvido de forma satisfatória apenas ... quando puder afirmar-se que a intervenção penal prossegue um objetivo legítimo, enquanto meio adequado e necessário para atingi-lo, sendo os seus benefícios em termos de liberdade superiores ao prejuízo que acarreta”. Conclui que “é possível afirmar que o juízo sobre a legitimidade externa de uma lei penal – a partir de um ponto de vista de uma doutrina da justificação utilitarista de matriz garantística – e o juízo interno acerca da sua validade constitucional partilham a mesma estrutura de argumentação, que num e noutro caso decorre do princípio da proporcionalidade.⁴⁹ (LOPERA apud MIR PUIG, 2009, pp. 21-22)

A grande vantagem da teoria dos princípios reside no fato de que ela pode impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem introduzir uma rigidez excessiva. Nos seus termos, a pergunta sobre a legitimação de uma restrição há de ser respondida com ponderação. O postulado da ponderação corresponde ao terceiro subprincípio do postulado da proporcionalidade no direito constitucional alemão. O primeiro é o postulado da adequação do meio utilizado para a persecução do fim desejado. O segundo é o postulado da necessidade desse meio. O meio não é necessário se se dispõe de um mais suave ou menos restritivo. Constitui um fortíssimo argumento, tanto para a força teórica quanto prática da teoria do princípio,

⁴⁸ Silveira, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo, ed. RT, 2006, pp. 172-174)

⁴⁹ Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 19-nº 1-Jan-Março 2009, pp. 20-21, Santiago Mir Puig.

que os três subprincípios do postulado da proporcionalidade decorram logicamente da estrutura principiológica das normas de direitos fundamentais e estas da própria idéia de proporcionalidade (...) O postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: ‘quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção’. Segundo a lei de ponderação, esta há de se fazer em três planos. No primeiro plano, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então, se realiza a ponderação em sentido específico e estrito (...) A teoria dos princípios logra não apenas a solução de colisões de direitos, mas a estruturação de solução das colisões de direito. Essa teoria tem uma qualidade que é extremamente importante relevante para o problema teórico do Direito Constitucional. Ela permite uma via intermediária entre vinculação e flexibilidade. A teoria da regra somente conhece a alternativa validade ou invalidade. Para uma Constituição como a brasileira, que formulou tanto princípios, que formulou tantos princípios sociais generosos, surge, com base nesse fundamento, uma pressão forte para, desde logo, se dizer que as normas que não possam ser aplicáveis sejam declaradas como não vinculantes, isto é, como simples normas programáticas. A teoria dos partidos pode, em contrapartida, levar a sério a Constituição sem exigir o impossível. Ela pode declarar que normas não executáveis são princípios que, em face de outros princípios, hão de passar por um processo de ponderação. E assim, ‘sob a reserva do possível, examinar aquilo que razoavelmente se pode reclamar e pretender da sociedade’. Assim, a teoria dos princípios apresenta não apenas uma solução para o problema da colisão, como também para o problema da vinculação dos direitos fundamentais. (ALEXY *apud* MENDES, 2012, p.42)

São necessárias duas precisões:

A primeira é que a inclusão no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito da exigência de proporcionalidade da gravidade da pena a impor e da gravidade do crime cometido, na minha opinião, exige o abandono da perspectiva *ex post* de que essa exigência é proveniente da idéia de retribuição, para contemplar a relação crime/pena a partir de uma perspectiva *ex ante*. Se isso é comparar o custo do sacrifício de direitos implicado pela pena com o benefício que com ela pode ser obtido em

termos de proteção de direitos, este benefício não pode ser procurado na eliminação do crime cometido, porque a lesão do bem que este supõe já não pode evitar-se (a vítima de homicídio já não pode ressuscitar por obra da pena), sendo possível apenas a prevenção de crimes semelhantes no futuro. Temos de adoptar a perspectiva *ex ante* que é a própria prevenção. A partir desta visão, a proporcionalidade entre pena e crime deve basear-se na ponderação *ex ante* que o legislador deve fazer ao associar, na lei, aquela pena àquele crime que se pretende evitar por meio do efeito da prevenção que se espera da cominação típica. Se o crime é cometido, a sanção deve ser imposta não como retribuição do acontecimento passado, mas para confirmar a seriedade da ameaça legal e manter a sua eficácia de prevenção futura, assumindo ainda os efeitos de prevenção especial para o criminoso.⁵⁰

A segunda precisão que pretendo fazer refere-se ao significado da expressão “gravidade do crime” quando tem que ser tomada como um elemento a ponderar com a gravidade da pena para determinar a presença de proporcionalidade em sentido estrito. Num sentido amplo, a “gravidade do crime” não depende somente da gravidade do ilícito penal, enquanto gravidade do ataque a um bem jurídico penal (pelo desvalor de resultado e desvalor de conduta), mas também da maior ou menor culpa do autor do crime. Contudo, estes dois elementos do crime possuem um significado distinto. Apesar do dano que está implicado na pena para os direitos de quem terá de suportá-la e do dano que o ilícito penal acarretou para o bem jurídico poderem ponderar-se dentro da lógica utilitarista de custos/benefícios, a culpa não se refere aos danos causados pelo crime (não os aumenta ou diminui), mas à possibilidade de os imputar a determinada pessoa. Se esta possibilidade falhar, o princípio da culpa impede a imposição da pena, ainda que esta pudesse dizer-se proporcional aos objetivos de prevenção. Por conseguinte, o princípio da culpa não me parece relativizável, como seria se fosse dependente dos pressupostos do princípio da proporcionalidade.⁵¹

*Assim, a exigência de proporcionalidade em sentido estrito do princípio da proporcionalidade no sentido mais amplo inclui a necessidade de proporcionalidade entre a gravidade da pena e a gravidade do ataque ao bem jurídico-penal (a gravidade do ilícito penal), mas não o postulado que a culpa é o limite da pena, que deve operar de forma absoluta com base num outro princípio distinto do da proporcionalidade, que é o da culpa.*⁵²

A vigência de todos os direitos ou bens que entram em colisão impede a resolução desta tendo em conta apenas um deles, ignorando por completo o outro. O princípio da proporcionalidade em sentido amplo decorre dessa necessidade de ter em conta o custo que tem para um direito fundamental dar preferência a outro bem juridicamente relevante. Trata-se de evitar que o custo que representa a limitação de um direito seja superior ao benefício que se supõe para outro direito. Por outras palavras: é a própria *vigência* dos direitos fundamentais que impede que se sujeitem os mesmos a limitações injustificadas mas com a finalidade de obter um benefício superior para outros direitos fundamentais ou bens jurídicos relevantes. *O requisito da proporcionalidade baseia-se, portanto, na própria*

⁵⁰ Idem, pp. 21-22.

⁵¹ Idem, p. 22.

⁵² Idem, pp. 22-23.

*vigência dos direitos fundamentais; e a proporcionalidade não será, neste sentido, mais do que um critério de interpretação das limitações que cada direito fundamental tem de tolerar para satisfação de outros direitos fundamentais ou bens jurídicos relevantes.*⁵³

Pois bem, esta natureza dos princípios parece implicar, para Alexy, obviamente, o requisito da proporcionalidade, com as três máximas parciais que lhe atribui a jurisprudência alemã: a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Vejamos como o explica:

“Os princípios são mandados de otimização quanto às possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da *proporcionalidade em sentido estrito*, isto é, a exigência de ponderação acompanha a relativização no que diz respeito às possibilidades *jurídicas*. Se uma norma de direito fundamental com caráter de princípio entra em colisão com um princípio oposto, então a possibilidade jurídica de realização da norma de direito fundamental depende do princípio oposto. Para chegar a uma decisão é necessária uma ponderação no sentido da lei de confronto”: ou seja, tendo em conta o peso dos diversos interesses concorrentes no caso concreto (e decidindo pelos que tenham um maior peso, o que decorre da exigência de proporcionalidade em sentido estrito...). “Em vez disso, as máximas da necessidade e da adequação advêm da natureza dos princípios como mandados de otimização em relação às possibilidades *fáticas*”.(ALEXY *apud* MIR PUIG, pp. 125-126)

Está aqui em causa, de fato, comprovar se *empiricamente* o sacrifício do interesse posto em causa torna ou não possível a satisfação de outro interesse concorrente (se é ou não um meio *idôneo* para esse fim), e se existem ou não alternativas menos prejudiciais para um dos interesses em jogo (necessidade de postular o meio mais razoável).⁵⁴

*O Tribunal Constitucional espanhol (TC) reconhece desde os anos oitenta o princípio da proporcionalidade, embora, desde então, tenha já mudado tanto a sua fundamentação como a sua capacidade para permitir a revisão por este Tribunal da constitucionalidade da intervenção penal.*⁵⁵

Nas suas primeiras decisões, o TC considerou-o implícito na proclamação do art. 1º, nº 1, da Constituição de um Estado de Direito Social

⁵³ Idem, pp 23-24.

⁵⁴ Idem, p. 26.

⁵⁵ Idem, p. 27.

e democrático que defende a justiça como um dos valores superiores do seu ordenamento jurídico, no reconhecimento que o art. 10 da Constituição faz da *dignidade humana*, e no princípio da *culpa* (assim, STC 65/1986, e também STC 150/1991). No entanto, mais tarde acabou por reconhecer, no mesmo sentido de Alexy, que não é um cânone constitucional independente, mas um critério de interpretação. Assim a STC 55/1996:

O princípio da proporcionalidade não está no nosso ordenamento constitucional como um cânone de constitucionalidade autónomo cuja alegação possa ocorrer isolada de outras disposições constitucionais. Trata-se, se assim se quiser dizer, de um princípio que há-de inferir-se a partir de determinados preceitos constitucionais e, como tal, *funciona essencialmente como um critério de interpretação que permite ajuizar sobre eventuais vulnerabilidades de concretas normas constitucionais*. (...) O âmbito em que normalmente e de um modo muito particular é aplicável (...) é o dos direitos fundamentais.⁵⁶

A proporcionalidade assim compreendida respeita ao futuro, à possível prevenção, deixando de basear-se na necessidade de retribuição do crime cometido (passado), a que pareciam referir-se as primeiras decisões do TC quando apelavam à *justiça*, à *dignidade humana* e ao princípio da *culpa*. Portanto, as SSTC 55/1996 e 61/1997, a partir da nova perspectiva de meio/fim, passaram a enfatizar a verificação da *necessidade* da pena prevista para proteger bens jurídicos transcendentais. No entanto, a fundamental STC 136/1999 (caso da direção do Herri Batasuna) assinalou corretamente que a proporcionalidade em sentido amplo incluía, além do requisito da necessidade e do seu pressuposto, a idoneidade, a *proporcionalidade em sentido estrito*. Este último subprincípio foi justamente o que serviu de base para que esta decisão considerasse inconstitucional, porque excessiva, a pena indicada pelo art. 174 *bis* a) CP 1944-1973 para casos de cooperação com o terrorismo:

... a norma que se aplicou aos recorrentes não compreende, pela sua severidade e pelo efeito que a mesma acarreta para o exercício das liberdades de expressão e de informação, uma razoável relação com o desvalor envolvido nas condutas sancionadas” (Fundamento jurídico 29º, primeiro parágrafo). (...) “Em conclusão, cabe reiterar que se tem verificado uma progressiva vulnerabilidade do princípio da legalidade penal, enquanto compreensivo da prescrição constitucional de penas desproporcionadas, como um resultado directo da aplicação do art. 174 *bis* a) CP 1973. (Fundamento jurídico 30º).⁵⁷

V – Análise da Lei 8137/90

Sob todos os prismas, a relação dos crimes de perigo com os ideais liberais do Direito Penal clássico é conflituosa. Sem dúvida, o seu ganho de terreno no campo factual impulsiona novos desenvolvimentos dogmáticos, sempre na busca de uma resposta a referenciar um novo

⁵⁶ Idem, pp 27-28.

⁵⁷ Idem, pp. 28-29.

Direito Penal de Perigo. As exigências da sociedade de risco, aqui tratadas particularmente em seu viés econômico, parecem bradar pela aceitação de um uso mais largo do perigo e, em especial, do perigo abstrato. Há porém, de se impor alguns limites à sua aceitação.⁵⁸

A Constituição Federal brasileira, em seu art. 173, estabelece regras e princípios gerais da atividade econômica, estipulando, entre outras coisas, a necessidade de a lei regular a responsabilidade individual dos dirigentes, bem como dos atos que venham a ser praticados contra a ordem econômica e financeira. Mesmo que tal previsão tenha força vinculante, talvez não deva, essa responsabilidade, ser vinculada, obrigatoriamente, ao Direito Penal. Este deve, sempre, ser deixado para situações de *ultima ratio*. É verdade que podem ser imaginadas situações em que o ataque ao bem, no caso Economia, seja de tal ordem que se possibilite uma justificativa para sua proteção, desde que melhor se defina como venha a se dar tal previsão penal.⁵⁹

Em relação à tutela da ordem tributária, bem jurídico coletivo, cuja potencialidade de causar danos à coletividade recebe dignidade penal, quando violada, prevê em seus dispositivos na Lei 8.137/90, tipos penais de perigo que antecipam a tutela penal, tipificando condutas cujo desvalor se deve a periculosidade nelas contidas, sem necessidade de um resultado, bastando para a lesão a colocação ou criação de um risco para um bem jurídico difuso, transindividual, onde não se deve esperara que haja o resultado naturalístico, agindo os tipos penais de perigo preventivamente.

No âmbito do direito penal tributário a fixação em abstrato das penalidades também deve levar em consideração o princípio da proporcionalidade. As normas que restringem direitos fundamentais devem produzir interferência mínima ou excepcional, isto é, devem ser limitadas ao necessário para salvaguardar outros direitos e interesses consagrados no texto constitucional. O referido princípio não proíbe a criação de normas penais e nem desconsidera que o legislador dispõe de certa margem de discricção para criar tipos penais e estabelecer penalidades; todavia, exige que as mesmas sejam necessárias e proporcionais ao dano causado ou a exposição a perigo dos bens que pretende proteger, de modo que a Constituição proíbe o excesso, e, ao mesmo tempo, exige a proteção suficiente dos direitos fundamentais. Não existem critérios matemáticos para fixação das penas dos crimes em geral; todavia, o legislador deve cuidar para que a pena estipulada

⁵⁸ Silveira, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo, ed. RT, 2006, São Paulo, pp. 164-165.

⁵⁹ Idem, p. 165.

seja adequada para reprimir e prevenir as condutas lesivas aos interesses ou valores tutelados pela norma penal. É curial que o legislador, ao erigir os tipos penais, escolha resultados (fatos ou resultados de condutas) que representam grave violação dos bens jurídicos que pretende tutelar. Assim sendo, uma ação ou omissão contrária a uma norma que proíbe ou obriga deve representar um perigo relevante para o bem jurídico protegido, daí por que – conforme adverte CLAUD ROXIN – “as ações que não criam nenhum perigo ou que apenas originam um perigo permitido para o bem jurídico, não podem ser concebidas como ações que pretendem objetivamente causar o resultado”, de modo que “tudo o que não é em absoluto perigoso ou se mantém na fronteira do risco permitido, não fundamentará logicamente a imputação do resultado nem de um ponto de vista jurídico-civil, nem jurídico-penal” (ROXIN *apud* FILHO, 1986, p. 159).⁶⁰

Assim há a necessidade de uma atividade legiferante por parte do Poder Legislativo no sentido de conformação de Direitos Fundamentais, de acordo com a Constituição Federal, orientando-se sempre com a ponderação dos benefícios obtidos e a lesão a direitos fundamentais decorrentes da intervenção do Estado na esfera penal, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

O princípio da ofensividade é endereçado ao legislador e ao aplicador das normas penais. A decisão política de criação em abstrato de normas penais só é legítima se o fato punível for meio idôneo para ofender aos bens jurídicos reconhecidos pela comunidade como tais. De igual modo, o referido princípio deve ser observado quando da interpretação de aplicação das normas; em casos concretos, deve ser feita a partir da prova da ocorrência da ofensa cuja compleição varia de acordo com a natureza do bem jurídico ofendido. A ofensividade integra o tipo penal e, por isso, é uma matiz do princípio da legalidade, ou seja, integra o campo de material de incidência da norma penal, e, por isso, uma pessoa só pode sofrer as consequências previstas na referida norma (a sanção) se o fato que vier a produzir for funcionalmente idôneo para causar um dano a outrem e tenha, na prática, produzido esse efeito. Enfim, fatos que não denotam lesão ou ofensa a um bem jurídico de outrem não podem ser considerados ilícitos porque não integram a *ratio juris* da norma penal mesmo que tenham o caráter e as propriedades dos fatos típicos previstos na norma abstratamente considerada.⁶¹

⁶⁰ Filho, Edmar Oliveira Andrade. Direito Penal Tributário, ed. Atlas, São Paulo, 2015, p. 9-10.

⁶¹ Idem, p. 37.

Na ementa da decisão proferida pelo Plenário do STF quando do julgamento, em 5 de dezembro de 2013, do HC 113.857-AM, está escrito que “ deve o legislador, ao estabelecer tipos penais incriminadores, inspirar-se na proporcionalidade, não cominando sanções ínfimas para crimes que violem bens jurídicos de relevo maior, nem penas exageradas para infrações de menor potencial ofensivo”.

Na ementa do acórdão do HC 96.412-SP, julgado em 26 de Outubro de 2010 pela Primeira Turma do STF, está escrito: “Não é possível conceber a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, uma vez que as normas penais positivadas constituem, em última análise, simples manifestação da tutela que o Estado exerce sobre os bens que considera relevantes. Sob esse ângulo, afirma-se que o conceito de ‘bem jurídico’ e, por consequência, de ‘lesão’ desempenham papel central na teoria do tipo, dando sentido teleológico à lei penal e contribuindo para a formação de um conceito material de tipo penal.”

Para as leis produzidas como resposta à essa demanda do Direito Penal do risco, deve-se manter a possibilidade de controle por meio do STF, no controle de constitucionalidade dos crimes de perigo sempre que houver desproporcionalidade presente entre lesão efetivamente ocorrida numa análise *ex post* e a pena aplicada e mesmo numa análise *ex ante* quando pode ser observada essa arbitrariedade.

Analisaremos a seguir a tutela penal da Ordem tributária no ordenamento jurídico brasileiro

Assim, em relação à intervenção penal na ordem tributária:

O mesmo se diga, para justificar a intervenção penal, dos crimes tributários: apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, CP), sonegação previdenciária (art. 337-A, CP), supressão ou redução do tributo, contribuição ou acessório (arts. 1º e 2º, Lei 8.137/90). Não cabe ao Estado instituir tipos incriminadores para coagir devedores a pagar tributos ou contribuições atrasadas. Para isso, existem os mecanismos civis de execução forçada. A ação penal deve ser reservada aos sonegadores, cuja particular intenção é fraudar o fisco, de maneira a não serem descobertos, tornando-se impunes e enriquecendo às custas do Estado. A mera exigência do dolo é insuficiente, ou seja, o simples não pagamento na data correta pode configurar a inadimplência, porém não pode servir para demonstrar o crime, sob pena de fazer tábula rasa do princípio da

proporcionalidade, além de se consagrar a máxima intervenção estatal do direito punitivo.⁶²

Há dificuldades para se punir os agentes de crimes tributários pelos seguintes fatores:

- Forte poder econômico e social dos agentes;
- O alto índice de corrupção no país;
- Complexidade e má regulação que regulam os fatos;
- Despreparo dos órgãos públicos para o seu enfrentamento;
- Escassa reprovabilidade social;
- Utilização de pessoas jurídicas para a prática de ilícitos.

Na análise da Lei 8.137/90 que tutela a ordem tributária observamos que o seu objetivo não é a tipificação do não pagamento de tributos, mas a tipificação de condutas dolosas que visam a supressão ou redução do tributo devido. Essas condutas provocam extensos danos sociais, uma vez que há lesão de um bem jurídico transindividual, com o comprometimento do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o art. 3º da Constituição Federal, e em seus incisos, prescreve que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outra formas de discriminação.

Assim, a tributação é um instrumento utilizado pelo Estado para obter recursos públicos para subsidiar o bem estar social da coletividade tornando concreto uma série de Direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988.

O art. 1º da Lei 8.137/90 prescreve que constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social e enumera em seus incisos I a V, as condutas. Trata-se nestes incisos de tipificação de condutas que exigem resultado. Tem como elemento subjetivo o dolo específico de supressão ou redução de tributo e tem como elemento objetivo o tributo, a contribuição social e

⁶² Nucci, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais, ed. RT, 2013, pp. 217-218.

acessórios. O sujeito ativo dos crimes contra a ordem tributária em geral é o contribuinte, mas também pode ser o substituto tributário e o terceiro responsável (art. 134 do CTN) e até um terceiro estranho a relação se agir em concurso de pessoas com o contribuinte, o sujeito passivo é a sociedade, tratando-se a ordem tributária, bem jurídico difuso. A pena cominada é de reclusão, de 2 a 5 anos, e multa.

Ao descrever como delitos a omissão de informação e a prestação de informação falsa às autoridades fazendárias, o tipo penal descrito no inciso I do art. 1º da lei 8.137/90 guarda semelhança com a figura da falsidade ideológica hospedada no art. 229 do Código Penal. O mesmo tipo penal abarca também a figura delitiva do “uso de documento falso” a que alude o art. 304 do Código Penal.

A diferença fundamental entre a figura da falsidade ideológica descrita no Código Penal e a referida pela Lei 8.137/90 está em que: naquela, por ter como bem juridicamente tutelado a fé pública, basta que ocorra a prestação da declaração falsa para que esteja configurado o crime. O resultado punível, nesse caso, é o comportamento que menospreza a fé pública e que tem a finalidade de produzir algo valioso para o agente; afinal, é de se presumir que ninguém faz afirmação falsa por diletantismo. Na figura da prestação de informação falsa prevista na Lei nº 8.137/90 a falsidade ideológica é o meio empregado para obtenção do resultado, a supressão ou redução de qualquer tributo, de contribuição social e de respectivos acessórios. A falsidade ideológica é, portanto, um meio para perpetração de outro crime, e, portanto, não se trata de concurso de crimes.⁶³

A doutrina brasileira é quase unânime em considerar o art. 1º da Lei 8.137/90 como sendo crime de dano, segundo Prof. Renato de Mello Jorge Silveira que cita a doutrina. Assim o fazem entre outros Aristides Junqueira “(...) pode-se afirmar que os crimes definidos no art. 1º da Lei 8.137/90 são crimes de dano, crimes materiais, eis que o resultado danoso se realiza posteriormente à conduta do agente, conduta essa que constitui simples meio”(JUNQUEIRA *apud* SILVEIRA, 2006, p.110); “(...) o crime previsto no art. 1º, da Lei 8.137/90 é crime de dano, que somente se consuma com a supressão ou redução de tributo devido” (MACHADO *apud* SILVEIRA, 2006, p. 110); “ (...) os crimes previstos no art. 1º da Lei 8.137/90 são crimes de dano, uma vez que a expressão ‘suprimir ou reduzir tributo, ou

⁶³ Filho, Edmar Oliveira Andrade. Direito Tributário Penal, Ed. Atlas, São Paulo, p. 75.

contribuição social e qualquer acessório', mencionada no caput, tipifica o resultado de efetivo prejuízo à Fazenda, e não apenas uma mera conduta pessoal em que seja irrelevante o ingresso de valores tributários no patrimônio público."(MELLO *apud* SILVEIRA, 2006, p. 110)⁶⁴

Já o parágrafo único do art. 1º da Lei 8.137/90 prescreve que a falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria, ou em razão da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V. O inciso V do art. 1º diz que negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório nota fiscal ou documento equivalente relativa a venda de mercadoria, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. No inciso V se não houver dolo de suprimir ou reduzir tributo, configura-se crime de desobediência conforme art. 330 do Código Penal.

A aplicação da lei penal depende da qualificação dos fatos feitos pela autoridade fiscal; ela tem o dever jurídico de produzir as provas da conduta criminosa e por fazer a indicação das pessoas que podem sofrer as consequências da norma penal. Enfim, há um permanente diálogo entre as normas de modo que elas se integram ou se implicam mutuamente. Por isso, parece claro que só há crime se a falta de cumprimento total ou parcial da obrigação tributária for passível de ser enquadrada nas hipóteses legais de aplicação da multa agravada, que – como visto – exigem a presença do dolo. Por isso, se o lançamento tributário não contemplar a aplicação da multa agravada não haverá justa causa que legitime o ajuizamento de ação penal. Como consequência, se o lançamento tributário for objeto de contestação só haverá crime em tese se for mantida a multa agravada após o encerramento do processo administrativo, em face do disposto no art. 2º do Decreto nº 2.730/98.^{65 66}

A Súmula vinculante 24 do STF prescreve que não tipifica crime material contra a ordem tributária previsto no art. 1º, inciso I a IV da Lei 8.137/90 antes do lançamento definitivo do tributo.

⁶⁴ Silveira, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. Ed. RT, 2006, São Paulo, p. 110.

⁶⁵ Filho, Edmar Oliveira Andrade. *Direito penal Tributário*. Ed. Atlas, São Paulo, 2015, p.63.

⁶⁶ Art. 2º Encerrado o processo administrativo-fiscal, os autos da representação fiscal para fins penais serão remetidos ao Ministério Público Federal, se: I – mantida a imputação de multa agravada, o crédito de tributos e contribuições, inclusive acessórios, não for extinto pelo pagamento.

O art. 142 do CTN dispõe sobre a constituição do crédito tributário, e prescreve que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

A Súmula 436 do STJ prescreve que a entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.

O parágrafo 1º do art. 147 do CTN prescreve que a retificação da declaração por iniciativa do próprio declarante, quando visa a reduzir ou a excluir o tributo, só é admissível mediante comprovação do erro em que se funde, e antes de notificado o lançamento.

O art. 138 do CTN diz que a responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

De toda sorte, a contextualidade de uma proteção penal econômica parece, por vezes, carente de ideal lastro dogmático, cedendo a interesses outros que não jurídicos. Assim, é de se ver que outra noção que acaba por justificar a noção do Direito Penal Econômico como sendo um Direito Penal de Perigo é, no caso brasileiro, a situação de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo desviado até o recebimento da denúncia, conforme disposição do art. 34, da Lei 9.249 de 26.12.1995, ou depois da Lei 10.684, de 30.05.2003, mesmo após a instauração da ação penal. Já se disse que os tipos previstos na Lei 8.137/90 são de dano ou de perigo. Assim, ao se garantir que a reparação de dano (ainda que dano potencial) extingue a punibilidade merecida, está, em verdade, a se falar que a sonegação ou o desvio, em princípio, são um perigo potencial à Economia. Pode estar se falando em delito por infração administrativa ou acumulativo, talvez e, principalmente, este último, mas, de toda sorte, é de se considerar que o dano sentido pela falta do tributo é mera situação perigosa à ordem econômica. Dessa forma, em se promovendo o pagamento devido, quase que em uma situação de arrependimento eficaz, o agente é isento de sanção. Com similaridade ao previsto na lei tributária, numa clara alusão à confusão dos enfoques político-fiscal e jurídico penal, tal determinação, muito ligada à idéia de norma de rejeição social, fortalece a idéia penal básica do Direito de Perigo, já que a desincorporação do desvalor do resultado acaba por quebrantar a reprovação. E isso, diga-se, mesmo em

se tratando de situações marcadamente abstratas, como as previstas no art. 2º, da Lei 8.137/90.⁶⁷

Enfim, a aplicação em concreto das normas penais requer a demonstração (provas) da ocorrência de fraude ou sonegação suscetível de justificar a imposição de multa agravada. Logo, nesse campo, há uma relação de complementaridade entre as normas tributárias e penais; por isso, a norma penal só pode incidir nos casos que forem sujeitos à aplicação da multa agravada e que essa, quando eventualmente aplicada, seja mantida ao final do processo administrativo porventura instaurado. Em razão do exposto, parece claro que a razão de ser da norma penal é a repressão à fraude ou sonegação, e, por isso, não há crime se o sujeito passivo declara o valor do débito, ou seja, não esconde o fato gerador e nem adota qualquer comportamento ardiloso para iludir a fiscalização, e, do mesmo modo, não há crime se o devedor simplesmente erra na interpretação da legislação tributária.⁶⁸

Intérprete algum pode deixar de levar em consideração que o objetivo das normas penais é alcançar apenas e tão somente as violações graves da legislação tributária; logo, elas reprovam a fraude em sentido amplo, que abrange qualquer espécie de ocultamento proposital (sonegação) e a criação de estruturas jurídicas falsas como ocorre nos casos de conluio ou colusão que se estabelece com base em simulações e figuras afins em que o dolo é elementar.^{69 70}

Assim o art. 34 da Lei 9.249/95 diz que extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei 4.729, de 14 de Julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

A Lei 10.684, de 30.05.2003, ao dispor sobre o parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional de Seguro Social, além de dar outras providências, inovou a matéria, estabelecendo, em seu art. 9º, § 2º, que extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente

⁶⁷ Idem, pp. 173-174.

⁶⁸ Filho, Edmar Oliveira Andrade. Direito Penal Tributário. Ed. Atlas, São Paulo, 2015, p. 64.

⁶⁹ Idem, p. 64.

⁷⁰ A esse propósito cabe fazer menção ao texto da ementa da decisão proferida pela 2ª Turma do STF quando do julgamento do Habeas Corpus 72.584-RS, em 17 de Outubro de 1995: A fraude pressupõe vontade livre e consciente. Longe fica de configurá-la, tal como tipificada no inciso II do artigo 1º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o lançamento de crédito, considerada a diferença das alíquotas praticadas no Estado de destino e de origem. Descabe confundir interpretação errônea de normas tributárias, passível de ocorrer quer por parte do contribuinte ou da Fazenda, com o ato penalmente glosado, em que sempre se presume o consentimento viciado e o objetivo de alcançar proveito sabidamente ilícito.

efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

O art. 2º da Lei 8.137/90, em seus incisos, dispõe sobre condutas que constituem crimes de mesma natureza do art. 1º do mesmo diploma legal. Aqui não há necessidade do resultado, trata-se de crime formal. O elemento subjetivo é o mesmo do artigo anterior, porém não mais se exige o resultado “redução” ou “supressão” do tributo. A pena prevista é de detenção de 6 meses a 2 anos e multa, admite-se em tese a transação legal.

(...) O preceito do inciso I do art. 2º da Lei nº 8.137/90 não exige que a declaração falsa ou a omissão, ou, ainda, a adoção de qualquer outra fraude, produza o resultado consistente na supressão ou redução de tributo. Logo, há crime mesmo que o agente não logre causar dano ao erário; por isso, trata-se de crime formal ou de mera conduta e o resultado punível é o que decorre da simples apresentação de declaração ou omissão de rendas, bens ou fatos. Portanto, a punição prevista na lei alcança o ato de enganar as autoridades fiscais para induzi-las em erro. Acerca dessa figura penal há a ementa do acórdão do STJ derivado do julgamento do Recurso Especial nº 1.177.354-MT, divulgado em 25 de outubro de 2013. Na ocasião, a Corte decidiu que a conduta prevista no inciso I do art. 2º da Lei 8.137/90 caracteriza crime formal cuja consumação independe de resultado naturalístico e, por isso, a norma é aplicável nos casos em que a apuração fiscal identificou a omissão ou a declaração falsa antes do dano. A norma penal incide, pois, independentemente da produção do resultado pretendido (delito-fim previsto no art. 1º), ou seja, há crime (delito-meio) quando os fatos sejam identificados pelos órgãos de fiscalização antes que se efetive a supressão ou redução de tributo. A prevalecer esse entendimento, é possível cogitar que, a rigor, o resultado punível é a tentativa frustrada de suprimir ou reduzir tributo, tal como previsto no inciso I do art. 1º. A afinidade estrutural com a tentativa, no entanto, é imprópria, posto que o evento que impediria a consumação não é praticado pelo agente e sim pela administração que já detém sob seu domínio elementos do fato potencialmente lesivo.⁷¹

Entre os crimes contra a ordem tributária também foram criados crimes funcionais, previstos no art. 3º da Lei 8.137/90, que são crimes próprios que só podem ser praticados por funcionário público previstos no art. 327 do Código Penal, no exercício da função ou em razão dela, por exemplo, os agentes fazendários ou funcionários que atuem em processo fiscal ou criminal. Pode gerar a perda do cargo em caso de condenação, previsto no art. 92, I, alínea “a” do Código Penal, no caso de abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública.

⁷¹ Filho, Edmar Oliveira Andrade. Direito Penal Tributário. Ed. Atlas, São Paulo, p.75-76.

O benefício da delação premiada se aplica aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90, e é prevista no parágrafo único do art. 16 do mesmo diploma legal e prevê que nos crimes previstos nesta lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços). É necessário os requisitos para receber o benefício da delação premiada, quais sejam, deve existir a pluralidade de agentes e a confissão espontânea com revelação de toda a trama delituosa.

A Lei 9.403/96 alterada pela Lei 12.382/11, prevê que se o parcelamento foi formalizado antes da denúncia é suspenso o prazo para a pretensão punitiva e só após o pagamento é que se extingue a punibilidade.

Segundo o art. 83 da lei 9.403/06 a representação fiscal para fins penais relativas aos crimes contra a ordem tributária previstos nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90 e aos crimes contra a previdência social previstos nos artigos 168-A e 337-A do Código Penal será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final na esfera administrativa sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

Entre as garantias no processo penal tributário está o devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 1988. A ação e o processo penal somente respeitam o devido processo legal, caso todos os princípios norteadores do Direito Penal e Processo Penal sejam, fielmente respeitados durante a persecução penal, garantidos e afirmados os direitos do acusado para produzir sua defesa, bem como fazendo atuar um Judiciário imparcial e independente. A comunhão entre os princípios penais (legalidade, anterioridade, retroatividade benéfica, proporcionalidade, etc.) e os processuais penais (contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, publicidade, etc.) torna efetivo e concreto o devido processo legal.⁷²

Os crimes contra a ordem tributária não eram delitos antecedentes do crime de lavagem de capitais que era previsto na Lei 9.613/98. Todavia se uma organização criminosa tiver meta ocultar ou dissimular valores oriundos de delitos tributários, poderia incidir no inciso III, do art. 1º da Lei 9.613/98. Com a reforma

⁷² Nucci, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Ed. RT, 2013, São Paulo, p. 70

introduzida pela Lei 12.683/2012 qualquer infração penal pode anteceder a lavagem de capitais.

Nucci, em relação à lavagem de capitais:

... muitos são os estudiosos do crime de *lavagem de dinheiro* (utilizaremos esta expressão pela comodidade do entendimento, em relação aos delitos previstos nesta Lei, embora com as críticas formuladas na nota anterior) que o ligam à criminalidade organizada, aos delitos de colarinho branco e às infrações globalizadas, ultrapassando fronteiras e envolvendo vários países. Não resta a menor dúvida de que esta é uma realidade. Muito dinheiro é reciclado, transformando em ativos lícitos, cuja procedência é a criminalidade de alto poder aquisitivo, seja este poder proveniente do denominado criminoso de *colarinho branco*, seja do traficante de entorpecentes ou de outra formas de delinquência que chamaríamos de *rica* ou *abonada*, de onde o dinheiro flui com facilidade. Por isso não aprovávamos o texto anterior desta Lei, vinculando a apuração e punição de lavagem de capitais, desde que conectada a delito anterior, expressamente descrito no art. 1º (eram os seguintes: tráfico ilícito de drogas, terrorismo, contrabando ou tráfico de armas, extorsão mediante sequestro, crimes contra a administração pública e contra o sistema financeiro nacional, crimes praticados por organização criminosa e cometidos por particular contra a administração pública estrangeira). Em boa hora, a Lei 12.683/2012 revogou tal relação (incisos I a VIII), permitindo que qualquer infração penal (crime e contravenção) possa dar ensejo ao cometimento da lavagem de dinheiro e outros valores.⁷³

VI – Direito Processual Penal na sociedade do risco

Estamos em crer, pelo que atrás expendemos, que uma mudança de paradigma na dogmática penal não é imposta pelos medos associados à *sociedade do risco*. Porém, já entendemos, ao invés, que precisamente as características da sociedade atual que levaram Beck a crismá-la de *sociedade do risco*, impõe reflexões novas, de desenvolvimento, ao nível da política criminal, da penologia e, principalmente, do processo penal. Seja para permitir uma *atual e efetiva* conformação legislativa às necessidades do *nosso tempo*, seja para garantir que a violação da lei merece também uma *atual e efetiva* perseguição e castigo.⁷⁴

Num primeiro momento, e sem prejuízo da amplitude considerável das medidas de coação e de garantia patrimonial já previstas no Código de Processo Penal português (CPP), salientar-se-ia a eventual necessidade de adaptar ou clarificar esse catálogo, de molde a satisfazer as necessidades

⁷³ Idem, pp. 482-483.

⁷⁴ Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 20-nº4-Out-Dez 2010, Paulo Saragoça da Matta.

investigatórias e cautelares de alguns tipos de crimes típicos da *sociedade de risco*.⁷⁵

Imaginem-se, meramente a título de exemplo, crimes ambientais e crimes financeiros no âmbito dos quais fosse necessária uma suspensão de atividade da instituição no âmbito da qual, ou através da qual, esses mesmos comportamentos típicos tivessem sido desenvolvidos. Obviamente que a proibição genérica de exercício de uma atividade vem já legalmente prevista, mas antecipa-se sem dificuldade os obstáculos jurisprudenciais que seriam levantados na eventualidade do decretamento de uma medida de tal natureza, por força da ponderação dos direitos dos respectivos trabalhadores, fornecedores, credores, etc.⁷⁶

Outra área processual penal em que seguramente se terá de proceder a um profundo desenvolvimento é a das *vias de contato* entre soberanias, i.e., da cooperação judiciária internacional em matéria penal. Como bem tem sido demonstrado pela União Européia, ao procurar criar uma *zona de liberdade, segurança e justiça* comum, assim ultrapassando o patamar que até vigorou entre Estados, a aproximação e tendencial homogeneização de regras processuais de investigação e, até, de julgamento, é mecanismo essencial e imprescindível para um consequente combate a toda a criminalidade *transnacional*.⁷⁷

Ou seja, a área de cooperação judiciária internacional será por certo um dos nódulos dogmáticos em que maior terá que ser o desenvolvimento dos mecanismos legais, e a implementação de efetivas relações de cooperação, sob pena de toda a criminalidade que transborda das fronteiras do Estado ficar impune. Mas não só! É que se é certo que a nível de investigações a cooperação é *conditio sine qua non* para que sequer processos possam chegar à fase da acusação, não menos certo é que os procedimentos de *exequatur*, relativamente a decisões de Estados exteriores ao espaço da U.E., terão igualmente de sofrer um amplo desenvolvimento.⁷⁸

Tais desenvolvimentos, por se traduzirem em reformas no âmago dos poderes de soberania que caracterizam cada Estado, serão por certo os mais difíceis de implementar, não obstante deles depender a *fatia de leão* da eficácia do combate à criminalidade mais grave da *sociedade do risco*. Iguais desenvolvimentos terão igualmente de vir a verificar-se no domínio do instituto da *extradição*, como parece resultar óbvio.⁷⁹

Com efeito, mesmo relativamente a alguma criminalidade *tradicional*, os últimos anos tem sido caracterizados, em Portugal como na generalidade dos países ocidentais, por uma atenção permanente da sociedade e dos meios de comunicação social ao problema candente do

⁷⁵ Idem, p. 539.

⁷⁶ Idem, p. 541.

⁷⁷ Idem, p. 542.

⁷⁸ Idem, p. 542.

⁷⁹ Idem, p. 542.

atraso da justiça criminal. Ora, se assim é relativamente à criminalidade dita tradicional, imagine-se a desconfiança na Justiça e o descrédito em que cairá o próprio Estado, para já não falar no alarme social adjunto, se tais atrasos respeitarem a processos criminais relativamente a crimes enquadráveis na *categoria* dos crimes próprios da *sociedade do risco*. A título meramente exemplificativo recorde-se a extrema celeridade com que as Justiças Americanas iniciaram, processaram e terminaram o processo criminal pela maior fraude financeira dos últimos anos nos EUA, conhecido como Caso Madoff, caso esse que, em Portugal, demoraria, mesmo apenas para um processamento em primeira instância, longos anos.⁸⁰

Assim que se nos afigure imprescindível, para fazer face às exigências inerentes à sociedade do risco, um repensar de toda a organização da investigação da investigação criminal e até da jurisdição criminal, bem como da própria lei processual penal, dotando-a de instrumentos e mecanismos suscetíveis de, com celeridade e rigor, *fazer justiça* nesses casos que mais profundamente ferem a estabilidade e confiança da sociedade.⁸¹

Relativamente a todos esses crimes que lesem bens jurídicos que são, reconhecidamente, de toda a coletividade, como o são os crimes financeiros geradores de *danos* para o sistema bancário, nacional e/ou internacional, os crimes ambientais, os crimes de terrorismo etc., deveria o sistema legal excluí-los da prescritibilidade. Na verdade a segurança que será dada à sociedade no seu todo de que o tempo não será o fator determinante da impunibilidade, termos em que uma tão grave lesão de bens da coletividade não fica nunca sem castigo pelo mero decurso do tempo, permitirá um aumento considerável da *confiança* dessa mesma sociedade no império do poder do Estado e na vigência do princípio da *retribuição*, que não sendo o fim único a justificar a aplicação das penas, é contudo fundamental para evitar uma boa parte do descrédito da Justiça e do desrespeito da Lei nas sociedades massificadas.⁸²

Quanto às afirmações que seguem admite-se que poderão, numa primeira leitura, ser olha de soslaio por alguma doutrina, senão mesmo, em alguns casos, despertarem reações de alguma violência. Com efeito, é sabido o temor generalizado no que respeita à constituição dos Tribunais. Temor legítimo, fruto da experiência histórica confirmada de que por regra os *poderes autocráticos* se servem da Justiça para criar instrumentos de perseguição aos seus adversários, sob uma capa aparentemente legítima de *juris dicito*. São conhecidos exemplos, em toda a história da humanidade e em todas as localizações geográficas, de *tribunais ad hoc*, de *tribunais plenários*, de *tribunais de Estado*, que serviram tais propósitos de *justicialismo ideológico*, de controle autoritário ou ditatorial, de *perseguição* do outro.⁸³

Porém uma boa parte da repulsa *dogmática* aos *tribunais especiais* desapareceu com a institucionalização de tribunais penais internacionais,

⁸⁰ Idem, p. 543.

⁸¹ Idem, pp. 543-544

⁸² Idem, pp. 544-545.

⁸³ Idem, p. 545.

seja o caso histórico do *Tribunal de Nuremberg*, seja o mais recente *Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia*.⁸⁴

Ora, temos para nós que a especialização é o caminho inexorável da justiça em geral e assim também da justiça criminal e respectiva jurisdição. Com efeito, o especial conhecimento das polícias e dos magistrados (investigadores e julgadores) em áreas específicas da criminalidade, principalmente em matérias de especial complexidade técnica e científica, será causa determinante do sucesso ou insucesso das investigações e do conseqüente sancionamento, ou não, de comportamentos ilícitos praticados nessas mesmas áreas especiais do conhecimento. Assim sucederá em matérias de notória atualidade tecnológica, como o ambiente, a informática, a ciência (medicina, farmácia, química, física, etc.), a finança internacional, etc.⁸⁵

Assim sendo, como se nos afigura indesmentível estamos em crer que no que respeita à competência e composição dos Tribunais criminais terá de caminhar-se no sentido de uma sub-especialização. i.e.: a criação de tribunais criminais cuja competência em razão da matéria lhes permita dominar tais matérias e conhecimentos especialíssimos, independentemente da área territorial sobre a qual têm jurisdição, e do mesmo passo permitirão uma maior celeridade no processamento dos casos cujo objeto seja integrado por essa *criminalidade especialíssima*.⁸⁶

Já no que respeita à posição de Assistente, consideramos que a tradição portuguesa tem há muito um mecanismo que pode servir de pedra de torque da resolução dos problemas que são e serão postos pela sociedade do risco, i.e., um instrumento de *alargamento* da posição de *vítima/acusador* particular no âmbito dos processos penais. Historicamente *qualquer um do povo* podia constituir-se como Assistente nos processos criminais sempre que estivessem em causa certos crimes que se consideravam ofender a *generalidade dos cidadãos*. Tal filosofia base acabou por ser parcialmente acolhida no atual CPP, que no respectivo art. 68º, nº 1, al. e), permite a qualquer pessoa constituir-se assistente em determinado tipo de crimes elencados pelo legislador: assim sucede, atualmente, *nos crimes contra a paz e a humanidade, bem como nos crimes de tráfico de influência, favorecimento pessoal praticado por funcionário, denegação de justiça, prevaricação, corrupção, peculato, participação econômica em negócio, abuso de poder e de fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção*.⁸⁷

Por outro lado, o próprio corpo do nº 1 do referido art. 68º refere que *Podem constituir-se assistentes no processo penal, além das pessoas e entidades a quem leis especiais conferirem esse direito ...* i.e., leis especiais podem conferir a determinadas pessoas ou entidades o poder de se constituírem Assistentes no processo criminal, o que significará que leis avulsas podem reconhecer a conveniência e necessidade de, relativamente a determinados tipos de crime, permitir a tais entidades participarem no

⁸⁴ Idem, p. 545-546.

⁸⁵ Idem, p. 546.

⁸⁶ Idem, p. 546.

⁸⁷ Idem, p. 548.

processo penal com tal estatuto. Em suma, partindo da consideração de que existem bens jurídicos *supra-individuais*, sejam os bens jurídicos sociais lesados ou perigados pelos *mega-riscos*, sejam os bens jurídicos coletivos já conhecidos há muito, permitir-se a constituição como assistentes de todos quanto sejam titulares desses mesmos bens jurídicos. Ainda que com limitações tendentes a não tornar o processo insusceptível de tramitação.⁸⁸

Também no que concerne a todo o universo da *prova* terão de ser feitos alguns desenvolvimentos necessários, se quisermos ter um processo penal adaptado às exigências postas pela criminalidade típica da *sociedade de risco*. Sucederá até, com grande probabilidade, que mais do que alterações aos meios de prova tenha de ser aumentada a amplitude de um concreto meio de prova. Referimo-nos à prova pericial, dentro de cuja categoria se jogará principalmente a sorte dos processos penais relativos às mais recentes e tecnológicas formas de criminalidade.⁸⁹

Ponderando a extrema velocidade dos acontecimentos na nossa era, bem como a volatilidade dos instrumentos e cenários dos tipos de crimes nucleares à sociedade do risco, afigura-se-nos imprescindível a circunscrição de medidas cautelares ou de polícia efetivamente urgentes, que assegurem a mais rápida reação possível em cenário de crime. Consabidamente que essa reação imediata será condição necessária ao sucesso das investigações e à efetivação da justiça, além de ser fator maior de restauração da segurança e confiança da sociedade na prontidão da Justiça e da eficácia do Poder do Estado. Nestas matérias contudo, também o equilíbrio se estabelecerá entre os poderes amplos das polícias criminais para a realização de tais medidas cautelares, com os propósitos referidos, e os direitos de cidadania dos visados com tais medidas, termos em que por mais amplos que sejam os poderes de emergência conferidos àquelas, se terá por definição de assegurar uma fiscalização e validação das mesmas medidas, também com urgência máxima, por parte do sistema judicial. Sob pena de se fazer através do processo penal aquilo que atrás se censurou aos que defendem um direito penal do risco isento dos princípios garantistas e antropocêntricos do direito penal liberal atual.⁹⁰

Assim, com o desenvolvimento de novas tecnologias fica claro que os instrumentos utilizados para a prática de crimes tornam cada vez mais difíceis o rastreamento do produto do crime, uma vez que, o dinheiro sonogado, auferido pela prática de atividades lícitas e ilícitas, por meio da prática de lavagem de dinheiro, já não se detêm ao território nacional, com a abertura de empresas simulando importação de produtos e com remessas de dinheiro ilegal ao exterior em contas bancárias em bancos estrangeiros. A criminalidade na sociedade do risco se tornou uma prática que para ser efetivamente combatida é necessária uma ação conjunta de governos de vários países, onde a necessidade de tutela a bens jurídicos supra

⁸⁸ Idem, pp. 548-549.

⁸⁹ Idem, p. 550.

⁹⁰ Idem, p. 552.

individuais se torna cada vez mais presente. Essas mudanças devem ser direcionadas de forma que mantenha-se as garantias individuais previstas no Estado Democrático de Direito no controle de intervenções arbitrárias como forma de imposição de uma política de governos à sociedade.

Não se confunda, por óbvio, o monopólio punitivo estatal com a iniciativa da ação penal, cuja finalidade é, ao final, fazer valer a força de punição advinda do Direito Penal. Portanto, advenha a denúncia (promovida pelo Ministério Público) ou a queixa-crime (ajuizada pelo ofendido, por seu advogado), instaura-se o devido processo penal para que se possa atingir a razoável composição do conflito de interesses. Mediatamente, a vítima sente-se atendida, ratificando sua confiança no sistema legal, quando o Estado aplica a lei penal, dentro de critérios previamente estabelecidos, para evidenciar a correção necessária a quem desrespeitou as normas vigentes.⁹¹

Assim se verifica na seguinte decisão do STJ:

O devido processo legal, amparados pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido. 2. Compete aos operadores do Direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu. 3. A recente reforma processual estabeleceu no atual art. 396-A, § 2º, do CPP, em atenção ao princípio da ampla defesa, que “não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferece-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias”. 4. Em interpretação sistêmica dos dispositivos do estatuto processual penal e princípios que regem o devido processo penal, aplica-se na fase recursal a mesma regra que permite ao réu o direito de amplamente se defender, com a nomeação de defensor dativo.⁹²

⁹¹ Nucci, Guilherme de Souza. *Princípios Penais e Processuais Penais*, ed. RT, São Paulo, 2009, p. 190.

⁹² HC 94.020-AP, 5ª T., rel. Arnaldo Esteves Lima, 04.02.2010, v.u.

Em relação às medidas assecuratórias, segundo o prof. Nucci, sempre que houver a possibilidade de se assegurar futuro confisco do produto ou proveito do crime, eventual reparação do dano à pessoa ofendida, inclusive o Estado, bem como o pagamento de despesas processuais e custas, além das penas pecuniárias, o juiz deve decretar medidas de cautela, tornando indisponíveis os bens do suspeito ou acusado, nos termos dos arts. 125 e ss. do CPP. Age de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado. Pode-se decretar tais medidas assecuratórias durante a investigação ou da demanda penal. Exige-se, entretanto, prova suficiente de existência do crime (não é preciso *certeza*, bastando indícios suficientes). Registremos, inclusive, a possibilidade de indisponibilidade dos bens para evitar o enriquecimento ilícito.⁹³

No Inq. 2248 QO/DF, Pleno, rel. Carlos Britto, 25.05.2006, Informativo 428, o Tribunal, resolvendo questão de ordem, indeferiu pedido de substituição de numerário apreendido por garantia real, formulado em inquérito na qual se apura prática dos crimes de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98), contra a ordem tributária e econômica (Lei 8.137/90) e contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/86). Tendo em conta que o dinheiro apreendido constitui, em tese, a própria materialidade do crime de lavagem – visto que dentre as cédulas apreendidas algumas possuem numeração sequencial e outras foram atestadas como falsas – entendeu-se aplicável o art. 4º da Lei 9.613/98, que admite o bloqueio cautelar de bens, direitos ou valores, na forma dos arts. 125 e 144 do CPP, desde que reputados como o próprio objeto do crime de lavagem. Asseverou-se, também, que a medida acautelatória que se decreta no curso de procedimento penal pelo crime de lavagem de dinheiro, não se restringe a assegurar o direito dos lesados, de terceiros ou da própria União (Lei 9.613/98, art. 7º, I), mas tem por finalidade de coibir a própria continuidade delitiva. Ressaltou-se, ademais, que, em se tratando de inquéritos policiais e instruções criminais da espécie, o numerário retido perde sua condição usual de bem fungível, e que a Lei 9.613/98 não prevê a substituição dos bens, direitos ou valores apreendidos ...

⁹³ Idem, p. 495.

CONCLUSÃO

Como já referido no trabalho, a instrumentalização do Direito Penal para a imposição de comportamentos direcionados à uma determinada política estatal, sem qualquer consideração aos direitos fundamentais garantidores, torna possível um Estado ditatorial, com a dominação de uns sobre outros.

A política criminal funcionalista atendendo à uma nova demanda de risco criada na modernidade faz com que esta política criminal seja utilizada também como uma saída mais rápida para o atendimento à sensação de insegurança da sociedade frente à criminalidade comum, desta forma há um fenômeno de expansão do direito penal como direito penal simbólico sem qualquer racionalidade direcionada pela dogmática jurídico penal. Daí devemos compreender dois fenômenos distintos, em que existe um bem jurídico coletivo com dignidade penal a ser protegido com a antecipação de tutela penal, dada às potencialidades das lesões resultantes de uma determinada conduta à sociedade, como por exemplo, os crimes de colarinho branco e, por outro lado, a sensação de insegurança vivida pela sociedade diante da criminalidade comum, onde a mídia atua de forma a acentua-la, ao mesmo tempo que essa mesma sociedade não se dispõe em defender a prevenção e ressocialização do criminoso, mas clama por medidas de intervenção penal que tornem efetivo o isolamento do agente da sociedade.

A atuação da mídia visa principalmente o clamor da sociedade por mais sensação de segurança e justiça no sentido de retribuição ao mal causado pelo delinquente às vítimas e suas famílias, e sempre coloca a pena aplicada ao agente do delito como insuficiente, isso acentua a sensação de insegurança dos cidadãos, bem como torna a finalidade de prevenção geral da pena como uma forma de estimular a criminalidade, desacreditando a intervenção do Estado no controle da

violência. Os crimes de corrupção, lavagem de dinheiro, fiscais são delitos que atingem a sociedade de forma muito mais abrangente, onde todos sofrem pelo mal causado, seja na falta de estrutura e qualidade das escolas, seja na falta de equipamentos e medicações nos hospitais e seja também na falta de iluminação das ruas e equipamentos relacionados à segurança pública. São crimes onde os recursos destinados à essas finalidades são desviados e atingem de forma silenciosa e cruel toda a coletividade, e que são praticados por criminosos que fazem parte de camadas sociais privilegiadas, seja politicamente, seja economicamente.

Neste contexto, a dignidade penal conferida aos crimes que atingem a ordem econômica, financeira e tributária se impõe como uma medida para garantir a efetividade da tutela desses bens jurídicos coletivos, assim como tornar possível o princípio da dignidade da pessoa humana em um Estado Democrático de Direito. A adoção de uma política criminal funcional que não possui uma dogmática jurídico penal estabelecida de uma forma que garanta a proteção individual das arbitrariedades do Estado faz com que a criação de tipos penais de perigo, bem como sua aplicação tenham um controle via jurisdicional para impedir que haja uma desproporcionalidade nas penas nelas cominadas. A previsão de proteção da produção de um risco a um bem jurídico coletivo, como conduta tipificada no âmbito criminal, deve também ser objeto de conformação aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

O princípio da proporcionalidade torna-se uma diretriz não só na interpretação e aplicação dos tipos penais de perigo aos casos concretos, como também deve ser considerado na produção de leis que visem o controle de condutas de risco, verificando a adequação do meio utilizado, se este controle não pode ser realizado por outros meios menos danosos às garantias individuais e também sopesando se aquele meio é o necessário para atingir uma determinada finalidade podendo ponderar a cominação de pena privativa de liberdade para a proteção de determinado bem jurídico quando o Estado não dispõe de outros meios eficazes.

Assim como a imputação objetiva torna possível a análise e não somente a subsunção do tipo de perigo à conduta praticada, levando em consideração as circunstâncias em que a comportamento se verificou e se esse comportamento

poderia ser a causa do resultado danoso, assim se possibilita a aplicação do princípio da proporcionalidade na aplicação da pena levando em conta se houve a colocação em risco de determinado bem jurídico e se existiu o resultado naturalístico ou não.

Somente com o surgimento de novos casos em que a análise da questão deixa de ser a tutela de um bem jurídico difuso e passa a ser a proteção de direitos fundamentais violados pela intervenção penal do Estado, se abre uma alternativa de conformação da política criminal funcionalista ao âmbito da dogmática jurídico penal de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

COSTA, Nuno Dias. Direito Penal do Inimigo – Inimigo do Direito Penal? Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Lisboa, ano 18, nº 18, Out/Dez 2008.

FILHO, Edmar Oliveira Andrade. **Direito Penal Tributário**. 7 ed. São Paulo: atlas, 2015.

HOYER, Andreas. Risco Permitido e Desenvolvimento Tecnológico. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Lisboa, ano 20, nº 3, Julho/Set 2010.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY Rosa Maria de Andrade. **Constituição Comentada e Legislação Constitucional**. 3 ed. São Paulo: RT, 2012.

MALAFAIA, Joaquim. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Lisboa, ano 20, nº 4, Out/Dez 2010.

MATTA, Paulo Saragoça. O Direito Penal na Sociedade do Risco. Análise Tópica e Novas Tendências Político-Criminais. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Lisboa, ano 20, nº 4, Out/Dez 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Tipicidade Penal e Sociedade de Risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2 ed. São Paulo: RT, 2012.

PUIG, Santiago Mir. O Princípio da Proporcionalidade Enquanto Fundamento Constitucional de Limites Materiais do Direito Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 19, nº 1, Jan/Março 2009.

RIPOLLÉS, José Luiz Díez. Da Sociedade do Risco à Segurança Cidadã: Um Debate Desfocado. . *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 17, nº 4, Out/Dez 2007.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: RT, 2006.